



Collana del Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università di Milano-Bicocca

Diritto e società plurale: questioni aperte

a cura di

Natascia Marchei e Stefania Ninatti



G. Giappichelli Editore – Torino



Collana del Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università di Milano-Bicocca

Direttore:

Loredana Garlati

Comitato editoriale:

Maurizio Arcari

Chiara Buzzacchi

Adolfo Ceretti

Diana Cerini

Giovanni Chiodi

Filippo Danovi

Monica Delsignore

Giovanni Guglielmetti

Costanza Honorati

Giovanni Iorio

Gioacchino La Rocca

Natascia Marchei

Alfredo Marra

Claudio Martinelli

Oliviero Mazza

Stefania Ninatti

Claudia Pecorella

Andrea Rossetti

Carlo Ruga Riva

Nicola Sartori

Franco Scarpelli

Antonello Tancredi

Giulio Vigevani

Diritto e società plurale: questioni aperte

a cura di

Natascia Marchei e Stefania Ninatti



G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 2024 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 979-12-211-0574-2

ISBN/EAN 979-12-211-8075-6 (ebook - pdf)

Questo volume è pubblicato con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Milano-Bicocca.

L'opera ha ottenuto la valutazione positiva di due revisori anonimi, secondo il procedimento previsto dal Regolamento della Collana, consultabile sul sito del Dipartimento di Giurisprudenza.

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

INDICE

	<i>pag.</i>
PREFAZIONE	
<i>Natascia Marchei e Stefania Ninatti</i>	IX
ENTI RELIGIOSI CIVILMENTE RICONOSCIUTI E ATTIVITÀ ECONOMICHE DI RILIEVO TRANSFRONTALIERO. LO STATO DELL'ARTE DELL'ART. 17.1 TFUE FRA TRATTAMENTI NAZIONALI DI FAVORE E MERCATO INTERNO DELL'UNIONE EUROPEA	
<i>Andrea Cesarini</i>	
1. Introduzione. Di nuovo intorno al consolidarsi di un “diritto ecclesiastico europeo”	1
2. Il caso <i>Freikirche der Siebenten-Tags-Adventisten in Deutschland KdöR c. Bildungsdirektion für Vorarlberg</i> (C-372/21). Breve riassunto della vertenza e dei quesiti pregiudiziali	4
3. La complessa vicenda interpretativa del primo paragrafo dell'art. 17 TFUE: da argine assoluto alla competenza dell'Unione europea a canone espressivo di un interesse (anche eurounitario) suscettibile di un bilanciamento ragionevole e proporzionato	11
4. I termini del bilanciamento e i loro criteri di composizione. La disciplina nazionale di riconoscimento degli enti esponenziali delle confessioni religiose e la sua sindacabilità (implicitamente ammessa) alla stregua delle norme del mercato interno dell'Unione europea	15
5. Conclusioni	21

LA GIURISPRUDENZA SOVRANAZIONALE
TRA TUTELA DELLA LIBERTÀ RELIGIOSA
DELLE ORGANIZZAZIONI DI TENDENZA
E PROTEZIONE DEI DIRITTI DEL LAVORATORE

Alessandro Cupri

- | | |
|--|----|
| 1. La nozione di “organizzazione di tendenza”: l'appartenenza religiosa quale requisito essenziale e giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa | 25 |
| 2. Rapporti di lavoro e organizzazioni di tendenza nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: uno sguardo d'insieme | 30 |
| 3. (<i>Segue</i>) le pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione europea e il (labile) confine tra obbligo di lealtà ideologica e discriminazione del dipendente | 35 |
| 4. La tutela religiosa delle organizzazioni di tendenza tra luci e ombre nella giurisprudenza delle Corti sovranazionali: quale bilanciamento? | 40 |

LA TURCHIA POST-GOLPE
ALLA PROVA DEL PLURALISMO: IL CASO KAVALA

Marco Galimberti

- | | |
|--|----|
| 1. Introduzione | 45 |
| 2. Cronaca di un'odissea giudiziaria annunciata | 47 |
| 3. Il caso Kavala nel contesto: esiste ancora un giudice a Strasburgo? | 52 |
| 4. <i>Quo vadis</i> , Ankara? | 56 |

I TEMPI DELL'EMERSIONE.
OVVERO DELLA COMPLESSA RELAZIONE
TRA MIGRANTI E PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

Luca Galli

- | | |
|---|----|
| 1. Pluralismo e amministrazione: un'introduzione | 59 |
| 2. Quale termine per i procedimenti di emersione? | 61 |
| 3. Certezza nel tempo dell'azione amministrativa e pubblici interessi | 65 |
| 4. (<i>Segue</i>) certezza nel tempo dell'azione amministrativa e interessi privati | 68 |
| 5. Collaborazione mancata o colpevolizzazione ingiusta: brevi conclusioni sui rapporti migranti-amministrazione | 73 |

LA STERILIZZAZIONE FORZATA DELLE DONNE ROM:
INTERSEZIONI SENZA VOCE DAVANTI ALLA CORTE EDU

Giovanna Gilleri

1. Introduzione	79
2. Un divieto internazionalmente sancito	85
3. Tre casi simili a Strasburgo	90
4. Quello che c'è	93
5. Quello che manca	96
6. Conclusione	101

LA REVOCA DELLA CITTADINANZA
FRA SICUREZZA NAZIONALE
E TUTELA DEL PLURALISMO

Chiara Graziani

1. Introduzione	103
2. Il caso <i>Begum</i> dinanzi le corti britanniche	106
2.1. La disciplina britannica della revoca della cittadinanza per motivi di sicurezza nazionale	106
2.2. I fatti e l' <i>iter</i> processuale del caso <i>Begum</i>	108
3. La revoca della cittadinanza in prospettiva comparata	112
4. La revoca della cittadinanza e il pluralismo: le principali sfide	114

VECCHI E NUOVI CONFLITTI DI LEALTÀ:
INEDITE FORME DI PLURALISMO PER IL MINORE
NELLA CRISI FAMILIARE

Alessandro Negri

1. Introduzione: la (paradossale) attuale irrilevanza giuridica dei classici conflitti di lealtà	117
2. Una nuova (impropria) concezione di conflitto di lealtà: il minore nella crisi familiare	122
3. L'ascolto del minore alla luce della riforma c.d. Cartabia; conclusioni sul rinnovato protagonismo del conflitto di lealtà	128

IL TRATTAMENTO GIURIDICO
DEL DOCENTE DI RELIGIONE NEI SISTEMI REGIONALI
DI PROTEZIONE DEI DIRITTI UMANI

Tania Pagotto

- | | |
|---|-----|
| 1. La libertà religiosa: terreno elettivo di <i>jurisprudential cross-fertilization</i> | 135 |
| 2. Parola alla Corte ADU: il caso <i>Pavez Pavez vs. Chile</i> (2022) | 139 |
| 3. Parola alla Corte EDU: il caso <i>Fernández Martínez vs. Spain</i> (2014) | 146 |
| 4. Limiti e opportunità delle contaminazioni tra sistemi | 151 |

AZIONE PENALE E TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI.
L'OBBLIGO DI SVOLGERE INVESTIGAZIONI EFFETTIVE
E LA PERSECUZIONE DEGLI "HATE CRIMES"

Luca Pressacco

- | | |
|---|-----|
| 1. Obblighi positivi e tutela dei diritti umani attraverso il diritto penale | 155 |
| 2. L'obbligo di svolgere investigazioni effettive secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo | 158 |
| 3. Investigazioni effettive e divieto di discriminazione | 162 |
| 4. La questione dell'onere della prova | 166 |
| 5. Notazioni conclusive | 168 |

I DIRITTI POLITICI DELLE MINORANZE
ALLA LUCE DELLA GIURISPRUDENZA CONVENZIONALE

Edin Skrebo

- | | |
|---|-----|
| 1. Diritti elettorali e minoranze: alcune coordinate generali | 171 |
| 2. Il diritto elettorale nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali e nei suoi Protocolli | 176 |
| 3. Diritto elettorale e minoranze nella giurisprudenza della Corte EDU: alcuni casi emblematici | 183 |
| 3.1. <i>Sejdić e Finci c. Bosnia ed Erzegovina</i> | 183 |
| 3.2. <i>Podkolzina c. Lettonia</i> | 186 |
| 3.3. <i>Tănase c. Moldavia</i> | 189 |
| 3.4. <i>Bakirdzi e E. C. c. Ungheria</i> | 194 |
| 4. Conclusioni | 197 |

pag.

IL DIRITTO ALLO STUDIO TRA OBIETTIVI
DI INTEGRAZIONE EUROPEA E DISCREZIONALITÀ STATALE.
IL CASO DELLA SEGREGAZIONE SCOLASTICA

Nadia Spadaro

- | | |
|---|-----|
| 1. Il pluralismo come ideale costitutivo delle democrazie occidentali e il ruolo cruciale dell'istruzione nella sua realizzazione | 201 |
| 2. La prospettiva sovranazionale sul diritto all'istruzione | 204 |
| 3. ... e sul divieto di discriminazione | 206 |
| 4. La segregazione scolastica in Europa | 209 |
| 5. L'evoluzione della giurisprudenza di Strasburgo in tema di segregazione scolastica | 212 |
| 6. Il caso <i>Szolcsan c. Ungheria</i> | 215 |
| 7. Considerazioni conclusive | 216 |

PREFAZIONE

Il volume *Diritto e società plurale: questioni aperte* nasce nell'ambito del Progetto "Diritto e società plurale – Law and Pluralism" che ha consentito al Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Milano Bicocca l'inserimento tra i 15 Dipartimenti giuridici nazionali qualificati come eccellenti dal MIUR per gli anni 2017-2022.

Tra le numerose attività previste nel progetto e realizzate dal Dipartimento, nel quinquennio di riferimento, si inserisce la creazione dell'"Osservatorio di diritto e società plurale" (www.lawpluralism.unimib.it) che è nato come una banca dati della giurisprudenza europea e nazionale sui temi del pluralismo politico, etnico, religioso e culturale.

In poco tempo, grazie all'entusiasmo e alla creatività di un gruppo di giovani studiosi – assegnisti, dottorandi e giovani ricercatori – guidati da alcuni docenti del Dipartimento, l'Osservatorio ha gradualmente assunto una nuova veste, si è arricchito di contenuti originali e di obiettivi inediti fino a diventare il nucleo propulsivo di un vero e proprio gruppo di ricerca che ha realizzato molteplici iniziative.

Questo volume è uno dei risultati di questa ricerca e raccoglie i lavori di alcuni di questi giovani studiosi.

Tutti i contributi, partendo da una o più pronunce giurisprudenziali e, quindi, da situazioni anche molto lontane tra loro, hanno affrontato il macrotema della gestione delle differenze politiche, etniche, religiose e culturali con l'obiettivo di interpretare i possibili o probabili conflitti nell'ottica della costruzione di società plurali e, quindi, inclusive.

Non a caso, proprio per dare enfasi a questo obiettivo ambizioso, il sito dell'Osservatorio si apre con una citazione particolarmente eloquente: "Quando perdiamo il diritto di essere differenti, perdiamo il privilegio di essere liberi" (Charles E. Hughes).

La ricerca della libertà e dell'eguaglianza nella diversità è, dunque, il filo rosso che lega tutti questi contributi, pervasi dalla convinzione che il pluralismo sia un bene da difendere sempre e comunque.

Le Curatrici

ENTI RELIGIOSI CIVILMENTE RICONOSCIUTI
E ATTIVITÀ ECONOMICHE DI RILIEVO
TRANSFRONTALIERO. LO STATO DELL'ARTE
DELL'ART. 17.1 TFUE FRA TRATTAMENTI
NAZIONALI DI FAVORE E MERCATO
INTERNO DELL'UNIONE EUROPEA

Andrea Cesarini

SOMMARIO: 1. Introduzione. Di nuovo intorno al consolidarsi di un “diritto ecclesiastico europeo”. – 2. Il caso *Freikirche der Siebenten-Tags-Adventisten in Deutschland KdöR c. Bildungsdirektion für Vorarlberg* (C-372/21). Breve riassunto della vertenza e dei quesiti pregiudiziali. – 3. La complessa vicenda interpretativa del primo paragrafo dell'art. 17 TFUE: da argine assoluto alla competenza dell'Unione europea a canone espressivo di un interesse (anche eurounitario) suscettibile di un bilanciamento ragionevole e proporzionato. – 4. I termini del bilanciamento e i loro criteri di composizione. La disciplina nazionale di riconoscimento degli enti esponenziali delle confessioni religiose e la sua sindacabilità (implicitamente ammessa) alla stregua delle norme del mercato interno dell'Unione europea. – 5. Conclusioni.

1. *Introduzione. Di nuovo intorno al consolidarsi di un “diritto ecclesiastico europeo”*

La pervasività acquisita dal diritto dell'Unione europea, in un certo senso accentuata dall'approccio casistico che contraddistingue il *case law* pregiudiziale (art. 267 TFUE) della sua Corte, rende ragione della centralità di sistema che hanno assunto alcune tra le questioni giuridiche che più animano la dialettica tra l'ordinamento sovranazionale e quelli degli Stati membri, nel rispetto tendenziale che il primo manifesta di osservare nei riguardi dell'“identità nazionale” dei secondi (art. 4.2 TUE)¹. Una di tali questioni risiede, se non altro a cagione della

¹ Sulle implicazioni dell'art. 4.2 TUE ci si limita a richiamare, anche per più ampi richiami alla vasta bibliografia, la voce di M. CARTABIA, *sub Art. 4*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati del-*

frequenza con la quale sta venendo evocata di fronte ai Giudici di Lussemburgo, nel determinare le conseguenze regolatorie che discendono dal principio enunciato dall'art. 17.1 TFUE, il quale impegna l'Unione a "rispetta[re] e non pregiudica[re] lo *status* di cui le chiese e le associazioni o comunità religiose godono negli Stati membri in virtù del diritto nazionale". Recenti pronunce della Corte di Giustizia offrono infatti l'occasione per tornare a riflettere su un tema, espressivo dell'attenzione eurounitaria alla tutela del pluralismo confessionale, che ha a lungo sollecitato l'attenzione degli studiosi del *Law and Religion*.

L'interesse del caso che verrà approfondito in queste pagine emerge innanzitutto, e quasi per paradosso, dalla disinvoltura con cui la Corte risolve il quesito sottopostole dal rimettente, il quale, in accordo a un'ipotesi ermeneutica di respiro "tradizionale", si era interrogato sulla portata, eventualmente derogatoria, che l'art. 17.1 TFUE avrebbe potuto spiegare rispetto all'operatività del diritto europeo in relazione a un'attività economica – nella specie, la gestione di scuole private – esercitata da enti religiosi riconosciuti in uno Stato membro. La Corte si avvale, allo scopo, di una motivazione essenziale, nutrita del richiamo ai propri noti precedenti, che già avevano ricondotto la problematica a un solido approdo interpretativo. Superate le riserve espresse da coloro che, in passato, proponevano di leggerci un'irriducibile "clausola di salvaguardia"² (tra l'altro) del regime di favore che il diritto nazionale riserva alle attività economiche esercitate da tali soggetti, infatti, la giurisprudenza sovranazionale postula piuttosto che l'art. 17.1 TFUE esprima un interesse che non si sottrae a un giudizio di bilanciamento con altre posizioni giuridiche equiordinate – in particolare, quelle sottese ai principi strutturali del mercato interno dell'Unione –, con esso eventualmente confliggenti.

Sullo sfondo della fattispecie si colloca invece, come una parte della letteratura da tempo suggerisce, il consolidarsi progressivo di un vero e proprio "diritto ecclesiastico europeo"³, il quale rifugge qualsiasi preclusione aprioristica, derivante da una gerarchizzazione *in abstracto* dei valori e degli interessi in gioco, ma ne ricerca al contrario una composizione ordinata, lumeggiata dai canoni

l'Unione europea, Milano, 2014, p. 23 ss. Sul concetto di "identità nazionale", nella specifica prospettiva della dialettica tra l'Unione europea e gli Stati membri, è tornata di recente a occuparsi anche S. NINATTI, *Identità costituzionale e valori. Note introduttive a margine della giurisprudenza della Corte di giustizia*, in L. MONTANARI, A.O. COZZI, M. MILENKOVIC, I. RISTIC (a cura di), *We, the people of the United Europe. Reflections on the European state of mind*, Napoli, 2022, p. 81 ss.

²L'espressione è stata adoperata, tra i primi, da M. VENTURA, *La laicità dell'Unione europea. Diritti, mercato, religione*, Torino, 2001, p. 239, a proposito della Dichiarazione n. 11 annessa al Trattato di Amsterdam, immediato antecedente dell'art. 17 TFUE.

³Senza pretesa di completezza, si evidenzia che hanno impiegato la locuzione "diritto ecclesiastico europeo", tra gli altri, G. DALLA TORRE, *Verso un diritto ecclesiastico europeo? Annotazioni preliminari sulla Costituzione*, in *Quad. dir. e pol. eccl.*, 2005/2, p. 399 ss.; M. LUGLI, J. PASQUALI CERIOLO, I. PISTOLESI, *Elementi di diritto ecclesiastico europeo*, Torino, 2^a ed., 2012; G. MACRÌ, M. PARISI, V. TOZZI, *Diritto ecclesiastico europeo*, Bari, 2006.

della proporzionalità e della ragionevolezza. Attesa l'incompetenza (artt. 4.1 e 5 TUE) che, com'è noto, l'ordinamento dell'Unione avverte nei riguardi della disciplina, in via diretta e immediata, del fattore religioso, la soluzione della controversia non può naturalmente che passare attraverso il suo assorbimento in un ambito di stretto rilievo sovranazionale⁴, e in particolare per il tramite di una sua lettura sotto lente dei "principi strutturali del libero mercato comunitario"⁵.

Già in diverse occasioni, infatti, la Corte di Giustizia ha avuto modo di saggiare la compatibilità di alcune normative ecclesiasticistiche nazionali con la disciplina europea in materia di concorrenza, prestando attenzione al profilo del divieto di aiuti di Stato (art. 107 TFUE), in ordine all'esercizio di attività economiche, di rilevanza transfrontaliera, svolte da enti confessionali⁶. La particolarità della vertenza che ci si accinge a esaminare discende invece dalla singolare (e fino a oggi inedita) interazione che essa prospetta tra l'ambito operativo delle libertà fondamentali del mercato interno dell'Unione⁷ – segnatamente, della libertà di stabilimento di cui all'art. 49 TFUE – e la categoria "classica" dei così detti *registration cases*, più familiare alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo⁸. Per suo canto, la soluzione adottata dalla Corte di Giustizia,

⁴In questo senso, a far tempo dal suo *leading case* in materia, *Udo Steymann c. Staatssecretaris Van Justitie* (CGUE, Sez. VI, 5 ottobre 1988, 196/87), la Corte di Giustizia ha affermato in maniera ricorrente che "la partecipazione ad una comunità fondata su una religione o su un'altra concezione spirituale o filosofica della vita non rientra nella sfera d'applicazione del diritto comunitario se non in quanto possa essere considerata un'attività economica", secondo le categorie proprie del diritto sovranazionale (§ 9).

⁵M. VENTURA, *Diritto e religione in Europa: il laboratorio comunitario*, in *Pol. dir.*, 1999, p. 604.

⁶In questa prospettiva, occorre richiamare le note pronunce pregiudiziali intervenute nei casi *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania c. Ayuntamiento de Getafe* (CGUE, Grande Sez., 27 giugno 2017, C-74/16); *Scuola Elementare Maria Montessori S.r.l. c. Commissione e Pietro Ferracci c. Commissione* (CGUE, Grande Sez., 6 novembre 2018, cause riunite da C-622/16 a C-624/16). Per una ricostruzione esaustiva di queste ultime delicate vertenze, che hanno interessato direttamente l'ordinamento italiano, vedasi, anche per richiami alla più vasta bibliografia, A. PIREGO, *Il recupero dell'ICI non versata dagli enti non commerciali (anche religiosi). Presupposti ed esiti di una recente pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Stato Chiese plur. conf.*, 2019/26, p. 5 ss.

⁷Non avevano invece rivelato profili di attrito con lo *status* nazionale delle organizzazioni religiose i casi *Yvonne van Duyn c. Home Office* (CGUE, 4 dicembre 1974, C-41/74) – riguardante la libertà di circolazione delle persone, con particolare riguardo a una donna (straniera) cui era stato negato l'ingresso nel Regno Unito, ove ella era stata chiamata a ricoprire il ruolo di segretaria presso una comunità di Scientology – e *Association Eglise de scientologie de Paris e Scientology International Reserves Trust c. Primo ministro* (CGUE, 14 marzo 2000, C-54/99) – che involgeva il principio di libera circolazione dei capitali.

⁸Per una rassegna approfondita su questo filone giurisprudenziale della Corte di Strasburgo, si rimanda a M. TOSCANO, *Il fattore religioso nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Itinerari giurisprudenziali*, Pisa, 2018, p. 129 ss.

che *prima facie* sembra inscrivere in uno “schema collaudato”⁹, meramente confermativo dei suoi precedenti, potrebbe dare l’abbrivio ad alcuni interessanti avanzamenti applicativi, su cui sarà opportuno soffermarsi con attenzione.

2. *Il caso Freikirche der Siebenten-Tags-Adventisten in Deutschland KdöR c. Bildungsdirektion für Vorarlberg (C-372/21). Breve riassunto della vertenza e dei quesiti pregiudiziali*

L’ausilio interpretativo della Corte di Giustizia è stato richiesto nell’ambito di una vertenza incardinata avanti alla giurisdizione austriaca. La controversia principale era stata introdotta dalla *Freikirche der Siebenten-Tags-Adventisten in Deutschland KdöR* (Libera Chiesa avventista del settimo giorno in Germania), la quale si era vista denegare la concessione di una sovvenzione finalizzata a retribuire il personale di una scuola privata della quale essa deduceva il carattere “confessionale”¹⁰ a mente del così detto *Privatschulgesetz* (Legge federale sulle scuole private). La motivazione del diniego poggiava sul dato che la Chiesa avventista tedesca, la quale in Germania gode della personalità giuridica di diritto pubblico¹¹, non soddisfaceva invece i requisiti articolati dal *Bundesgesetz über die Rechtspersönlichkeit von religiösen Bekenntnisgemeinschaften* (Legge federale sulla personalità giuridica delle comunità religiose) ai fini del suo riconoscimento (anche) nell’ordinamento austriaco. Il requisito in parola integrava un presupposto indefettibile ai fini dell’accoglimento dell’istanza. Invero, il sistema scolastico austriaco è conformato a un pluralismo “interconfessionale”¹², che si presta a consentire ai genitori di orientare l’istruzione dei loro figli in funzione dei loro convincimenti religiose, ma richiede a tale fine che le comunità confes-

⁹ Così A. LICASTRO, A. RUGGERI, *Diritto concordatario versus diritto eurounitario: a chi spetta la primauté? (a margine della pronunzia della Corte di Giustizia del 27 giugno 2017, C-74/16, in tema di agevolazioni fiscali per le “attività economiche” della Chiesa)*, in *Stato Chiese plur. conf.*, 2017/26, p. 2.

¹⁰ Ai sensi dell’art. 17 del *Privatschulgesetz*, “(1) [I]e Chiese e le associazioni religiose legalmente riconosciute beneficiano di sovvenzioni per la remunerazione del personale delle scuole private confessionali riconosciute, in conformità con le seguenti disposizioni. (2) Per scuole private confessionali s’intendono le scuole mantenute da Chiese e associazioni religiose legalmente riconosciute e dalle loro istituzioni, nonché le scuole mantenute da associazioni, fondazioni e fondi che sono riconosciute come scuole confessionali dall’autorità superiore ecclesiastica competente (dell’associazione religiosa interessata)”.

¹¹ Sul trattamento giuridico (“*legal status*”) delle confessioni religiose nell’ordinamento tedesco, alle quali è attribuita la qualifica di corporazioni di diritto pubblico, vedasi per tutti G. ROBBERS, *State and Church in Germany*, in G. ROBBERS (a cura di), *State and Church in the European Union*, 3^a ed., Baden-Baden, 2019, p. 109 ss.

¹² Così, nelle parole della stessa Corte (CGUE, Sez. III, 2 febbraio 2023, C-372/21, § 34).

sionali, siccome vocate a partecipare all'erogazione di un servizio pubblico¹³ – quello dell'istruzione scolastica¹⁴ –, ne assicurino una prestazione efficace ed effettiva. Esigenza di cui intende per l'appunto farsi carico il meccanismo nazionale di riconoscimento della personalità giuridica¹⁵ degli enti esponenziali delle confessioni, attraverso l'enumerazione di una serie di indici¹⁶ di radicamento territoriale, di segno quantitativo e cronologico, aventi carattere oggettivo¹⁷.

La Chiesa avventista tedesca si determinava, nondimeno, a impugnare il di-

¹³ Per un paragone con la disciplina italiana in materia di scuole paritarie (confessionali o semplicemente di ispirazione religiosa) nel quadro del principio di sussidiarietà orizzontale, cfr. G. CIMBALO, *La scuola tra servizio pubblico e principio di sussidiarietà. Legge sulla parità scolastica e libertà delle scuole private confessionali*, Torino, 1999; F. FRENI, *L'identità degli istituti d'istruzione confessionali. Riforme e scuole non statali*, Milano, 2007, (soprattutto p. 228 ss.). Cfr. anche, in chiave comparatistica, il lavoro di A. FERRARI, *Libertà scolastiche e laicità dello Stato in Italia e Francia*, Torino, 2002.

¹⁴ Come riportato dalla Corte di Giustizia, il Giudice del rinvio ha illustrato che nell'ordinamento austriaco le Chiese e le associazioni religiose riconosciute “sono persone giuridiche di diritto pubblico che godono di diritti speciali e sono incaricate di missioni, in particolare in materia di insegnamento, mediante le quali esse partecipano alla vita pubblica nazionale” (CGUE, Sez., III, 2 febbraio 2023, C-372/21, cit., § 11).

¹⁵ Sulla *ratio* “funzionale” o “strumentale” che presiede all'erezione in persona giuridica degli enti collettivi, commisurata allo scopo per il quale la personalità viene attribuita, si veda l'opera classica di G. ARANGIO-RUIZ, *Gli enti soggetti del diritto internazionale I*, Milano, 1951. Un'applicazione di tale teoria alla categoria degli enti religiosi civilmente riconosciuti è stata operata da P. LO IACONO, *La natura funzionale della personalità giuridica nel diritto ecclesiastico*, Napoli, 2000.

¹⁶ Ai fini del riconoscimento, si richiede che la comunità religiosa dimostri di “a) esistere in Austria da almeno 20 anni, dei quali dieci in forma organizzata e almeno cinque come comunità confessionale dotata di personalità giuridica ai sensi della presente legge; o b) essere integrata sotto il profilo organizzativo e dottrinale in un'associazione religiosa attiva a livello internazionale che esiste da almeno 100 anni ed essere già attiva in Austria in forma organizzata da almeno dieci anni; o c) essere integrata sotto il profilo organizzativo e dottrinale in un'associazione religiosa attiva a livello internazionale che esiste da almeno 200 anni e d) riunire un numero di membri pari almeno al due per mille della popolazione austriaca, come determinata nell'ultimo censimento. Se la comunità confessionale non è in grado di fornire tale prova sulla base dei dati del censimento, essa è tenuta a fornirla in qualsiasi altra forma idonea” (art. 11).

¹⁷ In merito all'ammissibilità, in astratto, di adottare un criterio numerico in ordine al riparto di risorse limitate nei confronti delle confessioni religiose, si è espressa anche la Corte costituzionale italiana. Ad avviso di quest'ultima, purché adoperato in modo ragionevole e proporzionato, tale “criterio è del tutto logico e legittimo [...] in quanto si limita a condizionare e a proporzionare l'intervento all'esistenza e all'entità dei bisogni al cui soddisfacimento l'intervento stesso è finalizzato” (Corte cost., 17 aprile 1993, n. 195). La pronuncia del Giudice delle leggi era stata sollecitata in ordine a una disciplina regionale relativa alla concessione di aree e contributi economici finalizzati alla realizzazione di attrezzature religiose. Sul tema, cfr. N. MARCHEI, *Il «diritto al tempio». Dai vincoli urbanistici alla prevenzione securitaria*, Napoli, 2018, la quale ammonisce, tuttavia, che simili criteri “conducono, qualora applicati indiscriminatamente e senza alcun correttivo, ad azzerare i diritti delle confessioni minoritarie, di nuova formazione o di nuovo insediamento nel Paese” (p. 69).

niego. Nell'articolare le proprie doglianze, l'attrice adduceva che l'attività espletata dalla scuola destinataria del contributo – gestita formalmente da un'associazione di diritto austriaco, ma da essa sostenuta in maniera sostanziale, mediante l'erogazione di finanziamenti, la fornitura di materiali didattici e la formazione continua del personale docente – dovesse qualificarsi come un'attività economica di prestazione di servizi, secondo il diritto primario dell'Unione. Il limite posto dall'ordinamento nazionale sarebbe pertanto ridonato, in tesi, in una restrizione della corrispondente libertà dell'operatore straniero, secondo una modalità che la Chiesa ricorrente reputava irragionevole.

Il Giudice rimettente, il *Verwaltungsgerichtshof* (Corte amministrativa d'Austria), aderiva, almeno nelle premesse qualificatorie, alla prospettazione della ricorrente e si interrogava, di conseguenza, sulla legittimità del provvedimento gravato. Il parametro di legittimità della normativa nazionale veniva individuato – seppur, come si dirà appresso, in modo impreciso – nell'art. 56 TFUE (libera circolazione dei servizi). Allo stesso tempo, tuttavia, il rimettente si domandava, in via preliminare, se la fattispecie in esame potesse soggiacere al diritto dell'Unione, siccome, a suo dire, la disciplina della concessione di sovvenzioni alle scuole private confessionali afferenti a Chiese e associazioni religiose riconosciute da uno Stato membro sarebbe appartenuta al settore delle relazioni tra tale Stato membro e dette Chiese e associazioni, ossia a un complesso assiologico-normativo rispetto al quale l'ordinamento sovranazionale, in osservanza del limite imposto dalle proprie competenze attribuite, e in particolare degli imperativi di “rispetto” e “non pregiudizio” espressi dell'art. 17.1 TFUE, dovrebbe rimanere “neutrale” (ma sul punto si tornerà meglio *infra*).

Di qui la sospensione del giudizio interno e la prospettazione di una problematica ermeneutica articolata in due questioni pregiudiziali: con la prima, il Giudice del rinvio domandava innanzitutto se, alla luce dell'art. 17.1 TFUE, una fattispecie in cui una Chiesa riconosciuta e stabilita in uno Stato membro dell'Unione europea presenti, in un altro Stato membro, istanza per la concessione di sovvenzioni a favore di una scuola privata, da essa reputata confessionale, rientrasse nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione (I); con il secondo quesito, il rimettente si interrogava se una previsione normativa come quella di specie, la quale subordini il rilascio delle predette sovvenzioni al previo riconoscimento di una Chiesa o associazione religiosa alla stregua del diritto nazionale, trovasse ostacolo nelle libertà fondamentali del mercato interno, e in particolare nella libertà di stabilimento *ex art.* 56 TFUE (II).

Come emerge da questi brevi cenni, il nodo interpretativo non si focalizza dunque, in via immediata, su di un settore della normativa nazionale afferente al fattore religioso, ancorché quest'ultimo ne risulti indirettamente (e inevitabilmente) riguardato. Ciò che giustifica il rilievo sovranazionale della vertenza è invece la prospettata riconducibilità dell'attività delle scuole confessionali, destinatarie di sovvenzioni statali elargite secondo criteri soggettivamente selettivi,

alla prestazione di un servizio qualificabile come “attività economica” secondo le categorie proprie del diritto sovranazionale. Agevole, a questo proposito, la risposta affermativa che viene offerta dalla Corte di Giustizia. L’attività delle scuole private austriache, ivi comprese quelle di ispirazione confessionale, risulta infatti essere finanziata “essenzialmente, mediante fondi privati non provenienti dal prestatore dei servizi [...] posto che lo scopo perseguito da tali scuole consiste nell’offrire servizi di questo tipo in cambio di una remunerazione”¹⁸. Parimenti agevole, ad avviso della Corte, sarebbe apprezzare il carattere transfrontaliero della controversia. Nel caso di specie, infatti, era stata direttamente la Chiesa avventista tedesca – e dunque un soggetto giuridico riconosciuto all’interno di un altro Stato membro – a richiedere alle autorità austriache una sovvenzione per una scuola sita in Austria, da essa sostenuta in quanto scuola confessionale.

Ebbene, è risaputo che nel perseguimento delle proprie finalità ultime, sottratte di per sé alle qualificazioni di valore operate dagli ordinamenti statali (e *a fortiori* dall’Unione europea), le confessioni religiose appaiono sempre più spesso coinvolte¹⁹, mediante la variegata galassia di enti che a esse in maniera più o meno immediata fanno capo, nella prestazione di servizi soddisfattivi di interessi generali rilevanti *in re civili*²⁰. Ciò significa, come è stato efficacemente rimarcato nel corso di un noto precedente della Corte di Giustizia, che gli enti delle confessioni “non svolgano, all’interno della società, soltanto compiti rigorosamente religiosi, ma forniscano anche un contributo importante ai fini del raggiungimento di obiettivi sociali, culturali ed educativi”²¹; contributo che concorre a determinare, nel suo complesso, il trattamento normativo (o, se si vuole, lo *status*) riservato a quei soggetti nell’ordinamento degli Stati membri. Secondo il paradigma consolidato della sussidiarietà orizzontale²², infatti, gli enti delle

¹⁸ CGUE, Sez. III, 2 febbraio 2023, C-372/21, cit. § 20.

¹⁹ Ciò è a dirsi, per limitarsi al caso italiano, specie a seguito della riforma organica che ha interessato la materia del Terzo settore, al cui interno possono iscriversi anche le attività “secolari” degli “enti religiosi civilmente riconosciuti” (art. 4, comma 3, d.lgs. n. 117/2017).

²⁰ Opina a questo proposito G. D’ANGELO, *Nuovo Welfare sussidiario e fattore religioso. Ragioni, limiti, contraddizioni*, Torino, 2021, cit., p. 88, che il concetto di “interesse generale” – richiamato in Italia dall’art. 118, comma 4, Cost., “non è pienamente sovrapponibile a quello di interesse pubblico. In particolare, esso non copre quelle attività che sono parimenti destinate al soddisfacimento di interessi della collettività ma che, a differenza degli interessi generali genericamente intesi, sono più direttamente imputati alle istituzioni pubbliche e sono quindi definiti essi stessi come pubblici”.

²¹ Cfr. le *Conclusioni* dell’Avvocato Generale nel caso *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania c. Ayuntamiento de Getafe* (CGUE, Grande Sez., 27 giugno 2017, C-74/16, cit., § 45).

²² Sul tema, con specifica attenzione alla dimensione sovranazionale del fenomeno, cfr. F. BOTTI, *Le confessioni religiose e il principio di sussidiarietà nell’Unione europea: un nuovo giurisdizionalismo attraverso il mercato*, in *Stato Chiese plur. conf.*, gennaio 2011.

confessioni religiose si trovano sovente a prestare un'attività di feconda "collaborazione"²³ con le autorità civili, configurata quale modalità di "integrazione"²⁴ delle loro attività nella realizzazione del "bene comune terreno"²⁵. Ciò a cui ci si riferisce – si badi – è una forma di collaborazione che non impegna il piano, caro alle categorie classiche del diritto ecclesiastico, delle relazioni tra ordinamenti indipendenti e sovrani su ordini propri e distinti²⁶ (Stato-confessioni religiose)²⁷, ma che implica piuttosto un concorso delle articolazioni soggettive delle confessioni istituzionali²⁸ nella realizzazione di obiettivi che l'ordinamento civile reputa meritevoli di sostegno, financo mediante la predisposizione di trattamenti, economici e fiscali, di favore.

Ma le ragioni del sostegno prestato dagli ordinamenti degli Stati membri alle attività degli enti confessionali (e più in generale religiosi) non si esauriscono qui. In sito nella forma costituzionale di alcuni Stati membri vi è altresì, talora, l'imperativo di assicurare "una coerente valorizzazione della meritevolezza di tutela [anche e prima di tutto] del fine genuinamente religioso che ispira l'azione sociale e nel contempo di una adeguata salvaguardia di quel diritto all'identità

²³ Il coinvolgimento "collaborativo" degli enti delle confessioni religiose in attività di interesse generale, alla stregua del canone di sussidiarietà orizzontale è da tempo oggetto delle riflessioni degli studiosi. Cfr., per un inquadramento d'insieme, il volume di G. CIMBALO, J.I. ALONSO PÉREZ (a cura di), *Federalismo, regionalismo e principio di sussidiarietà orizzontale. Le azioni, le strutture, le regole della collaborazione con enti confessionale*, Torino, 2003.

²⁴ Così M.C. FOLLIERO, *Istituzioni pubbliche e istituzioni confessionali tra collaborazione cooperazione e sussidiarietà: il ruolo dei principi*, in M.C. FOLLIERO, A. VITALE, *Diritto ecclesiastico. Elementi*, Quaderno 2, Torino, 2013, p. 227.

²⁵ Mediante il loro inserimento nel paradigma della sussidiarietà orizzontale, anche gli enti confessionali (o genericamente di ispirazione religiosa) pongono in essere attività "che non solo trascendono la mera dimensione individuale, ma assumono altresì rilevanza pubblicistica, concretizzandosi nel perseguimento del *bonum publicum* realizzato attraverso lo svolgimento di attività di interesse generale" (P. LO IACONO, *Gli enti ecclesiastici e gli enti religiosi quale archetipo della personalità giuridica (la valenza funzionale della personificazione tra normativa pattizia e Codice del Terzo settore)*, in P. CAVANA (a cura di), *Gli enti ecclesiastici nella riforma del Terzo settore*, Torino, 2021, pp. 64-65).

²⁶ Sul concetto di "ordine", inteso come complesso di materie, interessi e contenuti rimessi all'autodeterminazione sovrana di un ordinamento originario e (perciò) indipendente, si rinvia a J. PASQUALI CERIOLI, *L'indipendenza dello Stato e delle confessioni religiose. Contributo allo studio del principio di distinzione degli ordini nell'ordinamento italiano*, Milano, 2006.

²⁷ Questo è invece il terreno di elezione del principio italiano di "reciproca collaborazione", il quale, a dispetto della sua pattuizione nell'art. 1 dell'Accordo di Villa Madama tra lo Stato e la Santa Sede, è assunto oggi alla dignità di un principio generale, quale coniugazione settoriale del canone di solidarietà espresso dalla Costituzione (art. 2 Cost.): sul tema, di recente, v. *amplius* A. CESARINI, *La reciproca collaborazione tra la Repubblica e la Chiesa cattolica in materia giudiziaria. Prerogative sovrane distinte e loro coordinamento solidaristico nella prospettiva del bene comune*, in *Quad. dir. e pol. eccl.*, 2023/1, p. 177 ss.

²⁸ L'equazione istituzione-ordinamento giuridico è mutuata qui dal lessico di S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Macerata, (ristampa del) 2018.

strutturale e finalistica che può essere legittimamente vantato da ciascuna delle [...] forme espressive del fatto religioso organizzato che aspiri a contribuire al progresso spirituale e materiale della società”²⁹. Questo è tra gli altri il caso, occorre sottolinearlo, dell’ordinamento italiano, che conformandosi nel segno di una laicità “positiva”³⁰ e pluralista elabora istituti di promozione del fenomeno religioso organizzato rispetto ai quali, a rigore, “il diritto comunitario primario sembrerebbe impegnare il sistema dell’Unione a un certo *self-restraint*”³¹.

Quanto appena illustrato non implica, tuttavia, che laddove l’azione degli enti confessionali si strutturi nelle vesti di un’attività economica – *id est*, per quanto qui rileva, nella prestazione di un servizio reso dietro il pagamento un corrispettivo³² – essa possa sottrarsi automaticamente al rigore applicativo del diritto eurounitario. Poco importa infatti, che la finalità religiosa che anima il servizio lo connoti, agli occhi dei suoi fruitori, “in modo peculiare e imprescindibile”³³ e pertanto, in questo particolare senso, “infungibile”³⁴. A rivelarsi dirimente, per il diritto dell’Unione, è *viceversa* la circostanza che il servizio venga erogato in forma imprenditoriale nell’ambito di un mercato votato alla concorrenza, al cui interno le attività degli operatori economici, per quanto religiosamente animate, dovrebbero soggiacere alle norme del diritto eurounitario e alla forza livellatrice del suo primato.

²⁹ G. D’ANGELO, *Il favor fiscale dell’ente ecclesiastico-religioso “imprenditore sociale” nella prospettiva del divieto europeo di aiuti di Stato: conferme problematiche dalla recente giurisprudenza UE in tema di esenzione ICI/IMU*, in *Quad. dir. e pol. eccl.*, 2016/3, p. 678 s., il quale si richiama all’art. 4, comma 2, della Costituzione italiana. Rispetto alle più recenti traiettorie interpretative di quella disposizione della Carta, in una prospettiva di ricostruzione che *ivi* colloca l’ancoraggio di una più vasta e capillare “costituzione spirituale”, si vedano le riflessioni di F. COLOMBO, ‘*Costituzione spirituale*’ e *dovere di concorrere al progresso della società: spunti per un’indagine*, in *Stato Chiese plur. conf.*, 2023/5/b, p. 159 ss.

³⁰ Sulle implicazioni del “*coté positivo*” della laicità all’italiana, è tornato a riflettere, di recente J. PASQUALI CERIOLI, *Laicità*, in *Stato Chiese plur. conf.*, 2023/2, p. 83 ss.

³¹ Così A. LICASTRO, A. RUGGERI, *Diritto concordatario*, cit., p. 19.

³² Il diritto eurounitario, in materia, si applica soltanto alle attività delle “imprese”, la cui nozione, da intendersi in senso funzionale, comprende qualsiasi soggetto che eserciti un’attività economica, a prescindere dal suo *status* giuridico e dalle sue modalità di finanziamento. Costituisce un’attività economica, in particolare qualsiasi attività che consista nell’offrire beni o servizi su un determinato mercato. Cfr. le *Conclusioni* dell’Avvocato Generale nel caso *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania c. Ayuntamiento de Getafe* (CGUE, Grande Sez., 27 giugno 2017, C-74/16, cit.), §§ 36 ss.

³³ M. MICCINESI, *L’incidenza del diritto comunitario sulla fiscalità degli enti e delle confessioni religiose*, in *Stato Chiese plur. conf.*, novembre 2010, p. 8.

³⁴ Critico, nei confronti “di un indistinto modello egualitario di libero mercato, restio a percepire come le credenze etico-religiose siano, per loro natura, mutuamente incompatibili o infungibili”, è invece F. FRENI, *Enti ecclesiastici e associazioni etico-religiose in una “new economy” di comunione solidale. Per un’economia dal volto più umano*, in *Quad. dir. e pol. eccl.*, 2015/3, p. 902.

È dunque al crocevia di questo delicato snodo di valori e interessi che si colloca l'art. 17.1, nella funzione, che esso assolve, di assicurare un presidio all'identità nazionale degli Stati membri, specificativo del principio generale³⁵ espresso dall'art. 4.2. TUE³⁶. Ciò è quanto, del resto, riconosce la Corte di Giustizia nel caso qui preso in esame, dopo aver sostituito il parametro normativo originariamente evocato dal rimettente, ricollocando più opportunamente la controversia nel raggio operativo della libertà di stabilimento (art. 49 TFUE)³⁷. Sicché, in definitiva, il vero *punctum pruriens* riposa nell'interazione (o, come pure si è detto, del "combinato disposto"³⁸) tra gli artt. 17.1 e 49 TFUE. A dispetto della formale bipartizione delle questioni pregiudiziali formulate dal Giudice del rinvio, è proprio nell'operatività della "clausola di salvezza" del trattamento nazionale (*status*) del fenomeno religioso organizzato, oggi definitivamente ricalibrata rispetto alle sue opzioni ermeneutiche più risalenti, che risiede la chiave di lettura dell'intera controversia³⁹.

³⁵ Per una ricognizione dogmatica della categoria dei principi generali del diritto, si rimanda alle riflessioni di N. BOBBIO, (voce) *Principi generali di diritto*, *Noviss. dig. it.*, Vol. XIII, Torino, 1966. Cfr. anche, più di recente, G. ALPA, *I principi generali*, 3^a ed., in G. IUDICA E P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato* Milano, 2023. Con specifica attenzione ai principi generali dell'Unione europea, vedasi invece K. LENAERTS, J.A. GUTIÉRREZ-FONS, *The Role of General Principles of EU Law*, in AA.VV., *A Constitutional Order of States? Essays in EU Law in Honour of Alan Dashwood*, Oxford, 2011, p. 180 ss.

³⁶ È un'acquisizione condivisa il fatto che l'art. 17 TFUE costituisce specificazione dell'art. 4.2 TUE "in relazione a un peculiare ambito materiale di esperienza" (A. LICASTRO, A. RUGGERI, *Diritto concordatario*, cit., p. 28, nt. 81).

³⁷ Nelle parole di CGUE, Sez. III, 2 febbraio 2023, C-372/21, cit., § 26, "[o]ccorre ricordare, in via preliminare, che la scuola per la quale la Chiesa avventista tedesca richiede una sovvenzione si trova in Austria ed è gestita da un'associazione registrata in tale Stato membro, che assicura una presenza stabile e continuativa nel territorio di quest'ultimo. Pertanto, una situazione di questo tipo rientra nella libertà di stabilimento, garantita dall'articolo 49 TFUE, e non nella libera prestazione di servizi garantita dall'articolo 56 TFUE".

³⁸ CGUE, Sez. III, 2 febbraio 2023, C-372/21, cit., § 27.

³⁹ Sostanzialmente conforme A. LICASTRO, *La salvaguardia dello «status» nazionale delle confessioni religiose alla prova del principio eurounitario della libertà di stabilimento*, in *Consulta online*, 16 maggio 2023, p. 375, il quale osserva che "(anche) nell'esame della seconda questione pregiudiziale non si poteva prescindere dal riservare un adeguato rilievo al principio sancito dall'articolo 17 TFUE".

3. *La complessa vicenda interpretativa del primo paragrafo dell'art. 17 TFUE: da argine assoluto alla competenza dell'Unione europea a canone espressivo di un interesse (anche eurounitario) suscettibile di un bilanciamento ragionevole e proporzionato*

Le difficoltà ermeneutiche che accompagnano l'applicazione del primo paragrafo dell'art. 17 TFUE riflettono la complessità della sua gestazione normativa⁴⁰, nonché delle ragioni politico-istituzionali che motivarono il suo inserimento nel *corpus* dei Trattati. Com'è noto, l'ascrizione di quell'enunciato al piano del diritto primario dell'Unione costituisce un'acquisizione piuttosto recente, che risale alla stipula del Trattato di Lisbona. La clausola, invero, trova il proprio immediato antecedente nella Dichiarazione n. 11 allegata al Trattato di Amsterdam – quest'ultima destituita di cogenza normativa –, la cui introduzione intese rispondere a una duplice gamma di esigenze: da un lato, quelle manifestate dagli Stati membri, preoccupati di approntare un argine all'ingerenza che il diritto europeo minacciava di operare in un settore reputato espressione irrinunciabile della loro sovranità; dall'altro, quelle di alcune tra le principali confessioni religiose diffuse nel territorio europeo⁴¹, le quali, impiegando la loro vigorosa influenza lobbistica⁴², ambivano a preservare il trattamento di favore riservato alle proprie articolazioni soggettive, operanti all'interno dei singoli ordinamenti nazionali. In occasione della predisposizione del progetto per una Costituzione europea, le medesime rappresentanze confessionali divisarono di includere nell'articolato una previsione che assicurasse in maniera espressa il diritto di autodeterminazione in materia di insegnamento e di organizzazione delle Chiese e delle comunità religiose, nonché tutelasse le loro attività religiosamente motivate, con particolare riferimento all'esercizio del culto, alla carità, alla cultura e alla cura pastorale⁴³.

Il naufragio del progetto costituente europeo comportò l'abbandono del proposito di introdurre, in seno ai Trattati, un innesto di così ampio respiro. L'avvertita "inadeguatezza"⁴⁴ del presidio assicurato dalla Dichiarazione n. 11,

⁴⁰ Ne offre una ricostruzione esaustiva il lavoro di A. LICASTRO, *Unione europea e «status» delle confessioni religiose. Fra tutela dei diritti umani fondamentali e salvaguardia delle identità costituzionali*, Milano, 2014, p. 121 ss.

⁴¹ Per un'analisi dettagliata della natura e delle attività di questi soggetti, si rimanda all'opera collettanea di A.G. CHIZZONITI (a cura di), *Chiese, associazioni, comunità religiose e organizzazioni non confessionali nell'Unione europea*, Milano, 2002.

⁴² Sulla partecipazione delle organizzazioni religiose al fenomeno lobbistico che contraddistingue la *governance* dell'Unione europea, vedasi per tutti G. MACRI, *Europa, lobbying e fenomeno religioso. Il ruolo dei gruppi religiosi nella nuova Europa politica*, Torino, 2004.

⁴³ Per un esame della proposta, si rinvia a M. VENTURA, *L'articolo 17 TFUE come fondamento del diritto e della politica ecclesiastica dell'Unione europea*, in *Quad. dir. e pol. eccl.*, 2014/2, p. 295.

⁴⁴ Cfr. I.C. IBÁN, *Europa, diritto, religione*, Bologna, 2010, p. 157.

nondimeno, convinse gli Stati membri a elevare il contenuto di quella che era nata come una disposizione non precettiva al più elevato grado delle fonti dell'ordinamento sovranazionale, tenendo di conseguenza obbligate l'Unione e le sue Istituzioni a rispettare e non pregiudicare lo *status* nazionale assicurato alle forme organizzative in cui prende corpo il fenomeno religioso all'interno degli Stati membri (art. 17.1 TFUE). La novella ha comportato, giocoforza, che l'art. 17.1 TFUE assumesse una progressiva centralità nel sistema giuridico sovranazionale, nella misura in cui quest'ultimo intersechi, come sovente accade, la materia ecclesiasticistica. Complice l'opacità della scrittura normativa, tuttavia, l'individuazione del suo esatto significato ha a lungo affaticato gli interpreti, al punto che ancor oggi esso non appare del tutto chiaro, nell'insieme delle ricadute regolatorie che ne discendono. La varietà delle opzioni ermeneutiche che si sono avvicendate negli anni emerge dal lavoro di chi, in letteratura, ne ha meglio approfondito le sfaccettature⁴⁵.

Al fine di comprendere il contenuto normativo dell'art. 17.1 non si può omettere di fare chiarezza sulle assonanze che esso rivela con due dei principi fondanti del sistema eurounitario, ai quali la clausola risulta con tutta evidenza interrelata⁴⁶: ci si riferisce in primo luogo al principio di attribuzione delle competenze, espresso dagli artt. 4.1 e 5 TUE; in secondo luogo, al canone del rispetto dell'identità nazionale degli Stati membri, codificato dal secondo paragrafo dell'art. 4 TUE.

Com'è noto, in forza del principio di attribuzione, le Istituzioni eurounitarie possono operare soltanto nel tracciato definito dalle competenze di cui gli Stati le hanno investite, dal momento che “[q]ualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei trattati appartiene agli Stati membri” (art. 5.2 TFUE). Per quanto è qui d'interesse, è risaputo che nessuno spazio di azione è espressamente riservato all'Unione europea nella disciplina, in via diretta e immediata, del fattore religioso, il quale potrà essere attinto soltanto nell'eventualità (e nella misura) in cui i principi e le regole dell'Unione lo coinvolgano in via indiretta, nel perseguimento dei fini propri dell'ordinamento sovranazionale. Naturalmente, all'incompetenza eurounitaria in materia non può sottrarsi neppure il trattamento normativo (o, se si vuole, lo *status*) delle espressioni aggregative nelle quali il fattore religioso prende corpo, né, *a fortiori*, la disciplina dei rapporti e delle relazioni tra quelle e i singoli ordinamenti nazionali.

È proprio poggiando su questa (pacifica) constatazione che si innesta l'assunto, recepito infine nella giurisprudenza della stessa Corte di Giustizia, secondo cui

⁴⁵ Cfr. F. COLOMBO, *Interpreting Article 17 TFEU: New Openings towards a European Law and Religion System*, in *Stato Chiese plur. conf.*, 2020/1, in particolare p. 22 ss.

⁴⁶ Cfr., con specifica attenzione a questi legami, M. LUGATO, *L'Unione europea e le Chiese: l'art. 17 TFUE nella prospettiva del principio di attribuzione, del rispetto delle identità nazionali e della libertà religiosa*, in *Quad. dir. e pol. eccl.*, 2014/2, p. 312.

l'art. 17.1 TFUE esprimerebbe “la neutralità dell’Unione nei confronti dell’organizzazione, da parte degli Stati membri, dei loro rapporti [*rectius*, le loro relazioni] con le Chiese e le associazioni o comunità religiose”⁴⁷. Si tratta di una forma di neutralità – si badi – che non riflette una specifica presa di posizione dell’Unione europea nei riguardi del fenomeno religioso, da intendersi quale manifestazione di un attributo intrinseco alla sua forma ordinamentale, ma nemmeno, *viceversa* come la professione di un suo disinteresse generalizzato nei confronti della materia (e *a fortiori* della tutela della libertà⁴⁸) religiosa. La formula si atteggia invece, più precisamente, quale espressione significativa dell’“astensione” (tendenziale) che l’ordinamento sovranazionale si impegna a osservare nei riguardi di quella materia, derivante da una ricognizione del suo difetto di sovranità⁴⁹.

La presa d’atto della neutralità del sistema sovranazionale nel campo religioso, così ridefinita, può oggi dirsi fermamente recepita nel diritto vivente dell’Unione europea. L’affermazione, dogmaticamente ineccepibile, coglie nel segno, ma un suo impiego disinvolto (e superficiale) rischia di prestare il fianco a una serie di criticità, che trovano peraltro una parziale eco anche in alcuni dei più recenti arresti della Corte di Giustizia. In primo luogo, va evidenziato che, qualora il significato normativo dell’art. 17.1 si esaurisse in una semplice riaffermazione dell’incompetenza comunitaria in materia di relazioni Stato-confessioni, si scontrerebbe il rischio di svuotare la disposizione “quasi del tutto di un qualsiasi contenuto capace di darle un senso ragionevole e non banalmente ovvio, oltreché privo di qualsiasi pratica rilevanza”⁵⁰. Il rischio appare evidente, a

⁴⁷ Così nel caso *Egenberger* (CGUE, Grande Sez., 17 aprile 2018, C-414/16).

⁴⁸ Libertà che l’Unione, nel suo ambito di competenze (cfr. art. 51 CDFUE), si propone *viceversa* di tutelare a prescindere da quale sia l’interpretazione da accordare alla clausola di salvaguardia: cfr. C. HONORATI, *Art. 17 TFUE*, in F. POCAR, M.C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai trattati dell’Unione europea*, Padova, 2014, p. 199. Occorre richiamare, a questo proposito, l’art. 10 CDFUE, il quale riconosce e garantisce a ogni persona la libertà di pensiero, coscienza e religione. Si tratta di una norma della quale la Corte di Giustizia ha postulato l’immediata applicabilità nelle controversie di diritto interno, anche previa eventuale disapplicazione della normativa nazionale: cfr., di recente, il caso *Centraal Israëlitisch Consistorie van België e.a. e Altri c. Vlaamse Regering* (CGUE, Grande Sez., 17 dicembre 2020, C-336/19). Altro terreno di intersezione tra la normativa eurounitaria e la materia ecclesiasticistica è quella inerente al divieto di discriminazione (tra l’altro) in ragione della propria fede religiosa (artt. 19 TFUE e 21 CDFUE). Non si può fare a meno di richiamare, in tal senso, i noti casi *Samira Achbita, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. G4S Secure Solutions NV* (CGUE, Grande Sez., 14 marzo 2017, C-157/15); *Asma Bougnaoui, Association de défense des droits de l’homme (ADDH) c. Micropole SA, former Micropole Univers SA* (CGUE, Grande Sez., 14 marzo 2017, C-188/15); *IX c. WABE eV e MH Müller Handels GmbH c. MJ* (CGUE, Grande Sez., 15 luglio 2021, cause riunite C-804/18 e C-341/19).

⁴⁹ Si concorda, sul punto, con F. COLOMBO, *Interpreting Article 17 TFEU*, cit., pp. 19-20.

⁵⁰ A. LICASTRO, *Il rapporto di lavoro degli insegnanti di religione nelle scuole pubbliche italiane davanti alla Corte di giustizia dell’Unione europea*, in *Stato Chiese plur. conf.*, 2022/4, p. 84.

maggior ragione, al cospetto di quella variante interpretativa “minimalist[a]”⁵¹, anch’essa riscontrata nella recente giurisprudenza di Lussemburgo, che legge nell’art. 17.1 un’espressione del “principio dell’autonomia organizzativa delle comunità religiose”⁵², sottratta a sua volta (per la verità, in maniera incontrovertibile) a qualsiasi forma di ingerenza delle Istituzioni sovranazionali.

Di qui inoltre l’equivoco, talora (e in un certo senso strumentalmente) coltivato dalle difese dei Governi intervenuti nell’ambito di alcune vertenze pregiudiziali, secondo cui la clausola di salvaguardia integrerebbe un argine assoluto non solo al dispiegarsi del diritto dell’Unione europea, ma financo all’intervento dell’Istituzione chiamata a interpretarlo, dacché essa porrebbe addirittura un limite ai suoi poteri di cognizione ogniqualvolta si verta in una fattispecie che impegni lo *status* nazionale delle chiese, associazioni e comunità religiose. Nella pratica, in certi casi, quest’opzione interpretativa ha indotto i Governi nazionali a opporre alla Corte di Giustizia una vera e propria eccezione processuale di incompetenza, cui essa ha pure dato riscontro, in due pronunciamenti recenti, dedicando alla questione un’apposita sezione della parte motiva, rubricata “[s]ulla competenza della Corte”⁵³, salvo poi affermare, in concreto, la propria *potestas iudicandi*.

La problematica interpretativa, invece, acquista ben altro respiro laddove si apprezzi alla luce dei nessi di significato che possono tracciarsi tra l’art. 17.1 TFUE e l’art. 4.2. TUE, come una parte degli interpreti da tempo suggerisce. Infatti, qualora la clausola di salvaguardia dello *status* di chiese, associazioni e comunità religiose venga letta come una declinazione settoriale di un principio (generale) che impone un eguale rispetto dell’“identità nazionale” degli Stati membri, essa tende a dismettere le vesti di un limite assoluto alla competenza del diritto dell’Unione europea (e, parimenti, del potere di cognizione della sua Corte), per assumere piuttosto quelle di canone espressivo di un interesse proprio dello stesso ordinamento sovranazionale, riverbero dell’apparato di valori che ne descrive la struttura “costituzionale”⁵⁴. In altri termini, come è stato osservato da un’autorevole dottrina, “[r]iguardata l’identità dell’Unione in prospettiva assiologicamente orientata, appare di tutta evidenza come la stessa risulti dall’insieme dei suoi principi fondamentali e non possa perciò esaurirsi e – si

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² In questo senso, la Corte nel caso *Jehovan Todistajat* (CGUE, Grande Sez., 10 luglio 2018, C-25/17, § 74).

⁵³ Così è avvenuto nei casi *Cresco Investigation GmbH c. Markus Achatzi* (CGUE, Grande Sez., 22 gennaio 2019, C-193/17, §§ 29 ss.) e *YT e altri c. Ministero dell’Istruzione, dell’Università e della Ricerca – MIUR* (CGUE, Sez II, 13 gennaio 2022, C-282/19, §§ 39 ss.).

⁵⁴ Sull’utilizzabilità dell’aggettivo “costituzionale” a proposito dei principi strutturali dell’Unione europea, a dispetto del fallimento del progetto di dotarla di un vero e proprio “trattato costituzionale”, cfr. in generale P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell’Unione europea*, 6^a ed., Torino, 2022.

vorrebbe dire – immiserirsi nel solo richiamo al pur qualificante, imprescindibile, principio del primato”⁵⁵, nella misura in cui la *vis* disapplicativa di quest’ultimo venga prestata, acriticamente, all’*enforcement* delle norme del mercato interno. Ciò significa che il rispetto dell’identità degli Stati membri (e così pure dello *status* che essi accordano al fenomeno religioso organizzato) costituisce espressione di un interesse fondamentale per la stessa Unione europea, di rango non subalterno, bensì equiordinato, rispetto a quelli che sottendono le norme sovranazionali (*inter alia*) in materia di concorrenza e, più in generale, del mercato interno. Una conclusione differente scadrebbe invece nella conseguenza, tecnicamente fallace, di dare luogo “alla tirannica sopraffazione [di un interesse sull’altro], in contraddizione con la premessa teoricamente indiscussa secondo cui tutti i principi [e così, per riflesso, gli interessi che essi esprimono] sono *parimenti* fondamentali”⁵⁶.

In definitiva, da ciò discende che nessuno degli interessi in conflitto – né quelli che presiedono al funzionamento del mercato interno, né il rispetto dell’identità nazionale degli Stati – cui pertiene, si ribadisce, lo *status* delle organizzazioni religiose – possa rivendicare una dignità poziore, suscettibile di tradursi in un’aprioristica “ordinazione gerarchica”⁵⁷. Al contrario, occorre ricercare, in ogni caso, una composizione armonica di quegli interessi “per il tramite della tecnica usuale del bilanciamento”⁵⁸, il cui esito dovrà valutarsi alla stregua dei canoni di stretta ragionevolezza e proporzionalità. Sebbene in ultima analisi esso sia rimesso al giudice nazionale, nella sua qualità di referente applicativo “diffuso” del diritto dell’Unione, si tratta di un bilanciamento cui la Corte di Giustizia è chiamata a fornire indispensabili criteri orientativi, esercitando la propria funzione di interprete istituzionale di quell’apparato normativo.

4. I termini del bilanciamento e i loro criteri di composizione. La disciplina nazionale di riconoscimento degli enti esponenziali delle confessioni religiose e la sua sindacabilità (implicitamente ammessa) alla stregua delle norme del mercato interno dell’Unione europea

Ciò che si è detto finora corrisponde a quanto ha avuto modo di affermare la stessa Corte di Giustizia in quello che a tutt’oggi, tra i suoi pronunciamenti, ha ricostruito nella maniera più esaustiva la portata giuridica della clausola di cui all’art. 17.1 TFUE. In seno alla decisione pregiudiziale intervenuta nel caso

⁵⁵ A. LICASTRO, A. RUGGERI, *Diritto concordatario*, cit., p. 61.

⁵⁶ *Ivi*, p. 27 (corsivo nel testo).

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ *Ibidem*.

Egenberger, il Giudice di Lussemburgo ha postulato infatti che, dinanzi a una fattispecie che involga il trattamento nazionale (*status*) del fenomeno religioso organizzato, occorra procedere a un “eventuale bilanciamento dei diversi interessi in gioco [tra i quali rientra a pieno titolo] il rispetto dello *status* delle Chiese sancito all’articolo 17 TFUE”⁵⁹. Laddove tale interesse venga a collidere con posizioni di pari grado, la “clausola di salvaguardia” che quella disposizione esprime si qualifica specificazione di un principio generale del diritto dell’Unione, il quale impone che “nell’interpretare e applicare il diritto dell’Unione [lo *status* nazionale delle chiese, associazioni e comunità religiose] deve essere rispettato e non può essere pregiudicato”⁶⁰, a patto che il suo bilanciamento con principi (o meglio, con i correlati interessi⁶¹) di pari rango restituisca un esito proporzionato.

Sennonché, tutto ciò assodato, all’interprete è richiesto ancora di superare due scogli teorici di non poco momento. Nell’economia dell’evocata ponderazione di interessi, occorre infatti chiarire, in primo luogo, quali siano l’esatta natura e la portata dei termini del conflitto; in secondo luogo, è necessario individuare quali criteri presiedano alla loro composizione. Ai fini della soluzione della prima problematica assume rilievo, segnatamente, l’annosa disputa intesa a individuare l’esatto significato del vocabolo *status* (delle chiese, associazioni e comunità religiose), nell’accezione che gli è propria laddove venga assunto quale oggetto del “rispetto” e del “non pregiudizio” che l’Unione si impegna a serbare (art. 17.1 TFUE) nell’esercizio delle competenze che le sono attribuite. La nozione giuridica di *status* sconta le aporie di una scrittura normativa indeterminata, al punto che la latitudine del significante parrebbe essere rimessa – nel difetto, sul punto, di una presa di posizione puntuale della Corte di Giustizia – a opzioni ermeneutiche fluide e irrimediabilmente variabili. Ai nostri fini soccorre, tuttavia, la constatazione dell’esigenza di inserire l’art. 17.1 TFUE in un quadro normativo – quello del diritto europeo di rango primario – che reclama un equi-

⁵⁹CGUE, Grande Sez., 17 aprile 2018, C-414/16, cit., § 81. Sul tema del bilanciamento tra principi (e interessi) equiordinati alla luce della sentenza *Egenberger*, cfr. F. CROCI, *Interazioni tra principi (e tra fonti) nel diritto dell’Unione europea: la sentenza Egenberger e i successivi sviluppi*, in *Stato Chiese plur. conf.*, 2019/3, p. 86 ss.

⁶⁰Cfr. *Conclusioni* Avvocato Generale, § 33, nel procedimento di cui alla sentenza CGUE, Grande Sez., 27 giugno 2017, C-74/16.

⁶¹La tecnica del bilanciamento può certamente essere definita quale uno strumento di risoluzione delle antinomie tra principi che si trovano a confliggere “in concreto” (su cui R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI (a cura di) *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, I, t. 1, Milano, 1998, p. 228 ss.), ma ciò purché si chiarisca che tali principi “entrano nel giudizio [...] in via riflessa o mediata” (A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Torino, 2014, p. 15), siccome l’oggetto della ponderazione va ricercato più propriamente negli interessi che essi sottendono.

librio armonico e del quale, come s'è argomentato *supra*, la “clausola di salvaguardia” costituisce componente impreteribile.

Per limitarsi a una breve rassegna delle principali posizioni espresse in letteratura, basterà qui illustrare come, ad avviso di taluno, l'art. 17.1 TFUE abbraccerebbe l'intera disciplina nazionale del fenomeno religioso, almeno laddove esso venga contemplato nella sue manifestazioni plurisoggettive organizzate⁶²; secondo altri esso si riferirebbe soltanto alla dimensione istituzionale di quel fenomeno⁶³, la quale verrebbe attinta soltanto laddove le confessioni religiose si strutturino nella veste di ordinamenti giuridici (indipendenti e sovrani in un ordine loro esclusivo); altri, ancora, valorizzando il nesso tra identità nazionale (art. 4.2 TUE) e *status*, hanno fatto richiamo all'insieme di principi che caratterizzano la forma di Stato degli ordinamenti interni per quanto concerne la materia religiosa⁶⁴; altri studiosi, infine, hanno ipotizzato che una definizione dovrebbe dedursi dalla natura delle fonti (nazionali) prese in esame, di talché il perimetro dello *status* delle confessioni religiose potrebbe essere ricavato soltanto da norme “specifiche”, quali quelle che siano il frutto di una previa negoziazione assieme alle loro rappresentanze⁶⁵.

Alla luce di un simile quadro di incertezza, si è indotti a concordare con coloro che, in dottrina, hanno evidenziato i limiti di un'indagine che pretenda di individuare i confini di quella nozione prendendo le mosse da una singola (e conseguentemente ristretta) prospettiva nazionale⁶⁶, dal momento che la sua portata non potrebbe comprendersi se non alla luce del diritto europeo e delle categorie giuridiche che gli sono proprie. In questa prospettiva, la medesima dottrina suggerisce di abbandonare un approccio esegetico “unidirezionale”⁶⁷, privilegiando piuttosto una lettura sistematica, intesa a valorizzare alcune traiettorie di significato ricorrenti tra i paragrafi primo e terzo dell'art. 17 TFUE. In particolare, si è posto l'accento sul richiamo che il terzo paragrafo rivolge al

⁶² In altri termini, si includerebbero “tutte le regolamentazioni aventi valore di legge ordinaria nei singoli paesi, sulle quali si basano i diritti delle comunità religiose” (così, con un accento critico, R. PUZA, *Effetti dell'ordinamento comunitario sullo status delle confessioni religiose nei paesi dell'Unione europea*, in L. DE GREGORIO (a cura di), *Le Confessioni religiose nel diritto dell'Unione europea*, Bologna, 2012, p. 51.

⁶³ In questo senso, I.C. IBÁN, *Europa, diritto, religione*, cit., p. 266.

⁶⁴ M. TOSCANO, *La decisione del Mediatore europeo del 25 gennaio 2013: un passo avanti verso un'applicazione efficace dell'art. 17 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea?*, in *Stato Chiese plur. conf.*, 2014/5, p. 18.

⁶⁵ Di una “dimensione relazionale in senso strettamente giuridico eventualmente pattuita, concordata, tra le istituzioni statali e i gruppi religiosi” ha parlato S. MONTESANO, *Brevi riflessioni sull'art. 17 TFUE e sul progetto di Direttiva del Consiglio recante disposizioni in materia di divieto di discriminazione*, in *Stato Chiese plur. conf.*, 2015/18, p. 16 (corsivo nel testo).

⁶⁶ Cfr. F. COLOMBO, *Interpreting Article 17 TFEU*, cit., p. 8.

⁶⁷ V. *ivi*, p. 24.

“contributo specifico” delle chiese, associazioni e organizzazioni religiose, nella prospettiva del loro “dialogo” con le Istituzioni dell’Unione, per ipotizzare che lo *status* menzionato dal primo paragrafo dell’articolo si porrebbe a sua volta a presidio dei profili della disciplina nazionale che involgono “profili specificamente religiosi, in particolare quelli che sarebbe irragionevole (in considerazione della loro specificità, non solo da un punto di vista soggettivo, ma, prima di tutto, da un punto di vista oggettivo) rimettere alla disciplina ordinaria [di diritto comune]”⁶⁸. In questo modo, la giustificazione del trattamento differenziato da riservare agli enti religiosi verrebbe a essere ricercata nelle caratteristiche peculiari di ciascuna confessione (e per riflesso degli enti personificati che ne sono emanazione), laddove a quelle venga attribuito rilievo giuridico all’interno degli ordinamenti nazionali. Si tratta di un’interpretazione – occorre evidenziare *en passant* – che ha il pregio di rivelare significative assonanze con la disciplina concordataria italiana in materia di enti ecclesiastici civilmente riconosciuti, la quale assoggetta le loro “attività diverse” da quelle di religione o di culto (art. 16, lett. b)), l. n. 222/1985) “alle leggi dello Stato concernenti tali attività e al regime tributario previsto per le medesime”, purché ciò avvenga “nel [ragionevole] rispetto della struttura e della finalità di tali enti” (art. 5.3, comma 2, l. n. 121/1985).

L’asserto coglie nel segno, nella misura in cui riconduce la *ratio* della clausola di salvaguardia delle espressioni plurisoggettive e organizzate del fenomeno religioso all’esigenza (che, come s’è visto, risponde a un interesse anche europeo, *ex art. 17.1 TFUE*) di assicurare il pieno rispetto e il non pregiudizio del trattamento, ragionevolmente differenziato, che venga loro accordato all’interno degli ordinamenti nazionali. L’equazione *status*-tutela della specificità confessionali, tuttavia, pare abbracciare solo una parte del problema, non riuscendo a esaurirlo. Categoria tipicamente italiana, ove allude, nella sua accezione più tecnica, all’oggetto dei *rapporti* disciplinati dalla normativa pattizia *ex artt. 7, comma 2, e 8, comma 3, Cost.*⁶⁹, il concetto di “specificità confessionale” è invece deprivato di un’analogia pregnanza laddove venga calato nelle maglie del diritto eurounitario. Né il concetto di “specificità” pare poter essere valorizzato, ai nostri fini, sotto il differente angolo di osservazione della natura delle fonti chiamate a regolare il fenomeno religioso organizzato all’interno degli Stati membri. Va da sé, infatti, che il trattamento giuridico delle confessioni religiose non è affidato in tutti gli

⁶⁸ *Ivi*, pp. 25-26 (traduzione mia).

⁶⁹ Vedasi, per tutte, Corte cost. n. 346/2002, la quale postula che la disciplina pattizia sia “lo strumento previsto dalla Costituzione per la regolazione dei rapporti delle confessioni religiose con lo Stato per gli aspetti che si collegano alle specificità delle singole confessioni o che richiedono deroghe al diritto comune”. In questo modo, il diritto pattizio è funzionalizzato alla tutela di “legittime esigenze identitarie” (J. PASQUALI CERIOLO, *Interpretazione assiologica, principio di bilateralità pattizia e (in)eguale libertà di accedere alle intese ex art. 8, terzo comma, Cost., in Stato Chiesa plur. conf.*, 2016/26, p. 7).

Stati dell'Unione a una regolamentazione previamente concordata con le relative rappresentanze, né tantomeno a una regolamentazione organica ed esaustiva, dal momento che la relativa disciplina appare piuttosto “sommersa”⁷⁰ in una pluralità di fonti caratterizzate da un fenomeno di intensa “de-formazione e proliferazione”⁷¹. Si rileva, al contrario, che il diritto nazionale richiamato dall'art. 17 TFUE non è sempre e ovunque suscettibile di essere ridotto a “un *corpus* organico e ‘speciale’ di regole e principi – per tipologia delle fonti giuridiche di produzione o per i contenuti delle norme costitutive (soltanto in alcuni casi rivestite di carattere tipicamente derogatorio) – ma circoscrivibile sulla base del suo particolare (e [secondo quest'altra accezione] ‘specifico’) campo materiale di applicazione”⁷². Sono semmai la trasversalità della materia religiosa e la parcelizzazione, talora esasperata, che ne caratterizza la disciplina a motivare l'esigenza di una clausola di salvaguardia, intesa a rispettare e non pregiudicare le differenze di trattamento che a quel fenomeno vengano accordate, da vagliarsi alla stregua del canone generale di ragionevolezza.

Ciò al cospetto del quale deve confrontarsi la neutralità del diritto europeo, pertanto, non sono soltanto le specificità confessionali – eventualmente fatte oggetto di *rapporti* tra gli Stati e le confessioni, regolati in forma interpotestativa –, bensì, in modo più generale, lo *status* nazionale di quelle Chiese, associazioni o comunità religiose, quale che sia il tipo di fonte cui ne venga affidata la disciplina. Si tratta di un'espressione di respiro generale che si apre ad abbracciare il trattamento giuridico di questi soggetti, inteso nel suo complesso. Difficilmente potrebbe negarsi, del resto – e così tornando al caso giudiziario da cui ha preso le mosse questa riflessione –, che sia da ricondurre proprio alla nozione di *status* una disciplina nazionale (generale e dunque “a-specifica”) di riconoscimento della personalità giuridica degli enti esponenziali delle confessioni religiose. Tale riconoscimento parrebbe afferire, anzi, proprio al cuore di quella nozione, nel momento in cui esso venga ascritto a pre-condizione selettiva di un trattamento giuridico di favore, quale è quello di cui si discute nel caso di specie. Tale disciplina appartiene a un'area di interessi e contenuti rispetto alla quale l'Unione europea si professa strutturalmente neutrale, al punto che non solo le è impedito di imporre – come opportunamente chiarisce la stessa Corte di Giustizia – “a uno Stato membro di riconoscere lo *status* di cui beneficiano dette Chiese, associazioni o comunità religiose in forza del diritto di altri Stati membri”⁷³, ma in ogni caso – come deduce l'Avvocato Generale nelle sue conclusioni – “gli Stati

⁷⁰ Di un “diritto ecclesiastico sommerso” ha parlato, per la prima volta, da E.G. VITALI, *Relazione di sintesi*, in R. BOTTA, *Interessi religiosi e legislazione regionale*, Milano, 1994, p. 155.

⁷¹ Il richiamo va a G. CASUSCELLI, *Diritto ecclesiastico e attuazione costituzionale tra de-formazione e proliferazione delle fonti*, in *Stato Chiese plur. conf.*, luglio 2010.

⁷² A. LICASTRO, *Unione europea e «status»*, cit., p. 198.

⁷³ CGUE, Sez. III, 2 febbraio 2023, C-372/21, cit., § 41.

membri devono disporre di un ampio margine di manovra per quanto riguarda le norme relative al riconoscimento delle comunità religiose e al rapporto che intendono stabilire con esse”⁷⁴. Ciò non toglie, tuttavia, che allorché un simile regime determini un potenziale *vulnus* dell’applicazione delle norme eurounitarie, la Corte possa (anzi debba, alla stregua del suo diritto) interrogarsi sulla sua compatibilità sovranazionale.

Ecco allora che il *focus* dell’indagine dovrà preferibilmente spostarsi dalla delimitazione – sterile, per le ragioni anzidette – dei termini del bilanciamento, per approcciare quella – più feconda – dei criteri che attendono alla sua soluzione. A questi fini, il compito dell’interprete risulta in un certo senso agevolato laddove sia già lo stesso diritto sovranazionale a indicare dei criteri di coordinamento tra gli interessi in gioco, sicché in questi casi sarà sua cura tenere nel debito conto “l’equilibrio stabilito tra tali interessi dal legislatore dell’Unione”⁷⁵. Previsioni di questo tipo non sono infatti del tutto ignote al diritto derivato. Basti pensare all’art. 4.2 della direttiva 2000/78/CE, che consente, nel rispetto di particolari condizioni, di sottrarre le organizzazioni di tendenza – e nel novero di queste, “le chiese” – al rigore della normativa antidiscriminatoria in materia lavoristica. Ciò alla luce del considerando 24, il quale richiama la (rilevante *ratione temporis*) dichiarazione n. 11 annessa al Trattato di Amsterdam. Si consideri, inoltre, la materia della protezione dei dati personali. Ivi, il così detto GDPR, reca un riferimento espresso all’art. 17 TFUE nel suo considerando 165, mentre all’art. 91 prevede una normativa differenziata per le “chiese e associazioni o comunità religiose [che] applichino, al momento dell’entrata in vigore del [...] regolamento, *corpus* completi di norme a tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento”, chiarendo a ogni modo che “tali *corpus* possono continuare ad applicarsi purché siano resi conformi al presente regolamento”. Entrambe le normative prospettano, all’evidenza, un confronto tra interessi di pari grado, cui il legislatore eurounitario si premura di fornire preventivamente dei criteri di ponderazione.

Negli altri casi, in mancanza di una puntuale disciplina di diritto derivato, l’interprete dovrà farsi carico invece di ricercare criteri di coordinamento emergenti direttamente dai Trattati. Come s’è anticipato, ciò è proprio quanto avvenuto nell’occasione di specie, ove la Corte di Giustizia ha ricercato la soluzione della questione sottoposta nella lettura in combinato disposto degli artt. 17 e 49 TFUE. Ebbene, nel caso che qui ci occupa, il Giudice di Lussemburgo ha ritenuto di poter “salvare” la normativa nazionale, argomentandone la compatibilità eurounitaria attraverso una motivazione logicamente consequenziale che lo conduce ad apprezzarne, nell’ordine, la rispondenza a una “ragione imperati-

⁷⁴ Così l’Avvocato Generale nelle sue *Conclusioni* nel caso di cui CGUE, Sez. III, 2 febbraio 2023, C-372/21, § 82.

⁷⁵ CGUE, Grande Sez., 17 aprile 2018, C-414/16, cit., § 81.

va di interesse generale”, nonché la compatibilità con il principio di proporzionalità (e ragionevolezza)⁷⁶.

Positivo, infatti, il riscontro che la Corte fornisce in ordine al primo criterio: la normativa in analisi, conformando il sistema scolastico in senso “interconfessionale” mediante un sostegno economico alle scuole private di ispirazione religiosa, consente effettivamente ai genitori di conformare l’istruzione dei loro figli in funzione delle loro convinzioni fideistiche e persegue quindi un obiettivo legittimo. Parimenti affermativo è il giudizio che la Corte trae in ordine alla congruenza di quella disciplina rispetto al canone di proporzionalità. Ciò a dirsi perché, nell’ordine: la normativa nazionale sarebbe idonea a perseguire quell’obiettivo, dal momento che un riconoscimento delle Chiese e delle associazioni religiose operato secondo presupposti (oggettivi) di ordine numerico e temporale consente di assicurare che la loro attività “secolare” abbia una certa dimensione, di modo che essa non si limiti a fornire un’utilità ai loro membri, ma concorra in maniera efficace all’erogazione di un servizio di interesse generale; la normativa non eccederebbe inoltre quanto necessario per conseguire l’obiettivo, poiché la previsione di quei presupposti di riconoscimento apparirebbe strettamente funzionale al suo perseguimento; da ultimo, è incontestata (tant’è che la Corte glissa sul punto) la rispondenza della misura al criterio della proporzionalità in senso stretto.

5. Conclusioni

Il più recente approfondimento giurisprudenziale del primo paragrafo dell’art. 17 TFUE genera interessanti prospettive di analisi in ordine alle sue future traiettorie applicative, le quali non appaiono ancora del tutto indagate nelle proprie potenzialità. Il caso esaminato in questa sede offre un punto di osservazione privilegiato per apprezzare lo stato dell’arte della “vecchia” clausola di salvaguardia dello *status* nazionale delle chiese, associazioni e comunità religiose. Di là delle risposte che la Corte di Giustizia fornisce ai quesiti pregiudiziali sottoposti dal rimettente, invero, preme sottolineare la portata sistematica della sua pronuncia, la cui motivazione prospetta – come anticipato in premessa – un

⁷⁶ Come osserva correttamente A. LICASTRO, *La salvaguardia dello «status»*, cit., p. 377, la Corte di Giustizia, pur senza nominare quel principio compie “in pratica una valutazione di ragionevolezza e individua un criterio oggettivo (sostanzialmente consistente nella fruibilità delle azioni svolte da una confessione sufficientemente radicata nel territorio da parte di soggetti ulteriori rispetto alla ristretta cerchia dei fedeli e dunque, in questo senso, con risvolti di interesse generale ossia di rilevanza “pubblicistica”) che renda legittima la differenziazione di status riservata nel diritto interno austriaco rispettivamente alle confessioni riconosciute e a quelle prive di tale riconoscimento”.

avanzamento di rilievo tutt'altro che secondario ai fini del consolidarsi di un diritto ecclesiastico europeo⁷⁷.

Non genera sorpresa constatare come il Giudice di Lussemburgo ribadisca che l'art. 17.1 TFUE non possa costituire, di per sé e in generale, un argine preventivo all'applicazione del diritto europeo nei confronti delle attività, diverse da quelle strettamente di religione o di culto, che quei soggetti esercitino all'interno di un mercato concorrenziale di rilievo transfrontaliero. Da questo punto di vista, non ci si trova infatti che di fronte alla riaffermazione di un assunto oramai consolidato, per il quale la clausola di salvaguardia non costituisce un "meta-principio di diritto costituzionale che impone all'Unione di rispettare lo status delle Chiese, delle associazioni e comunità religiose [...] degli Stati membri come stabilito dal diritto degli stessi, *qualunque siano le circostanze*"⁷⁸. La clausola non incarna, in altri termini, un insuperabile argine preventivo all'applicazione del diritto europeo (comunque da incanalarsi nei limiti delle sue competenze attribuite), ma si premura soltanto di rappresentare come il rispetto e il non pregiudizio dello *status* accordato ai soggetti religiosi dagli Stati membri – siccome riflesso della loro identità nazionale – costituisca un principio fondamentale dell'ordinamento dell'Unione, che ne contrassegna la struttura. In tutti i casi in cui l'interesse che tale principio esprime si trovi a collidere con interessi di rango equiordinato – ivi inclusi, per quanto è qui di specifico interesse, quelli sottesi ai principi del mercato interno – la soluzione del conflitto sarà rimessa, nell'acclarata inesistenza di un'ordinazione gerarchico-assiologica dei termini del conflitto, a una ponderazione da operare al lume dei canoni di ragionevolezza e proporzionalità.

La riaffermazione di questi principi di diritto conduce però la Corte, nel caso di specie, a evocare una conseguenza applicativa fino a oggi inedita e capace di comportare (almeno in potenza) un avanzamento del diritto sovranazionale in un senso fortemente invasivo rispetto alle coordinate che presiedono ai sistemi nazionali di *Law and Religion*. A differenza di quanto avvenuto in passato, ove il Giudice dell'Unione aveva sempre sindacato la compatibilità sovranazionale di alcuni accorgimenti "religiosamente motivati" contenuti in normative nazionali di caratura settoriale – soprattutto in ambito giuslavoristico e fiscale –, nella presente fattispecie esso si confronta con una legge che involge in maniera immediata lo *status* nazionale delle confessioni religiose, quale è quella che disciplina il riconoscimento della personalità giuridica dei loro enti esponenziali.

⁷⁷Ne risulta, in un certo senso, confermata l'intuizione di chi aveva riscontrato nella clausola di salvaguardia "un tipico caso di eterogenesi dei fini [per cui] un diritto ecclesiastico dell'Unione è il prodotto paradossale del tentativo di preservare i diritti ecclesiastici nazionali" (M. VENTURA, *L'articolo 17 TFUE*, cit., p. 302). Cfr. anche F. MARGIOTTA BROGLIO, M. ORLANDI, *sub Art. 17 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 454.

⁷⁸Così l'Avvocato Generale nelle sue *Conclusioni* di cui al caso CGUE, Grande Sez., 17 aprile 2018, C-414/16 (§ 93).

Poco importa, in questa prospettiva, che l'oggetto del sindacato non sia quella legge in sé, bensì la sua idoneità a incidere, indirettamente, sulla libertà di stabilimento invocata da un operatore economico straniero, il quale si era trovato escluso dal riparto di un beneficio economico riservato alle sole Chiese "locali" riconosciute. Poco rileva, altresì, che – per utilizzare le parole dell'Avvocato Generale – in tale prospettiva l'Unione dovrebbe impegnarsi a riservare agli Stati membri "un ampio margine di manovra". Preme invece evidenziare come nel tenore della motivazione della Corte anche una simile legge, pur nel limite dei suoi profili di interesse sovranazionale, non si sottragga aprioristicamente a un giudizio di legittimità eurounitaria, da operarsi alla stregua dei canoni del mercato interno. Il regime nazionale di riconoscimento risulta sì, in questo caso, "vittorioso", ma ciò avviene solo attraverso un giudizio di bilanciamento che ne ha indagato la rispondenza, in concreto, ai canoni di stretta ragionevolezza e proporzionalità, alla luce di una lettura "in combinato disposto" degli artt. 17 e 49 TFUE.

La pronuncia, a prescindere dal suo esito, promette di fare giurisprudenza e di riproporre problematiche ulteriori che, fino a oggi, sono sfuggite al vaglio della Corte di Giustizia. Ci si riferisce al rilievo che, in questo genere di vertenze, debba spiegare l'art. 351 TFUE⁷⁹, almeno alla luce della teoria (oggi criticata) che equipara i concordati con la Santa Sede ai trattati internazionali⁸⁰. Ci si riferisce altresì al grande interrogativo dei (contro)limiti che gli ordinamenti nazionali potrebbero opporre in questa materia al diritto europeo, qualora l'esito del bilanciamento – eventualmente negativo – inducesse la Corte di Giustizia a postulare la disapplicazione della normativa ecclesiasticistica nazionale. Oggi più che mai, il diritto ecclesiastico europeo si dimostra dunque una fucina di tematiche delicate, con le quali gli interpreti, presto o tardi, potrebbero essere chiamati a confrontarsi.

⁷⁹ A norma di tale articolo, "[l]e disposizioni dei trattati non pregiudicano i diritti e gli obblighi derivanti da convenzioni concluse, anteriormente al 1° gennaio 1958 o, per gli Stati aderenti, anteriormente alla data della loro adesione, tra uno o più Stati membri da una parte e uno o più Stati terzi dall'altra". I Giudici di Strasburgo non si sono interrogati sulla portata di quella clausola, nonostante i quesiti pregiudiziali intersecassero un'esenzione fiscale che ripeteva la propria disciplina da una norma spagnola di diretta derivazione concordataria, nella causa CGUE, Grande Sez., 27 giugno 2017, cit. C-74/16. Più labile, invece, il legame tra la disciplina pattizia italiana e il regime di "preariato" degli insegnanti italiani di I.R.C., su cui la Corte si è espressa, escludendo che la controversia involgesse profili di *status* della Chiesa cattolica, rilevanti ai sensi dell'art. 17 TFUE, nella recente pronuncia CGUE, Grande Sez., 27 giugno 2017, C-74/16, cit., §§ 39 ss.

⁸⁰ Sull'appartenenza dei concordati ecclesiastici a un *tertium genus*, irriducibile tanto agli ordinamenti statuali quanto all'ordinamento internazionale, è ancora prezioso richiamarsi all'opera di G. CASUSCELLI, *Concordati, intese e pluralismo confessionale*, Milano, 1974, p. 67 ss.

LA GIURISPRUDENZA SOVRANAZIONALE TRA TUTELA DELLA LIBERTÀ RELIGIOSA DELLE ORGANIZZAZIONI DI TENDENZA E PROTEZIONE DEI DIRITTI DEL LAVORATORE

Alessandro Cupri

SOMMARIO: 1. La nozione di “organizzazione di tendenza”: l’appartenenza religiosa quale requisito essenziale e giustificato per lo svolgimento dell’attività lavorativa. – 2. Rapporti di lavoro e organizzazioni di tendenza nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo: uno sguardo d’insieme. – 3. (*Segue*) le pronunce della Corte di Giustizia dell’Unione europea e il (labile) confine tra obbligo di lealtà ideologica e discriminazione del dipendente. – 4. La tutela religiosa delle organizzazioni di tendenza tra luci e ombre nella giurisprudenza delle Corti sovranazionali: quale bilanciamento?

1. *La nozione di “organizzazione di tendenza”¹: l’appartenenza religiosa quale requisito essenziale e giustificato per lo svolgimento dell’attività lavorativa*

L’appartenenza a una determinata confessione religiosa solleva numerosi interrogativi sociali prima e giuridici poi che chiamano in causa l’operatore del diritto nei più svariati ambiti. L’Europa è uno spazio geopolitico sempre più mul-

¹Tutti i provvedimenti dell’Unione europea sono consultabili liberamente sui siti istituzionali, mentre le sentenze della Corte Europea dei diritti dell’Uomo richiamate nel corso della trattazione sono reperibili nella banca dati HUDOC, al seguente indirizzo web: www.hudoc.echr.coe.int/. Sono stati inoltre utilizzati i commenti e le massime presenti all’interno della banca dati dell’Osservatorio di Diritto e Società Plurale – Law and Pluralism (Bilap) consultabili all’indirizzo web: <https://www.lawpluralism.unimib.it/cerca>.

Per una definizione di più ampio respiro di organizzazioni di tendenza si rimanda a M.G. MATTAROLO, *Il rapporto di lavoro subordinato nelle organizzazioni di tendenza*, Padova, 1983; A. DE SANCTIS RICCIARDONE, *L’ideologia nei rapporti privati*, Napoli, 1980; P. BELLOCCHI, *Pluralismo religioso, discriminazioni ideologiche e diritto del lavoro*, Padova, 2003, p. 157 ss.; J. PASQUALI CERIOLI, *Parità di trattamento e organizzazioni di tendenza religiose nel «nuovo» diritto ecclesiastico europeo*, in *Quad. dir. e pol. eccl.*, 2013, pp. 71-86. Si richiamano altresì i contributi in A.G. CHIZZONITI (a cura di), *Organizzazioni di tendenza e formazione universitaria*, Bologna, 2006.

tireligioso in cui i giudici delle Corti sovranazionali, in particolare della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di Giustizia dell'Unione europea, sono chiamati, a più riprese e in diversi settori, a effettuare una serie di bilanciamenti e di accomodamenti tra le varie esigenze della società plurale. Salvaguardare il pluralismo religioso e garantire l'adozione della migliore politica ecclesiastica permette di assicurare ordine alla convivenza sociale, scongiurando potenziali conflitti tra lo Stato e le confessioni religiose, tra fedeli appartenenti a confessioni diverse e infine tra le stesse confessioni religiose. In relazione all'oggetto di indagine, il contesto lavorativo e imprenditoriale è punto di osservazione privilegiato da cui cogliere la portata ed il limite entro cui le istanze di libertà religiosamente motivate sono meritevoli di essere salvaguardate.

È dunque nella ricerca del punto di equilibrio tra libertà imprenditoriale, istanze giuslavoriste e libertà religiosa² che si pone l'analisi che verrà condotta in questo contributo. L'ordinamento europeo e la giurisprudenza sovranazionale, così come i legislatori e le corti nazionali, si sono trovati di fronte alla necessità di cercare soluzioni giuridiche a controversie in materia di discriminazione sui luoghi di lavoro attuate da organizzazioni, enti, imprese denominate "di tendenza"; ove gli obiettivi, le attività, i servizi oppure i prodotti sono connotati da una specifica tendenza o linea di pensiero di tipo politico, ideologico, sindacale o religioso³. Lo scopo perseguito da tali organizzazioni è, quindi, eticamente orientato e ciò comporta delle deroghe alla disciplina generale giuslavorista a favore del fine "ideale" perseguito.

Il presente contributo prenderà in considerazione le organizzazioni di tendenza religiosamente orientate. In tali organizzazioni l'adesione a un dato credo religioso è fatta propria dalla politica aziendale e ciò comporta alcune conseguenze sulla disciplina di diritto del lavoro applicabile al lavoratore con un'attenuazione delle tutele solitamente riconosciute in materia di assunzione ovvero di licenziamento soprattutto ove il dipendente attui comportamenti in contrasto con l'ideologia dell'organizzazione. Di riflesso, maggiori limitazioni sono riscontrabili anche in materia di libertà di espressione, che viene ristretta in modo in-

² La letteratura scientifica sul rapporto tra fattore religioso e diritto del lavoro è particolarmente vasta, *ex multis* A. VISCOMI, *Diritto del lavoro e "fattore" religioso: una rassegna delle principali disposizioni legislative*, in *Quad. dir. e pol. eccl.*, 2001, p. 376 ss.; V. PACILLO, *Contributo allo studio del diritto di libertà religiosa nel rapporto di lavoro subordinato*, Milano, 2003; A. DE OTO, *Preceetti religiosi e mondo del lavoro. Le attività di culto tra norme generali e contrattazione collettiva*, Roma, 2007; R. BENIGNI, *L'Identità religiosa nel rapporto di lavoro. La rilevanza giuridica della "fedele" del prestatore e del percettore d'opera*, Napoli, 2008; A. VISCOMI, *Organizzazioni eticamente fondate e rapporto di lavoro*, in *Dir. lav.*, 2009, p. 381 ss.

³ Tra i primi contributi sul tema delle organizzazioni di tendenza, si richiamano i seguenti autorevoli scritti di F. SANTONI, *Le organizzazioni di tendenza e i rapporti di lavoro*, Milano, 1983; F.J. CALVO GALLEGÓ, *Contrato de trabajo y libertad ideológica. Derechos fundamentales y organizaciones de tendencia*, *Consejo Económico y Social*, Madrid, 1995.

cisivo rispetto alle imprese non di tendenza⁴. In altri termini, tali organizzazioni di tendenza sono gruppi sociali organizzati nelle forme e nei modi di diritto comune, contraddistinti, però, da un carattere religioso, che ne determina gli scopi e i relativi metodi di esercizio e di organizzazione dell'attività⁵. Più in particolare, l'organizzazione di tendenza è un comune datore di lavoro, tuttavia religiosamente qualificato: tale connotazione, di conseguenza, condiziona la politica aziendale, compresi i criteri di assunzione e di licenziamento del personale⁶.

In tale ambito, notevole è stato l'impatto della Direttiva n. 2000/78/CE volta a perseguire la parità di trattamento per quanto riguarda l'occupazione e le condizioni di lavoro, contrastando le discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età e l'orientamento sessuale⁷. Difatti, nonostante la Direttiva vieti ogni forma di discriminazione – diretta o indiretta⁸ – derivante dall'appartenenza (o meno) di un soggetto a una data confessione religiosa⁹, nel caso delle organizzazioni di tendenza il fattore religioso rappresenta un elemento idoneo a imporre eccezioni all'applicazione del diritto antidiscriminatorio, proprio in forza della peculiare natura confessionale del datore di lavoro¹⁰.

L'art. 4, par. 1 della Direttiva n. 2000/78/CE, afferma che “gli Stati membri possono stabilire che una differenza di trattamento basata su una caratteristica correlata a uno qualunque dei motivi di cui all'art. 1, non costituisca discriminazione, laddove, per la natura dell'attività lavorativa o per il contesto in cui essa

⁴ Cfr. S. FERNANDEZ SANCHEZ, *Libertà religiosa e lavoro*, Torino, 2022, p. 221.

⁵ Sul punto, cfr. F. SANTONI, *Le organizzazioni di tendenza e i rapporti di lavoro*, cit., p. 83 ss.

⁶ Cfr. S. FERNANDEZ SANCHEZ, *Libertà religiosa e lavoro*, cit., p. 221.

⁷ Direttiva n. 2000/78/CE del Consiglio UE, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro. La Direttiva è stata emanata sulla base dell'allora art. 13 del Trattato della Comunità europea (ora art. 19 TFUE). In dottrina, si veda F. ONIDA, *Il problema delle organizzazioni di tendenza nella Direttiva 2000/78 EC attuativa dell'art. 13 del Trattato sull'Unione europea*, in *Dir. ecl.*, 2001, p. 905 ss.; P. FLORIS, *Organizzazioni di tendenza religiosa tra Direttiva europea, diritto nazionale e Corte di giustizia dell'UE*, in *Stato, Chiese plur. conf.*, 2019, pp. 1-32.

⁸ Per completezza, occorre segnalare che la Direttiva n. 2000/78/CE prende in esame anche le molestie considerate come un comportamento indesiderato adottate con lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo. Sul punto, cfr. l'art. 3.

⁹ Cfr. art. 2 Direttiva n. 2000/78/CE.

¹⁰ Tale eccezione non si applica automaticamente. È compito degli Stati membri decidere come trasporre questa eccezione all'interno del proprio impianto normativo. Si veda l'Avvocato generale Sharpston, nel caso CGUE, Grande Sez. 14 marzo 2017, Causa C-188/15, *Boungaoui c. Micropole SA*, in particolare par. 91. In dottrina si rimanda a P. FLORIS, *Organizzazioni di tendenza religiosa tra Direttiva europea, diritto nazionali e Corte di giustizia dell'UE*, in *Stato, Chiese plur. conf.*, 2019, p. 3; N. COLAIANNI, *Divieto di discriminazione religiosa sul lavoro e organizzazioni religiose*, in *Stato, Chiese plur. conf.*, 2018, p. 7.

viene espletata, tale caratteristica costituisca un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, purché l'attività sia legittima e il requisito proporzionato”.

La norma in esame prosegue al secondo comma specificando che la portata dell'eccezione si estende anche alle “Chiese e altre organizzazioni pubbliche o private la cui etica è fondata sulla religione o sulle convinzioni personali”, relativa proprio ai casi in cui l'organizzazione di tendenza assuma i caratteri di un datore di lavoro. È bene sottolineare come la lettera della disposizione non richiama espressamente il principio di proporzionalità al fine di modulare l'eccezione al divieto di discriminazione. Inoltre, sembrerebbe che i due paragrafi menzionati siano in un rapporto *genus-species* in quanto il legislatore europeo ha voluto mostrare un'attenzione particolare ai datori di lavoro di tendenza (religiosa)¹¹.

Osservando con maggior attenzione la portata delle disposizioni citate, gli Stati membri sono autorizzati a mantenere ovvero a introdurre disposizioni legislative volte a non considerare discriminatorie quelle norme che impongono differenze di trattamento fondate sulla religione (o sulle convinzioni personali) dei prestatori di lavoro nel momento in cui per la natura dell'attività e in ragione del contesto in cui l'attività è svolta, la religione rappresenti un “requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa, tenuto conto dell'etica dell'organizzazione”¹².

La *ratio* dell'art. 4 della Direttiva n. 2000/78 CE è quella di concedere un maggior grado di tutela al datore di lavoro, favorendo la libertà religiosa delle organizzazioni eticamente orientate rispetto al diritto del singolo di non vedersi discriminato per ragioni di fede (o di convinzione)¹³.

È una scelta di campo che inevitabilmente presenta sul piano concreto una serie di criticità, comportando altresì un intervento da parte dei giudici – di merito e talvolta di legittimità – dei singoli Stati membri, nonché delle Corti sovranazionali.

¹¹ Vedi *infra*.

¹² Ogni Stato ha attuato gli obblighi contenuti nella Direttiva in modo differente: alcuni Stati hanno integrato la propria normativa; altri invece hanno regolamentato *ad hoc* il fenomeno, introducendo delle leggi specifiche. Anche se questo contributo mira a dare uno sguardo d'insieme sugli orientamenti giurisprudenziali sovranazionali in materia, è possibile asserire che i singoli Paesi membri hanno attuato la Direttiva limitando di fatto la portata della disciplina comunitaria. Tra i vari è possibile qui richiamare l'ordinamento giuridico italiano che nel 2003 ha dato attuazione alla Direttiva con il d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216, limitando le eccezioni alla deroga dei trattamenti discriminatori.

Per un'analisi che guarda alla giurisprudenza nazionale sul tema si richiama S. FERNANDEZ SANCHEZ, *Libertà religiosa e lavoro*, cit., pp. 244-249.

Sul punto, cfr., S. COGLIEVINA, *Diritto antidiscriminatorio e religione. Uguaglianza, diversità e libertà religiosa in Italia, Francia e Regno Unito*, Tricase, 2013, p. 163 ss.

¹³ C. CARDIA, *Voci in dialogo: organizzazioni, istituzioni di tendenza religiosa e diritti delle parti. Prima voce*, in *Quad. dir. e pol. eccl.*, 2013, pp. 209-210.

Se il dato positivo, quindi, appare chiaro, numerosi sono stati i dubbi interpretativi cui le norme citate hanno dato origine, in particolare relativamente ai limiti dell'esenzione del divieto di discriminazione concesso alle organizzazioni di tendenza, anche considerando la mancanza di un esplicito riferimento al principio di proporzionalità, che avrebbe rappresentato di fatto un contro limite al potere datoriale¹⁴.

Ma vi è di più. Il rischio che potrebbe derivare da un'interpretazione eccessivamente favorevole della normativa è quello di concedere al datore di lavoro l'opportunità di realizzare differenze di trattamento fondate sulla religione (o sulle convinzioni) dei lavoratori ben più ampie di quanto giustificerebbero la natura e il contesto in cui tali attività vengono espletate, comportando così il sacrificio di diritti fondamentali del singolo lavoratore, quali la libertà di religione e il principio di non discriminazione, principi cardine altresì garantiti dagli artt. 10 e 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea¹⁵.

Osservando la disposizione di chiusura dell'art. 4, par. 3 della Direttiva si osserva che le medesime organizzazioni possono esigere dai propri dipendenti un atteggiamento "di buona fede e di lealtà"¹⁶.

Tale inciso normativo non è privo di conseguenze sul piano giuridico poiché implica in capo al dipendente una vera e propria condivisione di valori fideistici, nella convinzione che l'appartenenza al medesimo schema di valori sia funzionale alla riuscita delle attività dell'ente stesso. In un quadro così composito, tali presupposti concorrono a predisporre una (ulteriore) forma di tutela in capo agli enti di tendenza: oltre alla deroga prevista dal par. 2, essi possono comunque pretendere dai soggetti che abbiano con l'impresa di tendenza rapporti lavorativi una condotta conforme alla propria caratterizzazione confessionale. Appare chiaro che l'autonomia dell'ente di tendenza imponga un filtro valoriale nei confronti dei propri dipendenti in ingresso e durante tutta la vita del sinallagma contrattuale. Il datore di lavoro, quindi, può legittimamente intimare ai propri lavoratori di astenersi da terminate condotte ritenute in contrasto con i precetti morali dell'organizzazione stessa. Ciò significa che, ai sensi di questa disposizione, è tutelata la tendenza ideologica dell'ente, il quale svolge un'attività – prevalentemente – finalizzata alla diffusione di un determinato sistema di valori. Risulta dunque necessario garantire una coerenza nella politica di indirizzo datoriale e un'uniformità interna per esteriorizzare un determinato messaggio religioso. In materia di diritto del lavoro, ciò ha portato a licenziamenti oppure ad assunzioni ideologici che hanno dato origine a procedimenti per la soluzione dei quali i giudici interni si sono spesso rivolti alle Corti sovranazionali, cercando risposte che tenessero in considerazione le singole istanze.

¹⁴P. FLORIS, *Organizzazioni di tendenza religiosa tra Direttiva europea, diritto nazionali e Corte di giustizia dell'UE*, cit., p. 3.

¹⁵S. FERNANDEZ SANCHEZ, *Libertà religiosa e lavoro*, cit., p. 235.

¹⁶S. FERNANDEZ SANCHEZ, *Libertà religiosa e lavoro*, cit., p. 223.

È in un quadro così composito che si è pronunciata la giurisprudenza sovranazionale. Si ripercorreranno quindi le sentenze più rilevanti mettendo in luce le soluzioni via via adottate, senza tralasciare le inevitabili criticità che sono sorte nella ricerca, come si è detto in apertura, di un punto di equilibrio.

2. Rapporti di lavoro e organizzazioni di tendenza nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: uno sguardo d'insieme

La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di organizzazioni di tendenza e garanzia dei diritti individuali del lavoratore si è rivelata più propensa a comprimere i diritti individuali dei singoli dipendenti rispetto a quella della Corte di Giustizia dell'Unione europea¹⁷. Essa predilige un'impostazione di maggior tutela dell'ideologia adottata dalle organizzazioni di tendenza¹⁸. Infatti, le sentenze più risalenti hanno mostrato un orientamento più favorevole al datore di lavoro dell'organizzazione, ma con delle significative eccezioni, delineando così un andamento ondivago dei giudici¹⁹.

Seguendo un criterio cronologico, i casi giunti alla cognizione della Corte EDU sono il caso *Vallauri*²⁰, *Obst*²¹, *Schüth*²², *Siebenhaar*²³, *Fernandez Martinez*²⁴.

Nel caso *Vallauri*, il ricorrente, un professore a contratto di filosofia del diritto presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano (d'ora in avanti Università Cattolica) dal 1976, dopo un ventennio di servizio come docente a contratto, non otteneva il rinnovo annuale dell'insegnamento da parte della Facoltà di Giurisprudenza, in conseguenza della mancanza di gradimento della Congregazione per l'Educazione Cattolica, requisito necessario per ricoprire cariche di insegnamento ai sensi delle norme concordatarie e dello statuto dell'Università. Tale decisione era motivata dalle posizioni in contrasto con la dottrina cattolica

¹⁷ Si veda *infra*.

¹⁸ J. PASQUALI CERIOLI, *Parità di trattamento e organizzazioni di tendenza religiose nel «nuovo» diritto ecclesiastico europeo*, cit., p. 78 ss.

¹⁹ Nel corpo del testo si è utilizzato il criterio cronologico nell'analisi delle pronunce più rilevanti della Corte EDU in modo da mettere in luce l'evoluzione della giurisprudenza in materia di organizzazioni di tendenza.

²⁰ Corte EDU, 20 ottobre 2009, *Lombardi Vallauri c. Italia*, su ricorso n. 39128/05; M. MASSA, *Corte di Strasburgo: Lombardi Vallauri c. Italia. Due sfere di libertà ed un confine evanescente*, in *Quad. cost.*, 2010, p. 142 ss.; M. TOSCANO, *La lezione di Strasburgo: i casi Lombardi Vallauri e Lautsi*, in *Dir. eccl.*, 2010, pp. 505-540.

²¹ Corte EDU, 23 settembre 2010, *Obst c. Germania*, su ricorso n. 425/03.

²² Corte EDU, 23 settembre 2010, *Schüths c. Germania*, su ricorso n. 1620/03.

²³ Corte EDU, 15 maggio 2012, *Fernández Martinez c. Spagna*, su ricorso n. 56030/07.

²⁴ Corte EDU, 3 febbraio 2011, *Siebenhaar c. Germania*, su ricorso n. 18136/02.

manifestate dal docente. La Corte EDU, adita dopo le pronunce di rigetto del Tribunale amministrativo regionale e del Consiglio di Stato²⁵, respingeva le argomentazioni del ricorrente, richiamando in particolare l'art. 4 della Direttiva n. 2000/78/CE, nonché la pronuncia della Corte costituzionale italiana nel caso Cordero. I giudici di Strasburgo rigettavano l'istanza, condividendo pienamente le motivazioni dei giudici *a quo*, i quali si sono conformati alla nota sentenza della Corte costituzionale n. 195/1972 in cui si dichiarava che la costituzione di libere università, anche di natura confessionale, non contrasta con la libertà di insegnamento e con la libertà religiosa di cui gli artt. 33 e 19 della Costituzione. Inoltre, sempre nella medesima pronuncia, si evinceva che in tali libere università la libertà di insegnamento dei singoli docenti può essere legittimamente limitata al fine di garantire la finalità "di tendenza"²⁶. La Corte sul punto si conformava alla pronuncia della Corte costituzionale italiana. L'argomentazione dei giudici sovranazionali prende poi in considerazione la libertà di espressione (art. 10 CEDU) e la tutela giudiziale effettiva (art. 6 CEDU): più precisamente, secondo la Corte, al professore non era stata garantita, né dinanzi agli organi universitari, né in sede giurisdizionale, la possibilità di conoscere con precisione gli addebiti a lui mossi e di contestare, in particolare, il legame tra le sue opinioni e l'attività di docenza.

Secondo i giudici sovranazionali, quindi, il diritto dell'Università Cattolica di offrire agli studenti un insegnamento ispirato alla dottrina cattolica non contrastava con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo²⁷. Il ragionamento giuridico seguito nella sentenza muoveva dal bilanciamento del diritto di libertà di espressione, *ex art.* 10 della Convenzione, del docente di insegnare il proprio sapere in base alle convinzioni personali e della libertà dell'Università di offrire insegnamenti in pieno accordo con l'impostazione religiosa adottata. In linea generale, l'argomentazione muove a favore della libertà dell'Università in quanto pienamente riconosciuta dalla legislazione interna. Quindi, se da un lato la Corte propende per la libertà di scelta dell'Università religiosamente orientata, dall'altro lato, però, ricorda che le limitazioni alle tutele riconosciute al lavoro-

²⁵ Rispettivamente T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 26 ottobre 2001, n. 7027 e Consiglio di Stato, Sez. VI, 18 aprile 2005, n. 1762.

²⁶ Cfr., sul punto, Corte cost., 29 dicembre 1972, n. 195. Nel caso di specie, vi fu il ritiro del nulla-osta da parte della Sacra Congregazione per l'educazione cattolica, indispensabile per la nomina dei professori dell'Università Cattolica, che ebbe l'effetto di privare il Prof. Franco Cordero dell'insegnamento di diritto processuale penale con conservazione, però, dell'impiego. La Corte aveva affermato che "negandosi ad una libera università ideologicamente qualificata il potere di scegliere i suoi docenti in base alla valutazione della loro personalità e negandosi alla stessa il potere di recedere dal rapporto ove gli indirizzi religiosi e ideologici del docente siano divenuti contrastanti con quelli che caratterizzano la scuola, si mortificherebbe e si rinnegherebbe la libertà di questa".

²⁷ *Lombardi Vallauri c. Italia*, cit., par. 78.

re devono essere applicate in modo ponderato²⁸. Inoltre, i giudici ribadiscono che è competenza della Corte stessa effettuare uno stringente controllo sul margine di apprezzamento degli Stati, vagliando pertanto che l'ingerenza sia effettivamente proporzionata allo scopo concretamente perseguito²⁹.

Tale impianto logico-giuridico mette in risalto un nuovo aspetto: la libertà di espressione, nel caso di specie del docente, non può essere limitata attraverso indicazioni generiche da cui non sia possibile evincere in alcun modo la decisione della Congregazione che gli ha negato il gradimento³⁰.

Nella motivazione della sentenza si intravede con maggior chiarezza l'impostazione della Corte. Infatti, nel caso di specie, risultano violati gli artt. 6 e 10 della Convenzione in quanto l'interesse dell'Università di offrire una didattica ispirata ai valori cattolici non può violare le garanzie procedurali tutelate dalla stessa Convenzione³¹. Il perno della decisione risiede proprio nell'impossibilità del ricorrente di poter essere informato sulle ragioni dell'esclusione del bando, nonché l'impossibilità di adire i tribunali per vagliare nel merito la motivazione di tale esclusione in quanto ai tribunali statali è precluso il sindacato sulle decisioni di una organizzazione di tendenza, così come statuito dall'art. 10, n. 3 della Legge n. 121 del 25 marzo 1985.

Quindi, la Corte sostiene che risultano violati gli artt. 10 e 6 della Convenzione in quanto "l'interesse dell'Università a dispensare un insegnamento ispirato alla dottrina cattolica non poteva estendersi fino al punto di intaccare la sostanza stessa delle garanzie procedurali riconosciute al ricorrente"³². Di fatto, la motivazione della Corte attiene agli aspetti strettamente procedurali e dichiara che l'ingerenza esercitata da parte dell'Università nel diritto alla libertà di espressione del ricorrente non era "necessaria in una società democratica", condannando così lo Stato italiano per violazione dell'art. 10 della Convenzione.

Volgendo l'attenzione ad altri casi che hanno confermato questo orientamento è possibile richiamare due pronunce che hanno visto, seppur con esiti differenti, coinvolta la Repubblica Federale Tedesca.

Nel caso *Obst*³³ il ricorrente, funzionario della Chiesa di Gesù Cristo dei Santi degli ultimi giorni (c.d. Mormoni), era stato licenziato dopo aver comunicato al proprio superiore che il suo matrimonio era in crisi da tempo ed egli coltivava una relazione extraconiugale. Nel caso *Schütts*³⁴, invece, il ricorrente, di-

²⁸ Sul punto si veda Corte EDU, 26 settembre 1995, *Vogt c. Germania*, su ricorso n. 17851/91.

²⁹ S. FERNANDEZ SANCHEZ, *Libertà religiosa e lavoro*, cit., p. 229.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Sul punto, cfr., *Lombardi Vallauri c. Italia*, cit., par. 55.

³² *Ibidem*.

³³ Corte EDU, 23 settembre 2010, *Obst c. Germania*, su ricorso n. 425/03.

³⁴ Corte EDU, 23 settembre 2010, *Schütts c. Germania*, su ricorso n. 1620/03.

pendente di una Comunità parrocchiale cattolica di Essen con le funzioni di organista e Maestro del Coro, era stato licenziato dopo essersi separato dalla moglie e aver convissuto con un'altra donna, dalla quale attendeva un bambino.

La Corte di Strasburgo, nei casi citati, ha condotto i propri giudizi bilanciando il diritto dei ricorrenti al rispetto della propria vita privata e familiare, tutelato all'art. 8 CEDU, e il diritto delle confessioni religiose a non subire ingerenze statali, sulla base di una applicazione combinata degli artt. 9 (diritto alla libertà di pensiero, coscienza e religione) e 11 (diritto alla libertà di riunione e associazione) della Convenzione. Essa ha ritenuto giustificato il licenziamento del funzionario della Chiesa di Gesù Cristo dei Santi degli ultimi giorni, in quanto ricopriva un ufficio ecclesiastico. È giunta, invece, alla conclusione opposta nel caso dell'organista e Maestro di Coro, argomentando che il lavoratore non aveva dato pubblicità alla propria situazione personale e non aveva pregiudicato la posizione della Chiesa Cattolica agli occhi dell'opinione pubblica.

Per la prima volta, la Corte EDU, nelle due pronunce, ha introdotto le nozioni di mansione "neutra" e di mansione "di tendenza" e ciò è stato innalzato a parametro di valutazione circa il grado di lealtà richiesta a un lavoratore di un'organizzazione di tendenza. Nel caso *Obst*, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto illegittimo il licenziamento da parte della Chiesa cattolica di Germania in quanto le mansioni effettivamente svolte dal dipendente all'interno dell'ente non erano "di tendenza" e di conseguenza i giudici hanno ritenuto eccessiva l'ingerenza esercitata dal datore di lavoro, in quanto lesiva del diritto alla vita privata e familiare del ricorrente. Discorso diverso, invece, nel caso *Schüths* in cui il giudice sovranazionale ha reputato che l'incarico di funzionario delle relazioni pubbliche della Chiesa di Gesù Cristo dei Santi degli ultimi giorni fosse fortemente connesso con l'ideologia della Chiesa in quanto l'attività lavorativa rientrava nel novero delle mansioni "di tendenza". In questo caso, il grado di lealtà richiesta è più alto e quindi è legittimo il bilanciamento effettuato nonché il provvedimento adottato.

Per la Corte, lo Stato membro deve verificare l'operato dell'ente ideologicamente orientato, per verificare se siano poste in essere violazioni al principio di non discriminazione, realizzando un reale ed effettivo bilanciamento tra essenzialità e proporzionalità della compressione della libertà del singolo lavoratore e ciò anche se la normativa interna contenga una disposizione di diverso tenore³⁵; solo nel caso in cui le limitazioni non siano eccessivamente penalizzanti per il lavoratore, ha ritenuto legittimo l'operato degli Stati aderenti³⁶. I giudici, in questa occasione, hanno messo in luce che la compressione della libertà individuale deve essere accuratamente soppesata rispetto alla mansione svolta dal dipendente.

³⁵ *Lombardi Vallauri c. Italia*, cit. Sul diritto di critica del lavoratore, cfr. Corte EDU, 5 novembre 2019, *Herbai c. Hungary*, su ricorso n. 11608/15.

³⁶ A. BELLAVISTA, *Organizzazioni di tendenza e vita privata dei lavoratori*, in RGL, 1995, p. 615.

Altra pronuncia meritevole di attenzione è il caso *Siebenhaar*³⁷. Il caso riguardava il licenziamento di una maestra d'asilo di una parrocchia protestante a causa dell'appartenenza alla chiesa cattolica, in particolare l'insegnante ricopriva, all'interno della sua comunità religiosa, un ruolo attivo nella diffusione dei principi della sua fede, che erano chiaramente contrari alla missione della chiesa protestante. Nel caso di specie, la Corte EDU si è pronunciata in merito alla decisione presa dai giudici nazionali, i quali si erano espressi in favore dell'organizzazione di tendenza. I giudici sovranazionali hanno ritenuto che l'obbligo di lealtà imposto alla lavoratrice rispetto all'orientamento religioso dell'ente, fosse necessario per preservarne la credibilità di fronte alla propria comunità di fedeli.

La Corte EDU, nel caso *Fernandez Martinez*³⁸, ha adottato una decisione favorevole all'organizzazione di tendenza utilizzando come principale argomento la natura della funzione lavorativa svolta. Il caso concreto riguardava un sacerdote cattolico, che aveva contratto matrimonio civile, ed era sostenitore di un movimento nettamente in contrasto con la dottrina della Chiesa. Il ricorrente era stato assunto come insegnante di religione cattolica presso la scuola pubblica spagnola e, a causa della sua personale convinzione, non aveva ottenuto il rinnovo del contratto. I giudici ritengono che nonostante il ricorrente fosse retribuito alla stregua degli altri insegnanti di religione spagnoli dallo Stato, tale aspetto non attenuasse l'obbligo di lealtà imposto dalla Chiesa né attenuasse i provvedimenti adottati per violazione di tale obbligo.

In altri termini, il ricorrente – in quanto sacerdote – avrebbe un obbligo di fedeltà maggiore nei confronti dei principi della Chiesa di appartenenza. Nel caso di specie, la Corte di Strasburgo ha quindi respinto il ricorso di un sacerdote spagnolo, che era stato allontanato dall'insegnamento nella scuola pubblica, dopo che un articolo di giornale aveva rivelato che aveva contratto matrimonio civile e aderiva al Movimento per il celibato opzionale³⁹. La Corte EDU si è espressa affermando che la scelta del vescovo di revocare il ruolo di insegnante rientrasse pienamente nell'autonomia delle organizzazioni religiose. La Corte ha rilevato che, a differenza delle fattispecie che avevano caratterizzato alcuni casi precedenti⁴⁰ – ove i ricorrenti erano impiegati dalle rispettive Chiese –, il ricorrente, come tutti gli insegnanti di religione in Spagna, fosse assunto e retribuito dallo Stato e che tale aspetto non inficiava la portata dell'obbligo di lealtà di fronte alla Chiesa cattolica, permanendo intatta la legittimazione di detta Chiesa di adottare, nel caso di violazione, le misure ritenute più idonee.

In conclusione, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha messo in luce una serie di parametri dalla natura flessibile a seconda delle

³⁷ Corte EDU, 3 febbraio 2011, *Siebenhaar c. Germania*, su ricorso n. 18136/02.

³⁸ Corte EDU, 15 maggio 2012, *Fernández Martínez c. Spagna*, su ricorso n. 56030/07.

³⁹ Noto con l'acronimo MOCEOP.

⁴⁰ Si fa riferimento ai casi *Siebenhaar*, *Schüth* e *Obst*, cit.

contingenze e dei vari interessi in gioco emersi dai singoli casi concreti. Nel caso delle organizzazioni di tendenza di stampo religioso è possibile affermare la conformità alla Convenzione dell'ingerenza datoriale che si estende alla sfera privata del dipendente che va ben al di là di ciò che è comunemente permesso agli altri datori di lavoro. Però, tale potere del datore di lavoro deve essere modulato in base alla natura delle mansioni effettivamente svolte dal lavoratore⁴¹.

La valutazione sulla proporzionalità dell'ingerenza datoriale spetterebbe al giudice secolare. Tuttavia, non sono mancate voci di segno contrario, soprattutto nel dibattito dottrinale, che hanno posto l'accento sul fatto che il giudice non sarebbe competente a effettuare tale controllo. Ciononostante, la Corte EDU ritiene imprescindibile esaminarne l'intensità sui diritti fondamentali del dipendente poiché la limitazione di tali diritti è possibile fintantoché non ne è danneggiato il loro nucleo essenziale⁴².

3. (Segue) *le pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione europea e il (labile) confine tra obbligo di lealtà ideologica e discriminazione del dipendente*

Il tema delle organizzazioni di tendenza è stato oggetto di una serie di rinvii pregiudiziali da parte dei giudici degli Stati membri sempre con specifico riguardo ai rapporti di lavoro, in cui la Corte di Giustizia è stata dunque chiamata ad interpretare la Direttiva⁴³. Essa ha generalmente chiarito le cause di esclusione delle discriminazioni in maniera (quasi) sempre restrittiva, estendendo al secondo comma dell'art. 4 della Direttiva n. 2000/78/CE il principio di proporzionalità⁴⁴.

Un primo caso giunto alla cognizione della Corte riguarda la mancata assunzione di una lavoratrice da parte dell'*Evangelisches Werk (EWD)*, associazione di diritto privato facente parte della Chiesa Evangelica di Germania⁴⁵. Il caso di specie ha origine dall'avvio, da parte di una Chiesa tedesca⁴⁶, di una procedura

⁴¹ S. FERNANDEZ SANCHEZ, *Libertà religiosa e lavoro*, cit., pp. 232-233.

⁴² Sul dibattito dottrinale si veda l'attenta disamina condotta da P. FLORIS, *Organizzazioni di tendenza religiosa tra Direttiva europea, diritto nazionali e Corte di giustizia dell'UE*, cit., p. 21.

⁴³ Cfr. M.E. GENNUSA, *Libertà religiosa collettiva e principio di non discriminazione nel Sistema costituzionale europeo*, in *Stato, Chiese plur. conf.*, 2019, pp. 9-19.

⁴⁴ Per un'analisi critica sulle pronunce trattate nel corpo del testo si veda S. CANAMARES ARRIBAS, *Obligaciones de lealtad y discriminación religiosa de los trabajadores de las confesiones religiosas y empresas de tendencia*, in *La Ley Unión Europea*, 2018, p. 18 ss.

⁴⁵ CGUE, Grande Sez., 17 aprile 2018, causa C-414/16 *Vera Egenberger c. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV*.

⁴⁶ Nel testo con Chiesa tedesca si fa riferimento all'Opera della Chiesa evangelica per la Diaconia e lo Sviluppo (*Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung*). Per maggiori approfondimenti

di selezione del personale per l'attribuzione di un incarico di lavoro a tempo determinato. Il soggetto selezionato si sarebbe occupato della stesura di una relazione per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale, con compiti di comunicazione e rappresentanza della diaconia rispetto all'opinione pubblica, al mondo politico e alle associazioni per i diritti umani⁴⁷. Tra i requisiti per l'attribuzione dell'incarico, era prevista l'appartenenza a una Chiesa Evangelica oppure a una Chiesa rientrante nell'Associazione delle Chiese cristiane in Germania, nonché l'identificazione con la missione assistenziale-caritatevole della diaconia. Tale appartenenza andava espressamente indicata nel *curriculum vitae*. Pur avendo idonee qualifiche e una notevole esperienza nell'ambito della lotta alle discriminazioni, la signora Vera Egenberger dapprima era stata ammessa e poi esclusa dalla selezione, poiché aveva scelto di non aderire ad alcuna Chiesa tedesca e di non rivelare la propria appartenenza religiosa⁴⁸. L'impiego, dunque, era stato assegnato a un altro candidato, che aveva dichiarato di essere cristiano protestante appartenente alla Chiesa regionale di Berlino. In forza di tale esclusione, la donna proponeva ricorso davanti al giudice del lavoro tedesco, ritenendo di essere stata vittima di una discriminazione per motivi religiosi. Secondo la ricorrente, ciò sarebbe in contrasto con la legge generale tedesca sulla parità di trattamento⁴⁹, la quale ammette eccezioni basate sulla religione nell'ambito dei rapporti lavorativi con organizzazioni confessionali, purché giustificate al fine dello svolgimento dell'attività lavorativa e tenuto conto delle specificità del credo religioso⁵⁰.

Il ricorso giunge sino alla Corte Federale del lavoro tedesca⁵¹, la quale rinvia alla Corte di Giustizia in quanto la controversia dipendeva dall'interpretazione

dimenti sul tema si veda il contributo di J. BROCKMANN, *Occupational requirements within Churches or religious in Germany*, in *Hungarian Labor Law E-Journal*, 2019, p. 74.

⁴⁷ S. FERNANDEZ SANCHEZ, *Libertà religiosa e lavoro*, cit., p. 234.

⁴⁸ S. FERNANDEZ SANCHEZ, *Libertà religiosa e lavoro*, cit., p. 234.

⁴⁹ *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* (AGG) di recepimento della Direttiva n. 2000/78/CE.

⁵⁰ Cfr. ex art. 9 in *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* (AGG).

⁵¹ Nei gradi di giudizio interno la vicenda si è svolta nel seguente modo: la sig.ra Egenberger, ritenendo che la sua candidatura fosse stata respinta per il fatto di non appartenere a nessuna confessione religiosa, ha proposto un ricorso all'*Arbeitsgericht Berlin* (Tribunale del lavoro di Berlino), affinché l'*Evangelisches Werk* fosse condannato a versarle l'importo di 9.788,65 euro. L'interessata ha sostenuto che la rilevanza attribuita alla religione nella procedura di assunzione, rinvenibile nell'offerta di lavoro in questione, non era compatibile con il divieto di discriminazione sancito dall'AGG, come interpretato conformemente al diritto dell'Unione. L'*Evangelisches Werk* ha fatto valere che, nel caso di specie, una differenza di trattamento basata sulla religione era giustificata ai sensi dell'art. 9, par. 1, dell'AGG. Il diritto di imporre l'appartenenza a una Chiesa cristiana rientra, secondo l'*Evangelisches Werk*, nel diritto all'autodeterminazione della Chiesa, tutelato dall'art. 140 del GG, in combinato disposto con l'art. 137, par. 3, della WRV. L'*Arbeitsgericht Berlin* ha parzialmente accolto il ricorso della sig.ra Egenberger, dichiarando che quest'ul-

dell'art. 4, comma 2, della Direttiva n. 2000/78/CE. In primo luogo, si chiedeva ai giudici dell'Unione, se tale disposizione potesse essere interpretata nel senso che un'organizzazione la cui etica è fondata sulla religione potesse determinare le attività professionali per le quali la religione costituisca "un requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa, tenuto conto dell'etica di tale Chiesa o di tale organizzazione". In secondo luogo, se in una controversia tra privati il giudice nazionale avesse l'obbligo di disapplicare il diritto nazionale in favore di quello europeo.

La Corte di Giustizia, interpretando il tenore della Direttiva, rileva che il diritto all'autonomia delle Chiese e delle organizzazioni di tendenza e il diritto dei lavoratori a non divenire oggetto di discriminazione devono necessariamente essere soppesati affinché sia garantito un giusto equilibrio⁵². Inoltre, il bilanciamento deve essere oggetto di un controllo da parte del giudice nazionale terzo e indipendente, che dovrà valutare se siano soddisfatti i criteri dell'art. 4 della Direttiva n. 2000/78/CE; quindi, senza che la questione venga decisa esclusivamente dall'ente confessionale. Ne consegue che qualora una organizzazione di tendenza per giustificare un atto o una decisione, quale il rigetto di una candidatura a un posto di lavoro, allegi il fatto che la religione costituisce un requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa tale decisione deve essere oggetto di un controllo giurisdizionale in modo che il giudice possa assicurare il rispetto dei criteri della Direttiva. In aggiunta, i giudici europei precisano che non spetta ai giudici nazionali pronunciarsi sull'etica dell'ente; tuttavia, essi devono determinare, caso per caso, se, tenuto conto di tale etica, i tre criteri "essenziale, legittimo e giustificato" siano presenti e bilanciati con lo scopo che persegue l'organizzazione stessa. Infine, per quanto riguarda la problematica legata al fatto che una Direttiva dell'Unione non abbia, in linea di principio, effetto diretto tra privati, bensì necessiti di una trasposizione nel diritto nazionale, la Corte ricorda che spetta ai giudici nazionali interpretare il diritto nazionale applicativo del contenuto di una Direttiva per quanto possibile conformemente alla medesima; nel caso in cui risulti impossibile interpretare il diritto nazionale vigente in

tima era stata vittima di una discriminazione, ma ha limitato l'importo del risarcimento a 1.957,73 euro. Dato che l'appello proposto dalla sig.ra Egenberger contro tale decisione è stato respinto dal *Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg* (Tribunale superiore del lavoro del Land, Berlino-Brandeburgo), l'interessata ha proposto un ricorso in Cassazione al fine di ottenere un risarcimento adeguato. Il *Bundesarbeitsgericht* (Corte federale del lavoro) ritiene che l'esito della controversia principale dipenda dallo stabilire se la distinzione a seconda dell'appartenenza religiosa, operata dall'*Evangelisches Werk*, sia lecita ai sensi dell'art. 9, par. 1, dell'AGG. Tuttavia, tale disposizione dovrebbe essere interpretata in conformità con il diritto dell'Unione. Pertanto, l'esito di tale controversia dipenderebbe dall'interpretazione dell'art. 4, par. 2, Direttiva n. 2000/78/CE di cui è interprete qualificato la Corte di Giustizia.

⁵²Il requisito dell'appartenenza a una religione per ottenere un posto di lavoro nell'ambito di una Chiesa deve poter essere soggetto a un controllo giurisdizionale effettivo. Cfr., parr. 68-70 della sentenza *Vera Egenberger c. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV*, cit.

modo conforme alla Direttiva antidiscriminazione il giudice deve “disapplicare il diritto nazionale”⁵³.

La sentenza in commento risulta interessante in quanto si tratta di una discriminazione “in entrata” in un’organizzazione di tendenza, ossia durante la procedura di assunzione, e non già di licenziamento. Infatti, tale pronuncia contribuisce a fissare punti fermi sulla modalità di interpretazione della Direttiva n. 2000/78/CE⁵⁴. La Corte sottolinea, infatti, come l’art. 4 della Direttiva faccia riferimento alla natura delle attività lavorative: quindi, occorre ricercare la presenza di un nesso funzionale tra l’attività lavorativa e la religione; in altri termini, tra libertà religiosa dell’ente e il divieto di discriminazione⁵⁵. E così, pur nel rispetto dell’etica confessionale, che non può in alcun modo essere oggetto di sindacato da parte degli Stati, il datore di lavoro di tendenza non può utilizzare la motivazione religiosa come ostativa di una assunzione per finalità che sono estranee all’esercizio della sua autonomia e alla tutela della sua etica⁵⁶.

Procedendo lungo la linea temporale, un caso che merita attenzione è *IR c. JQ*⁵⁷, il cui oggetto attiene a un altro aspetto della disposizione richiamata, ossia gli obblighi di lealtà imposti ai dipendenti da parte delle organizzazioni di tendenza, secondo quanto previsto dall’art. 4, par. 2, della Direttiva n. 2000/78/CE⁵⁸. Nel caso di specie, un medico primario, dipendente di un ospedale della Caritas presente sul territorio tedesco, veniva licenziato per aver prima divorziato e poi contratto nuovo matrimonio civile. Tale provvedimento era stato assunto sulla base della legge tedesca del 14 agosto 2006 sulla parità di trattamento, la quale dispone, all’art. 9, comma 2, che le organizzazioni di tendenza possano chiedere ai loro dipendenti un atteggiamento “di buona fede e di lealtà nei confronti dell’ideologia del datore di lavoro”.

⁵³ Cfr., parr. 70-74 della sentenza *Vera Egenberger c. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV*, cit. Infatti, dal momento che trova applicazione la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, il giudice nazionale deve assicurare la tutela giuridica derivante, per i singoli, dal divieto di ogni discriminazione fondata sulla religione o sulle convinzioni personali (divieto, sancito all’art. 21 della Carta, che riveste carattere imperativo in quanto principio generale del diritto dell’Unione), e dal diritto a una tutela giurisdizionale effettiva. Con ciò si ha l’effetto di uniformare il diritto europeo non solo dal punto di vista della normativa che regola una particolare situazione giuridica, quanto rispetto all’operato del giudice.

⁵⁴ S. BALDETTI, *Requisiti occupazionali delle organizzazioni di tendenza e tutela del lavoratore. L’intervento della Corte di Giustizia nel caso Egenberger v. Evangelisches Werk*, in *Lavoro, diritti, Europa*, 2018, pp. 1-12.

⁵⁵ Cfr. N. COLAIANNI, *Divieto di discriminazione religiosa sul lavoro e organizzazioni religiose*, in *Stato, Chiese plur. conf.*, 2018, p. 7.

⁵⁶ Cfr. P. CONSORTI, *Diritto e religione*, Roma-Bari, 2014, p. 25.

⁵⁷ CGUE, Grande Sez., 11 settembre 2018, causa C-68/17, *IR c. JQ*.

⁵⁸ P. FLORIS, *Organizzazioni di tendenza religiosa tra Direttiva europea, diritti nazionali e Corte di giustizia UE*, cit., p. 23.

Il caso esaminato dai tribunali nazionali tedeschi⁵⁹ è giunto poi davanti ai giudici europei. Più precisamente, alla Corte di Giustizia è stato chiesto se l'art. 4, par. 2, della Direttiva debba essere interpretato nel senso che una Chiesa o un'organizzazione di tendenza, "possa decidere, in via definitiva, di sottoporre i suoi dipendenti operanti a livello direttivo a obblighi di atteggiamento di buona fede e di lealtà diversi in funzione della confessione o agnosticismo di tali dipendenti". Nella fattispecie in esame, quindi, è stato chiesto alla Corte di precisare in base a quali criteri debba essere valutata la conformità degli obblighi di lealtà alla Direttiva; quindi, se debba essere disapplicata una disposizione nazionale insuscettibile di interpretazione conforme⁶⁰. Inoltre, poiché l'organizzazione gestiva l'attività ospedaliera tramite una società di capitali, si voleva comprendere se la Direttiva trovasse applicazione.

Richiamando ampiamente l'*iter* argomentativo della sentenza *Egenberger*, la Corte conferma l'interpretazione dell'art. 4, par. 2, comma 2, secondo cui anche l'organizzazione di tendenza, pur essendo soggetta a un regime di favore a tutela delle tendenze di cui è portatrice, non può imporre ai propri dipendenti obblighi di buona fede e di lealtà nei confronti di tale etica, anche quando gestita con modalità imprenditoriali. Nel caso di specie, era evidente che l'adesione alla concezione cattolica del matrimonio, tenuto conto delle attività professionali svolte dal lavoratore, non risultava una condizione essenziale per lo svolgimento della prestazione lavorativa. La sentenza ribadisce poi un ulteriore profilo ormai consolidato nella giurisprudenza della Corte: l'importanza del controllo giurisdizionale sulle decisioni dell'organizzazione di tendenza che qualificano la religione come elemento essenziale, legittimo e giustificato. Il giudice europeo ha inoltre l'occasione di precisare quanto previsto dall'art. 4 della Direttiva relativamente all'atteggiamento di buona fede e lealtà che le organizzazioni di tendenza possono pretendere dai propri dipendenti. Similmente a quanto deciso in merito all'applicazione della deroga prevista nella prima parte dell'articolo, anche i provvedimenti motivati sulla base del rispetto della buona fede e lealtà devono soddisfare i requisiti della Direttiva compreso il principio di proporzionalità e necessitano di un controllo da parte del giudice nazionale.

Infine, per la Corte anche una struttura ospedaliera costituita in forma di società di capitali da parte di un'organizzazione di tendenza, che imponga ai dipendenti obblighi di buona fede e di lealtà, può essere ritenuta conforme alla

⁵⁹ Il giudice di primo grado (Tribunale del lavoro) accolse il ricorso di JQ contro il licenziamento, ritenendolo contrario al principio di parità di trattamento. I giudici di secondo grado (Tribunale superiore del lavoro del Land) respinsero l'appello proposto dall'IR, che propose un ricorso per revisione alla Corte federale del lavoro. Tale Corte respinse il ricorso ritenendo anch'essa ingiustificato il licenziamento. L'IR scelse quindi di adire la Corte costituzionale federale, che con l'ordinanza del 22 ottobre 2014, ha annullato la sentenza della Corte federale del lavoro tedesca e ha rinviato la causa alla Corte di Giustizia dell'UE.

⁶⁰ Cfr. sent. *IR c. JQ*, cit., parr. 38 e 62.

Direttiva a condizione che la religione o le convinzioni personali costituiscano “un requisito professionale essenziale, legittimo e giustificato”. Tale aspetto deve essere verificato dal giudice nazionale, tenendo conto della natura delle attività professionali richieste (o svolte) ovvero del contesto in cui queste sono esercitate⁶¹.

Un giudice nazionale investito di una controversia tra due privati è tenuto, qualora non gli sia possibile interpretare il diritto nazionale vigente in modo conforme all’art. 4, par. 2, Direttiva n. 2000/78/CE, ad assicurare, nell’ambito delle sue competenze, la tutela giuridica spettante ai soggetti dell’ordinamento derivante dai principi generali del diritto dell’Unione, come il principio di non discriminazione sulla base della religione o delle convinzioni personali, sancito dall’art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, e a garantire la piena efficacia dei diritti che ne derivano, disapplicando – all’occorrenza – qualsiasi disposizione nazionale contraria. A ogni modo, ciò che traspare dalla pronuncia in esame, è che, secondo la Corte, il divieto di qualsiasi discriminazione fondata sulla religione o sulle convinzioni personali riveste carattere imperativo in quanto principio generale del diritto dell’Unione ed è di per sé sufficiente a conferire ai privati un diritto invocabile come tale nell’ambito di una controversia che richiami un settore disciplinato dal diritto dell’Unione⁶².

4. *La tutela religiosa delle organizzazioni di tendenza tra luci e ombre nella giurisprudenza delle Corti sovranazionali: quale bilanciamento?*

La Corte europea dei diritti dell’uomo e la Corte di Giustizia dell’Unione europea si sono pronunciate nel corso del tempo sul difficile bilanciamento tra diritto all’autonomia delle organizzazioni di tendenza religiosa e diritto di ciascun individuo a non essere discriminato per motivi religiosi. È nella continua tensione applicativa di tali diritti che va ricercato il giusto bilanciamento che necessariamente cambia in relazione al singolo caso concreto. Di qui, la necessità di proporre una lettura evolutiva delle norme sovranazionali al fine di individuare le soluzioni via via adottate tra l’istanza di tutela del principio di autonomia professionale e la garanzia dei diritti fondamentali della persona umana.

Come già osservato da autorevole dottrina⁶³, vi è uno scenario completamente inesplorato dalla giurisprudenza comunitaria che emerge nelle argomentazioni in sottofondo, che merita però di essere almeno accennato come occasione

⁶¹ P. FLORIS, *Organizzazioni di tendenza religiosa tra Direttiva europea, diritti nazionali e Corte di giustizia UE*, cit., p. 20.

⁶² S. FERNANDEZ SANCHEZ, *Libertà religiosa e lavoro*, cit., p. 238 ss.

⁶³ Alle medesime conclusioni è giunta P. FLORIS, *Organizzazioni di tendenza religiosa tra Direttiva europea, diritti nazionali e Corte di giustizia UE*, cit., pp. 30-32.

mancata: il ruolo dell'art. 17 TFUE⁶⁴. Tale norma dispone che l'Unione europea non pregiudichi lo *status* delle chiese, associazioni o comunità religiose riconosciuto dal diritto nazionale dei singoli Stati membri; la portata di tale disposizione, inoltre, si estende altresì alle organizzazioni filosofiche e non confessionali, attribuendo il medesimo trattamento delle c.d. comunità di fede. Oltre a ciò, l'art. 17 TFUE al punto 3 dichiara espressamente che l'Unione si impegna a mantenere un dialogo aperto, trasparente e regolare con tali chiese e organizzazioni. È bene sottolineare che l'art. 17 TFUE riproduce la formulazione della Dichiarazione n. 11 del trattato di Amsterdam del 1997 ove le chiese ottengono un primo riconoscimento nel diritto comunitario, seppur privo di carattere vincolante⁶⁵. A tal fine utile è stato poi l'inserimento di tale riconoscimento nel testo del Trattato, elevando così la norma a rango primario⁶⁶.

Appare con tutta chiarezza che l'art. 17 TFUE costituisce una clausola di salvaguardia per le confessioni religiose, da cui si ricava la mancanza di competenza nei rapporti tra confessioni religiose e Unione europea (e i propri organi). Ciononostante, è attualmente pacifico l'impegno dell'Unione nella salvaguardia dei diritti fondamentali; la Corte di Giustizia è legittimamente chiamata a condannare gli Stati membri anche se le violazioni accertate (limitatamente però a violazioni che si frappongono con gli obiettivi perseguiti dall'Unione europea) costituiscono una diretta conseguenza dell'applicazione di norme statuali di recepimento di discipline dell'Unione e anche se queste riguardano i rapporti con le confessioni religiose che l'art. 17 TFUE riserva alla competenza degli Stati nazionali. Ciò potrebbe essere definita una competenza indiretta dell'Unione europea, che la vede coinvolta tutte le volte che vengano violati i diritti tutelati dal diritto dell'Unione; dunque, si riduce "in via sostanziale l'insindacabilità degli *status* nazionali delle Chiese ai regimi che non compromettono l'uguaglianza, il divieto di discriminazione e la libertà religiosa e di coscienza [...] di ogni individuo"⁶⁷.

⁶⁴ A. LICASTRO, *Unione Europea e "status" delle confessioni religiose. Fra tutela dei diritti umani e fondamentali e salvaguardia delle identità costituzionali*, Milano, 2014, pp. 127-141; M. VENTURA, *L'articolo 17 TFUE come fondamento del diritto e della politica ecclesiastica dell'Unione europea*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 2, 2014, p. 293; R. MCCREA, *Religion and the Public Order of the European Union*, Oxford, 2010.

⁶⁵ Nel dibattito dottrinale la Dichiarazione n. 11 ha sollevato numerose perplessità con riguardo alla capacità di tale atto di soddisfare e di tutelare le richieste delle confessioni religiose. Si richiama G. ROBBERS, *Europa e religione: la dichiarazione sullo stato delle chiese e organizzazioni non confessionali nell'atto finale del trattato di Amsterdam*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 2, 1998, p. 396; A. LICASTRO, *Unione Europea e "status" delle confessioni religiose. Fra tutela dei diritti umani e fondamentali e salvaguardia delle identità costituzionali*, cit., p. 135.

⁶⁶ Così M. LUGLI, J. PASQUALI CERIOLI, I. PISTOLESI, *Elementi di diritto ecclesiastico europeo. Principi, modelli, giurisprudenza*, Torino, 2008, p. 16.

⁶⁷ Così M. LUGLI, J. PASQUALI CERIOLI, I. PISTOLESI, *Elementi di diritto ecclesiastico europeo. Principi, modelli, giurisprudenza*, cit., p. 17.

Alla luce dell'analisi delle pronunce della Corte di Giustizia, l'art. 17 TFUE rimane una clausola di fondo che in molti passaggi delle sentenze viene velocemente richiamata senza mai spiegarne diffusamente la portata applicativa in relazione al singolo caso concreto. Non si riesce a cogliere la motivazione di tale inattività giurisprudenziale e soprattutto appare che tale norma venga addirittura subordinata alla Direttiva, travolgendo il primato delle disposizioni dei Trattati. Tale profilo qui solamente accennato rimane una chiara opportunità persa per la Corte di Giustizia, che avrebbe potuto chiarire anche il rapporto tra la norma di rango primario e la Direttiva n. 2000/78/CE⁶⁸.

Appare però altrettanto importante sottolineare che l'indagine condotta non vuole rilevare che le ragioni sottese all'agire delle organizzazioni di tendenza siano inique oppure manifestamente infondate. Al contrario, è proprio in ragione di un maggior grado di tutela che viene richiesta un'attenta e rigorosa valutazione ad opera dei giudici europei, trattandosi di deroghe a diritti fondamentali. Quindi, anziché consentire una valutazione soggettiva in capo agli enti di tendenza, le Corti europee affermano l'esigenza di intervento da parte del potere giurisdizionale in modo da accertare il legame oggettivo tra requisiti di appartenenza religiosa, attività dedotte nel contratto, mansioni da svolgere in concreto ed infine esigenze di lealtà datoriali. È bene però specificare che tale forma di accertamento del giudice non legittima alcuna ingerenza sull'etica adottata dall'organizzazione, in particolare sugli aspetti fideistici. La *ratio* di tale forma di controllo giurisdizionale è il vaglio sugli elementi oggettivi connessi tra la dimensione religiosa e gli obblighi imposti al lavoratore. Tale impostazione appare una soluzione di compromesso che colma altresì le lacune interpretative in materia di disapplicazione, da parte del giudice nazionale, di una norma interna che sia in contrasto con una fonte europea.

Dunque, le Corti sovranazionali hanno adottato approcci che hanno portato ora alla prevalenza del riconoscimento di tutela del gruppo di tendenza e delle sue esigenze di identità ideologica, ora alla tutela del lavoratore a non vedersi discriminato a causa della mancata adesione a una determinata religione. In questo ambito, i poteri disciplinari dell'ente di tendenza nei confronti del lavoratore possono ritenersi legittimi unicamente se sussistano due condizioni: se l'ingerenza sia esercitata in funzione allo scopo perseguito e se il potere sia esercitato nei confronti di individui che rivestono un ruolo qualificato all'interno dell'organizzazione e quindi siano titolari di specifici obblighi di lealtà⁶⁹.

Accanto a questi punti fermi, merito di una intensa e attenta attività dei giudici dell'Unione, rimane – come accennato – un vuoto interpretativo attorno all'art. 17 TFUE di cui, nel corso del tempo, il dibattito dottrinale ha evidenziato

⁶⁸ Così altresì M.E. GENNUSA, *Libertà religiosa collettiva e principio di non discriminazione nel Sistema costituzionale europeo*, cit., p. 7 ss.

⁶⁹ Vedi *supra*.

la difficoltà reale e concreta di applicazione. La natura c.d. statica della lettera della norma è oggi abbastanza pacifica; è invece la dimensione dinamica che necessita di un chiarimento poiché non si può ignorare che “l’art. 17 TFUE mentre separa le competenze tra UE e Stati membri circa lo *status* e la disciplina delle chiese, al tempo stesso mette in conto la possibilità di interferenze/contaminazioni tra le discipline dell’Unione e gli Stati membri, almeno tutte le volte in cui le attività delle comunità religiose incrocino ambiti di intervento dell’uno o degli altri soggetti”⁷⁰. È in questa zona d’ombra che si richiede l’intervento dei giudici di Lussemburgo, i quali sono gli unici interpreti qualificati del diritto dell’Unione con il fine di offrire chiarezza alla volontà del legislatore europeo. È dunque necessario attendere ulteriori pronunce da parte dei giudici della Corte di Giustizia dell’Unione così da offrire ulteriori parametri interpretativi chiarificatori della norma citata in una logica di continuo “rilancio del processo di integrazione europea”⁷¹.

⁷⁰P. FLORIS, *Organizzazioni di tendenza religiosa tra Direttiva europea, diritti nazionali e Corte di giustizia UE*, cit., p. 31.

⁷¹S. FERNANDEZ SANCHEZ, *Libertà religiosa e lavoro*, cit., p. 243.

LA TURCHIA POST-GOLPE ALLA PROVA DEL PLURALISMO: IL CASO KAVALA

Marco Galimberti

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Cronaca di un’odissea giudiziaria annunciata. – 3. Il caso Kavala nel contesto: esiste ancora un giudice a Strasburgo? – 4. *Quo vadis, Ankara?*

1. *Introduzione*

Istanbul, 18 ottobre 2017. Il filantropo, attivista per i diritti umani e uomo d'affari Osman Kavala¹ viene arrestato presso l’allora aeroporto internazionale Atatürk e, per la prima volta, viene sottoposto a custodia preventiva con l’accusa di tentata sedizione ai danni del governo turco in occasione delle note proteste di Gezi Park deflagrate nel maggio 2013².

Ben sei anni più tardi, pur essendo stato assolto da tali accuse, Kavala risulta tuttora soggetto a misure privative della libertà personale e la sua vicenda rimane al centro di un aspro conflitto di carattere politico, ancor prima che giurisdizionale, la cui eco riecheggia ben oltre il Bosforo. Il caso in esame ha assunto peraltro particolare rilievo a livello internazionale anche alla luce del fallito golpe del 15 luglio 2016 – enfaticamente accolto dal Presidente turco Republic Recep Tayyip Erdoğan niente meno che come “un dono di Dio” – e la conseguente dichiarazione dello stato di emergenza nazionale, prorogato a più riprese da parte del Parlamento turco per il successivo biennio³. Nondimeno, secondo il

¹Per una dettagliata biografia di Osman Kavala e una cronologia completa dei procedimenti giudiziari a cui quest’ultimo è stato nel tempo sottoposto, si rinvia alla sezione “Judicial Process” del portale online www.osmankavala.org/en.

²Sulle note vicende di Gezi Park risalenti al maggio 2013, che hanno visto una campagna ambientalista locale nata ad Istanbul sfociare in una vera e propria protesta antigovernativa a livello nazionale si rimanda, *ex plurimis*, ai vari commenti pubblicati sul tema in 15(3) *Insight Turkey* (Summer 2013).

³Lo stato di emergenza nazionale, inizialmente proclamato dal Consiglio dei Ministri turco con decisione n. 2016/9064 del 20 luglio 2016, sarebbe stato successivamente revocato, soltanto due anni più tardi, in data 18 luglio 2018. Al riguardo vedasi, tra gli altri, B. BAĞLAYAN, *The Turk-*

rapporto annuale pubblicato dalla Commissione UE nel novembre 2023 sullo status dei negoziati per l'adesione della Turchia all'Unione europea, le restrizioni imposte nei confronti degli attivisti per i diritti umani testimoniano emblematicamente come la rimozione dello stato di emergenza non abbia precluso una costante regressione degli standard democratici e dello Stato di diritto nel Paese, soprattutto in termini di protezione dei diritti e delle libertà fondamentali e di indipendenza della magistratura⁴.

In quest'ottica, il presente contributo si propone di porre l'accento su una vicenda del tutto *sui generis* come quella in questione, da intendersi come un interessante caso di studio che simboleggia un capillare giro di vite ai danni del pluralismo, nell'ambito di una sistematica violazione degli obblighi internazionali assunti dal governo turco ai sensi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. È proprio nel contesto della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che, come è noto, il concetto di pluralismo ha rivestito un ruolo chiave, rispecchiando una tra le principali caratteristiche di una società democratica e costituendo un fattore cruciale nel determinare la portata di una serie di diritti fondamentali tutelati dalla Convenzione⁵. Tra le varie dimensioni nelle quali si declina la composita nozione di pluralismo⁶ – e che formano oggetto di indagine nel presente volume –, peculiare rilievo può attribuirsi al versante del pluralismo politico⁷, che ha visto l'ordinamento turco già al centro di importanti decisioni, anche di rottura rispetto al passato, da parte della Corte europea⁸. In questo senso, delineando una relazione di reciprocità tra sfera politica e sociale, la salvaguardia del pluralismo dal punto di vista delle libertà di espressione e associazione, della compartecipazione di diversi interessi e identità nei processi decisionali, e della libera competizione tra formazioni politiche in sistemi multipartitici, a sua volta presuppone (e nel contempo contribuisce essa stessa a plasmare) l'esistenza e il riconoscimento del pluralismo all'interno delle società contemporanee.

ish State of Emergency Under Turkish Constitutional Law and International Human Rights Law, 2017, online: www.asil.org.

⁴ Si fa riferimento al Commission Staff Working Document, pubblicato dalla Commissione europea in data 8 novembre 2023, *Türkiye 2023 Report Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions 2023 Communication on EU Enlargement Policy*, con particolare riguardo ai parr. 2.1.1 (“Democracy”) e 2.2 (“Rule of law and fundamental rights”).

⁵ A. NIEUWENHUIS, *The Concept of Pluralism in the Case-Law of the European Court of Human Rights*, in 3(3) *European Constitutional Law Review* (2007), p. 367.

⁶ Per una più ampia disamina del significato di pluralismo in rapporto con il diritto, si rinvia a A. SOETEMAN (a cura di), *Pluralism and Law*, Amsterdam, 2001.

⁷ A. EISENBERG, *Reconstructing Political Pluralism*, New York, 1995.

⁸ Su tutte si veda, in particolare, Corte EDU (Grande Camera), 13 febbraio 2003, *Case of Refah Partisi v. Turkey*, su ricorso n. 41340/98.

Ciò premesso, nella seconda sezione di questo scritto si ripercorreranno per sommi capi le principali tappe che hanno scandito la vicenda giudiziaria in esame, sino alla pronuncia della Grande Camera nel luglio 2022, innescata dalla procedura di infrazione di recente intrapresa dal Consiglio d'Europa nei confronti della Turchia. Nella terza parte di questo scritto, il caso Kavala verrà dunque inquadrato all'interno del più ampio contesto delle restrizioni illiberali che, nel corso degli ultimi anni, hanno afflitto larghi segmenti della società civile e delle istituzioni turche, e delle quali la giurisprudenza di Strasburgo è stata chiamata ad occuparsi con sempre maggiore frequenza. Da ultimo, si accenneranno infine alcune brevi riflessioni conclusive, con uno sguardo alle implicazioni e alle prospettive derivanti dal caso di specie.

2. Cronaca di un'odissea giudiziaria annunciata

La complessa vicenda giudiziaria che vede protagonista Osman Kavala si è contraddistinta per un continuo susseguirsi di colpi di scena, con il rapido alternarsi altresì di una serie di pronunce di matrice sia interna che internazionale. Prima di entrare *in medias res*, pare interessante tuttavia constatare in primo luogo il sussistere, fin dagli albori dei procedimenti giudiziari in questione, di una anomala convergenza tra le prese di posizione da parte dal Procuratore di Istanbul e del Presidente della Repubblica in ordine al ruolo attivo che Kavala avrebbe rivestito tanto nelle proteste di Gezi Park quanto nel fallito colpo di Stato risalente a tre anni più tardi⁹. Questo esplicito allineamento ha fatto suonare un immediato campanello d'allarme rispetto ad una pericolosa sovrapposizione tra sfera politica e giurisdizionale, da leggere come l'ennesimo sintomo di una magistratura soggetta ad una stretta morsa da parte dell'esecutivo, a detrimento di canoni irrinunciabili per un ordinamento pluralista e democratico quali la *rule of law* e la separazione dei poteri.

Accanto ai reiterati interventi della magistratura ordinaria¹⁰, anche la Corte costituzionale turca si è espressa sulla vicenda in oggetto in più di una circostanza: *in primis* quando, nel maggio 2019, ha rigettato il ricorso presentato da Kavala, ritenendo che la detenzione non avesse violato il suo diritto alla libertà e alla sicurezza e reputando pertanto inammissibili le doglianze relative al diritto

⁹In via esemplare, possono richiamarsi due dichiarazioni rilasciate dal Presidente della Repubblica turco rispettivamente il 21 novembre e il 3 dicembre 2018, ed entrambe riportate in Corte EDU (Seconda Sezione), 10 dicembre 2019, *Case of Kavala v. Turkey*, su ricorso n. 28749/18, § 61.

¹⁰Più precisamente, Kavala è stato in primo luogo sospettato di aver tentato di rovesciare il governo attraverso l'uso della forza e della violenza (ai sensi dell'art. 312 del codice penale turco) e di aver tentato di sovvertire l'ordine costituzionale nell'ambito del fallito tentativo di colpo di stato del luglio 2016 (art. 309 c.p.).

ad un giusto processo¹¹. Tuttavia, cinque giudici dissenzienti (tra cui lo stesso Presidente e il Vicepresidente della Corte) non hanno mancato di stigmatizzare la decisione della maggioranza, in ragione sia dell'assenza di prove convincenti che del fatto di aver avallato la legittimità e la proporzionalità della custodia cautelare sulla base di "motivazioni stereotipate"¹². Di lì a poco, gli elementi di criticità già sollevati dai giudici di minoranza della Corte costituzionale avrebbero trovato spazio anche nelle argomentazioni sviluppate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, alla quale Kavala si era nel frattempo rivolto, sostenendo *inter alia* che la sua incarcerazione fosse da interpretare come una sanzione per il suo atteggiamento critico nei confronti del governo¹³.

Occupandosi del caso Kavala in via prioritaria, ai sensi della corsia preferenziale assegnata da Strasburgo a quei ricorrenti che siano stati privati della libertà personale per effetto di provvedimenti che integrino una (lamentata) violazione della CEDU, nel dicembre 2019 la Seconda Sezione della Corte europea ha dichiarato all'unanimità il sussistere di una lesione dell'art. 5, parr. 1 e 4 ("diritto alla libertà e alla sicurezza"), in quanto la detenzione preventiva non risultava fondata su una *reasonable suspicion*¹⁴. I giudici di Strasburgo hanno inoltre riscontrato una violazione dell'art. 18 CEDU – che vieta agli Stati contraenti di limitare i diritti e le libertà garantiti nella Convenzione per finalità estranee a quelle da essa previste –, congiuntamente all'art. 5, par. 1, CEDU, nella misura in cui i provvedimenti contestati, essendo finalizzati a mettere a tacere il ricorrente, rischierebbero di avere un effetto dissuasivo nei confronti degli attivisti per i diritti umani. Agli occhi della Seconda Sezione, quest'ultimo punto rappresenta un ulteriore obiettivo che, citando testualmente la Corte, "acquisite-

¹¹ Corte costituzionale turca, 22 maggio 2019, su ricorso n. 2018/1073.

¹² Secondo l'opinione dissenziente espressa dal Presidente della Corte Zühtü Arslan, "l'accusa non è riuscita a stabilire i motivi di fatto relativi alla commissione da parte del ricorrente del reato di rovesciamento del governo, e l'esistenza di forti prove necessarie in tal senso per la sua detenzione preventiva. Inoltre, non è possibile concordare con la valutazione compiuta sulla proporzionalità della detenzione del ricorrente, a seguito della valutazione del forte sospetto di reato, come affermato nella decisione della maggioranza. [...] Senza presentare alcuna nuova prova significativa, l'accusa non è riuscita a dimostrare il motivo per il quale la detenzione del ricorrente dopo più di quattro anni fosse necessaria. [...] Poiché la presenza di un forte sospetto di reato continua a costituire la condizione preliminare per la detenzione anche in pendenza dello stato di emergenza, la custodia cautelare del ricorrente nel caso di specie ha violato il suo diritto alla libertà e alla sicurezza ai sensi dell'articolo 15 della costituzione". Sull'opinione dissenziente in questione si rinvia a Z. ARSLAN, *Reasoning for the Dissenting Vote*, 2019, § 14 ss., online: www.OsmanKavala.org.

¹³ Corte EDU (Seconda Sezione), 10 dicembre 2019, *Case of Kavala v. Turkey*, su ricorso n. 28749/18, § 197. Secondo la tesi del ricorrente, e fatta propria dalla Corte, la sua custodia cautelare risultava finalizzata a "punirlo per le sue critiche nei confronti del governo, ridurlo al silenzio in quanto attivista di una ONG e difensore dei diritti umani, dissuadere altri dall'impegnarsi in tali attività e paralizzare la società civile del Paese".

¹⁴ *Ivi*, § 157.

rebbe una importanza significativa, soprattutto alla luce del ruolo particolare dei difensori dei diritti umani [...] e delle organizzazioni non governative in una democrazia pluralista [...]”¹⁵. Come pure si dirà meglio in seguito, la Corte ha inoltre ritenuto che il governo turco dovesse adottare tutte le misure necessarie per porre termine alla custodia cautelare e assicurare, in tal modo, l'immediata messa in libertà del ricorrente ai sensi dell'art. 46 CEDU¹⁶. La pronuncia in questione, lungi dal fissare quello che in molti auspicavano poter costituire, a beneficio del ricorrente, un punto di non ritorno per le autorità turche, ha invece rappresentato soltanto la prima pagina di un nuovo e non meno spinoso capitolo per le sorti della vicenda in esame.

E infatti nel febbraio 2020, prima che la suddetta sentenza della Seconda Sezione potesse divenire definitiva ai sensi dell'art. 44, par. 2, CEDU, la trentesima Corte d'Assise di Istanbul assolveva Kavala ed altri otto co-imputati dall'accusa di aver tentato di rovesciare il governo turco, disponendone l'immediata liberazione. In quella stessa giornata, tuttavia, il pubblico ministero di Istanbul emetteva un nuovo mandato d'arresto per il presunto coinvolgimento di Kavala nel fallito golpe del luglio 2016, vanificando tanto la scarcerazione disposta dalla Corte d'Assise quanto la decisione proveniente da Strasburgo. Meno di un mese più tardi, su richiesta dell'ufficio del pubblico ministero, la decima pretura di Istanbul confermava inoltre la custodia cautelare per il reato di spionaggio politico o militare¹⁷. Proprio questo atto d'accusa, unitamente al presunto tentativo di sovvertire l'ordine costituzionale, ha consentito di mantenere finora in vigore il regime di custodia cautelare, configurando due capi di imputazione che sul piano formale si discostano da quelli che la Corte europea aveva lasciato cadere nel dicembre 2019, benché essi poggino di fatto sui medesimi elementi di prova¹⁸.

Disattendendo quelle che potevano essere le residue speranze di un intervento taumaturgico in via giurisdizionale, a fine 2020 la Corte costituzionale turca, riunitasi in sessione plenaria, ha escluso una violazione dei diritti del ricorrente sotto il profilo della legittimità e della durata della sua detenzione¹⁹. Ciò nondimeno, il voto contrario da parte di sette giudici ha portato alla luce, ancora una volta, la spaccatura esistente in seno ad una Corte essa stessa colpita da epurazioni a seguito del mancato golpe del 2016²⁰. Ravvisando l'incoerenza di

¹⁵ *Ivi*, § 231.

¹⁶ *Ivi*, § 240.

¹⁷ Capo d'accusa ai sensi dell'art. 328 del codice penale turco.

¹⁸ Senza poter entrare in questa sede nel dettaglio dei procedimenti che hanno trovato svolgimento dinanzi ai giudici interni, basti citare il fatto che, in diverse occasioni, varie corti d'assise di Istanbul abbiano respinto le richieste di rilascio su cauzione di Osman Kavala, disponendo la permanenza di quest'ultimo in custodia cautelare.

¹⁹ Corte costituzionale turca, 29 dicembre 2020, su ricorso n. 2020/13893.

²⁰ In particolare, tra le epurazioni su vasta scala a cui si è assistito in Turchia all'indomani del

tale decisione rispetto alla consolidata giurisprudenza costituzionale in materia, i giudici di minoranza hanno sottolineato come le misure detentive adottate non fossero né necessarie né proporzionate, oltre ad evidenziare, da una prospettiva a più ampio raggio, il timore che le medesime potessero sfociare in una criminalizzazione delle attività lecitamente svolte da organizzazioni non governative²¹.

La comprovata inefficacia delle vie di ricorso interne – tra cui è da annoverarsi, come si è accennato, lo stesso ricorso diretto alla Corte costituzionale –, unitamente alla resistenza delle autorità turche alla citata decisione della Seconda Sezione, ha rappresentato un costante *leitmotiv* sino a quello che è da considerarsi, ad oggi, l'ultimo stadio della saga giudiziaria in esame. Quest'ultimo trovava avvio nel febbraio 2022, quando il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha interrogato la Corte europea circa il venir meno, da parte della Turchia, al dovere di dare esecuzione, ai sensi dell'art. 46 CEDU, alla predetta sentenza vincolante della Seconda Sezione²². Nel luglio 2022, la Grande Camera ha risposto in senso affermativo: il ricorrente era stato trattenuto in custodia cautelare per oltre quattro anni sulla base di fatti che la Corte aveva già ritenuto insufficienti per giustificare il sospetto che egli avesse commesso “qualsivoglia reato” e che risultavano “in gran parte correlati all'esercizio dei diritti assicurati dalla Convenzione”²³. Ne consegue che le autorità nazionali non hanno pertanto agito in buona fede, né compatibilmente con le “conclusioni e lo spirito” della sentenza della Seconda Sezione, ovvero in modo tale da rendere concreta ed effettiva la tutela dei diritti della Convenzione²⁴.

fallito colpo di Stato del luglio 2016, uno tra i casi più eclatanti ha riguardato l'arresto e la rimozione dal loro incarico di due membri della Corte costituzionale. Cfr. T. OLCAY, *Firing Benchmates: The Human Rights and Rule of Law Implications of the Turkish Constitutional Court's Dismissal of Its Two Members Decision of 4 August 2016*, E. 2016/6 (*Miscellaneous file*), K. 2016/12, in 13(3) *European Constitutional Law Review* (2017), p. 568.

²¹ Secondo l'opinione dissidente del giudice Gökcan, “[...] non sembra possibile concludere che la detenzione debba considerarsi un bisogno urgente e pressante in una società democratica [...] né che essa sia proporzionata” (§ 13). Allo stesso modo, il giudice Yıldırım nella sua opinione dissidente ha sottolineato che “Le attività delle ONG, che si pongono tra gli individui e lo Stato, contribuiscono allo sviluppo della consapevolezza della democrazia a livello sociale e alla formazione e al mantenimento dell'ordine sociale democratico incoraggiando la partecipazione di cittadini alla discussione e alla ricerca dei problemi del Paese. Suscitare sospetti circa le attività delle ONG attraverso accuse e denunce che non costituiscono un forte sospetto di commissione di un reato e che si basano su supposizioni anziché su fatti concreti avrà un effetto deterrente su queste organizzazioni, una situazione che avrà indubbiamente effetti negativi sull'ordinamento democratico” (§ 33).

²² *Interim Resolution CM/ResDH(2021)432. Execution of the judgment of the European Court of Human Rights. Kavala against Turkey (Adopted by the Committee of Ministers on 2 February 2022 at the 1423rd meeting of the Ministers' Deputies)*.

²³ Procedimento ai sensi dell'art. 46(4) della Convenzione, Corte EDU (Grande Camera), 11 luglio 2022, *Case of Kavala v. Turkey*, su ricorso n. 28749/18, § 171.

²⁴ *Ivi*, § 173.

Nell'addivenire a tale conclusione, occorre richiamare come l'iter argomentativo sviluppato dalla Grande Camera si sia innestato principalmente sui principi da essa già enunciati nel suo precedente *Ilgar Mammadov c. Azerbaijan*, vale a dire nel quadro della prima procedura di infrazione avviata da parte del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa dinanzi alla Corte europea²⁵. Muovendosi dunque nel solco ivi tracciato, la Corte ha coerentemente riaffermato che "l'intera struttura della Convenzione poggia sul presupposto generale che le autorità pubbliche dello Stato membro agiscano in buona fede [...]. Inoltre, l'importanza del dovere di buona fede è fondamentale laddove la Corte abbia accertato una violazione dell'articolo 18, il cui oggetto e scopo consiste nel vietare lo sviamento di potere"²⁶.

Questa enfasi posta sul concetto di buona fede induce dunque ad una riflessione sulla stessa *ratio* della procedura d'infrazione, istituita attraverso emendamenti introdotti al Protocollo n. 14 alla Convenzione entrato in vigore nel 2010 e concepita come uno strumento di pressione diretto ad assicurare l'esecuzione delle sentenze di Strasburgo²⁷. Come ben si sa, l'esecuzione delle sentenze della Corte europea costituisce uno tra i pilastri dell'intero sistema convenzionale di tutela dei diritti fondamentali in quanto rispecchia "il fondamento su cui poggiano la legittimità, l'autorità morale e l'efficacia delle istituzioni"²⁸. La procedura di infrazione testimonia, dunque, un braccio di ferro nel quale la Corte è chiamata a fornire "una valutazione giuridica definitiva della questione dell'ottemperanza" alle sue pronunce da parte degli Stati firmatari²⁹. In questa prospettiva, sanzioni quali la sospensione del diritto di voto all'interno nel Comitato dei Ministri, o financo l'espulsione dall'Organizzazione ai sensi dell'art. 8 dello

²⁵ Procedimento ai sensi dell'art. 46(4) in Corte EDU (Grande Camera), 29 maggio 2019, *Case of Ilgar Mammadov v. Azerbaijan*, su ricorso n. 15172/13. Per un commento si rinvia, *ex multis*, a B. ÇALI, *No Going Nuclear in Strasbourg: The Infringement Decision in Ilgar Mammadov v. Azerbaijan by the European Court of Human Rights*, in *verfassungsblog.de*, 2019; K. DZEHTSIAROU, *How many judgments does one need to enforce a judgment? The first ever infringement proceedings at the European Court of Human Rights*, in *strasbourgobservers.com*, 2019.

²⁶ Corte EDU (Grande Camera), 11 luglio 2022, *Case of Kavala v. Turkey*, su ricorso n. 28749/18, § 169.

²⁷ Secondo l'*Explanatory Report to Protocol No. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, amending the control system of the Convention*, "[t]he procedure's mere existence, and the threat of using it, should act as an effective new incentive to execute the Court's judgments" (§ 100).

²⁸ C. HILLEBRECHT, *Rethinking Compliance: The Challenges and Prospects of Measuring Compliance with International Human Rights Tribunals*, in 1(3) *Journal of Human Rights Practice* (2009), p. 362. Su questo punto si rinvia inoltre, *ex plurimis*, a H. KELLER, C. MARTI, *Reconceptualizing Implementation: The Judicialization of the Execution of the European Court of Human Rights' Judgments*, in 26(4) *European Journal of International Law*, 2015, p. 829.

²⁹ Corte EDU (Grande Camera), 11 luglio 2022, *Case of Kavala v. Turkey*, su ricorso n. 28749/18, § 133.

Statuto del Consiglio d'Europa, rientrano tra le opzioni sul tavolo per contrastare le perduranti violazioni da parte della Turchia. Scenari, questi ultimi, indubbiamente di portata radicale, e in una certa misura anche potenzialmente controproducenti dal punto di vista del monitoraggio sugli standard di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali, ma che, *rebus sic stantibus*, non possono che proiettarsi all'orizzonte, a norma di quanto previsto dall'art. 46, par. 4, CEDU³⁰.

3. *Il caso Kavala nel contesto: esiste ancora un giudice a Strasburgo?*

Come è noto, i procedimenti penali a carico di Osman Kavala e la prolungata detenzione di quest'ultimo in regime di custodia cautelare non rappresentano certamente un caso isolato nella Turchia contemporanea. Al contrario, come rilevato dal Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa all'indomani della menzionata sentenza della Seconda Sezione della Corte europea nel 2019, e come altresì ribadito a seguito dell'avvio della procedura di infrazione, tale vicenda risulta sintomatica “di un'ampia gamma di gravi problemi che interessano il sistema giudiziario turco”. Tra le varie fonti di preoccupazione, i contorni del caso Kavala appaiono suscettibili di intimidire attivisti e difensori dei diritti umani, andando così ad acuire ulteriormente quel cosiddetto *chilling effect* osservato dalla Corte con riferimento, in particolare, all'applicazione di restrizioni ai diritti a norma dell'art. 18 CEDU³¹.

E, in effetti, l'arresto di Kavala e i successivi procedimenti a suo carico hanno avuto luogo all'interno di un contesto in cui non sono affatto mancati autoritari giri di vite ai danni delle libertà della società civile, intensificatisi in modo significativo in pendenza dello stato di emergenza nazionale inaugurato nel luglio 2016³². A questo riguardo, un primario effetto collaterale dello stato di emer-

³⁰La Grande Camera ha inoltre osservato che, contrariamente al citato precedente *Ilgar Mammadov v. Azerbaijan*, la sentenza *Kavala* pronunciata dalla Seconda Sezione della Corte EDU nel 2019 conteneva un'esplicita indicazione in merito alla sua esecuzione, disponendo che il ricorrente venisse rilasciato immediatamente. Per sua stessa natura, la violazione accertata pertanto non lasciava di fatto alcuna scelta alle autorità nazionali per quanto concerne le misure da adottare al fine di porvi rimedio. *Ivi*, §§ 146-147.

³¹Su questo punto si veda, più nello specifico, *CommDH(2020)14, Submission by the Council of Europe Commissioner for Human Rights, under Rule 9.4 of the Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements in the case of Kavala v. Turkey (application No. 28749/18, judgment of 10 December 2019)*, 6 April 2022. Si rinvia, inoltre, al report *CommDH(2022)9, Submission by the Council of Europe Commissioner for Human Rights, in proceedings before the European Court of Human Rights pursuant to Article 46 § 4 of the European Convention on Human Rights in the case of Kavala v. Turkey (application No. 28749/18, judgment of 10 December 2019)*, 6 April 2022.

³²M. TAHIROGLU, *How Turkey's Leaders Dismantled the Rule of Law*, in 44(1) *The Fletcher Forum of World Affairs*, 2020, p. 77.

genza – rimasto in vigore in Turchia, è bene ricordarlo, per ben due anni – consiste nella dilatazione delle prerogative del potere esecutivo, tra cui quella di emanare una vasta gamma di misure senza la preventiva approvazione del Parlamento, a fronte dell'esigenza di normare la situazione emergenziale con maggiore rapidità rispetto a quanto consentito dalla procedura legislativa ordinaria. Il largo margine di discrezionalità connesso all'esercizio di tale potere si è tradotto *ab origine* nell'adozione di una serie di decreti governativi d'urgenza, mediante i quali è stato disposto il licenziamento, l'arresto e la custodia cautelare di migliaia di dipendenti pubblici, giornalisti, accademici e membri delle forze armate, nonché lo scioglimento di associazioni e fondazioni, e la messa al bando di testate giornalistiche, in virtù dei loro presunti legami con il movimento ritenuto da Ankara responsabile di aver architettato il fallito golpe (*FETÖ/PDY*)³³. Alla luce della rilevata incapacità tanto da parte della magistratura ordinaria quanto della Corte costituzionale di ergersi a garanti del pluralismo contro tali epurazioni di massa, come esemplarmente illustrato anche dallo stesso caso Kavala, un numero sempre più elevato di ricorsi alla Corte europea è stato presentato dalle vittime delle misure post-golpe in cerca di ristoro per le violazioni dei propri diritti e delle proprie libertà fondamentali³⁴.

È proprio sul piano della tutela effettiva dei diritti che l'iniziale risposta offerta da Strasburgo a questa ondata di ricorsi si è rivelata a dir poco insoddisfacente, né è risultata immune da critiche, avendo la Corte optato per il respingimento dei medesimi a causa del mancato esaurimento dei rimedi interni, tra i quali deve considerarsi altresì il ricorso diretto alla Corte costituzionale. Se da una parte la rigorosa applicazione della regola del previo esaurimento delle vie di ricorso interne, promossa in una serie di pronunce a partire dai casi *Mercan*³⁵

³³ Per una critica relativa alla compatibilità di tali decreti emergenziali rispetto agli standard di tutela fissati dal Consiglio d'Europa, si rimanda al Parere della Commissione di Venezia relativo ai decreti legge di emergenza nn. 667-676 adottati a seguito del fallito golpe del 15 luglio 2016 (Parere n. 865/2016 del 12 dicembre 2016), §§ 225-226: "There is no doubt that the Turkish authorities were confronted with a dangerous armed conspiracy, and that they had good reasons to declare a state of emergency and give extraordinary powers to the Government. Moreover, certain additional limitations on human rights in this situation are permissible. Nevertheless, the state of emergency regime should remain within the limits set by the Constitution and domestic and international obligations of the State. [...] The provisions of the Turkish Constitution on the declaration of a state of emergency appear to be in line with common European standards in this area. However, the Government interpreted its extraordinary powers too extensively and took measures that went beyond what is permitted by the Turkish Constitution and by international law".

³⁴ In particolare si osservi come la Corte costituzionale turca, in antitesi rispetto alla sua consolidata giurisprudenza in materia, abbia negato la propria competenza ad esaminare la costituzionalità dei decreti di emergenza tanto sul piano formale quanto su quello sostanziale. *Ivi*, §§ 188-190.

³⁵ Corte EDU (Seconda Sezione), 17 novembre 2016, *Case of Mercan v. Turkey*, su ricorso n. 56511/16. Nel caso di specie, riguardante le epurazioni post-golpe avvenute all'interno della ma-

e *Zibni*³⁶, si rivela pienamente conforme al dettato dell'art. 35 CEDU e alla logica di sussidiarietà che informa il sistema della Convenzione, dall'altra parte non può negarsi che questa motivazione non tenga conto in alcun modo di quegli ostacoli strutturali – tra i quali la sfiducia dei ricorrenti nell'indipendenza e nell'imparzialità della magistratura – che precludono un effettivo soddisfacimento di tale requisito³⁷. Questa scarsa sensibilità rispetto alle peculiarità del contesto nazionale di riferimento acquista peraltro ancor più rilevanza in un ordinamento come quello turco in cui, come è stato opportunamente rilevato dalla Commissione di Venezia, a sollevare profili di problematicità non è soltanto la concreta efficacia del controllo giurisdizionale *ex post*, ma anche la questione della sua stessa accessibilità *ex ante* da parte dei ricorrenti³⁸.

L'approccio per certi versi pilatesco adottato in principio dalla Corte europea ha, nel corso degli ultimi anni, ceduto il passo ad una progressiva inversione di tendenza, che ha visto succedersi una copiosa serie di pronunce di condanna nei confronti della Turchia. Questo nuovo orientamento giurisprudenziale, nel quale si inserisce il caso Kavala fin qui analizzato e di cui quest'ultimo incarna uno tra gli esempi più paradigmatici, ha visto i giudici di Strasburgo accogliere favorevolmente un esteso numero di ricorsi presentati da parte di cittadini turchi, tra cui anche giornalisti, magistrati, parlamentari ed esponenti politici di

giustizia, la Corte EDU aveva respinto un ricorso riguardante l'illegittimità, la durata e le condizioni della custodia cautelare di un giudice.

³⁶ Corte EDU (Seconda Sezione), 29 novembre 2016, *Case of Zibni v. Turkey*, su ricorso n. 59061/16. Analogamente, i giudici di Strasburgo hanno altresì respinto ricorsi relativi a misure di emergenza adottate all'indomani del mancato colpo di Stato in Corte EDU (Seconda Sezione), 7 marzo 2017, *Case of Çatal v. Turkey*, su ricorso n. 2873/17, e Corte EDU (Seconda Sezione), 6 giugno 2017, *Case of Köksal v. Turkey*, su ricorso n. 70478/16.

³⁷ Per una critica a questo approccio da parte della Corte si vedano, tra gli altri, M. O'BOYLE, *Can the ECtHR provide an effective remedy following the coup d'état and declaration of emergency in Turkey?*, in *ejiltalk.org*, 2018; E. TURKUT, *Has the European Court of Human Rights Turned a Blind Eye to Alleged Rights Abuses in Turkey?*, in *ejiltalk.org*, 2016; K. ALTIPARMAK, *Is the State of Emergency Inquiry Commission, Established by Emergency Decree 685, an Effective Remedy?*, 2017, online: www.ihop.org.tr/en/; E. TURKUT, *The Köksal Case Before the Strasbourg Court: a Pattern of Violation or a Mere Aberration*, in *strasbourgobservers.com*, 2017. Per un'analisi critica della questione al di fuori del contesto turco si veda anche M. LELOUP, *The Duty to Exhaust Remedies with Systemic Deficiencies*, in *verfassungsblog.de*, 2022.

³⁸ Su questo punto, si rinvia alla nota n. 140 del già citato parere della Commissione di Venezia n. 865/2016 del 12 dicembre 2016 (*supra*, nota n. 29). Analogamente, può altresì menzionarsi *CommDH(2016)35, Memorandum on the human rights implications of the measures taken under the state of emergency in Turkey, 7 October 2016*, § 24: "[...] the persons in question were not provided with evidence against them and were unable to defend themselves in an adversarial manner in many cases. Many had also not been aware of any investigation against them until their dismissal was notified to them [...]. It has been reported that the operation of the administrative commissions has also been very opaque, and [...] that certain decisions were based on simple hearsay or a global impression about the person, based for example, on their social environment".

opposizione, sottoposti a vario titolo a misure limitative della libertà personale a seguito del fallito colpo di Stato del 2016³⁹.

Nell'ambito di questa eterogenea giurisprudenza post-golpe, un interessante parallelismo può essere tracciato, in particolare, fra la ricordata situazione di Osman Kavala e la perdurante custodia cautelare di Selahattin Demirtaş, parlamentare e co-leader del filo-curdo Partito Democratico del Popolo (*HDP*). Ad accomunare i due casi in questione non sono soltanto le profonde incertezze che tuttora affliggono le sorti dei ricorrenti, ma anche la *ratio* sottesa ad entrambe le decisioni di condanna da parte della Corte europea nei confronti delle autorità domestiche per aver violato molteplici disposizioni della Convenzione, nonché – ultimo, ma di certo non meno importante – il pervicace rifiuto del governo turco di conformarvisi⁴⁰.

In questo senso, una tra le principali (e più allarmanti) analogie individuate dalla Grande Camera nella sentenza *Demirtaş c. Turchia* del dicembre 2020 risiede nella strategia di piegare le misure cautelari al perseguimento di un fine “ulteriore” e illegittimo – rispetto a quelli propri della carcerazione preventiva dei ricorrenti –, vale a dire quello di arginare il dissenso civile e politico nel Paese⁴¹. Se infatti tra le righe della prolungata detenzione di Osman Kavala può leggersi

³⁹ In aggiunta ai casi di Osman Kavala e Selahattin Demirtaş considerati nel presente scritto, tra le numerose pronunce della Corte EDU in materia possono citarsi, pur in via non esaustiva, Corte EDU (Seconda Sezione), 20 marzo 2018, *Case of Mehmet Hasan Altan v. Turkey*, su ricorso n. 13237/17; Corte EDU (Seconda Sezione), 20 marzo 2018, *Case of Şahin Alpay v. Turkey*, su ricorso n. 16538/17; Corte EDU (Seconda Sezione), 16 aprile 2019, *Case of Alparslan Altan v. Turkey*, su ricorso n. 12778/17; Corte EDU (Seconda Sezione), 3 marzo 2020, *Case of Baş v. Turkey*, su ricorso n. 66448/17; Corte EDU (Seconda Sezione), 10 novembre 2020, *Case of Sabuncu and Others v. Turkey*, su ricorso n. 23199/17; Corte EDU (Seconda Sezione), 24 novembre 2020, *Case of Şık v. Turkey (No. 2)*, su ricorso n. 53413/11; Corte EDU (Seconda Sezione), 19 gennaio 2021, *Case of Atilla Taş v. Turkey*, su ricorso n. 72/17; Corte EDU (Seconda Sezione), 13 aprile 2021, *Case of Murat Aksoy v. Turkey*, su ricorso n. 80/17; Corte EDU (Seconda Sezione), 13 aprile 2021, *Case of Ahmet Hüseyin Altan v. Turkey*, su ricorso n. 13252/17; Corte EDU (Seconda Sezione), 4 maggio 2021, *Case of Kerestecioglu Demir v. Turkey*, su ricorso n. 68136/16; Corte EDU (Seconda Sezione), 8 giugno 2021, *Case of Bulaç v. Turkey*, su ricorso n. 25939/17; Corte EDU (Seconda Sezione), 29 giugno 2021, *Case of Tercan v. Turkey*, su ricorso n. 6158/18; Corte EDU (Seconda Sezione), 20 luglio 2021, *Case of Akgün v. Turkey*, su ricorso n. 19699/18; Corte EDU (Seconda Sezione), 23 novembre 2021, *Case of Turan and Others v. Turkey*, su ricorso n. 75805/16 ss.; Corte EDU (Seconda Sezione), 14 dicembre 2021, *Case of Ilıcak v. Turkey (No. 2)*, su ricorso n. 1210/17; Corte EDU (Grande Camera), 26 settembre 2023, *Case of Yüksel Yalcinkaya v. Turkey*, su ricorso n. 15669/20.

⁴⁰ In particolare, la sentenza Corte EDU (Grande Camera), 22 dicembre 2020, *Case of Selahattin Demirtaş v. Turkey (No. 2)*, su ricorso n. 14305/17, ha accertato la violazione, da parte delle autorità turche, dell'art. 3 protocollo addizionale n. 1 (“diritto a libere elezioni”), dell'art. 5 (“diritto alla libertà e alla sicurezza”), dell'art. 10 (“libertà di espressione”), e dell'art. 18 (“Limite all'applicazione delle restrizioni ai diritti”) della Convenzione.

⁴¹ *Ivi*, § 401 e §§ 423-438.

una sorta di monito rivolto, più in generale, a difensori e attivisti per i diritti umani, l'arresto, la sospensione dell'immunità parlamentare e l'ininterrotta custodia cautelare di uno degli esponenti apicali dell'*HDP* (nonché candidato, anche dal carcere, alle elezioni presidenziali) celerebbe invece l'ulteriore scopo di censurare una tra le maggiori formazioni politiche di opposizione e limitare il dibattito democratico, contribuendo per di più ad alimentare in tal modo le perenni tensioni tra Ankara e la popolazione curda⁴². Nell'accertare per la prima volta, in entrambi i casi in oggetto, una violazione dell'art. 18 CEDU (in combinato con l'art. 5 CEDU) da parte della Turchia, lo strumentario argomentativo di Strasburgo, come pure testimoniato dal caso del russo Alexei Navalny, si arricchisce inoltre di un istituto che, segnando uno spartiacque rispetto all'approccio tradizionalmente restrittivo a tale disposizione convenzionale, concorre a riaffermare il ruolo della Corte europea come baluardo contro il progressivo deterioramento dello Stato di diritto e della protezione delle libertà fondamentali.

4. Quo vadis, *Ankara*?

“Qualcuno doveva aver diffamato Josef K. perché, senza che avesse fatto nulla di male, una mattina venne arrestato”⁴³.

Se da un lato il celebre incipit de “Il processo” potrebbe *prima facie* destare nel lettore un certo moto di immedesimazione rispetto allo scenario tratteggiato nelle pagine antecedenti del presente scritto, è altresì utile rammentare che, se non altro, il protagonista del romanzo di Franz Kafka “bene o male [...] viveva in uno stato di diritto, ovunque regnava la pace, le leggi erano tutte in vigore [...]”⁴⁴. Questa convinzione di risiedere in un ordinamento fondato sulla *rule of law* e sulla certezza del diritto non può dirsi, per usare un eufemismo, altrettanto granitica nel contesto della Turchia contemporanea, dove il paradigma di una società democratica e pluralista è stato sempre più messo a dura prova dalle draconiane reazioni governative prima alle proteste di Gezi Park e, successivamente, al tentato golpe dell'estate 2016.

Muovendo da tali presupposti, la recente decisione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa di avviare una procedura di infrazione nei confronti del-

⁴² Per una analisi dettagliata del caso Demirtas al vaglio della Corte EDU, anche alla luce delle sue analogie con la vicenda Kavala, si rinvia tra gli altri a B. ÇALI, *Byzantine Manoeuvres: Turkey's responses to badfaith judgments of the ECtHR*, in *verfassungsblog.de*, 2020; ID., *The Whole Is More than the Sum of its Parts: The Demirtaş v Turkey (No 2) Grand Chamber Judgment of the ECtHR*, in *verfassungsblog.de*, 2020; D. KURBAN, *How Many Times Can the ECtHR Turn its Head: Selabatin Demirtas v. Turkey and Kurdish disenfranchisement*, in *verfassungsblog.de*, 2021.

⁴³ F. KAFKA, *Il processo*, Roma, 2010 (traduzione italiana).

⁴⁴ *Ibidem*.

la Turchia per fronteggiare la mancata esecuzione delle sentenze di Strasburgo innesca un'arma nucleare foriera di delicate implicazioni dal punto di vista politico, prima ancora che sul piano giuridico. A ben vedere, quella impugnata dal Comitato dei Ministri potrebbe, in effetti, rivelarsi una sorta di arma a doppio taglio: se, da una parte, quest'ultima è giustificata dall'esigenza di rafforzare il processo di esecuzione delle pronunce della Corte europea, al fine di salvaguardare “[t]he Court’s authority and the system’s credibility”⁴⁵, è pur vero che, al tempo stesso, essa richiede di essere maneggiata con estrema cura onde evitare di esacerbare i toni del conflitto, aprendo un'ulteriore crepa all'interno del Consiglio d'Europa a seguito dell'estromissione della Federazione Russa nel marzo 2022.

Ciò detto, pare del tutto evidente come l'effettiva portata della vicenda Kavala (e, *mutatis mutandis*, di quella che vede protagonista Selahattin Demirtaş) si spinga ben al di là del perimetro del caso di specie, rivelando soltanto la punta dell'iceberg di problematiche strutturali quali le interferenze del governo nella magistratura e, più in generale, il flagrante e sistematico acuirsi del divario da quegli stessi parametri europei e internazionali a cui la Turchia si era da tempo impegnata ad aderire, al punto da riconoscere a livello costituzionale la primazia della Corte europea in materia di tutela dei diritti⁴⁶. In questo senso, un'apertura alla scarcerazione di Osman Kavala, Selahattin Demirtaş e altri cittadini che, pur meno noti, versino in condizioni non dissimili, oltre ad offrire innanzitutto una prima ed immediata forma di ristoro alle vittime di procedimenti giudiziari dai contorni ormai sempre più kafkiani, segnalerebbe un rinnovato e proficuo spirito di cooperazione verso le istituzioni del Consiglio d'Europa⁴⁷.

Da questo punto di vista, gli ultimi segnali sembrano tuttavia proiettare sullo sfondo molte più ombre che luci, basti pensare alle accuse di politicizzazione della Corte europea mosse dal Presidente turco Erdoğan⁴⁸, agli auspici di quest'ultimo di sostituire la Costituzione repubblicana durante il suo terzo mandato⁴⁹, e alle ricorrenti minacce di sciogliere partiti politici rei di condivide-

⁴⁵ *Explanatory Report to Protocol No. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, amending the control system of the Convention*, § 16.

⁴⁶ Accanto all'art. 148 della Costituzione turca, ai sensi del quale chiunque può adire la Corte costituzionale per violazione da parte delle autorità pubbliche di uno dei diritti e delle libertà fondamentali garantiti dalla Costituzione e rientranti nell'ambito di applicazione della CEDU, l'emendamento costituzionale del 2004 ha inoltre aggiunto all'ultimo paragrafo dell'art. 90 (“Ratifica di trattati internazionali”) che “In caso di conflitto tra accordi internazionali in materia di diritti e libertà fondamentali regolarmente entrati in vigore e leggi interne a causa di differenti disposizioni sulla stessa materia, prevalgono le disposizioni previste dagli accordi internazionali”.

⁴⁷ In questa direzione anche C. TECIMER, *On Osman Kavala and Turkish Judicial Failures*, in *verfassungsblog.de*, 2022.

⁴⁸ www.hurriyetdailynews.com/ecbr-rulings-on-turkiye-unjust-political-erdogan-176599.

⁴⁹ www.constitutionnet.org/news/turkey-president-pledges-replace-constitution-during-his-third-term-office.

re posizioni filo-curde e di confiscarne il patrimonio⁵⁰, senza dimenticare, beninteso, la macchia del recesso dalla Convenzione di Istanbul⁵¹.

Anche alla luce di questi vari tasselli che, ad un secolo di distanza dalla fondazione della Repubblica di Turchia, danno vita ad un mosaico non particolarmente confortante, i prossimi passi di Ankara in risposta alla procedura di infrazione sono destinati a rappresentare una cruciale cartina di tornasole per il futuro della società turca e dei suoi diritti, tanto più in considerazione del fatto che, come fermamente rimarcato da Strasburgo, l'unica forma di Stato compatibile con i valori della Convenzione è quella democratico-liberale, basata sugli imprescindibili capisaldi del pluralismo e della *rule of law*.

⁵⁰Per un recente approfondimento in tema di messa al bando di formazioni politiche filo-curde vedasi E. GÜNGÖRDÜ, *Turkey's Constitutional Court Back to Old Tricks: The Closure Case Against the Peoples' Democratic Party*, in voelkerrechtsblog.org, 2023.

⁵¹Per una riflessione sul recesso della Turchia dalla Convenzione di Istanbul e sulle relative implicazioni si veda, *ex plurimis*, B. ÇALI, L. HELFER, *The Gender of Treaty Withdrawal: Lessons from the Istanbul Convention*, in ejiltalk.org, 2022.

I TEMPI DELL'EMERSIONE. OVVERO DELLA COMPLESSA RELAZIONE TRA MIGRANTI E PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

Luca Galli

*per quanto ci affanneremo ad allontanare
la sdraio da riva e a inveire contro le onde,
la marea non ci ascolterà, le acque
non si ritireranno*

ROBERT WINDER, *Bloody Foreigners*,
Londra, 2013, p. XIII

SOMMARIO: 1. Pluralismo e amministrazione: un'introduzione. – 2. Quale termine per i procedimenti di emersione? – 3. Certezza nel tempo dell'azione amministrativa e pubblici interessi. – 4. (*Segue*) certezza nel tempo dell'azione amministrativa e interessi privati. – 5. Collaborazione mancata o colpevolizzazione ingiusta: brevi conclusioni sui rapporti migranti-amministrazione.

1. *Pluralismo e amministrazione: un'introduzione*

Il fenomeno migratorio è, all'interno di una società d'immigrazione come è diventata quella italiana degli ultimi quarant'anni, un elemento chiave alla base della formazione di una realtà culturalmente e giuridicamente pluralista¹. I mo-

¹Se si vuole individuare uno spartiacque giuridico che segna la presa di coscienza della trasformazione dell'Italia da Stato di emigrazione a Stato di immigrazione, si può richiamare la l. 30 dicembre 1986, n. 943, recante "Norme in materia di collocamento e di trattamento dei lavoratori extracomunitari immigrati e contro le immigrazioni clandestine", con cui si è attribuita una prima attenzione al fenomeno delle popolazioni straniere in ingresso sul territorio nazionale. D'altra parte, un effettivo tentativo di affrontare la materia migratoria in quanto tale – e, quindi, non attraverso la lente di altre materie, quale quella giuslavoristica – si è avuto solo con il successivo d.l. 30 dicembre 1989, n. 416 (c.d. "Legge Martelli"), che ha anticipato soluzioni e istituti poi confluiti nel d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (Testo Unico Immigrazione).

vimenti di massa degli ultimi decenni hanno favorito la trasformazione della popolazione presente sul territorio nazionale, sempre più connotata da una coesistenza di gruppi etnicamente, culturalmente, religiosamente e politicamente differenti, tale da rendere centrale l'esigenza di promuovere l'unità sociale nel rispetto delle diversità individuali².

Da qui l'opportunità di inserire, in un'opera dedicata al ruolo del diritto in una realtà pluralista, un contributo che si soffermi sul rapporto che lega i non-cittadini alle pubbliche amministrazioni. Queste ultime, infatti, sono titolari del potere storico di regolare gli ingressi e la permanenza nel territorio nazionale, ma attraverso la loro azione passa anche il soddisfacimento di una porzione sostanziale dei diritti dei singoli, sicché esse giocano un ruolo essenziale ai fini dell'esistenza (reale e giuridica) dell'individuo nell'ordinamento di accoglienza³.

Dovendo ulteriormente restringere il tema di riflessione, stante la sconfinatezza del campo di indagine appena tratteggiato, le successive pagine saranno dedicate ai procedimenti di emersione degli stranieri irregolarmente presenti sul territorio italiano e, in particolare, alle problematiche attinenti alle tempistiche di tali procedure.

La centralità di questo argomento traspare sotto una duplice prospettiva. Da un lato, le questioni da lungo tempo irrisolte nella gestione dei flussi in ingresso rendono le sanatorie strumento ordinario – e non eccezionale, come dovrebbe essere – di legittimazione e riconoscimento giuridico della presenza degli stranieri nei confini nazionali e, quindi, di presa d'atto "ufficiale" della composizione plurale della società italiana⁴. Dall'altro, proprio questi procedimenti diven-

²In questo senso sono appunto orientate le opere che riflettono sul significato dell'integrazione degli stranieri in una società pluralista e interculturale; per esigenze di sintesi, sia consentito il rinvio a L. GALLI, *Rethinking integration contracts. The role of administrative law in building an intercultural society*, Napoli, 2021, *passim* e spec. pp. 20-22 nonché agli Autori *ivi* indicati in nota sul tema dell'approccio interculturale. Per una riflessione ancora più ampia sull'impatto del fenomeno migratorio e sull'esigenza di razionalizzare tensioni e paure che a esso vengono ricondotte, vedasi Z. BUAMAN, *Stranieri alle porte*, Bari, 2016.

³Sul ruolo della pubblica amministrazione nella gestione del fenomeno migratorio e, di conseguenza, nella vita dei singoli migranti, vedasi P. BONETTI, *Editoriale al Fascicolo 3*, in *Dir. imm. citt.*, 2021, online: www.dirittoimmigrazione cittadinanza.it/128-fascicolo-n-3-2021/editoriale-n-3-2021/231-editoriale; F. CORTESE, *La crisi migratoria e la gestione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, p. 435 ss.; M. SAVINO, *Il diritto dell'immigrazione: quattro sfide*, *ivi*, p. 381 ss.; ID., *Per una visione non irenica del diritto dell'immigrazione*, in F. ASTONE, R. CAVALLO PERIN, A. ROMEO, M. SAVINO (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali*, Torino, 2019, p. 113 ss.

⁴La reiterazione del ricorso alla regolarizzazione mediante sanatoria è elemento che caratterizza le politiche migratorie italiane dalla fine degli anni Ottanta del secolo scorso, al punto da poter dire che l'ordinamento italiano abbia sostanzialmente rinunciato a una gestione sistematica e programmata dell'ingresso e soggiorno regolare. Da qui anche il fatto che l'Italia sia il paese, in Europa, con il più alto numero di immigrati irregolari sanati, giunti oramai a quasi 700.000 dalla l. 30 luglio 2002, n. 189 (c.d. Legge "Bossi-Fini"). In questo senso, G. TERRANO-

tano emblema di come tale composizione plurale non sempre venga correttamente gestita dall'apparato amministrativo, laddove nei rapporti con i non-cittadini alcuni dei problemi che storicamente affliggono il sistema pubblico – quale, appunto, quello delle lungaggini burocratiche – sembrano raggiungere vette altrimenti mai toccate e difficilmente giustificabili⁵.

Nel riflettere, dunque, su quanto i principi e le garanzie che dovrebbero caratterizzare ogni rapporto amministrativo operino compiutamente anche nelle relazioni straniero-pubblica autorità, l'analisi ruoterà attorno a due recenti sentenze dei giudici amministrativi italiani, capaci di evidenziare tanto lo sforzo trasformativo, quanto le persistenti diffidenze nei confronti dei “nuovi” componenti della collettività nazionale.

2. Quale termine per i procedimenti di emersione?

La prima delle due menzionate pronunce è quella del Consiglio di Stato, Sez. III, 9 maggio 2022, n. 3578.

Alla base di questa decisione si colloca il meccanismo di emersione degli stranieri irregolarmente presenti sul territorio italiano varato con l'art. 103 d.l. 19 maggio 2020, n. 34, che ha consentito ai non-cittadini, generalmente tramite i propri datori di lavoro, di presentare istanza volta alla regolarizzazione sia dei rapporti lavorativi, sia della loro situazione di soggiorno, entro il 15 agosto 2020⁶. Analogamente a quanto accaduto con le precedenti sanatorie, anche in

VA, *La regolarizzazione prevista dal “Decreto Rilancio”: una misura adeguata*, in *ADiM Blog, Analisi & Opinioni*, 2020, p. 2.

⁵ Su come l'inerzia e i ritardi siano un profilo endemico per l'apparato pubblico italiano veda, su tutti, A. POLICE, *Unresponsive Administration e rimedi: una nuova dimensione per il dovere di provvedere della P.A.*, in AA.VV., *Antidoti alla cattiva amministrazione: una sfida per le riforme. Annuario AIPDA 2016*, Napoli, 2017, p. 331 ss., laddove lo stesso Autore fa notare che la natura della problematica in questione, appunto di “tema classico” per gli studi giuridici, denoti un'incapacità protratta nei decenni di trovarvi un'efficace soluzione. Basta infatti guardare all'interminabile lavoro di modifica a cui il legislatore ha sottoposto l'art. 2, l. 7 agosto 1990, n. 241, contenente l'attuale disciplina sui termini del procedimento: dagli originari quattro commi, infatti, si è passati agli odierni quindici, con il problema dei tempi dell'azione amministrativa descritto in dottrina anche come un “muro di gomma impenetrabile”, contro cui i tentavi di riforma sbattono ripetutamente la testa (così M. CLARICH, *La certezza del termine del procedimento amministrativo: un traguardo in vista o una chimera?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, p. 691 ss., spec. p. 691). Invece, per un'ampia analisi dei ritardi nei procedimenti in materia migratoria, A. RINDONE, *Il termine di conclusione del procedimento amministrativo in materia di immigrazione e cittadinanza*, in *Dir. imm. citt.*, 2023, p. 1 ss.

⁶ L'istanza poteva avere ad oggetto sia la posizione di stranieri parte di un rapporto di lavoro irregolare *in itinere*, sia di stranieri “ex-regolari”, ossia di soggetti con permesso di soggiorno scaduto capaci di dimostrare il precedente svolgimento di attività lavorativa, purché in entrambi casi si trattasse di individui che lavorassero o avessero lavorato in uno dei tre settori normativamente

questo caso, a fronte delle centinaia di migliaia di domande presentate (oltre 200.000), le amministrazioni competenti si sono dimostrate incapaci di fornire risposte tempestive (o, quanto meno, in tempi ragionevoli), con procedimenti protrattisi per mesi – anni, nella maggior parte delle ipotesi⁷ – al punto da aver determinato un'intensa proliferazione delle azioni avverso il silenzio *ex art.* 31 c.p.a. presentate innanzi ai giudici amministrativi. In tutti questi casi, oggetto della contesa era dunque la violazione da parte dell'amministrazione delle previsioni di cui all'art. 2 l. n. 241/1990, laddove esso riconosce il dovere per i soggetti pubblici di concludere tutti i procedimenti legittimamente avviati con provvedimento espresso (comma 1), nonché il dovere di farlo entro un limite temporale prefissato dalla legge o da norme regolamentari (comma 2). Come noto, dunque, dopo avere previsto un termine generale e residuale di 30 giorni (comma 2), l'art. 2 afferma la discrezionalità del legislatore e delle amministrazioni di determinare, tramite propri atti normativi, termini più adeguati per i singoli procedimenti, comunque non superiori a 90 giorni (comma 3). Qualora, però, tenuto conto dell'organizzazione amministrativa, della natura degli interessi pubblici tutelati e della particolare complessità del procedimento, limiti inferiori a novanta giorni si rivelassero insostenibili, è consentito ai surrichiamati atti normativi di fissare una durata procedimentale più ampia, senza poter “comunque superare i centottanta giorni, con la sola esclusione dei procedimenti di acquisto della cittadinanza italiana e di quelli riguardanti l'immigrazione” (comma 4). Pomo della discordia, dunque, diventa la corretta interpretazione da attribuire a questa esplicita deroga operante solo in materia migratoria.

Il Consiglio di Stato, infatti, si è trovato a intervenire su una pronuncia del T.A.R. Milano in cui i giudici di primo grado, per garantire il rispetto degli artt. 24 e 97 Cost., avevano ritenuto applicabile anche al procedimento di emersione il termine generale e residuale di 30 giorni. Questo a fronte della mancata indicazione, tanto nella fonte di rango primario che ha introdotto la sanatoria, quanto in fonti di rango inferiore, di un esplicito termine derogatorio e considerato come il riferimento alla materia migratoria contenuto nell'ultimo periodo dell'art. 2, comma 4, l. n. 241/1990 consentirebbe solo di sottrarre tali procedimen-

individuati: a) agricoltura, allevamento e zootecnia, pesca e acquacoltura e attività connesse; b) assistenza alla persona per il datore di lavoro o per componenti della sua famiglia, ancorché non conviventi, affetti da patologie o handicap che ne limitino l'autosufficienza; c) lavoro domestico di sostegno al bisogno familiare. Per una più articolata esposizione delle previsioni del summenzionato art. 103, vedasi P. BONETTI, *L'emersione dei rapporti di lavoro irregolari degli stranieri*, in *Dir. imm. citt.*, 2020, online: <https://www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it/archivio-fascicoli/fascicolo-2020-n-3/109-osservatori-3-2020/185-osservatorio-italiano> e V. CURIGLIANO, F. MASON, *La regolarizzazione straordinaria del 2020: una prima analisi*, *ivi*, 2021, p. 300 ss.

⁷ Per una ricostruzione di queste tempistiche, vedasi V. CURIGLIANO, F. MASON, *La regolarizzazione straordinaria del 2020: una prima analisi*, cit., p. 304 ss.

ti al limite massimo di 180 giorni, purché vi sia disposizione espressa in tal senso, e non di eludere *in toto* il dovere di provvedere entro un termine predeterminato⁸. Nel riformare tale pronuncia, i supremi giudici amministrativi adottano una posizione di compromesso, non pienamente soddisfacente, più che per il risultato a cui giungono, per le contraddittorietà interne nelle argomentazioni che hanno portato a tale risultato, nonché per l'incapacità di arrivare a una netta cesura con i propri orientamenti pregressi.

Nella prima parte della decisione, infatti, il Consiglio di Stato sembra confermare quei precedenti dove si sosteneva il principio per cui "l'esclusione della materia dell'immigrazione, di cui all'ultimo periodo del sopra riportato comma 4, riguarda l'intero sistema dei termini per il procedimento amministrativo previsto dai tre commi e a maggior ragione il termine più breve previsto dal comma 2"⁹. In altre parole, i Giudici paiono nuovamente abbracciare la visione per cui, nella sola materia migratoria, l'amministrazione non avrebbe un tempo definito entro cui dover agire, ossia manterrebbe una piena discrezionalità (*rectius*, un arbitrio) sul *quando* dell'esercizio del proprio potere, precludendo ogni contestazione di inefficienza e impendendo l'attivazione di ogni rimedio amministrativo o giurisdizionale avverso la sua inerzia. Secondo tale impostazione tradizionale, in buona parte ripresa nella pronuncia in analisi, la piena discrezionalità sul tempo del procedimento troverebbe una giustificazione in quattro passaggi¹⁰. In primo luogo, l'art. 103 d.l. n. 34/2020 non contiene alcuna indicazione sul termine, analogamente a quanto accaduto per le precedenti sanatorie. Ciò posto, sarebbe il contenuto letterale dell'art. 2 a evidenziare la chiara volontà del legislatore di disciplinare specificamente e in modo peculiare le materie concernenti gli stranieri rispetto all'intero sistema dei termini per il procedimento amministrativo, come previsto dai commi 2 e 3 dell'art. 2. Infatti, sarebbe lo stesso testo dell'articolo a riconoscere – con portata applicativa immediata e incondizionata – la particolare e intrinseca complessità di queste procedure, così da permettere una deroga, indefinita nel tempo, anche al limite massimo dei 180

⁸In questo senso, T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 22 luglio 2021, n. 1785; 6 ottobre 2021, n. 2145; 18 settembre 2021, n. 2554.

⁹In questo senso, Cons. Stato, Sez. III, 25 febbraio 2014, n. 891; 10 settembre 2014, n. 4607. Si tratta di pronunce aventi ad oggetto la "Sanatoria 2012" (disposta con l'art. 5 d.lgs. 16 luglio 2012, n. 109), tutte volte a sconfessare un orientamento – analogo a quello del tribunale milanese indicato nella nota precedente – principalmente affermatosi presso i giudici di primo grado della regione Marche (si veda, *ex pluribus*, T.A.R. Marche, Ancona, Sez. I, 19 luglio 2013, n. 464).

¹⁰Questa impostazione quadrifasica si individua compiutamente nelle succitate pronunce T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, nn. 2145 e 2554/2021, che appunto procedono a criticarla, così come nelle contemporanee decisioni T.A.R. Marche, Ancona, Sez. I, 10 aprile 2021, n. 303; T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, 11 giugno 2021, n. 380; T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. II, 27 dicembre 2021, n. 1122, che invece confermano tale impostazione e, dunque, respingono le azioni dei privati.

giorni, ed escludendo a tal fine la necessità dell'adozione di una specifica disposizione legislativa o regolamentare sia che fissi lo specifico termine derogatorio, sia che espliciti le ragioni giustificatrici di questa deroga, come invece richiesto dalla prima parte dell'art. 2, comma 4, per le ipotesi "ordinarie" (ossia tutte, tranne quelle coinvolgenti i migranti). In terzo luogo, a giustificare ulteriormente la sottrazione dalla disciplina sulla durata del procedimento delle specifiche procedure di emersione dei migranti irregolari sarebbe la loro natura eccezionale e del tutto straordinaria (*sic!*), tale da concernere "fenomeni di massa", coinvolgenti un numero di soggetti mutevole e imprevedibile nel tempo e nello spazio, caratterizzati da interessi eterogenei e plurimi requisiti da verificare, così da rendere difficoltosa l'ottimale allocazione delle risorse necessarie al celere disbrigo delle pratiche¹¹. Infine, l'esigenza di certezza quanto ai tempi dell'azione amministrativa risulterebbe fortemente smorzata dal fatto che, nelle more della procedura, non potrebbero verificarsi pregiudizi in capo ai migranti: non solo l'art. 103 ammette la possibilità di soggiornare legittimamente nel territorio italiano (si vedano i commi 16 e 17), ma, come indicato nella circolare congiunta dei Ministeri dell'interno e del lavoro 24 luglio 2020, n. 2399 e dell'INPS 11 settembre 2020, n. 101, l'interessato può proseguire la propria attività lavorativa.

Se da tutto ciò sembra "emergere come la disciplina dei procedimenti concernenti l'immigrazione e la cittadinanza 'viaggi su binari normativi' del tutto svincolati da quelli previsti dalla legge n. 241 del 1990 e risponda a logiche ed esigenze organizzative [...] evidentemente non conciliabili con l'ordinario"¹², sono gli stessi giudici del Consiglio di Stato a donare alla pronuncia un esito inaspettato (e difficilmente conciliabile con le loro precedenti argomentazioni). Infatti, pur escludendo l'applicabilità del termine di 30 giorni, essi ritengono che "sia possibile rinvenire nelle maglie della normativa un implicito termine residuale applicabile ai procedimenti in oggetto e che detto termine possa ricavarsi in via interpretativa proprio dalle disposizioni di legge innanzi richiamate". Sicché, dopo aver sostenuto la sottrazione della materia migratoria dall'"intero sistema" di cui all'art. 2 l. n. 241/1990, concludono individuando nel limite dei 180 giorni *ex art. 2, comma 4*, il parametro ordinario di durata dei procedimenti coinvolgenti i non-cittadini: "[s]e il punto di 'tolleranza' si situa intorno alla soglia 'critica' dei 180 giorni, è ragionevole fissare su tale standard il limite di durata 'ordinario', oltre il quale può ravvisarsi il superamento del termine da parte dell'amministrazione"¹³. Pertanto, a differenza del limite dei 30 giorni, quello dei 180 si dimostrerebbe un'opzione razionale e proporzionata all'elevatissimo

¹¹ In questi termini, *ex pluribus*, T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, n. 380/2021, cit.

¹² Cfr. Cons. Stato, Sez. III, n. 3578/2022, cit.

¹³ Cfr. Cons. Stato, Sez. III, n. 3578/2022, cit.

numero di istanze, oltre che alla pluralità di accertamenti e di incombenti procedurali richiesti¹⁴.

3. *Certezza nel tempo dell'azione amministrativa e pubblici interessi*

Come è già stato notato da chi ha fornito una prima analisi della pronuncia in questione, l'individuazione della soglia dei 180 giorni è chiaramente una scelta di compromesso¹⁵. Infatti, l'interpretazione letterale della norma non potrebbe che far propendere verso l'applicabilità del termine generale e residuale di 30 giorni anche ai procedimenti in materia migratoria, ma allo stesso tempo questo comporterebbe la fissazione di una durata impossibile da rispettare per le amministrazioni, sia per la complessità dei procedimenti di emersione "in astratto", sia per l'esperienza concreta – tanto per questa, quanto per le precedenti sanatorie – che evidenzia un'azione amministrativa irrimediabilmente più lunga¹⁶.

Dunque, sebbene si sia in presenza di un'innegabile forzatura del testo della norma, l'individuazione di un termine residuale anche per i procedimenti in materia migratoria pare, a chi scrive, una scelta irrinunciabile per assicurare il corretto operare dei principi che devono caratterizzare tutta l'azione della pubblica amministrazione, in particolare quella procedimentale, come riconosciuti tanto in Costituzione, quanto nella l. n. 241/1990.

¹⁴In questo senso, i giudici sembrano sviluppare ulteriormente quei dubbi, riguardo all'orientamento affermato con le sentenze richiamate nella precedente nota n. 9, già manifestati in Cons. Stato, Sez. III, 14 gennaio 2016, n. 59; 21 gennaio 2015, n. 206; 13 maggio 2015, n. 2384; 17 novembre 2015, n. 5262; 14 luglio 2016, n. 1425. In queste pronunce, pur negando l'esistenza di un termine predefinito per la conclusione dei procedimenti di emersione, i giudici affermano il dovere dell'amministrazione di adottare un provvedimento espresso e di farlo "nei termini più brevi" (cfr. Cons. Stato, Sez. III, n. 2384/2015, cit.), potendo quindi valutare la ragionevolezza del silenzio protratto dell'amministrazione in modo da consentire l'esperimento dell'azione ex art. 31 c.p.a. se "non sussistono cause giustificative oggettivamente rilevabili o formalmente dichiarate dall'amministrazione con atti interlocutori" (cfr. Cons. Stato, Sez. III, n. 1425/2016). Rispetto a tali pronunce, la posizione formulata nel 2022 ha sicuramente il merito di dare un tempo certo tanto per l'azione amministrativa, quanto, soprattutto, per l'esperimento delle tutele giurisdizionali da parte del privato che viene così sottratto dal rischio di vedersi respingere il proprio ricorso sulla base di una valutazione di "ragionevolezza del ritardo" rimessa esclusivamente al giudice amministrativo.

¹⁵D'altronde, l'ampia dottrina che ha affrontato il tema dell'inerzia amministrativa è sostanzialmente conforme nel ritenere che "in assenza di un termine specifico fissato dalla legge o dal regolamento [...] ogni procedimento amministrativo di competenza delle amministrazioni statali e degli enti pubblici nazionali deve concludersi entro lo stringente termine di 30 giorni"; in questo senso, su tutti, M. RAMAJOLI, *I silenzi amministrativi nelle recenti "semplificazioni"*, in *Riv. giur. urb.*, 2022, p. 38 ss. (spec. p. 40).

¹⁶Per questa prima analisi di Cons. Stato, Sez. III, n. 3578/2022, vedasi L. VIOLA, *Principio di tempestività dell'azione amministrativa e procedimenti in materia di immigrazione: un rapporto ancora problematico*, in *Dirittifondamentali.it*, 2022, p. 347 ss.

Con la legge ultima richiamata si è infatti segnata una netta cesura rispetto alle precedenti modalità di esercizio del pubblico potere, volendo porre fine – per quel che qui interessa – alla discrezionalità amministrativa nel *quando* dell'adozione di un provvedimento, ossia alla “regola [...] della libera durata del procedimento o delle singole fasi di esso”¹⁷. La *ratio* dietro la scelta di introdurre il dovere di provvedere (art. 2, comma 1) e quello di provvedere tempestivamente (art. 2, comma 2)¹⁸ sta poi nel fatto che l'inazione o l'azione intempestiva della pubblica amministrazione si traducono in una mancata tutela sia dell'interesse pubblico, sia degli interessi privati¹⁹. Sicché, considerata l'inerzia come una grave patologia amministrativa, dal duplice effetto lesivo, l'ordinamento giuridico non può che dover creare le condizioni per prevenire l'avverarsi di tale patologia, in ogni caso in cui soggetti pubblici abbiano il dovere di pronunciarsi²⁰: già alla luce di ciò, appare palese come l'ammissione *ex lege* di procedimenti senza termine, quali rischierebbero di essere quelli in materia migratoria, si scontrerebbe con le ragioni alla base dell'introduzione della disciplina in esame²¹.

¹⁷ Il virgolettato si riferisce alle parole di M.S. GIANNI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1993, p. 192. Sulla l. n. 241/1990 come momento chiave per l'introduzione di certezze temporali dell'agire della pubblica amministrazione, vedasi F. MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio*, in *Dir. amm.*, 2002, p. 527 ss.

¹⁸ Sulla distinzione di questi due doveri gravanti in capo all'amministrazione vedasi, M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995, p. 1 ss. Ancora, S. VERNILE, M. OCCHIENA, *Art. 2. Conclusione del procedimento*, in S. D'ANCONA, G. RUGGERI, P. PANTALONE, A. ZUCCHETTI (a cura di), *L'attività amministrativa. Commento alla L. 241/1990 modif. dalla L. 15/2005*, Milano, 2020, p. 37 ss. (spec. p. 53 ss.); N. POSTERARO, *Domande manifestamente inaccoglibili e dovere di provvedere*, Napoli, 2018, p. 25 ss.; S. VERNILE, *Il provvedimento amministrativo in forma semplificata*, Napoli, 2017, p. 19 ss.; N. POSTERARO, *Considerazioni critiche sul generalizzato dovere di provvedere della p.a.*, *ivi*, 2015, p. 2676 ss.; ID., *Brevi note sull'obbligo di provvedere della p.a. alla luce del “nuovo” art. 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241*, in *Foro amm.*, 2014, p. 1338 ss.

¹⁹ Sul duplice carattere lesivo dell'inerzia, vedasi F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971, p. 40; V. PARISIO, *I silenzi della pubblica amministrazione. La rinuncia alla garanzia dell'atto scritto*, Milano, 1996, p. 36. Vedasi anche B. TONOLETTI, *Silenzio della Pubblica Amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1999 (agg. 2012), online: www.leggiditaliaprofessionale.it/, per cui “[l]’inerzia non è semplicemente un comportamento illegittimo, ma è non esercizio del potere amministrativo, negazione della funzione. L’inerzia, quindi, non ha soltanto un significato lesivo dell’interesse privato all’esercizio della funzione amministrativa, ma costituisce una lesione altrettanto grave dell’interesse pubblico”.

²⁰ In questo senso M. RAMAJOLI, *Forme e limiti della tutela giurisdizionale contro il silenzio inadempiamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 709 ss. Per una ricostruzione in chiave di analisi economica del diritto, che appunto evidenzia i costi dell'assenza di un termine certo del procedimento, vedasi D. VESE, *Termine del procedimento amministrativo e analisi economica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, p. 779 ss., per cui l'esistenza di un limite temporale operante in via residuale funge da garanzia ultima del binomio certezza-tempestività dell'azione amministrativa.

²¹ Vedasi poi S.S. SCOCA, *Il termine come garanzia nel procedimento amministrativo*, in *Giustamm.it*, 2005, che – in coerenza con quanto appena detto – qualifica i principi contenuti nell'art.

Soffermando ora l'attenzione sulla rilevanza per l'interesse pubblico della previsione e del rispetto del termine procedimentale, e rimandando alla sezione successiva le riflessioni sul loro impatto quanto agli interessi privati, si poi è correttamente notato che la l. n. 241/1990 ha come destinatario diretto e immediato la pubblica amministrazione, e solo in via mediata gli amministrati, laddove il miglioramento della qualità dell'azione pubblica è volto a beneficiare il perseguimento dei pubblici interessi e, solamente di riflesso, quelli privati²². In questo senso, la fissazione di un termine procedimentale è intesa ad assicurare non solo il rispetto del principio di doverosità dell'esercizio del potere, ad essa presupposto e strettamente connesso²³, ma anche quello del buon andamento dell'azione amministrativa²⁴. Gli interessi pubblici, al pari di quelli privati, devono infatti trovare una composizione entro tempi prestabiliti, non potendo la loro cura restare indefinitamente pendente, ma allo stesso modo dovendo l'amministrazione esercitare la propria funzione in un termine utile al perseguimento degli interessi alla stessa affidati. In questo senso, tanto il mancato quanto il tardivo esercizio del potere risultano contrari all'efficacia e all'efficienza dell'azione amministrativa, quali appunto espressione del principio di buon andamento²⁵: da qui, dunque, l'utilità di una predeterminazione normativa del tempo dell'agire pubblico, con un termine ritenuto *ex ante* capace di assicurare la cura tempestiva degli interessi della collettività²⁶.

Le uniche discrezionalità sul *quando* che potrebbero residuare in capo alle amministrazioni, alla luce dell'art. 2 l. n. 241/1990, dovrebbero quindi riguardare la determinazione di termini ragionevolmente adeguati per i propri procedimenti e l'adozione del provvedimento in tempi più rapidi rispetto a quelli definiti tramite i regolamenti o, in via sussidiaria, dalla legge²⁷.

2 l. n. 241/1990 come principi generali dell'ordinamento giuridico, così da rendere ancora più difficilmente accettabile l'interpretazione fornita dei giudici amministrativi laddove leggono il secondo periodo del comma 4 come previsione capace di sottrarre la materia migratoria alla disciplina del tempo del procedimento.

²² Per queste considerazioni, vedasi S.S. SCOCA, *op. ult. cit.*

²³ Come affermato in dottrina, il dovere di provvedere sarebbe meramente nominalistico se non fosse un dovere di provvedere entro un termine preciso; così M. RAMAJOLI, *I silenzi amministrativi nelle recenti "semplificazioni"*, cit., p. 40.

²⁴ Per un'individuazione di questi principi, vedasi M. RAMAJOLI, *Forme e limiti della tutela giurisdizionale contro il silenzio inadempimento*, cit., p. 709.

²⁵ Si veda S.S. SCOCA, *Il termine come garanzia nel procedimento amministrativo*, cit.

²⁶ D'altra parte, che l'inerzia possa essere lesiva anche per il pubblico interesse trova un'ultima conferma normativa nel testo dell'art. 2, comma 9 *ter*, l. n. 241/1990, come modificato dall'art. 61, comma 1, lett. b), d.l. 31 maggio 2021, n. 77, per cui, decorso inutilmente il termine per la conclusione del procedimento, il responsabile o l'unità organizzativa titolare dei poteri sostitutivi possono intervenire non più solo su istanza di parte, ma anche d'ufficio. Per una riflessione su queste modifiche, M. RAMAJOLI, *I silenzi amministrativi nelle recenti "semplificazioni"*, cit., p. 38 ss.

²⁷ In questi termini, S.S. SCOCA, *Il termine come garanzia nel procedimento amministrativo*, cit.

Ciò posto, che quanto appena affermato “in astratto” appaia sussumibile anche nell’ipotesi concreta del procedimento di sanatoria del 2020 è oltremodo palese: al di là degli interessi di ordine pubblico ed economici connessi all’emersione dei migranti e delle loro posizioni lavorative, ulteriori interessi pubblici stanno infatti alla base della scelta effettuata con il d.l. n. 34/2020, come risulta da una semplice lettura dell’art. 103. Introdotta in piena emergenza Covid-19, la sanatoria in questione puntava a un duplice risultato: prima di tutto, a garantire una più piena tutela della salute pubblica, contrastando l’invisibilità di una parte della popolazione italiana che, se ignorata dal Servizio sanitario nazionale, avrebbe rischiato di facilitare la trasmissione del virus e la perpetuazione della pandemia²⁸; in secondo luogo, a reperire l’indispensabile manodopera per il settore agricolo, fortemente messo a rischio dalla chiusura dei confini conseguente alla pandemia stessa e, quindi, dall’impossibilità dell’arrivo in Italia dei lavoratori stranieri stagionali²⁹.

È quindi indubbio che legittimare la protrazione per anni delle procedure di emersione – anche ben oltre il superamento dell’emergenza pandemica – si scontra con le pubbliche ragioni alla base della sanatoria, rendendo l’esclusione di ogni limite temporale in relazione a tali procedimenti non solo irragionevole, ma anche in contrasto con il buon andamento dell’azione amministrativa.

4. (Segue) *certezza nel tempo dell’azione amministrativa e interessi privati*

Se, dunque, la scelta dei giudici amministrativi di ricavare dal testo dell’art. 2 il termine implicito di 180 giorni appare in consonanza con le sottese esigenze di perseguimento dell’interesse pubblico, lo stesso può dirsi per gli interessi privati coinvolti³⁰.

²⁸In questo senso, chiaramente, il testo dell’art. 103, comma 1: “Al fine di garantire livelli adeguati di tutela della salute individuale e collettiva in conseguenza della contingente ed eccezionale emergenza sanitaria connessa alla calamità derivante dalla diffusione del contagio da COVID-19 [...]”.

²⁹Vedasi, in questo senso, l’Informativa alle Camere della Ministra Bellanova sulle iniziative in campo per l’agricoltura sull’emergenza Covid-19 del 16 aprile 2020, online: www.politicheagricole.it/flex/cm/pages/ServeBLOB.php/L/IT/IDPagina/15357. Necessità paragonabili sono quelle che hanno aperto all’emersione di lavoratori irregolari negli altri due settori previsti dall’art. 103, ossia quelli concernenti la cura delle persone presso le loro abitazioni, in un periodo, quale quello pandemico, in cui il sovraffollamento delle strutture pubbliche mal si combinava con le esigenze di isolamento per la prevenzione del contagio. Sui pubblici interessi alla base della sanatoria, oltre a V. CURIGLIANO, F. MASON, *La regolarizzazione straordinaria del 2020: una prima analisi*, cit., p. 300 ss., vedasi anche A. DE PETRIS, *COVID-19 e immigrazione: l’urgente necessità di una regolarizzazione*, in *ADiM Blog, Analisi & Opinioni*, 2020, p. 2 ss. e G. TERRANOVA, *La regolarizzazione prevista dal “Decreto Rilancio”: una misura adeguata?*, cit., p. 1 ss.

³⁰Come già accennato, che la presenza di un termine possa avere una chiara rilevanza anche per la tutela degli interessi degli amministrati è ampiamente riconosciuto in dottrina; in questo

Prima di tutto, il poter sempre individuare un limite temporale ultimo dell'azione amministrativa risulta indispensabile per attivare gli strumenti di reazione all'inerzia pubblica (*rectius*, al silenzio³¹) offerti dall'ordinamento, sia quelli interni all'amministrazione che quelli giurisdizionali, divenendo tramite fondamentale per il soddisfacimento del diritto di difesa come riconosciuto dall'art. 24 Cost.³². La decorrenza dei termini per la conclusione del procedimento amministrativo, infatti, è presupposto tanto per l'attivazione dei poteri sostituiti *ex art. 2, comma 9 ter, l. n. 241/1990*, quanto per l'esercizio dell'azione avverso il silenzio *ex art. 31 c.p.a.*, rivelandosi in quest'ultimo caso essenziale non solo per la definizione del momento iniziale di proponibilità del ricorso, ma anche per l'individuazione del termine finale decadenziale entro cui esso può considerarsi ricevibile³³. Da ciò la difficile ammissibilità di quegli orientamenti giurisprudenziali che, cercando di far salva la sottrazione della materia migratoria dalla disciplina del termine del procedimento, ancoravano la proponibilità dell'azione avverso il silenzio a un'irragionevolezza del ritardo nell'azione amministrativa rimessa a una valutazione caso per caso del giudice, condannando solo i migranti a un'incertezza quanto all'esperibilità delle proprie tutele giurisdizionali che non caratterizza nessun altro membro dell'ordinamento³⁴.

D'altra parte, prima ancora dei rimedi, la presenza di un termine certo dell'azione amministrativa si dimostra indispensabile per l'attuazione di alcuni principi che – a partire dalla Costituzione – devono caratterizzare l'azione pubblici-

senso, chiaramente, M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, cit., p. 124, per cui: “[i]l termine del procedimento non solo [ha] la funzione di scandire sotto il profilo temporale l'attività della pubblica amministrazione nell'interesse prevalente di quest'ultima, ma anche il senso più pregnante di elemento che concorre a definire l'assetto dei rapporti tra pubblica amministrazione e destinatario del provvedimento in funzione preminente di tutela degli interessi di quest'ultimo”.

³¹ Su come il silenzio sia una fattispecie giuridica introdotta per consentire al privato di attivare le tutele innanzi all'inerzia dell'amministrazione vedasi, B. TONOLETTI, *Silenzi della Pubblica Amministrazione*, cit.; A. CIOFFI, *Il dovere di provvedere nella legge sull'azione amministrativa*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, p. 134 ss.

³² In questo senso, anche T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, nn. 2145-2554/2021, cit.

³³ Sull'incertezza che l'assenza di un termine espresso per la conclusione del procedimento di emersione ha generato in capo ai privati, anche per quel che riguarda il rispetto del corretto termine decadenziale di “un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento” (cfr. art. 31, comma 2, c.p.a.) per l'esercizio dell'azione avverso il silenzio, vedasi T.A.R. Campania, Salerno, Sez. III, 3 febbraio 2023, n. 275; 17 marzo 2023, n. 612; Tar Lombardia, Milano, Sez. IV, 5 giugno 2023, n. 1390; 15 giugno 2023, n. 1528. Con queste pronunce si è disposta la rimessione in termini dei ricorrenti, i quali avevano presentato ricorso ben oltre la scadenza dell'anno dai 180 giorni entro cui – ai sensi della pronuncia del Cons. Stato, n. 3578/2022 – si sarebbe dovuto concludere il procedimento di emersione, proprio alla luce della mancanza di un limite temporale previsto *ex lege* e a fronte dei mutevoli orientamenti giurisprudenziali in materia.

³⁴ Il riferimento è, in primo luogo, alla già citata Cons. Stato n. 1425/2016; vedasi a riguardo la precedente nota n. 14.

stica, specie quando si declina nella prospettiva del rapporto amministrativo pubblico-privato, operando appunto a garanzia degli interessi dell'amministrato. Si possono così richiamare i principi di trasparenza, imparzialità, buona fede e buon andamento.

In estrema sintesi, l'individuabilità *ex ante* di un termine ultimo di conclusione del procedimento acquista rilievo in riferimento al principio di trasparenza sotto il profilo della conoscibilità esterna dell'azione amministrativa, rivelandosi indispensabile per l'amministrato ai fini di comprendere compiutamente lo stato di avanzamento dell'esercizio del potere³⁵. In tema di imparzialità invece, la presenza di un termine ultimo assicura che, in relazione alla stessa tipologia di istanze, non ci siano soggetti irragionevolmente privilegiati e soggetti irragionevolmente sfavoriti: ossia, nel primo caso, individui che beneficiano di un'azione amministrativa tempestiva e, nel secondo caso, individui vessati dal silenzio dell'amministrazione, risultando appunto il termine un limite temporale ultimo per l'adozione ragionevolmente puntuale del provvedimento³⁶. Infine, quanto a buona fede e buon andamento, l'assenza di un termine prestabilito non consente al singolo di prefigurarsi quando verrà alla luce la regola concreta del rapporto giuridico che lo lega all'amministrazione, esponendolo allo stesso tempo al rischio di vedersi rimandato indeterminatamente l'ottenimento del bene della vita che gli spetta, nell'ipotesi in cui l'amministrato vanti un interesse qualificato all'emanazione del provvedimento positivo richiesto³⁷. In altre parole, la prede-terminazione dei tempi dell'agire pubblico non solo dovrebbe assicurare che l'amministrazione, a un certo punto, provveda, evitando che gli interessi (pubblici e) privati rimangano in balia di un' indefinita volontà amministrativa, ma dovrebbe anche conferire ai privati una certezza temporale su cui costruire il proprio affidamento quanto agli eventi futuri, permettendo una programmazione essenziale per lo svolgimento delle attività umane³⁸.

Che si tratti di principi applicabili anche agli stranieri, poi, è indubbio, pure qualora le norme che li individuano – come accade per l'art. 1, comma 2 *bis*, l. n. 241/1990 in tema di buona fede nei rapporti amministrativi³⁹ – facciano riferimento esclusivo ai "cittadini". In questo caso, infatti, non può che rimandarsi

³⁵ In questo senso, S.S. SCOCA, *Il termine come garanzia nel procedimento amministrativo*, cit.

³⁶ Così T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, nn. 2145-2554/2021, cit.

³⁷ Si veda, in questi termini, M. RAMAJOLI, *Forme e limiti della tutela giurisdizionale contro il silenzio inadempiuto*, cit., p. 709 ss.

³⁸ Sul termine come elemento di certezza, vedasi anche F. MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio*, cit., p. 527 ss., in cui l'Autore riconduce espressamente l'affidamento al più ampio principio della buona fede. Ancora, sulla rilevanza del termine ai fini della programmazione delle attività umane, S. VERNILE, *Ragionevole durata del procedimento amministrativo e "sorte" dell'atto tardivo*, in *Dir. econ.*, 2020, p. 337 ss. (spec. p. 340).

³⁹ Art. 1, comma 2 *bis*, l. n. 241/1990: "I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede".

alla nozione di “cittadinanza amministrativa”, più ampia dalla “cittadinanza” tradizionalmente intesa come appartenenza politica di un individuo al popolo sovrano, da concepire come legame con una comunità, conseguente dalla presenza stabile su un dato territorio, tale da garantire la titolarità di diritti e doveri riconosciuti in capo al singolo in quanto amministrato, ossia quale parte del rapporto amministrativo⁴⁰. La cittadinanza amministrativa, quindi, si compone di un insieme di situazioni giuridiche riconosciute anche al “non-cittadino politico”, comprensive dei diritti sociali il cui soddisfacimento passa attraverso prestazioni pubbliche⁴¹, ma che trovano manifestazione anche nello svolgimento delle dinamiche procedimentali, come il diritto a una buona amministrazione, inclusivo delle pretese alla trasparenza, imparzialità, partecipazione, motivazione e – per quel che qui più interessa – tempestività dell’azione amministrativa⁴².

Per concludere la riflessione sulla rilevanza del termine procedimentale ai fini del soddisfacimento degli interessi privati, pare opportuno confutare l’argomentazione tradizionalmente sostenuta dai giudici amministrativi per cui il pro-

⁴⁰ Per un inquadramento della nozione di cittadinanza amministrativa, vedasi A. BARTOLINI, A. PIOGGIA, *Le cittadinanze amministrative. Percorsi e prospettive dell’amministrazione tra diritti e doveri a 150 anni dalle leggi di unificazione amministrativa*, in ID. (a cura di), *Cittadinanze amministrative*, Firenze, 2016, p. 9 ss.; G. ARENA, *La cittadinanza amministrativa. Una nuova prospettiva per la partecipazione*, in *Joacaba*, 2010, p. 522 ss.; R. CAVALLO PERIN, *La configurazione della cittadinanza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 201 ss.; C.E. GALLO, *La pluralità delle cittadinanze e la cittadinanza amministrativa*, *ivi*, 2002, p. 481 ss.

⁴¹ Sui diritti dei migranti in quanto presenti sul territorio italiano, vedasi, *ex pluribus*, C. CORSI, *L’accesso degli stranieri ai diritti sociali*, in A. BARTOLINI, A. PIOGGIA (a cura di), *Cittadinanze amministrative*, cit., p. 133 ss.; F. BIONDI DAL MONTE, *Dai diritti sociali alla cittadinanza. La condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, Torino, 2013; M. SAVINO, *La libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, 2012.

⁴² Sulla riconduzione alla cittadinanza amministrativa anche delle garanzie procedimentali, vedasi F. CORTESE, *Cittadinanza e liberalizzazioni*, in F. CORTESE, G. SANTUCCI, A. SIMONATI (a cura di), *Dallo status di cittadino ai diritti di cittadinanza*, Trento, 2014, p. 17 ss. (spec. p. 18). Nello stesso volume, vedasi anche S. PELLIZZARI, *La cittadinanza amministrativa tra diritto europeo e diritto nazionale*, *ivi*, p. 127 ss. (spec. p. 136 ss.), in cui il diritto a una buona amministrazione è riconosciuto a tutti i cittadini amministrativi alla luce del Diritto europeo e, in particolare, tramite le previsioni dell’art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, recepita nell’ordinamento sovranazionale tramite l’art. 6 TUE. Ancora, sempre in materia, R. CARIDÀ, *L’integrazione sociale dello straniero tra sussidiarietà orizzontale ed effettiva partecipazione*, in F. ASTONE, R. CAVALLO PERIN, A. ROMEO, M. SAVINO (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., p. 164 ss. (spec. p. 169 ss.) e E.N. FREGALE, *La cittadinanza amministrativa al tempo della digitalizzazione*, in *Dir. amm.*, 2022, p. 471 ss. A ultima e piena conferma della titolarità dei diritti procedimentali anche per gli stranieri, va menzionato quanto disposto dall’art. 2, comma 5, d.lgs. n. 286/1998, per cui: “*Allo straniero è riconosciuta parità di trattamento con il cittadino relativamente alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi, nei rapporti con la pubblica amministrazione e nell’accesso ai pubblici servizi, nei limiti e nei modi previsti dalla legge*” (corsivo aggiunto).

trarsi – indeterminato nel tempo – del procedimento di emersione non avrebbe conseguenze effettive in capo ai migranti. È infatti vero che, per previsione espressa dell'art. 103, nella pendenza della sanatoria i non-cittadini possono legittimamente permanere sul territorio nazionale, così come possono svolgere l'attività lavorativa di cui al rapporto di lavoro oggetto di emersione⁴³. Ed è altrettanto vero che la legittima presenza sul suolo italiano dovrebbe garantire loro il diritto a godere della parità di trattamento nell'accesso a beni e servizi rispetto agli stranieri titolari di permesso per motivi di lavoro⁴⁴. Tuttavia, in conseguenza del ritardo, al di là del sacrificio dell'interesse qualificato all'emanazione del provvedimento positivo richiesto (intrinseco in ogni procedimento a istanza di parte, come appunto quello di emersione), i lavoratori in attesa di regolarizzazione scontano l'indefinitezza della propria situazione, trovandosi innanzi a una serie di ostacoli amministrativi che, in concreto, li pongono nell'impossibilità di vedersi soddisfatti proprio quei diritti che dovrebbero conseguire dalla regolare presenza sul territorio italiano. Su tutti, basti menzionare le riscontrate difficoltà nell'iscrizione al Servizio sanitario nazionale, in presenza di uffici che hanno ritenuto insufficiente la documentazione consistente nella dichiarazione di assunzione con i dati della domanda di regolarizzazione e il codice fiscale provvisorio, tale da generare – specie durante l'emergenza pandemica – una situazione pregiudizievole per il singolo, ma anche per uno degli interessi pubblici sottesi alla procedura di emersione (appunto, la tutela della salute della collettività e la prevenzione del contagio)⁴⁵. Se ciò non bastasse, vale allora la pena ricordare che le stesse previsioni dell'art. 103 d.l. n. 34/2020 – nonostante le garanzie in termini di presenza legale e possibilità di svolgere attività lavorativa – non sono così “innocue” per il migrante, se accompagnate da un'indefinita inerzia dell'amministrazione: per esempio, ai sensi del comma 6, nelle more della definizione del procedimento, il cittadino straniero svolge l'attività di lavoro esclusivamente alle dipendenze del datore che ha presentato l'istanza, con un protrarsi dell'agire pubblico che, quindi, può fortemente circoscrivere gli spazi di autodeterminazione e lo stesso diritto al lavoro dell'individuo, sotto forma di libera scelta del proprio datore di lavoro.

⁴³ Si veda l'art. 103, commi 6, 16 e 17, d.l. n. 34/2020.

⁴⁴ Per questa interpretazione, vedasi Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione (ASGI), *Domande e risposte sulla regolarizzazione 2020, 2021*, p. 11 ss., online: www.asgi.it/wp-content/uploads/2021/08/Domande-e-risposte_Regolarizzazione2020.pdf.

⁴⁵ Per questi ostacoli concreti, vedasi V. CURIGLIANO, F. MASON, *La regolarizzazione straordinaria del 2020: una prima analisi*, cit., p. 309 ss.

5. Collaborazione mancata o colpevolizzazione ingiusta: brevi conclusioni sui rapporti migranti-amministrazione

Alla luce del quadro appena tracciato, si può sicuramente accogliere con favore la scelta del Consiglio di Stato di abbandonare – seppure in modo non pieno e non pienamente convinto – i precedenti orientamenti e di affermare la sussistenza di un termine procedimentale residuale, contenuto nell’art. 2, comma 4, l. n. 241/1990, operante qualora la normativa speciale non ne indichi uno in relazione ai procedimenti di emersione dei migranti irregolari. Viene meno, quindi, l’anomalia di un procedimento senza termine, difficilmente giustificabile – come cercato di fare dai giudici amministrativi – tramite l’eccezionalità della procedura di emersione, considerato come il carattere altrettanto eccezionale di altri procedimenti non ha impedito al legislatore di determinare i relativi tempi dell’agire pubblico⁴⁶.

Il bicchiere, però, resta comunque mezzo pieno, dovendo dare atto che la materia migratoria, pur risultando ora dotata di un termine residuale, rimane l’unica a essere sprovvista di un termine massimo inderogabile in via regolamentare, fissato dall’art. 2 l. n. 241/1990. Similmente a quanto appena detto per l’eccezionalità, a poco sembrerebbe valere il richiamo alla complessità delle procedure in questione, questo perché altri procedimenti indubbiamente complessi soggiacciono, in linea di massima, alle disposizioni della Legge sul procedimento amministrativo⁴⁷.

Ad ogni modo, se dal punto di vista normativo l’interpretazione fornita dal Consiglio di Stato sembra avere solo in parte avvicinato la posizione dello straniero a quella del cittadino (politico), nella realtà concreta queste due categorie di soggetti sono accomunate, in negativo, da una “negligenza non discriminatoria” delle pubbliche amministrazioni nel rispetto dei termini procedurali,

⁴⁶Un caso può essere quello dei condoni edilizi (1985, 1994 e nel 2003), paragonabili all’emersione dei migranti non solo per l’analoga finalità sanatoria di posizioni irregolari, con la conseguente apertura a un numero elevato e difficilmente determinabile *ex ante* di istanti, ma anche per una straordinarietà delle procedure cui fa da contraltare la periodicità con cui il legislatore vi ha fatto in concreto ricorso. Sin dalla l. 28 febbraio 1985, n. 47 si è sempre previsto un termine ultimo di conclusione del procedimento, allo scadere del quale opera un’ipotesi di silenzio assenso che regolarizza la fattispecie oggetto del procedimento (si veda, in particolare, l’art. 35, comma 17, l. n. 47/1985).

⁴⁷Si pensi, ad esempio, al procedimento di Valutazione di Impatto Ambientale, la cui intricatezza risulta *de plano* da una semplice lettura degli artt. 19-29 d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (Testo Unico Ambiente). Tali articoli, d’altra parte, contengono una puntuale disciplina della durata delle singole fasi di modo che, in via ordinaria, il procedimento rispetti il termine massimo di 180, potendo eccedervi solo al verificarsi di circostanze meramente eventuali, comunque identificate e regolate – anche dal punto di vista della loro incidenza sulla durata del procedimento – dai medesimi articoli.

che appunto riguarda tutte le materie dell'azione pubblica⁴⁸. La sostanziale circoscrizione della discrezionalità sul *quando* dell'agire amministrativo che, a leggere la norma, sembrerebbe essere stata conseguita con l'art. 2 l. n. 241/1990, resta in altre parole un miraggio nella maggior parte dei casi in cui si instauri un rapporto amministrativo, a fronte di un termine che – nel silenzio del legislatore – la giurisprudenza continua a qualificare come non perentorio, ma meramente ordinatorio o acceleratorio, dunque incapace di comportare l'esaurimento del pubblico potere⁴⁹. Quindi, nulla impedisce alle amministrazioni di pronunciarsi su una fattispecie ben al di là dello scadere del limite temporale individuato normativamente, a fronte del fatto che gli strumenti di reazione introdotti dal legislatore – pur in numero via via crescente – si sono dimostrati sostanzialmente inefficaci tanto nel “reprimere e prevenire” l'inerzia amministrativa, quanto nel tutelare gli interessi privati. Ai rimedi interni non adeguatamente disciplinati, si sommano, infatti, un'azione giurisdizionale avverso il silenzio che si limita in realtà ad allungare i tempi dell'amministrazione – consentendo al privato di ottenere una pronuncia positiva del giudice, ma non il bene della vita richiesto, per cui bisognerà aspettare ancora l'intervento della parte pubblica – e mezzi di ristoro monetario (tanto l'indennizzo, quanto il risarcimento del danno) oggetto di letture fortemente restrittive da parte della giurisprudenza che, nella maggior parte delle ipotesi, ne precludono il conseguimento in favore degli amministrati⁵⁰.

La vera differenziazione che sembra rimanere, anche sul piano pratico, è la diffidenza che l'ordinamento pare provare nei confronti del non-cittadino, che appunto può portare a interrogarsi sul se i pubblici apparati siano effettivamente pronti a raffrontarsi con una società plurale. Questa diffidenza traspare, pro-

⁴⁸ In questo senso, si veda S. DE NITTO, *L'incerta durata dei procedimenti. Un'analisi empirica dei ritardi amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, p. 783 ss.

⁴⁹ Su come la natura non perentoria del termine di conclusione del procedimento e, quindi, la sostanziale inesauribilità del potere amministrativo siano le principali cause dell'inefficacia dei mezzi di tutela avverso il silenzio, specie dell'azione giurisdizionale, vedasi M. RAMAJOLI, *Forme e limiti della tutela giurisdizionale contro il silenzio inadempimento*, cit., p. 709 ss. e B. TONOLETTI, *Silenzio della Pubblica Amministrazione*, cit. Per un approccio differente che, pur sostanzialmente preservando la natura non perentoria dei termini, consenta di ancorare, in determinate ipotesi, l'illegittimità del provvedimento amministrativo fuori termini alla sua tardività, vedasi S. VERNILE, *Ragionevole durata del procedimento amministrativo e “sorte” dell'atto tardivo*, cit., p. 337 ss.

⁵⁰ Per una concisa ed efficace rappresentazione delle criticità degli strumenti di reazione all'inerzia dell'amministrazione, vedasi M. RAMAJOLI, *Forme e limiti della tutela giurisdizionale contro il silenzio inadempimento*, cit., p. 709 ss. In conseguenza a questa ineffettività dei rimedi, la stessa Autrice parla di termine meramente “canzonatorio” di conclusione del procedimento; vedasi M. RAMAJOLI, *L'attuazione della legge n. 241/1990 e la necessità del libertinismo giuridico*, in A. BARTOLINI, T. BONETTI, B. MARCHETTI, B.G. MATTARELLA, M. RAMAJOLI (a cura di), *La legge n. 241 del 1990 trent'anni dopo*, Torino, 2021, p. 245 ss. (spec. p. 247). Infine, per una contestualizzazione di tali criticità in relazione ad alcuni casi concreti, vedasi S. DE NITTO, *L'incerta durata dei procedimenti. Un'analisi empirica dei ritardi amministrativi*, cit., p. 783 ss.

prio in relazione al protrarsi delle tempistiche per l'emersione dei migranti, nella seconda delle sentenze richiamate in apertura, con la cui breve descrizione si concluderà la presente riflessione.

Il riferimento è alla recente pronuncia del T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I *ter*, 16 marzo 2023, n. 4621, avente ad oggetto un'azione per l'efficienza della pubblica amministrazione (c.d. *class action* amministrativa) promossa congiuntamente da una pluralità di attori (sia singoli individui, sia associazioni rappresentative degli interessi dei migranti) e finalizzata a ripristinare il corretto svolgimento della funzione amministrativa in relazione al meccanismo di emersione 2020, alterato dalla sistematica e prolungata violazione dei termini di durata del procedimento⁵¹. In altre parole, i ricorrenti, non agendo nel mero interesse dei singoli ma in un'ottica superindividuale, ossia di recupero del buon andamento dell'agire amministrativo, chiedono al giudice di condannare l'amministrazione all'adozione delle misure organizzative e procedurali necessarie per superare, nel suo complesso, l'inerzia nella definizione della posizione di decine di migliaia di istanti e, quindi, di giungere alla conclusione di tali procedimenti di emersione nel più breve tempo possibile.

Al di là di ogni riflessione sulla fondatezza o meno di questa azione, così come al di là di ogni ragionamento sulla sua incisività, dovendo la valutazione dell'inefficienza svolta dal giudice basarsi comunque sulle effettive risorse a disposizione dell'amministrazione e non potendo condannare all'adozione di soluzioni non perseguibili se non con tali risorse⁵², quello che sicuramente colpisce è la netta argomentazione del collegio a sfavore dei migranti, sostanzialmente inquadriati come unici colpevoli dei ritardi pubblici.

Partendo dai presupposti dei numeri elevati della sanatoria e del suo avvio in una fase storica – quella della crisi pandemica da Covid 19 – già di per sé critica per la tempestività dell'azione amministrativa, i ritardi sarebbero da imputare a una legittima “mala fede” che l'amministrazione è costretta a provare nei confronti di “stranieri privi di regolare permesso di soggiorno spesso da diverso tempo”, laddove una capillare e quindi necessariamente più lunga istruttoria è richiesta per il rischio di uso “di dichiarazioni e certificazioni false o contraffatte, quando non di domande spedite all'insaputa del soggetto che appariva quale datore di lavoro” (cfr. il testo della sentenza). La “pervasività del fenomeno delle false dichiarazioni e della insussistenza dei requisiti economici del datore di

⁵¹ Si tratta dell'azione introdotta con il d.lgs. 20 dicembre 2009, n. 198, oggetto di ampia indagine dottrinale; *ex pluribus*, G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo: dal giudizio sull'atto a quello sull'attività*, Torino, 2012, p. 14 ss.; S. VERNILE, *Verso un'amministrazione efficiente. Una nuova tutela processuale tra innovazioni mancate e utilità effettive*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 1519 ss.; C. TUBERTINI, *La prima applicazione della class action amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, p. 865 ss.; C.E. GALLO, *La class action nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Urb. e app.*, 2010, p. 501 ss.

⁵² Si vedano, rispettivamente, l'art. 1, comma 1 *bis*, e l'art. 4, comma 1, d.lgs. n. 198/2009.

lavoro” divengono “criticità sociali”, esterne all’amministrazione e a cui quest’ultima non può far fronte se non allungando i tempi della propria azione. Lo stesso vale per quella che pare descritta come una fisiologica incapacità degli istanti di garantire un’adeguata qualità delle proprie domande, in termini di completezza documentale, tale da richiedere una costante ma gravosa attività di soccorso istruttorio da parte degli uffici. Gli stessi giudici sembrano poi muovere una velata critica alla pronuncia del Consiglio di Stato n. 3578/2022, laddove ne riconoscono sì il merito di avere sanato la mancanza di un termine ultimo del procedimento, invece indispensabile per “offrire un rimedio all’*occasionale inerzia colpevole* dell’amministrazione” (corsivo dell’Autore), ma allo stesso tempo criticano l’individuazione di tale limite temporale in 180 giorni, di fatto insufficiente per la conclusione delle procedure in questione.

Senza dover smentire le argomentazioni dei giudici amministrativi, e senza dover negare lo sforzo amministrativo nel dare risposta a centinaia di migliaia di domande, quello che emerge sicuramente dalla pronuncia è una lettura unidimensionale del rapporto amministrativo tra amministrazione e migranti, in cui i diritti procedurali di questi ultimi risulterebbero schiacciati dalle loro condotte colpevoli. Né si vuole negare che il principio di collaborazione e buona fede previsto dall’art. 1, comma 2 *bis*, l. n. 241/1990 operi non solo in capo al soggetto pubblico, ma anche al “cittadino amministrativo” che entra in relazione con esso. Quello che però colpisce è come l’amministrazione esca del tutto “immacolata” da questa decisione, al massimo responsabile di qualche “occasionale inerzia colpevole” che – sulla base dei dati stessi menzionati nella sentenza – ammonta a *decine di migliaia di istanze irrisolte*, pur essendo trascorsi anni dall’ultimo giorno utile per la loro presentazione. Non viene fatto cenno alcuno delle innegabili problematicità della procedura, già evidenziate in dottrina, che vanno dal modo stesso in cui il procedimento è concepito, così da coinvolgere una pluralità di amministrazioni (prefettura, questura, Inps, ispettorato del lavoro), alla difficoltà di coordinamento di questa molteplicità di istituzioni; dall’impossibilità di ricorrere a una procedura esclusivamente telematica, ai ritardi nell’utilizzo delle risorse aggiuntive messe a disposizione dall’art. 103, comma 23, d.l. n. 34/2020 per l’assunzione di personale da dedicare specificamente allo svolgimento delle pratiche di emersione⁵³.

Se conclusione vi dev’essere a una riflessione su una vicenda che, invece, rimane tuttora aperta⁵⁴, non si può far altro che ripetere quello che è un vero e

⁵³ In materia, vedasi V. CURIGLIANO, F. MASON, *La regolarizzazione straordinaria del 2020: una prima analisi*, cit., p. 308 ss.

⁵⁴ Che tutt’oggi numerosi procedimenti di emersione siano pendenti è ammesso dalla Circolare del Ministero dell’Interno, 11 maggio 2023, che interviene con accorgimenti volti a tentare di velocizzare la procedura; per i puntuali contenuti della circolare, si veda online: www.integrazione.migranti.gov.it/it-it/Ricerca-news/Dettaglio-news/id/3210/Regolarizzazione-2020-il-Ministero-del-Interno-accelera-per-una-chiusura-delle-procedure.

proprio mantra per gli studiosi del diritto delle migrazioni, per cui una gestione meramente emergenziale e problematizzante il fenomeno migratorio non fa che acuire le criticità di una società oramai irrimediabilmente pluralista. In quest'ottica bisognerebbe riflettere sulla fondatezza di scelte quali quelle di escludere l'accesso alla protezione speciale per quei migranti già integrati nel tessuto sociale italiano, condannandoli a una permanenza irregolare sanabile difficilmente con l'espulsione ma molto probabilmente con una nuova e complessa procedura di emersione⁵⁵, oppure di centellinare gli ingressi regolari per motivi di lavoro, per di più con procedure e requisiti che, a loro volta, diventano mezzo di regolarizzazione di soggetti già presenti sul territorio nazionale piuttosto che canale di arrivi legittimi⁵⁶. Appunto in quest'ottica appare forse opportuno rileggere quelle condotte dei migranti così efficacemente colte dai giudici amministrativi del Lazio: condotte colpevoli, forse, ma indispensabili per il riconoscimento della loro esistenza giuridica in un ordinamento di cui sono oramai componente innegabile.

⁵⁵ Il riferimento è alle recenti modifiche in materia di protezione speciale, come disciplinata dall'art. 19 d.lgs. n. 286/1998, disposte con il c.d. Decreto Cutro (d.l. 10 marzo 2023, n. 20), tramite cui si è espunto dal comma 1.1. del succitato articolo il riferimento al divieto di respingimento o espulsione "qualora esistano fondati motivi di ritenere che l'allontanamento dal territorio nazionale comporti una violazione del diritto al rispetto della sua vita privata e familiare", individuando quali criteri di valutazione circa la sussistenza di questo diritto la natura e l'effettività dei vincoli familiari, l'effettivo inserimento sociale in Italia, la durata del soggiorno nel territorio nazionale nonché la permanenza di legami familiari, culturali o sociali con il Paese d'origine. Per quanto vi siano dubbi che, alla luce degli obblighi internazionali e dei principi costituzionali, l'eliminazione dell'espresso riferimento normativo non faccia comunque venire meno tale divieto, appare sufficientemente chiaro che questa modifica vada in primo luogo a limitare le possibilità di permanenza (regolare) di soggetti già stabilmente inseriti nella collettività nazionale. Per alcune prime riflessioni sulle modifiche apportate dal d.l. n. 20/2023, vedasi M. AMBROSINI, *Il "Decreto Cutro" e la nuova strategia di differenziazione: ucraini e lavoratori stranieri sì, richiedenti asilo no*, in *ADiM Blog, Editoriale*, 2023; R. CHERCHI, *Il "decreto Cutro" tra domanda di forza lavoro e insofferenza per i diritti fondamentali*, *ivi*, 2023; S. CURRERI, *L'oscillazione del pendolo, ovvero delle restrizioni della protezione speciale dopo la conversione del c.d. decreto Cutro*, *ivi*, 2023; G. MENTASTI, *Decreto Cutro: gli ultimi sviluppi della normativa in tema di immigrazione*, in *ADiM Blog, Analisi & Opinioni*, 2023.

⁵⁶ Il riferimento è all'ampiamente criticata disciplina degli ingressi fissata con i c.d. Decreti Flussi; per un commento al Decreto 2022 (D.P.C.M. 29 dicembre 2022), vedasi C. DE MARTINO, *Il primo decreto flussi del Governo Meloni tra (poche) novità e (molte) conferme*, in *ADiM Blog, Analisi & Opinioni*, 2023. Va poi menzionato come il Decreto Cutro, richiamato nella precedente nota, ha apportato una modifica alla disciplina normativa concernente il Decreto Flussi, sostituendo tale Decreto a cadenza annuale con un unico Decreto di portata triennale (2023-2025), che potrebbe avere il pregio, se correttamente utilizzato, di facilitare una programmazione degli ingressi di medio periodo. Riguardo quest'ultima novità, vedasi Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, *Flussi, governo approva programmazione triennale e decreto integrativo*, 7 luglio 2023, online: www.integrazionemigranti.gov.it/it-it/Ricerca-news/Dettaglio-news/id/3300/Flussi-governo-approva-programmazione-triennale-e-decreto-integrativo.

LA STERILIZZAZIONE FORZATA DELLE DONNE ROM: INTERSEZIONI SENZA VOCE DAVANTI ALLA CORTE EDU

Giovanna Gilleri

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Un divieto internazionalmente sancito. – 3. Tre casi simili a Strasburgo. – 4. Quello che c'è. – 5. Quello che manca. – 6. Conclusione.

1. *Introduzione*

La sterilizzazione forzata, cioè la soppressione irreversibile della fertilità di un individuo contro la sua volontà e senza il suo consenso, è stata oggetto di indagini di organizzazioni non governative¹, nonché condannata da corti ed organi internazionali, tra cui la Corte europea dei diritti dell'Uomo (Corte EDU)². Tra il 2011 ed il 2012, la Corte EDU ha deciso tre casi contro la Slovacchia, molto simili tra loro, di sterilizzazione perpetrata forzatamente contro e su donne di etnia Rom: *V.C. c. Slovacchia*,³ *N.B. c. Slovacchia*⁴ ed *I.G. e altri c. Slovac-*

¹C. ZAMPAS, S. BAROT, B. BUKOVSKA, I. ZOON (Centre for Reproductive Rights, Centre for Civil and Human Rights), *Body and Soul: Forced Sterilisation and Other Assaults on Roma Reproductive Freedom in Slovakia*, 2003, online: www.reproductiverights.org.

²Questo studio utilizza intercambiabilmente gli aggettivi “forzata” e “coercitiva” per riferirsi a tali fattispecie di sterilizzazione. È bene, però, ricordare le sfumature di significato esistenti tra le due connotazioni, che distinguono la sterilizzazione forzata da quella coercitiva a seconda delle diverse modalità attraverso cui la procedura è imposta. La prima avviene quando si costringe l'individuo a sottoporsi alla procedura tramite tattiche intimidatorie, disinformazione, incentivi economici o di altro tipo, oppure, ancora, come condizione di accesso all'impiego o ai servizi sanitari. La seconda, invece, ha luogo in mancanza del consenso della persona sterilizzata oppure senza che la stessa sia stata messa nelle condizioni di fornire il proprio consenso alla procedura: si veda Open Society Foundations, *Against Her Will: Forced and Coerced Sterilization of Women Worldwide*, 2011, online: www.opensocietyfoundations.org, p. 2.

³Corte EDU, 8 novembre 2011, *Case of V.C. vs. Slovakia*, su ricorso n. 18968/07.

⁴Corte EDU, 12 giugno 2012, *Case of N.B. vs. Slovakia*, su ricorso n. 29518/10.

chia⁵. A un decennio da queste sentenze, ritenute un punto di svolta nella protezione internazionale dell'integrità fisica e della salute riproduttiva, il presente contributo ne esplora luci e ombre, analizzando i profili di violazione identificati e quelli trascurati dalla Corte EDU.

La lacuna nelle decisioni della Corte EDU sul punto della discriminazione è stata identificata in letteratura principalmente nell'ambito di ricerche sulla salute pubblica e sull'etica medica⁶. La presente analisi inquadra, invece, la sterilizzazione forzata dal punto di vista giuridico come una grave violazione dei diritti e delle libertà riproduttive delle donne, che si materializza in una forma di discriminazione etnica e di genere, dal momento che colpisce in modo sistematico donne di etnia Rom, minando, così, la matrice pluralistica della società⁷. In particolare, il contributo evidenzia come l'assenza di un'analisi di tipo intersezionale nelle decisioni della Corte EDU abbia impedito a quest'ultima di cogliere la radice peculiarissima della violazione, cioè l'interazione di due fattori di oppressione tra loro complementari ed interdipendenti, quali il genere e l'etnia.

Invero, la sterilizzazione delle donne Rom è una *species* di un *genus* diffuso di abuso, che colpisce determinati soggetti in virtù dell'appartenenza ad uno specifico gruppo etnico o sociale, di una condizione di salute, dell'identità di genere, o, ancora, della residenza in determinate strutture⁸. Come meccanismo di sorveglianza del sistema riproduttivo, la sterilizzazione forzata è, per dirla con Foucault, un dispositivo di potere volto a sorvegliare e governare la sessualità e la riproduzione. Oltre alle genealogie formulate secondo la storia della sessualità⁹ o del potere disciplinare esercitato sui corpi¹⁰ di matrice fou-

⁵ Corte EDU, 13 novembre 2012, *Case of I.G. and Others vs. Slovakia*, su ricorso n. 15966/04.

⁶ P. PATEL, *Forced Sterilization of Women as Discrimination*, in 38 *Public Health Reviews* (2017), p. 15.

⁷ Non appare qui *K.H. and Others vs. Slovakia*, poiché, seppur sia stato il primo di un filone di casi concernenti violazioni commesse nei confronti di donne di etnia Rom, in esso, di fatto, la Corte EDU non si è pronunciata sulla pratica delle sterilizzazioni forzate, bensì sul diritto di accesso alle cartelle cliniche. Le ricorrenti, otto donne slovacche di origine Rom, avevano sospettato che la propria incapacità di concepire fosse connessa alla sterilizzazione forzata avvenuta nel corso dei parti cesarei avuti in precedenza in due diversi ospedali. Avendo presentato istanza di accesso alle proprie cartelle cliniche nei rispettivi ospedali, si erano viste negare la possibilità di ottenere le fotocopie della documentazione. Sulla base di questa *quaestio iuris*, la Corte EDU ha riscontrato in tale impossibilità una restrizione sproporzionata e, quindi, la violazione del rispetto del diritto alla vita privata e familiare (art. 8) e del diritto ad un equo processo (art. 6): Corte EDU, 28 aprile 2009, *Case of K.H. and Others vs. Slovakia*, su ricorso n. 32881/04.

⁸ S. GILMORE, L. MOFFETT, *Redressing Forced Sterilisation: The Role of the Medical Profession*, in 127 *International Journal of Obstetrics & Gynaecology* (2020), p. 923.

⁹ M. FOUCAULT, *Histoire de la sexualité: La volonté de savoir*, Parigi, 1976.

¹⁰ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir: Naissance de la prison*, Parigi, 1975.

caultiana¹¹, l'eco della storia richiama, tra gli altri, la sterilizzazione forzata delle donne indigene provenienti da contesti socioeconomici svantaggiati sotto la dittatura di Alberto Fujimori in Perù¹² ed il programma eugenetico di crescita demografica della razza ariana del regime nazista.

Rientra all'interno di quest'ultimo la "Legge per la prevenzione della prole con malattie ereditarie"¹³, adottata nel 1933 dal regime di Adolf Hitler con l'obiettivo di evitare che persone con certe condizioni di salute – tra cui l'epilessia, la schizofrenia, la cecità, il ritardo mentale, la sordità e l'alcolismo – potessero generare prole antagonista al progetto di dominio della purezza ariana¹⁴. L'eliminazione di ogni rischio di trasmissione "ereditaria" di malattie tramite sterilizzazione coinvolse, tra il 1933 ed il 1939, tra le 200.000 e le 400.000 persone, diventando, quindi, uno degli antidoti contro la preoccupazione per la perfezione della stirpe, nonché una delle misure volte a quell'"igiene razziale" messe in atto dal regime il cui apice è storia crudelmente nota¹⁵.

Eppure, gli esempi di sterilizzazione forzata abbondano anche ai giorni nostri e anche al di fuori di regimi dittatoriali¹⁶. Alcuni dei casi decisi di recente

¹¹ Sul biopotere è incentrata l'analisi di G. ALBERT, M. SZILVASI, *Intersectional Discrimination of Romani Women Forcibly Sterilized in the Former Czechoslovakia and Czech Republic*, in 19 *Health and Human Rights Journal* (2017), p. 23.

¹² Il regime del dittatore Alberto Fujimori costrinse alla sterilizzazione 272.028 persone tra il 1996 ed il 2000 in attuazione del "Programa Nacional de Población", la maggioranza delle quali donne indigene delle zone rurali di lingua Quechua, ritenute uno dei fattori problematici per lo sviluppo economico: N. CARRANZA KO, *Forcibly Sterilized: Peru's Indigenous Women and the Battle for Rights*, in G. BLOUIN-GENEST, M.C. DORAN, S. PAQUEROT (a cura di), *Human Rights as Battlefields: Changing Practices and Contestations*, Cham, 2019, p. 149 ss.; J.E. GETGEN, *Untold Truths: The Exclusion of Enforced Sterilizations from the Peruvian Truth Commission's Final Report*, in 29 *Boston College Third World Law Journal* (2009), p. 1.

¹³ *Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses*, 14 luglio 1933, RGBl. I S., p. 529.

¹⁴ E. COLLOTTI, *Nazismo e società tedesca (1933-1945)*, Torino, 1982, pp. 317-318.

¹⁵ Il progetto eugenetico di purificazione della razza perseguito dal regime fu uno strumento di profilassi sociale molto articolato. A partire dal 1939, fu prevista la registrazione di tutti i bambini sotto i tre anni (e successivamente i minori di 17 anni) con disabilità, mentre le autorità naziste esercitavano pressioni sui genitori per l'affidamento degli stessi in strutture presentate come specializzate in cure innovative, ma di fatto centri operativi dello sterminio. Con il "Programma eutanasia", circa 200.000 persone con disabilità, tra cui bambini e neonati, vennero lasciate morire d'inedia o per malattie non curate, uccise con iniezioni letali o nelle camere a gas create in specifici centri: M.H. RAVENNA, *Un caso esemplare di costruzione del consenso: la realizzazione dell'Aktion T4 nella Germania nazista*, in *Psicoterapia e Scienze Umane*, 2013, p. 329 ss.; A. D'ONOFRIO, *Razza, sangue e suolo: utopie della razza e progetti eugenetici nel ruralismo nazista*, Napoli, 2007, pp. 84-88, 90-94; Holocaust Encyclopedia, *The Murder of People with Disabilities*, online: www.encyclopedia.ushmm.org.

¹⁶ Per un'analisi di come le argomentazioni basate sull'eugenetica abbiano oggi ceduto il passo a giustificazioni della pratica di sterilizzazione articolate con il linguaggio dei diritti, si veda C. SKEET, *Forced Sterilizations: Addressing Limitations of International Rights Adjudication through*

dalla Corte EDU hanno riguardato, per esempio, la violazione del rispetto alla vita privata in seguito all'inadempimento da parte dei medici all'obbligo di ottenere il consenso previo, pieno, libero ed informato dalla paziente riguardo la sterilizzazione, tra cui *Y.P. c. Russia*¹⁷.

A livello internazionale, l'Esperto indipendente delle Nazioni Unite per la protezione contro la violenza e la discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale e l'identità di genere, Victor Madrigal Borloz, ha di recente ribadito che la sterilizzazione imposta alle persone transgender come requisito obbligatorio per ottenere il riconoscimento legale del loro genere costituisce "a pervasive denial of reproductive rights"¹⁸. Sempre nel condannare le gravi violazioni dei diritti umani cui le persone transgender sono soggette, diversi comitati per i diritti umani delle Nazioni Unite hanno raccomandato agli Stati di garantire, da un lato, l'accesso all'assistenza sanitaria senza discriminazione né coercizione e, dall'altro, di eliminare dalle leggi nazionali qualsiasi riferimento all'obbligatorietà della sterilizzazione delle persone transgender¹⁹. A livello regionale, con le sentenze *A.P., Garçon e Nicot c. Francia*²⁰ e *X e Y c. Romania*²¹, la Corte EDU ha

an Intersectional Approach, in I.O. IYIOHA (a cura di), *Women's Health and the Limits of Law: Domestic and International Perspectives*, New York, 2020, p. 126.

¹⁷ Corte EDU, 20 settembre 2022, *Case of Y.P. vs. Russia*, su ricorso n. 43399/13.

¹⁸ L'Esperto indipendente riporta, inoltre, che, seppure vari organi delle Nazioni Unite abbiano già esortato gli Stati ad abolire la sterilizzazione e/o gli interventi chirurgici resi obbligatori per coloro che desiderano ottenere il riconoscimento legale del proprio genere, le deposizioni scritte depositate in vista della preparazione del report in questione hanno evidenziato la sussistenza del requisito della sterilizzazione in Giappone, Singapore e in alcuni Stati Membri del Consiglio d'Europa: Consiglio per i diritti umani delle nazioni unite, *Report of the Independent Expert on protection against violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity*, Victor Madrigal-Borloz, *The right to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health of persons, communities and populations affected by discrimination and violence based on sexual orientation and gender identity in relation to the Sustainable Development Goals*, UN Doc. A/HRC/50/27, 2022, par. 50. Si vedano anche M. BASSETTI, *Human Rights Bodies' Adjudication of Trans People's Rights: Shifting the Narrative from the Right to Private Life to Cruel and Inhuman or Degrading Treatment*, in 12 *European Journal of Legal Studies* (2020), p. 291; D. ALAAT-TINOĞLU, R. RUBIO-MARÍN, *Redress for Involuntarily Sterilised Trans People in Sweden against Evolving Human Rights Standards: A Critical Appraisal*, in 19 *Human Rights Law Review* (2019), p. 705; P. DUNNE, *Transgender Sterilization Requirements in Europe*, in 25 *Medical Law Review* (2017), p. 554.

¹⁹ Comitato delle Nazioni Unite per i diritti economici, sociali e culturali, *General Comment no. 20: Non-discrimination in economic, social and cultural*, 2009, UN Doc. E/C.12/GC/20, par. 32; Comitato delle Nazioni Unite contro la tortura, *General Comment no. 2: Implementation of Article 2 by states parties*, 2008, UN Doc. CAT/C/GC/2, par. 21.

²⁰ Corte EDU, 6 aprile 2017, *Affaire A.P., Garçon et Nicot c. France*, su ricorsi n. 79885/12, 52471/13, 52596/13, sulla scia della quale è seguita la decisione del Comitato europeo dei diritti sociali, *Case of Transgender Europe and ILGA-Europe vs. the Czech Republic*, 15 maggio 2018, su ricorso 117/2015.

²¹ Corte EDU, 19 gennaio 2021, *Case of X and Y vs. Romania*, su ricorsi n. 2145/16, 20607/16.

analogamente sancito che l'imposizione di tale requisito obbligatorio costituisce un'ingerenza ingiustificata nel diritto al rispetto della vita privata. Inoltre, *mutatis mutandis*, nell'ambito delle caratteristiche di sesso, le operazioni di cosiddetta "normalizzazione" (*sic*) sono praticate sulle persone intersex, spesso senza il loro (o, più spesso, quello dei loro genitori) consenso pieno, libero, previo ed informato. Tali interventi possono sfociare nella fine di tutte o parte delle funzioni riproduttive²².

Numerosi sono i bersagli della sterilizzazione forzata in altri contesti. È, così, un metodo di controllo della fertilità e di prevenzione delle nascite applicato sui corpi di alcune persone risiedono in carcere²³ oppure in ospedale, come ricordato dall'Organizzazione Mondiale della Salute insieme ad altre agenzie delle Nazioni Unite²⁴. Particolari condizioni di salute possono costituire un elemento di (ulteriore) vulnerabilità. Un primo esempio è quello delle donne sieropositive, soggette a sterilizzazione non consensuale, senza che l'intervento possa recare alcun beneficio alla loro salute, in assenza di un comprovato alto rischio di trasmissione del virus e, quindi, in contrasto ai principi dell'etica medica²⁵. Un

²² Consiglio per i diritti umani delle Nazioni Unite, *Report of the Independent Expert on protection against violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity*, cit., par. 26, p. 50. Sono numerosi i documenti in cui organismi sovranazionali condannano tali pratiche, tra cui Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, *Human Rights and Intersex People*, 2015, online: www.coe.int; Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali, *The Fundamental Rights Situation of Intersex People*, 2015, online: www.fra.europa.eu; Commissione interamericana dei diritti umani, Corte interamericana dei diritti umani, *Violence against Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Persons in the Americas*, 2015, OAS/Ser.L/V/II.rev.1, online: www.oas.org. Sulla situazione italiana, M. BALOCCHI, *Un apparente paradosso: le pratiche mediche di gestione dell'intersessualità in Italia*, in ID. (a cura di), *Intersex: antologia multidisciplinare*, Pisa, 2019, p. 109 ss. La Corte EDU ha considerato gli interventi condotti sulle persone intersex in assenza di necessità medica come violazioni dei diritti umani in *M. c. Francia*, decisione che, pur dichiarando inammissibile il ricorso per motivi procedurali, costituisce un importante passo verso la definizione di standard internazionali vincolanti, in particolare dalla prospettiva della tortura e dei maltrattamenti: Corte EDU, *Affaire M. c. France*, 26 aprile 2022, su ricorso n. 42821/18.

²³ Generalmente si tratta di detenute donne: J. WHATCOTT, *No Selves to Consent: Women's Prisons, Sterilization, and the Biopolitics of Informed Consent*, in 44 *Signs: Journal of Women in Culture and Society* (2018), p. 131; R. ROTH, L. AINSWORTH, "If They Hand You a Paper, You Sign It": *A Call to End the Sterilization of Women in Prison*, in 26 *Hastings Women's Law Journal* (2015), p. 7; V. IEMELIANENKO, A. GORNOSTAY, N. MASLAK, *Coerced Sterilization as a Reproductive Rights Violation*, in *LXXIII Wiadomości Lekarskie* (2020), p. 2903.

²⁴ Organizzazione mondiale della sanità, Ufficio dell'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i diritti umani, Fondo delle Nazioni Unite per l'infanzia, Ente delle Nazioni Unite per l'uguaglianza di genere e l'empowerment femminile, Fondo delle Nazioni Unite per la popolazione, Programma delle Nazioni Unite per l'HIV e l'AIDS, Programma delle Nazioni Unite per lo sviluppo, *Eliminating Forced, Coercive and Otherwise Involuntary Sterilization: An Interagency Statement*, 2014, online: www.wbo.int, p. 5.

²⁵ La ricerca ha dimostrato il basso rischio di trasmissione del virus da madre a figlio – meno del 2% nella popolazione in terapia antiretrovirale che non allatta: R. SIFRIS, *Involuntary Steriliza-*

secondo esempio di vulnerabilità è quello della disabilità. In *G.M. e altri c. Repubblica di Moldavia*²⁶ la Corte EDU ha considerato alla luce del divieto di trattamenti inumani e degradanti dell'art. 3 CEDU una serie di misure di controllo delle nascite, tra cui la sterilizzazione forzata, che erano state imposte su delle donne con disabilità mentali, senza il loro consenso, all'interno di una struttura neuropsichiatrica²⁷. In termini più generali, è bene ricordare che nel corso del XX secolo, come menzionato sopra, nonché dei primi anni del XXI secolo molti Paesi hanno promosso politiche di controllo delle nascite tramite l'imposizione della sterilizzazione a donne di varie etnie, in condizioni di povertà, con malattie fisiche o mentali, e, ancora, donne che avevano tentato di abortire, adottando poi, in tempi più recenti, disposizioni volte a risarcire le vittime, spesso in seguito ad azioni giudiziarie promosse dalle stesse²⁸.

tion of HIV-Positive Women: An Example of Intersectional Discrimination, in 37 *Human Rights Quarterly* (2015), p. 464; S. BI, T. KLUSTY, *Forced Sterilizations of HIV-Positive Women: A Global Ethics and Policy Failure*, in 17 *AMA Journal of Ethics* (2015), p. 952; Ufficio dell'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i diritti umani, *Busting the Myth that Sterilization Can End AIDS*, 28 agosto 2012, online: www.ohchr.org; cfr. Assemblea generale delle Nazioni Unite, *Resolution 75/284: Political Declaration on HIV and AIDS: Ending Inequalities and Getting on Track to End AIDS by 2030*, UN Doc. A/RES/75/284, 9 giugno 2021, par. 59(e). Sono stati riportati casi di sterilizzazione su donne con HIV in Repubblica Dominicana, Indonesia, Kenya, Messico, Namibia, Sud Africa, Swaziland, Tanzania, Thailandia, Venezuela, Zambia e Cile. Per quanto concerne quest'ultimo, il caso *F.S. c. Cile*, concernente la sterilizzazione di una donna sieropositiva condotta in un ospedale pubblico senza consenso informato, si è concluso con una composizione amichevole tra il Cile e le organizzazioni ricorrenti (Centro de derechos reproductivos e Vivo positivo): Commissione interamericana dei diritti umani, 3 agosto 2021, *Case of F.S. vs. Chile*, su ricorso n. 12, p. 956. Si veda anche Corte Suprema della Namibia, 30 luglio 2012, *Case of L.M. and Others vs. Namibia*, su ricorsi n. 1603/2008, 3518/2008, 3007/2008, nonché il rispettivo commento contenuto in E. DUROJAYE, *Involuntary Sterilisation as a Form of Violence against Women in Africa*, in 53 *Journal of Asian and African Studies* (2018), p. 721.

²⁶ Corte EDU, *Case of G.M. and Others vs. Republic of Moldova*, 22 novembre 2022, su ricorso n. 44394/15.

²⁷ *Ibidem*, par. 88. Si vedano Comitato delle Nazioni Unite per i diritti delle persone con disabilità, *General Comment No. 3 on women and girls with disabilities*, 25 November 2016, UN Doc. CRPD/C/GC/3, par. 32; Assemblea generale delle Nazioni Unite, *Report of the Special Rapporteur on the rights of persons with disabilities: Sexual and reproductive health and rights of girls and young women with disabilities*, 14 July 2017, UN Doc. A/72/133, par. 31-32.

²⁸ European Roma Rights Centre, *Coercive and Cruel: Sterilisation and its Consequences for Romani Women in the Czech Republic (1966-2016)*, Budapest, 2016, online: www.errc.org, pp. 12-16; Open Society Foundations, *Against Her Will: Forced and Coerced Sterilization of Women Worldwide*, 2011, online: www.opensocietyfoundations.org, pp. 3-6. La Corte EDU aveva ritenuto manifestamente infondato il ricorso contro la Repubblica Ceca in Corte EDU, *Case of Maděrová vs. Czech Republic*, 8 giugno 2021, su ricorso 32812/13. Due ricorsi contro la Repubblica Ceca da parte di due donne che erano state sterilizzate senza il loro consenso si sono invece conclusi con una soluzione amichevole: Corte EDU, *Case of R.K. vs. Czech Republic*, 27 novembre 2012, su ricorso n. 7883/08; Corte EDU, *Case of Ferenčíková vs. Czech Republic*, 30 agosto 2005, su ricorso n. 21826/10. Parimenti, si era concluso con una soluzione amichevole, a livello interamericano, il

Nella sterilizzazione forzata si materializzano plurime violazioni di diritti: all'integrità fisica; all'autonomia riproduttiva; ad avere una famiglia e dei figli; a decidere il numero e l'intervallo delle nascite; ad essere liberi da trattamenti crudeli, inumani e degradanti; e, infine, all'accesso ad un'assistenza sanitaria riproduttiva che sia in grado di supportare le scelte individuali fondate sul consenso previo, pieno, informato e volontario. Alla luce di queste premesse, dopo una breve panoramica delle fonti internazionali che condannano la pratica, questo contributo esamina i sopraccitati tre casi di sterilizzazione forzata contro donne di etnia Rom decisi dalla Corte EDU, *V.C. c. Slovacchia*,²⁹ *N.B. c. Slovacchia*³⁰ ed *I.G. e altri c. Slovacchia*³¹, valutando quali aspetti della violazione la Corte abbia evidenziato (trattamenti degradanti e ingerenza nella vita privata) e quali, invece, siano rimasti inesplorati (discriminazione sotto il profilo intersezionale).

2. Un divieto internazionalmente sancito

La pratica della sterilizzazione forzata è stata condannata come grave violazione delle protezioni internazionali da diversi strumenti internazionali all'interno del regime del diritto penale internazionale e di quello internazionale dei diritti umani.

Lo Statuto di Roma³² del 1998, di cui la Slovacchia è parte, include espressamente la sterilizzazione forzata tra gli atti che possono costituire crimini contro l'umanità (art. 7, comma 1, lett. g)) e crimini di guerra (art. 8, comma 2, lett. b), e)). A fianco dei sopraccitati riferimenti espliciti alla sterilizzazione forzata, la pratica può farsi rientrare in via interpretativa anche tra gli atti costituenti genocidio ai sensi dell'art. 6 dello stesso Statuto di Roma. Quest'ultimo, infatti, riflette la definizione di genocidio contenuta all'art. 2 della Convenzione sul genocidio³³ del

ricorso di una donna che era stata sterilizzata come parte del programma demografico di Fujimori in Perù: Corte interamericana dei diritti umani, *Case of Chavez vs. Peru*, 22 ottobre 2003, su ricorso 12.191. In *I.V. c. Bolivia*, una donna rifugiata di origini peruviane era stata sottoposta a sterilizzazione senza il suo consenso informato in un ospedale pubblico in Bolivia. La Corte interamericana dei diritti umani aveva considerato lo Stato responsabile di aver violato il divieto di trattamenti inumani e degradanti, nonché i diritti all'integrità fisica, alle libertà e sicurezza personali, alla dignità ed alla famiglia: Corte interamericana dei diritti umani, *Case of I.V. vs. Bolivia*, 30 novembre 2016, Series C No. 329.

²⁹ *V.C. vs. Slovakia*, 8 novembre 2011, n. 18968/07.

³⁰ *N.B. vs. Slovakia*, 12 giugno 2012, n. 29518/10.

³¹ *I.G. and Others vs. Slovakia*, 13 novembre 2012, n. 15966/04.

³² *Rome Statute of the International Criminal Court*, 17 luglio 1998, 2187 UNTS 3.

³³ *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, 9 dicembre 1948, UN Doc. A/RES/3/260.

1948. La formulazione condivisa dai due strumenti racchiude tra le condotte criminali quelle misure miranti ad impedire le nascite all'interno di un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso. La disposizione afferma: "Genocide means any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such: [...] d. Imposing measures intended to prevent births within the group"³⁴. Come specificato dal Tribunale penale internazionale per il Ruanda nel caso *Akayesu*, questa forma di genocidio include "sexual mutilation, *the practice of sterilization*, forced birth control, separation of the sexes and prohibition of marriages"³⁵ (corsivo aggiunto).

Molteplici sono, poi, le fonti interpretative che affrontano la questione della sterilizzazione non consensuale nel regime internazionale di protezione dei diritti umani come violenza di genere³⁶. Tra le più significative, la Raccomandazione generale n. 19 del Comitato delle Nazioni Unite per l'eliminazione della discriminazione contro le donne (CEDAW) del 1992 ha affermato che la sterilizzazione forzata colpisce "women's physical and mental health" e viola "the right of women to decide on the number and spacing of their children"³⁷. A questa si aggiunge la Raccomandazione generale n. 35 di CEDAW del 2017, che integra ed aggiorna la precedente, dichiarando esplicitamente che le violazioni della salute e dei diritti sessuali e riproduttivi delle donne, tra cui, appunto, la sterilizzazione forzata, sono "forms of gender-based violence that, depending on the circumstances, may amount to torture or cruel, inhuman or degrading treat-

³⁴ Art. 2, lett. d), *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, cit.; art. 6, lett. d), *Rome Statute of the International Criminal Court*, cit.

³⁵ Tribunale penale internazionale per il Ruanda, *Prosecutor v. Akayesu*, 2 settembre 1998, ICTR-96-4-T, par. 507; K.J. HELLER, *The Rome Statute of the International Criminal Court*, in K.J. HELLER, M.D. DUBBER (a cura di), *The Handbook of Comparative Criminal Law*, Stanford, 2011, p. 593 ss.

³⁶ Si riportano in questa sezione i documenti interpretativi rilevanti ai fini dell'indagine che segue, concernente i profili di discriminazione fondata sul genere e sull'etnia. Altri comitati dei diritti umani si sono pronunciati sulla questione, con particolare riferimento all'ambito del loro mandato: si vedano, per esempio, Comitato delle Nazioni Unite per i diritti delle persone con disabilità, *General Comment No. 3 on Article 6: Women and Girls with Disabilities*, UN Doc. CRPD/C/GC/3, 2016, par. 44-45, 63; Consiglio per i diritti umani delle Nazioni Unite, *Violence against Women (Addendum): Policies and Practices that Impact Women's Reproductive Rights and Contribute To, Cause or Constitute Violence against Women, Report of the Special Rapporteur on Violence against Women, Its Causes and Consequences, Radhika Coomaraswamy*, UN Doc. E/CN.4/1999/68/Add.4, 1999, par. 51. In termini più generici, il Comitato per i diritti umani ha evidenziato che il divieto di trattamenti crudeli, inumani e degradanti protegge, in particolare, le persone ricoverate in istituzioni mediche: Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite, *General Comment no 20: Article 7 (prohibition of torture, or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment)*, UN Doc. U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1, 1992, par. 5.

³⁷ Comitato delle Nazioni Unite per l'eliminazione della discriminazione contro le donne, *General Recommendation No. 19: Violence against Women*, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II), 1992, par. 22.

ment”³⁸. Sulla stessa linea, infine, nell'affrontare gli abusi perpetrati in strutture sanitarie, è la Raccomandazione generale n. 24 del 1999 con cui CEDAW ha esortato gli Stati Membri a proibire qualsiasi forma di coercizione in ambiente medico, inclusa la sterilizzazione non consensuale³⁹.

CEDAW ha, inoltre, deciso sulla sterilizzazione forzata di una cittadina ungherese di origini Rom in *A.S. c. Ungheria*⁴⁰. Nel caso di specie, la ricorrente, mentre si trovava stesa sul tavolo operatorio in condizioni di salute precarie, era stata invitata a sottoscrivere una dichiarazione di consenso ad un parto cesareo che includeva una nota, appena leggibile, redatta a mano dal dottore usando la parola latina corrispondente a “sterilizzazione”, di cui la donna non conosceva il significato⁴¹. Era risultato altresì poco plausibile che, visto il breve intervallo di tempo trascorso tra l'ingresso in ospedale ed il completamento degli interventi chirurgici (17 minuti), la donna potesse esser stata messa al corrente in maniera esaustiva di tutte le informazioni necessarie a prendere una decisione informata⁴². La donna aveva così scoperto di aver acconsentito ad un'operazione che l'avrebbe resa sterile in via permanente solo in un momento successivo all'intervento. Alla luce di queste circostanze, CEDAW ha stabilito che la sterilizzazione era stata praticata senza il suo previo consenso pieno ed informato, venendo a costituire una violazione dei diritti ad accedere ai servizi sanitari, di ricevere informazioni e consigli sulla pianificazione familiare e di decidere liberamente sul numero e l'intervallo di nascita dei figli⁴³.

A livello regionale incontriamo posizioni analoghe. Per esempio, il Consiglio d'Europa ha invitato gli Stati Membri a vietare “enforced sterilisation or abortion [and] contraception imposed by coercion or force” con la Raccomandazione n. 5 del 2002 del Comitato dei Ministri⁴⁴, che applica il principio del consen-

³⁸ Comitato delle Nazioni Unite per l'eliminazione della discriminazione contro le donne, *General Recommendation No. 35*, UN Doc. CEDAW/C/GC/35, 2017, par. 18.

³⁹ Comitato delle Nazioni Unite per l'eliminazione della discriminazione contro le donne, *General Recommendation No. 24: Article 12 of the Convention (Women and Health)*, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II), 1999, par. 22.

⁴⁰ Comitato delle Nazioni Unite per l'eliminazione della discriminazione contro le donne, *Case of A.S. vs. Hungary*, 29 agosto 2006, su ricorso n. 4/2004.

⁴¹ *Ibidem*, par. 11.3.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ibidem*, parr. 11.2-11.4. Si è trattato del primo caso in cui la sterilizzazione forzata è stata riconosciuta come una violazione che colpisce in maggior misura le donne: C. ZAMPAS, A. LA-MAČKOVÁ, *Forced and Coerced Sterilization of Women in Europe*, in 114 *International Journal of Gynecology & Obstetrics* (2011), p. 165. Tuttavia, la decisione non ha affrontato le questioni intersezionali o discusso lo status specifico della ricorrente come donna di origini Rom: sull'intersezionalità, si veda sotto, Sezione 5.

⁴⁴ Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, *Recommendation No. 5 on the protection of women against violence*, 30 aprile 2002, par. 79.

so previo ed informato ai sensi dell'art. 5 della Convenzione di Oviedo, ratificata dalla Slovacchia, secondo cui l'informazione è da ritenersi adeguata solo qualora essa contenga le finalità, la natura, le conseguenze, i rischi dell'intervento e le possibili alternative⁴⁵.

È proprio sotto l'egida del Consiglio d'Europa ad essere nato il primo strumento vincolante in Europa per la prevenzione e la lotta alla violenza di genere, che inquadra la sterilizzazione forzata come crimine nei confronti delle donne, dedicandovi, insieme all'interruzione forzata di gravidanza, un articolo a sé. Si tratta della Convenzione di Istanbul⁴⁶, il cui art. 39 stabilisce, infatti: "Parties shall take the necessary legislative or other measures to ensure that the following intentional conducts are criminalised: [...] (b) performing surgery which has the purpose or effect of terminating a woman's capacity to naturally reproduce without her prior and informed consent or understanding of the procedure"⁴⁷. Pertanto, nel considerare la sterilizzazione forzata una violenza basata sul genere, la disposizione obbliga gli Stati parte a criminalizzare le operazioni chirurgiche aventi come finalità o effetto l'interruzione della capacità riproduttiva della donna, senza che quest'ultima sia stata messa nelle condizioni di poter comprendere in cosa consista la procedura e di fornire il suo consenso previo e informato all'esecuzione della stessa⁴⁸.

L'introduzione del divieto di sterilizzazione forzata all'interno di uno strumento vincolante, con un ambito di applicazione esteso a livello regionale, rispecchia un'attitudine di condanna della condotta condivisa da diversi stati – membri e non membri del Consiglio d'Europa. Tuttavia, la Slovacchia, lo Stato citato nei giudizi innanzi alla Corte EDU di cui la prossima sezione racconterà i dettagli, ha firmato (11 maggio 2011), ma non ratificato la Convenzione. Lo stesso vale per l'Unione europea (firma del 13 giugno 2017)⁴⁹.

Merita, infine, menzione un'iniziativa istituzionale promossa in seno a quest'ultima. La Commissione europea ha presentato di recente al Parlamento europeo e al Consiglio una proposta di direttiva sulla lotta alla violenza contro

⁴⁵ *Convention on Human Rights and Biomedicine*, 4 aprile 1997, ETS No 163. Si vedano anche artt. 5-6, *Universal Declaration on Bioethics and Human Rights*, 19 ottobre 2005, SHS/EST/BIO/06/1; artt. 2-3, *Declaration on the Promotion of Patients' Rights in Europe*, 28 giugno 1994, ICP/HLE, p. 121.

⁴⁶ *Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence*, 11 maggio 2011, ETS 210.

⁴⁷ Art. 39, *ibidem*.

⁴⁸ Per un approfondimento sull'inclusione della sterilizzazione forzata tra le forme di violenza di genere vietate dalla Convenzione di Istanbul si rimanda a D. ALAATTINOĞLU, *Forced Sterilisation in the Istanbul Convention: Remedies, Intersectional Discrimination and Cis-Exclusiveness*, in J. NIEMI, L. PERONI, V. STOYANOVA (a cura di), *International Law and Violence against Women: Europe and the Istanbul Convention*, London, 2020, p. 173 ss.

⁴⁹ Council of Europe, *Chart of signatures and ratifications of Treaty 210*, online: www.coe.int.

le donne e alla violenza domestica⁵⁰. Sono numerosi, infatti, gli Stati membri che non vietano la sterilizzazione forzata⁵¹. La proposta elenca una serie di reati categorizzabili come “violenza contro le donne” e, in particolare, “violenza sessuale”, tra cui lo stupro, le mutilazioni genitali femminili, i matrimoni forzati, gli aborti forzati e, appunto, la sterilizzazione forzata⁵². L’obiettivo della (potenziale) direttiva sarebbe quello di prevenire e combattere la violenza contro le donne, tramite la definizione (i) dei reati e delle sanzioni in materia di sfruttamento sessuale femminile e minorile e di criminalità informatica; nonché (ii) dei diritti delle vittime di tutte le forme di violenza prima, durante e dopo il procedimento penale, incluse la loro protezione e assistenza⁵³. Seppur il futuro di questa proposta sia ancora incerto, una recente risoluzione del Parlamento europeo farebbe propendere per uno sviluppo nel senso della proposta. Alla fine del 2022, il Parlamento ha, infatti, adottato una risoluzione su un altro tema, che però, pur nella sua specificità, si interseca con quello della violenza di genere. La risoluzione riguarda, di fatto, la parità di diritti per le persone con disabilità, in cui il Parlamento ha espresso profonda preoccupazione per le restrizioni, i dinieghi e gli abusi che le ragazze e le donne con disabilità subiscono nell’accesso e nella fruizione dei servizi per la salute sessuale e riproduttiva, tra cui la mancanza di consenso informato nelle pratiche di sterilizzazione forzata⁵⁴. Il Parlamento europeo ha, inoltre, raccomandato agli Stati membri di adottare delle misure legislative volte a salvaguardare l’integrità fisica, la libertà di scelta e l’autodeterminazione nella vita sessuale e riproduttiva delle persone con disabilità⁵⁵.

Alla luce di questo quadro internazionale, la prossima sezione introduce i tre casi di sterilizzazione forzata contro la Slovacchia decisi dalla Corte EDU, cui seguiranno l’analisi dei profili affrontati dalla Corte e la critica di alcune crepe concettuali delle tre sentenze.

⁵⁰ Commissione europea, *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica*, 8 marzo 2022, COM(2022) 105 final.

⁵¹ Per esempio, Austria, Croazia, Bulgaria, Cipro, Repubblica Ceca, Danimarca, Estonia, Finlandia, Ungheria, Lettonia, Lituania, Malta, Portogallo e Slovacchia ammettono qualche forma di sterilizzazione nella loro legislazione secondo l’European Disability Forum, *Forced Sterilisation of Persons with Disabilities in the European Union*, 2022, online: www.edf-feph.org, p. 6.

⁵² *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio*, cit., p. 31.

⁵³ Art. 1, *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio*, cit. Invero, la proposta è stata accolta con limitato entusiasmo dalla società civile. Per esempio, la petizione promossa dall’European Disability Forum mira all’esplicito divieto della sterilizzazione forzata, al momento non previsto nella proposta: “we are calling for the EU to insert a total ban on this practice in the upcoming legislation on combatting violence against women”: European Disability Forum, *End Forced Sterilisation in the EU Now!*, online: www.you.wemove.eu.

⁵⁴ Parlamento europeo, *Resolution of 13 December 2022 towards equal rights for persons with disabilities*, 13 dicembre 2022, 2022/2026(INI), par. 26.

⁵⁵ *Ibidem*.

3. Tre casi simili a Strasburgo

V.C. c. Slovacchia,⁵⁶ N.B. c. Slovacchia⁵⁷ ed I.G. e altri c. Slovacchia⁵⁸ si riferiscono a fatti e soggetti differenti, però, nel complesso, è possibile rintracciare numerosi elementi comuni, tali da rendere adeguata la trattazione congiunta dei tre casi⁵⁹. Al contempo, leggere parallelamente le tre decisioni permette di riconoscere la sistematicità della violazione nella coesistenza di molteplici somiglianze in termini di azioni, luoghi e attori dell'abuso dalle profonde radici storico-giuridiche che due delle tre sentenze ripercorrono attraverso la versione del governo e quella delle ricorrenti⁶⁰. In primo luogo, le violazioni sono state commesse in contesti analoghi. Il personale medico sanitario ha sterilizzato le donne ricorrenti in occasione di parti cesarei, mentre erano ricoverate presso ospedali pubblici, in mancanza sia del loro consenso informato sia dell'imminente necessità medica della procedura⁶¹.

In secondo luogo, il *modus operandi* delle condotte è quasi sovrapponibile. Le vittime erano state avvisate delle complicanze emerse durante il parto e dei gravi rischi che avrebbero corso in occasione di eventuali successive gravidanze mentre si trovavano, doloranti e confuse, in travaglio⁶², oppure dopo aver ricevuto una premedicazione con effetto sedativo e ansiolitico⁶³.

La maggioranza delle ricorrenti era stata indotta a firmare un documento dattiloscritto contenente la richiesta di sterilizzazione da parte delle donne⁶⁴, senza avere la possibilità di leggerne o comprenderne il contenuto⁶⁵ o, ancora, di capire il significato del termine "sterilizzazione", temendo vi potessero essere,

⁵⁶ V.C. vs. Slovakia, 8 novembre 2011, n. 18968/07.

⁵⁷ N.B. vs. Slovakia, 12 giugno 2012, n. 29518/10.

⁵⁸ I.G. and Others vs. Slovakia, 13 novembre 2012, n. 15966/04.

⁵⁹ Questa e le successive sezioni si basano parzialmente sul *Focus* redatto dall'autrice insieme a Giordana Pepè, pubblicato sull'Osservatorio di diritto e società plurale del Centro Studi Dipartimentale "Diritto e Società Plurale – Law and Pluralism" (BiLap): G. GILLERI, G. PEPÈ, *La sterilizzazione forzata delle donne Rom: violazioni della CEDU e risvolti penali*, in *Osservatorio di diritto e società plurale*, 2022, online: www.lawpluralism.unimib.it.

⁶⁰ V.C. vs. Slovakia, 8 novembre 2011, n. 18968/07, par. 43-56; I.G. and Others vs. Slovakia, 13 novembre 2012, n. 15966/04, par. 75-84.

⁶¹ V.C. vs. Slovakia, 8 novembre 2011, n. 18968/07, par. 9-14; N.B. vs. Slovakia, 12 giugno 2012, n. 29518/10, par. 6-10; I.G. and Others vs. Slovakia, 13 novembre 2012, n. 15966/04, par. 8-11, 18, 25.

⁶² V.C. vs. Slovakia, 8 novembre 2011, n. 18968/07, par. 15.

⁶³ N.B. vs. Slovakia, 12 giugno 2012, n. 29518/10, par. 8-9; I.G. and Others vs. Slovakia, 13 novembre 2012, n. 15966/04, par. 25; N.B. vs. Slovakia, 12 giugno 2012, n. 29518/10, par. 76.

⁶⁴ I.G. and Others vs. Slovakia, 13 novembre 2012, n. 15966/04, par. 14, 29; N.B. vs. Slovakia, 12 giugno 2012, n. 29518/10, par. 76.

⁶⁵ I.G. and Others vs. Slovakia, 13 novembre 2012, n. 15966/04, par. 26.

come preannunciato dai medici, delle conseguenze fatali in caso di future gravidanze⁶⁶.

Invece, due delle tre ricorrenti di *I.G. e Altri*, una delle quali minorenni⁶⁷, erano state sterilizzate durante il parto a loro insaputa, venendo indotte *ex post* a firmare un documento di cui ignoravano il contenuto e scoprendo soltanto successivamente che lo stesso riguardava la sterilizzazione cui erano già state sottoposte⁶⁸, oppure apprendendo dell'avvenuta procedura da una comunicazione orale dei medici e, più tardi, dalla richiesta di sterilizzazione contenuta nella cartella medica⁶⁹.

Infine, la Corte EDU si è soffermata nei tre casi, da un lato, sulle conseguenze fisiche, psicologiche e sociali della sterilizzazione forzata e, dall'altro, sull'attitudine del personale sanitario che ha accompagnato le donne nella fase precedente e quella successiva all'intervento. Quest'ultimo punto occuperà una posizione chiave nella trattazione nel presente contributo dei profili intersezionali della discriminazione, trascurati, come si dirà, dalla Corte EDU⁷⁰. È sufficiente anticipare che le ricorrenti hanno riportato di essere state ricoverate, in quanto Rom, in stanze separate rispetto alle altre pazienti, con bagni destinati al loro solo utilizzo e di essere state anche bersaglio di abusi verbali e pregiudizi fondati sulla loro origine etnica⁷¹.

Per quanto concerne gli effetti collaterali della sterilizzazione, le ricorrenti avevano sofferto danni fisici e psicologici, che in certi casi avevano reso necessarie cure psichiatriche⁷². L'infertilità era stata, inoltre, causa di numerose difficol-

⁶⁶ *V.C. vs. Slovakia*, 8 novembre 2011, n. 18968/07, par. 15.

⁶⁷ Sia la ricorrente di *N.B. c. Slovacchia*, sia la seconda ricorrente di *I.G. c. Slovacchia* al tempo del parto erano minorenni e, rispettivamente, la madre e i genitori non avevano prestato previamente il consenso alla procedura: *N.B. vs. Slovakia*, 12 giugno 2012, n. 29518/10, par. 79, 95. In *I.G. e Altri*, la decisione si concentra principalmente sulla prima e la seconda ricorrente, con sparsi riferimenti alla situazione fattuale della terza. Essendo la terza ricorrente deceduta nel corso del procedimento, i figli avevano espresso il desiderio sostituirla nel ricorso. La Corte, però, non li ha considerati legittimati a proseguire il giudizio, cancellando così il ricorso dal ruolo. Il ricorso concerneva, infatti, questioni rientranti negli artt. 3, 8, 12 e 14, che, anche alla luce delle circostanze concrete, erano così intimamente legate alla persona della ricorrente originaria da non poter essere trasferite ai discendenti: *I.G. and Others vs. Slovakia*, 13 novembre 2012, n. 15966/04, par. 19, 89-93.

⁶⁸ *I.G. and Others vs. Slovakia*, 13 novembre 2012, n. 15966/04, par. 19.

⁶⁹ *N.B. vs. Slovakia*, 12 giugno 2012, n. 29518/10, par. 17. A differenza delle ricorrenti di *V.C.* e *N.B.*, la prima ricorrente di *I.G. e Altri* era venuta a conoscenza della sterilizzazione soltanto tre anni dopo, quando, a causa di una complicazione post-operatoria accompagnata da grave infezione e sepsi, i medici avevano dovuto eseguire un'isterectomia: *I.G. and Others vs. Slovakia*, 13 novembre 2012, n. 15966/04, par. 13-14, 120.

⁷⁰ Si veda sotto, Sezione 5.

⁷¹ *V.C. vs. Slovakia*, 8 novembre 2011, n. 18968/07, par. 15-18; *I.G. and Others vs. Slovakia*, 13 novembre 2012, n. 15966/04, par. 31-32.

⁷² *V.C. vs. Slovakia*, 8 novembre 2011, n. 18968/07, par. 19.

tà nelle relazioni familiari e di coppia⁷³, oltre che motivo di isolamento all'interno della comunità Rom⁷⁴. Per esempio, una ricorrente ha identificato nella sterilità uno dei motivi all'origine del divorzio dal marito⁷⁵.

Sulla base di questi fatti, le ricorrenti avevano lamentato innanzi alla Corte di Strasburgo la violazione del divieto di trattamenti inumani e degradanti (art. 3 CEDU), del diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU), del diritto al matrimonio (art. 12 CEDU) e del divieto di discriminazione (art. 14 CEDU). Tuttavia, la Corte ha ritenuto sussistere soltanto le prime due violazioni (artt. 3 e 8), evitando di esaminare separatamente se i fatti avessero determinato anche una violazione del diritto a sposarsi e avere una famiglia di cui all'art. 12. Secondo la Corte, infatti, quest'ultimo diritto genera una serie di conseguenze personali, sociali e giuridiche in virtù delle quali esiste una notevole affinità tra i diritti protetti dall'art. 8 e l'art. 12⁷⁶. Pertanto, avendo già esplorato le serie ripercussioni prodotte sulla vita privata e familiare delle ricorrenti alla luce della violazione dell'art. 8, la Corte non ha considerato necessario esaminare la sussistenza di un'ipotetica ulteriore violazione del diritto a sposarsi e a formare una famiglia⁷⁷.

Come detto, nei ricorsi si denunciava anche la violazione del diritto ad un ricorso effettivo (art. 13). La Corte li ha, però, giudicati manifestamente infondati⁷⁸ oppure non ha rilevato alcuna violazione⁷⁹. In particolare, essa ha specificato che il termine "ricorso" ai sensi dell'art. 13 non implica che un rimedio debba assicurare il successo a chi vi ricorre, bensì che tale rimedio sia accessibile innanzi ad un'autorità competente a giudicare il merito di un'istanza⁸⁰. Il diritto ad un ricorso effettivo era, quindi, stato rispettato, giacché, secondo la Corte, le

⁷³ *N.B. vs. Slovakia*, 12 giugno 2012, n. 29518/10, par. 68; *I.G. and Others vs. Slovakia*, 13 novembre 2012, n. 15966/04, par. 21.

⁷⁴ *V.C. vs. Slovakia*, 8 novembre 2011, n. 18968/07, par. 20; *N.B. vs. Slovakia*, 12 giugno 2012, n. 29518/10, par. 80, 95.

⁷⁵ *V.C. vs. Slovakia*, 8 novembre 2011, n. 18968/07, par. 20.

⁷⁶ *V.C. vs. Slovakia*, 8 novembre 2011, n. 18968/07, par. 159-161.

⁷⁷ *V.C. vs. Slovakia*, 8 novembre 2011, n. 18968/07, par. 159-161; *I.G. and Others vs. Slovakia*, 13 novembre 2012, n. 15966/04, par. 150-151. In *N.B. c. Slovacchia*, la Corte EDU ha identificato come ulteriore motivo che non ha reso necessario l'esame dei fatti alla luce dell'art. 12 anche il fatto che la ricorrente avesse sposato e vissuto con il padre dei suoi figli in un tempo successivo all'intervento di sterilizzazione: *N.B. vs. Slovakia*, 12 giugno 2012, n. 29518/10, par. 104-105.

⁷⁸ *N.B. vs. Slovakia*, 12 giugno 2012, n. 29518/10, par. 110.

⁷⁹ *V.C. vs. Slovakia*, 8 novembre 2011, n. 18968/07, par. 168; *I.G. and Others vs. Slovakia*, 13 novembre 2012, n. 15966/04, par. 157.

⁸⁰ *V.C. vs. Slovakia*, 8 novembre 2011, n. 18968/07, par. 165; *N.B. vs. Slovakia*, 12 giugno 2012, n. 29518/10, par. 108; *I.G. and Others vs. Slovakia*, 13 novembre 2012, n. 15966/04, par. 154.

ricorrenti avevano avuto la possibilità di ricorrere in diversi gradi di giurisdizione, seppur soccombendo⁸¹.

Sulla base di queste premesse, la prossima sezione è dedicata alla disamina del divieto di trattamenti inumani e degradanti *ex art. 3* e del diritto al rispetto della vita privata e familiare *ex art. 8*. Alla prossima sezione, seguirà la critica alla mancata valutazione della violazione sotto il profilo del divieto di discriminazione di cui all'art. 14.

4. *Quello che c'è*

Come anticipato, in *V.C., N.B. e I.G. e Altri*, la sterilizzazione attuata senza il consenso pieno, previo ed informato delle ricorrenti ed in mancanza di un pericolo immediato per la loro salute ha costituito, per la Corte EDU, una violazione del divieto di trattamenti inumani e degradanti di cui all'art. 3 CEDU e del rispetto del diritto alla vita privata e familiare *ex art. 8* CEDU. Sotto il profilo sostanziale dell'art. 3, la Corte giunge a questa conclusione nelle tre sentenze dopo aver valutato una serie di fattori che hanno permesso di qualificare la condotta contraria alla norma in questione. Secondo la giurisprudenza ormai consolidata della stessa Corte, un maltrattamento deve raggiungere un certo livello di gravità per poter rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 3. La valutazione di tale soglia minima è, tuttavia, relativa, poiché dipende dalle molteplici circostanze del caso, come, per esempio, la durata del maltrattamento, gli effetti fisici e mentali da questo prodotti e, eventualmente, l'età, il genere e lo stato di salute della vittima. L'intento con cui il soggetto responsabile agisce è da tenersi altresì in considerazione, specialmente qualora miri ad umiliare la vittima, ma l'assenza di simili intenzioni non osta, di per sé, a riscontrare una violazione della norma⁸².

Applicando questi criteri a *V.C., N.B. e I.G. e Altri*, appare evidente che l'imposizione della sterilizzazione costituisce un'ingerenza con lo stato di salute riproduttiva della donna, cui si associano una serie di aspetti collegati tanto alla sua integrità fisica e mentale quanto al suo benessere emotivo, spirituale e socia-

⁸¹ *V.C. vs. Slovakia*, 8 novembre 2011, n. 18968/07, par. 166; *I.G. and Others vs. Slovakia*, 13 novembre 2012, n. 15966/04, par. 155; in un caso la ricorrente aveva ottenuto il risarcimento in sede civile: *N.B. vs. Slovakia*, 12 giugno 2012, n. 29518/10, par. 109.

⁸² *Inter alia*, Corte EDU, *Case of Gromi vs. Albania*, 7 luglio 2009, su ricorso n. 25336/04, par. 125; Corte EDU, *Case of Riad and Idiab v. Belgium*, 24 gennaio 2008, su ricorsi n. 29787/03, 29810/03, par. 96; Corte EDU, *Case of Peers vs. Greece*, 19 aprile 2001, su ricorso n. 28524/95, par. 68, 74; Corte EDU, *Case of Labita vs. Italy*, 6 aprile 2000, su ricorso n. 26772/95, par. 119. Tra l'altro, la Corte ritiene che sia sufficiente che l'umiliazione sia percepita in quanto tale dalla vittima, anche qualora non lo sia agli occhi degli altri: Corte EDU, *Case of M.S.S. v. Belgium and Greece*, 21 gennaio 2011, su ricorso n. 30696/09, par. 220.

le⁸³. Tra le circostanze specifiche delle fattispecie in oggetto vi sono l'appartenenza delle ricorrenti ad un gruppo vulnerabile quale quello di etnia Rom⁸⁴, nonché la giovane età delle donne, che si trovavano in una fase iniziale della propria vita riproduttiva⁸⁵. A questi si aggiungono, poi, l'assenza della necessità medica imminente di intervenire⁸⁶ e le gravi conseguenze dell'operazione – non solo mediche e psicologiche⁸⁷, ma anche sociali, aventi un impatto diretto sulle relazioni all'interno della famiglia e della comunità⁸⁸. Infine, è interessante notare che, nei casi di specie, sulla determinazione della soglia di gravità prevista affinché una condotta sia contraria all'art. 3 non abbia influito, secondo la Corte, il fatto che il personale medico non avesse avuto l'intenzione di maltrattare le ricorrenti: ciò che rileva è che quest'ultimo, ad ogni modo, ha manifestamente trascurato il loro diritto all'autonomia e alla libera scelta in quanto pazienti⁸⁹.

Ne consegue che la natura e le circostanze concrete, nonché il sentimento di umiliazione e svilimento delle vittime, ritenute vulnerabili in quanto appartenenti ad una minoranza, hanno reso il trattamento condotto incompatibile con il rispetto della dignità umana⁹⁰, imprimendogli un livello di gravità tale da potersi qualificare come inumano e degradante ai sensi dell'art. 3⁹¹.

La Corte ha avuto modo di esplorare anche il profilo procedurale dell'art. 3, interrogandosi circa l'(in)adempimento da parte del governo dell'obbligo positivo di condurre delle indagini effettive sui casi di sterilizzazione. Nello specificare che la disposizione non impone allo Stato di prevedere dei rimedi di natura penale, la Corte non ha riscontrato alcuna violazione della norma in tal senso in *V.C.* e *N.B.*, dal momento che le ricorrenti avevano avuto modo di adire diversi tribunali, avendo avuto la possibilità di vedere la propria istanza giudicata, in un caso, dal tribunale civile e dalla Corte costituzionale⁹² e, nell'altro caso, in sede

⁸³ *V.C. vs. Slovakia*, 8 novembre 2011, n. 18968/07, par. 106.

⁸⁴ *V.C. vs. Slovakia*, 8 novembre 2011, n. 18968/07, par. 146, 178; *I.G. and Others vs. Slovakia*, 13 novembre 2012, n. 15966/04, par. 123.

⁸⁵ *N.B. vs. Slovakia*, 12 giugno 2012, n. 29518/10, par. 79.

⁸⁶ *V.C. vs. Slovakia*, 8 novembre 2011, n. 18968/07, par. 110, 117; *N.B. vs. Slovakia*, 12 giugno 2012, n. 29518/10, par. 74; *I.G. and Others vs. Slovakia*, 13 novembre 2012, n. 15966/04, par. 122.

⁸⁷ *N.B. vs. Slovakia*, 12 giugno 2012, n. 29518/10, par. 80.

⁸⁸ *V.C. vs. Slovakia*, 8 novembre 2011, n. 18968/07, par. 118; *N.B. vs. Slovakia*, 12 giugno 2012, n. 29518/10, par. 80.

⁸⁹ *V.C. vs. Slovakia*, 8 novembre 2011, n. 18968/07, par. 114, 119; *N.B. vs. Slovakia*, 12 giugno 2012, n. 29518/10, par. 78.

⁹⁰ *V.C. vs. Slovakia*, 8 novembre 2011, n. 18968/07, par. 112; *I.G. and Others vs. Slovakia*, 13 novembre 2012, n. 15966/04, par. 125.

⁹¹ *V.C. vs. Slovakia*, 8 novembre 2011, n. 18968/07, par. 118; *N.B. vs. Slovakia*, 12 giugno 2012, n. 29518/10, par. 77.

⁹² *V.C. vs. Slovakia*, 8 novembre 2011, n. 18968/07, par. 127.

penale e con l'ottenimento di un risarcimento in sede civile⁹³. Diversamente dai precedenti, in *I.G. e Altri* la Slovacchia non ha adempiuto all'obbligo procedurale ex art. 3: pur riconoscendo la complessità delle questioni giudicate e del numero di persone coinvolte, la durata dei processi (civile, penale e innanzi alla Corte costituzionale) non era, infatti, stata ragionevole, rendendo le indagini inefficaci⁹⁴.

In *V.C., N.B. e I.G. e Altri*, parallelamente al riscontro della violazione dell'art. 3, la Corte ha, inoltre, identificato nell'assenza di garanzie a tutela della salute riproduttiva delle ricorrenti l'inadempimento della Slovacchia all'obbligo di protezione del diritto al rispetto della vita privata e familiare ai sensi dell'art. 8⁹⁵. Richiamando la sua precedente giurisprudenza, la Corte ha spiegato che il termine "vita privata" è da intendersi in senso ampio, dal momento che comprende una varietà di aspetti attinenti all'identità fisica, psicologica e sociale dell'individuo, come, per esempio, il diritto all'autonomia ed allo sviluppo personali, il diritto a stabilire e coltivare relazioni umane ed il diritto al rispetto della decisione circa l'opportunità di avere o meno dei bambini⁹⁶. Questi profili rientrano nell'art. 8, che salvaguarda l'individuo dalle ingerenze arbitrarie che non perseguano un fine legittimo, non siano necessarie in una società democratica e/o conformi alla legge. Nonostante la disposizione in questione non imponga dei precisi requisiti procedurali, la Corte ricorda che è obbligo dello Stato assicurare il coinvolgimento del soggetto nei processi decisionali volti alla salvaguardia degli interessi protetti dalla norma⁹⁷.

La Corte non ha, così, esitato nel riscontrare la violazione dell'art. 8, perché la sterilizzazione ha inficiato la salute riproduttiva e compromesso vari ambiti

⁹³ *N.B. vs. Slovakia*, 12 giugno 2012, n. 29518/10, par. 86.

⁹⁴ *I.G. and Others vs. Slovakia*, 13 novembre 2012, n. 15966/04, par. 130-134.

⁹⁵ Già in *Christine Goodwin c. Regno Unito*, caso fondamentale in tema di riconoscimento legale del genere, la Corte EDU aveva espresso lo stretto legame esistente tra l'art. 3 e l'art. 8. Di fatto, il diritto allo sviluppo personale e quello al pieno godimento della propria sicurezza fisica e morale sono, la Corte aveva dichiarato, strumentali alla realizzazione della dignità, mentre la sterilizzazione forzata è contraria al rispetto dell'integrità fisica, dell'autodeterminazione e, quindi, della dignità: *Christine Goodwin vs. United Kingdom*, 11 luglio 2002, n. 28957/95, par. 90-91. Si vedano anche i più recenti *A.P., Garçon et Nicot c. France*, n. 79885/12, 52471/13, 52596/13, par. 81, 130 e, a livello interamericano, *I.V. vs. Bolivia*, 30 novembre 2016, Series C No. 329, par. 150, 152.

⁹⁶ *V.C. vs. Slovakia*, 8 novembre 2011, n. 18968/07, par. 138; cfr. Corte EDU, *Case of Evans vs. the United Kingdom*, 10 aprile 2007, su ricorso n. 6339/05, par. 71; Corte EDU, *Affaire E.B. c. France*, 22 gennaio 2008, su ricorso n. 43546/02, par. 43.

⁹⁷ *V.C. vs. Slovakia*, 8 novembre 2011, n. 18968/07, par. 141; si vedano i precedenti Corte EDU, *Case of Airey vs. Ireland*, 9 ottobre 1979, Series A n. 32, par. 32; Corte EDU, *Case of Tysiąc vs. Poland*, 20 marzo 2007, su ricorso n. 5410/03, par. 107-113; Corte EDU, *Case of A, B and C vs. Ireland*, 16 dicembre 2010, su ricorso n. 25579/05, par. 247-249.

della vita privata e familiare delle ricorrenti⁹⁸. Lo Stato ha, inoltre, inadempito all'obbligo positivo di prevedere delle garanzie giuridiche concernenti il consenso informato delle pazienti, miranti alla protezione della salute riproduttiva delle donne di origine Rom, considerate vulnerabili e oggetto di numerosi pregiudizi, tra cui quello sull'elevato tasso di natalità nei gruppi di etnia Rom, dato – presumibilmente e stereotipicamente – connesso ad un'attitudine delle persone che vi appartengono ad approfittarsi del sistema di assistenza sociale⁹⁹.

Dopo aver esplorato “quello che c'è” in termini di violazioni riscontrate dalla Corte EDU, la rimanente parte di questa riflessione si concentra sulla discriminazione da un punto di vista intersezionale – la grande assente nel ragionamento della Corte racchiuso nelle decisioni qui esaminate.

5. *Quello che manca*

In *V.C., N.B. e I.G. e Altri*, la Corte EDU ha considerato l'art. 14 in combinato disposto con l'art. 8, concludendo di non ritenere necessario procedere alla valutazione di una possibile discriminazione ai sensi dell'art. 14¹⁰⁰. Per quanto l'applicabilità degli artt. 3 e 8 al caso di specie rimanga fuori da ogni dubbio, alcuni elementi avrebbero potuto indirizzare la Corte EDU ad esaminare separatamente le circostanze alla luce del divieto di discriminazione di cui all'art. 14. In particolare, una lente analitica di tipo intersezionale avrebbe permesso di cogliere che, nella genesi delle esperienze individuali di discriminazione e subordinazione, gli aspetti dell'identità, come il genere e l'etnia, sono reciprocamente costitutivi e intersecanti¹⁰¹. L'intersezionalità è, infatti, una teoria che invita a

⁹⁸ *V.C. vs. Slovakia*, 8 novembre 2011, n. 18968/07, par. 143; *N.B. vs. Slovakia*, 12 giugno 2012, n. 29518/10, par. 95; *I.G. and Others vs. Slovakia*, 13 novembre 2012, n. 15966/04, par. 145-146.

⁹⁹ *V.C. vs. Slovakia*, 8 novembre 2011, n. 18968/07, par. 144, 154-155; *N.B. vs. Slovakia*, 12 giugno 2012, n. 29518/10, par. 96-98; *I.G. and Others vs. Slovakia*, 13 novembre 2012, n. 15966/04, par. 136, 143-144.

¹⁰⁰ *V.C. vs. Slovakia*, 8 novembre 2011, n. 18968/07, par. 180; *N.B. vs. Slovakia*, 12 giugno 2012, n. 29518/10, par. 120; *I.G. and Others vs. Slovakia*, 13 novembre 2012, n. 15966/04, par. 164.

¹⁰¹ L'intersezionalità come metodo di decostruzione dei trattamenti discriminatori sulla base di due o più fattori di discriminazione è stato sviluppato da K. CRENSHAW, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, in *University of Chicago Legal Forum* (1989), p. 139. L'intersezionalità si applica non solo all'incrocio di razza/etnia e genere, ma a qualsiasi forma di discriminazione in cui i marcatori sociali su cui la stessa si fonda non possano essere facilmente separati, essendo proprio la loro fusione e convivenza in un unico soggetto il bersaglio di chi discrimina: J. BOND, *Global Intersectionality and Contemporary Human Rights*, Oxford, 2021; G. DE BECO, *Protecting the Invisible: An Intersectional Approach to International Human Rights Law*, in *17 Human Rights*

riconsiderare il modo in cui i gruppi e le categorie sono concepiti e come tali costruiti entrino in relazione tra loro, contribuendo all'oppressione¹⁰².

La Corte ha deciso di non esaminare il ricorso *ex art. 14* dopo aver ravvisato che la sterilizzazione forzata aveva colpito anche donne appartenenti a gruppi vulnerabili di diverse etnie, in assenza, a suo giudizio, sia di una politica sistematica volta a colpire specificamente le donne Rom, sia di ulteriori elementi che potessero provare che alla base degli atti dei medici vi fossero stati dei motivi razziali, la mala fede o l'intenzione di maltrattare le ricorrenti¹⁰³. Alla luce di queste conclusioni, appare perciò paradossale che sia stata la stessa Corte a segnalare in *V.C.*, a cui le successive *N.B.* e *I.G. e Altri* rinviano, l'importanza dei puntuali riferimenti alle lacune legislative nel sistema slovacco sotto la prospettiva dell'art. 14, contenuti nei report del Commissario del Consiglio d'Europa per i diritti umani e della Commissione europea contro il razzismo e l'intolleranza. La Corte ha, infatti, affermato: "They expressed the view that those shortcomings were liable to particularly affect members of the Roma community, who were severely disadvantaged in most areas of life"¹⁰⁴.

La posizione della Corte non convince anche perché è ormai questione indiscussa nel sistema internazionale di protezione dei diritti umani che la violenza di genere costituisca una forma di discriminazione contro le donne¹⁰⁵. La steri-

Law Review (2017), p. 633. Sugerendo di affinare le capacità analitiche di comprensione delle diverse forme di subordinazione derivanti dalla sinergia di diverse cause di disparità, Mari Matsuda ha introdotto il metodo sintetizzabile con "poni l'altra domanda": "When I see something that looks racist, I ask, 'Where is the patriarchy in this?' When I see something that looks sexist, I ask, 'Where is the heterosexism in this?' When I see something that looks homophobic, I ask, 'Where are the class interests in this?': M.J. MATSUDA, *Beside My Sister, Facing the Enemy: Legal Theory out of Coalition*, in 43 *Stanford Law Review* (1991), p. 1189.

¹⁰² C. SKEET, *op. cit.*, p. 129.

¹⁰³ *V.C. vs. Slovakia*, 8 novembre 2011, n. 18968/07, par. 177; *N.B. vs. Slovakia*, 12 giugno 2012, n. 29518/10, par. 121-123; *I.G. and Others vs. Slovakia*, 13 novembre 2012, n. 15966/04, par. 165. In questo modo, la Corte si è distaccata dal precedente *D.H. e Altri c. Repubblica Ceca*, dove non aveva considerato l'elemento soggettivo dell'intenzione come distintivo della discriminazione: "[...] Proof of the discriminatory effect of a policy, decision or practice would dispense with the need to prove intent in respect of alleged discrimination in employment or in the provision of services": Corte EDU, *D.H. and Others vs. the Czech Republic*, 13 novembre 2007, su ricorso n. 57325/00, par. 179, cfr. par. 184, 194.

¹⁰⁴ *V.C. vs. Slovakia*, 8 novembre 2011, n. 18968/07, par. 178.

¹⁰⁵ Comitato delle Nazioni Unite per l'eliminazione della discriminazione contro le donne, *General Recommendation No. 35*, cit.; Comitato delle Nazioni Unite per l'eliminazione della discriminazione contro le donne, *General Recommendation No. 19*, cit., par. 6; Corte EDU, 16 ottobre 2013, *Case of Mudric vs. Moldova*, su ricorso n. 74839/10, par. 64; Corte EDU, 9 giugno 2009, *Case of Opuz vs. Turkey*, su ricorso n. 33401/02, par. 187, 190, 202. Si vedano anche M. FREEMAN, C. CHINKIN, B. RUDOLF (a cura di), *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women: A Commentary*, Londra e New York, 2012, p. 452; A. EDWARDS, *Violence against Women under International Human Rights Law*, Cambridge e New York, 2011.

lizzazione rientra tra le forme di violenza e, quindi, discriminazione di genere dal momento che colpisce principalmente le donne e, in particolare, certe donne: quelle marginalizzate, percepite come inferiori o, comunque, ritenute indegne di procreare in virtù dell'appartenenza all'etnia Rom¹⁰⁶.

Così, nel senso della sussistenza della discriminazione vanno le lacune legislative persistenti nell'ordinamento slovacco al tempo delle violazioni¹⁰⁷. Numerosi sono, inoltre, i segni dell'attitudine discriminatoria della struttura ospedaliera, che la Corte EDU stessa rintraccia nel corso delle proprie pronunce, senza attribuirvi, tuttavia, un significato sostanziale ai fini della qualificazione della condotta come discriminatoria. Di fatto, l'organizzazione interna ai reparti dove le ricorrenti erano state ricoverate si ispirava a stereotipi nocivi nei confronti di un presunto "vivere Rom": per esempio, in *I.G. e Altri*, il primario di ginecologia aveva ammesso che le pazienti erano state etichettate e divise a seconda del loro livello di igiene, sulla base della sua valutazione arbitraria¹⁰⁸. Lo stesso medico, però, nutriva dei pregiudizi nei confronti delle persone Rom, riguardanti, tra gli altri, l'inclinazione ad approfittarsi, procreando, del sistema di welfare e l'incapacità di comprendere e apprezzare il valore del lavoro¹⁰⁹. L'identificazione con il gruppo Rom era stata chiaramente scritta nella cartella medica della ricorrente in *V.C.* – "patient is of Roma origin"¹¹⁰ – ed aveva costituito, anche in *I.G.*, motivo di abusi verbali da parte del perso-

¹⁰⁶ Cfr. P. PATEL, *Forced Sterilization of Women as Discrimination*, in 38 *Public Health Reviews* (2017) 3; International Federation of Gynaecology and Obstetrics, *Guidelines for Female Contraceptive Sterilisation*, 2011, online: www.wvda.org.au, par. 5.

¹⁰⁷ *V.C. vs. Slovakia*, 8 novembre 2011, n. 18968/07, par. 115; *N.B. vs. Slovakia*, 12 giugno 2012, n. 29518/10, par. 96; *I.G. and Others vs. Slovakia*, 13 novembre 2012, n. 15966/04, par. 143. Successivamente alle sentenze, misure specifiche volte a eliminare le carenze legislative in materia di sterilizzazione e a garantire il rispetto delle relative norme internazionali sono state adottate con l'emanazione della legge sull'assistenza sanitaria del 2004: art. 40 ss., l. 21 ottobre 2004, n. 576, che introduce il reato di "sterilizzazione illegale", incluso nell'art. 246(b) c.p. Inoltre, facendo seguito alle scuse ufficiali da parte del governo slovacco rilasciate nel 2021, il parlamento slovacco sta discutendo, al momento di redazione di questo contributo, un disegno di legge finalizzato al risarcimento delle vittime delle violazioni: UFFICIO DEL GOVERNO DELLA REPUBBLICA SLOVACCA, *Ospravedlňenie vlády Slovenskej republiky za sterilizácie žien v rozpore s právom*, 24 novembre 2021, online: www.vlada.gov.sk; CENTER FOR CIVIL AND HUMAN RIGHTS, *The Slovak President Zuzana Čaputová Supports Compensation of Forcibly Sterilized Romani Women*, 3 maggio 2022, online: www.poradna-prava.sk.

¹⁰⁸ *I.G. and Others vs. Slovakia*, 13 novembre 2012, n. 15966/04, par. 32; C. ZAMPAS, S. BAROT, B. BUKOVSKA, I. ZOON (Centre for Reproductive Rights, Centre for Civil and Human Rights), *op. cit.*, p. 77.

¹⁰⁹ *I.G. and Others vs. Slovakia*, 13 novembre 2012, n. 15966/04, par. 32; C. ZAMPAS, S. BAROT, B. BUKOVSKA, I. ZOON (Centre for Reproductive Rights, Centre for Civil and Human Rights), *op. cit.*, p. 47.

¹¹⁰ *V.C. vs. Slovakia*, 8 novembre 2011, n. 18968/07, par. 18.

nale, di divieto di utilizzo dei bagni destinati alle “altre” donne e di segregazione in specifiche stanze – “Gypsy rooms”¹¹¹.

La sterilizzazione forzata condensa, così, due forme di discriminazione – contro le donne e contro la popolazione di etnia Rom – che si mescolano formando una nuova, peculiarissima, che non può essere descritta semplicemente come la somma delle altre due, poiché la sua dirompenza discriminatoria deriva proprio da questa commistione¹¹².

La posizione delle ricorrenti, cioè donne e Rom, è differente da quella di una donna non Rom, ma anche da quella di un uomo Rom. Uno sguardo intersezionale a V.C., N.B. e I.G. e Altri permette di cogliere l’interazione tra diverse forme di subordinazione nelle discriminazioni multiple. La stessa persona può, infatti, occupare differenti posizioni di dominio e subordinazione, a seconda del tempo e del contesto in cui è inserita. Così parlare di “donna” come soggetto universale, le cui caratteristiche, bisogni e desideri sono condivisi da tutte le donne, è una generalizzazione che ignora le diverse stratificazioni di potere e marginalizzazione che esistono tra i diversi micro-gruppi di “donne”¹¹³. La donna benestante si trova in una posizione diversa rispetto alla donna in condizioni economicamente svantaggiate. La donna che risiede in un centro urbano ha a disposizione una serie di servizi e possibilità spesso inaccessibili a quella che vive in zone rurali. La donna con disabilità psico-fisiche ha maggiori difficoltà a conseguire un lavoro di quella non disabile. Alcuni tratti fisionomici, come il colore della pelle, recano con sé un bagaglio simbolico che varia a seconda delle latitudini e delle comunità. Ancora, in una società dove l’eteronormatività sancisce i limiti del godimento dei diritti, le donne lesbiche e bisessuali si trovano in una posizione di inferiorità rispetto a quelle eterosessuali.

In questi esempi, non esaustivi, emerge che alcune concezioni politiche, giuridiche, culturali e linguistiche prevalgono sulle altre, dettando dinamiche di potere e, quindi, imprimendo una direzione al senso della discriminazione sulla base di queste differenze all’interno del gruppo “donne”, specialmente ove questa sia strutturale.

Queste considerazioni sulle sfumature intra-gruppali sono sicuramente utili e

¹¹¹ V.C. vs. Slovakia, 8 novembre 2011, n. 18968/07, par. 18; I.G. and Others vs. Slovakia, 13 novembre 2012, n. 15966/04, par. 31.

¹¹² I. SOLANKE, *Putting Race and Gender Together: A New Approach to Intersectionality*, in 72 *Modern Law Review* (2009), p. 723.

¹¹³ N.J. HIRSCHMANN, *Freedom, Power and Agency in Feminist Legal Theory*, in D. OTTO, V.E. MUNRO, M. DAVIES (a cura di), *The Ashgate Research Companion to Feminist Legal Theory*, Abingdon, New York, 2013, p. 58; C.A. MACKINNON, *Reflections on Sex Equality under Law*, in 100 *Yale Law Journal* (1991) 1281; F. VALDES, *Queering Sexual Orientation: A Call for Theory as Praxis*, in M. FINEMAN, J.E. JACKSON, A.P. ROMERO (a cura di), *Feminist and Queer Legal Theory: Intimate Encounters, Uncomfortable Conversations*, Farnham-Burlington, 2009, p. 94; J. LACAN, *Il Seminario. Libro XX: Ancora (1972-1973)*, Torino, 2011, p. 11.

necessarie come punto di partenza, ma anche concettualmente insufficienti ai fini di una comprensione più profonda delle forme di discriminazione multipla¹¹⁴. Sono premesse *utili*: ritrarre le discriminazioni come poco sopra permette di cogliere la mobilità tra differenti posizioni soggettive all'interno dello stesso macrogruppo, rischiarando i contorni delle violazioni e determinandone i motivi. Sono premesse *indispensabili*, ma *insufficienti*: pensare dicotomicamente la discriminazione come un'esclusione da o una differenziazione di trattamento fondata sull'uno *oppure* l'altro fattore non aiuta a discernere i tratti peculiari di quelle discriminazioni in cui i diversi motivi si fondono e confondono. Questo è avvenuto nella sterilizzazione cui sono state forzatamente sottoposte le ricorrenti di *V.C.*, *N.B.* e *I.G.* e *Altri*, colpite non solo perché donne, non solo perché Rom, ma perché donne Rom.

Convengono con chi scrive una giudice ed un organo delle Nazioni Unite. La giudice è Ljiljana Mijovic che, nella sua opinione dissenziente in *V.C. c. Slovacchia*, ha espresso le ragioni per cui la sterilizzazione forzata contro le donne Rom costituisce una forma di discriminazione etnica e di genere. La giudice ha sostenuto, in particolare, che la mancanza di un collegamento tra l'art. 14 e le riscontrate violazioni *ex artt.* 3 e 8 riduce il caso ad un livello individuale, celando la politica statale che applicava in via sistematica la sterilizzazione sulle donne Rom sotto il regime comunista, i cui effetti sono perdurati, però, fino all'epoca dei fatti all'origine del ricorso¹¹⁵.

A confermare questa tesi è poi la giurisprudenza del Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite. Pochi anni dopo le decisioni della Corte EDU qui discusse, il Comitato ha condannato lo Stato in *M.T. c. Uzbekistan*¹¹⁶ per un caso di sterilizzazione forzata, dichiarandola una violazione non solo del divieto di trattamenti crudeli, inumani e degradanti, ma anche del divieto di discriminazione fondata sul genere, trattandosi di una aggressione diretta specificamente verso le donne¹¹⁷.

Insomma, nessuna discriminazione *ex art.* 14, nessuna intersezionalità a Strasburgo. La via intrapresa dalla Corte EDU è lontana dai sopraccitati itinerari più attenti alla varietà di declinazioni e applicazioni del potere esistenti in ogni comunità. Cionondimeno alla Corte va riconosciuto il merito di aver riscontrato le violazioni degli artt. 3 e 8 in tre decisioni fondamentali per il rispetto della salute riproduttiva delle donne.

¹¹⁴ Per un'illustrazione dell'esito insoddisfacente dal punto di vista della protezione effettiva dei diritti delle donne di alcuni giudizi internazionali in cui è mancata l'applicazione della teoria dell'intersezionalità, si rimanda a C. SKEET, *op. cit.*, p. 122 ss.

¹¹⁵ Corte EDU, *Opinione dissenziente della Giudice Mijovic in V.C. c. Slovacchia*, 8 novembre 2011, n. 18968/07.

¹¹⁶ Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite, *Case of M.T. vs. Uzbekistan*, 23 luglio 2015 su ricorso CCPR/C/114/D/2234/2013.

¹¹⁷ *Ibidem*, parr. 7.2, 7.3, 7.6.

6. Conclusione

La sterilizzazione forzata contro le donne Rom dei tre casi analizzati in questo contributo, *V.C. c. Slovacchia*, *N.B. c. Slovacchia* e *I.G. e Altri c. Slovacchia*, mina i fondamenti di una società plurale, in termini di etnia e genere. La violenza perpetrata attraverso la sterilizzazione forzata colpisce un soggetto specifico, in virtù non solo del suo genere, ma anche della sua appartenenza etnica, ossia la donna Rom. Genere ed etnia come marcatori sociali si fondono e confondono tra i moventi di un atto dalla matrice discriminatoria multipla. L'analisi intersezionale della pratica in questione può mettere in luce come bersaglio della condotta violenta e discriminatoria l'interazione di diversi fattori – genere ed etnia – intimamente collegati e confusi tra loro.

Non è stato questo, però, l'approccio seguito dalla Corte EDU, che non ha discusso i tre casi né da una prospettiva di discriminazione né di intersezionalità – ciò che avrebbe contribuito a far cogliere ulteriori aspetti cruciali della violazione e ad articolare rimedi più specifici. Non ritenendo di dover analizzare separatamente le violazioni sotto il profilo del divieto di discriminazione *ex art. 14*, la Corte si è basata sull'*art. 3* (divieto di trattamenti inumani e degradanti) e sull'*art. 8* (diritto al rispetto della vita privata e familiare), riscontrando la violazione di entrambe le norme, materializzatasi nel fallimento da parte dell'ordinamento slovacco a garantire salvaguardie giuridiche effettive e sufficienti a proteggere il diritto alla salute riproduttiva delle donne di origini Rom.

In conclusione, pur in mancanza di una prospettiva discriminatoria ed intersezionale, le sentenze della Corte EDU che hanno condannato la sterilizzazione forzata inflitta alle donne Rom rimangono, a un decennio di distanza, un riferimento essenziale nella protezione dei diritti in ambito riproduttivo e nel divieto di trattamenti inumani e degradanti.

LA REVOCA DELLA CITTADINANZA FRA SICUREZZA NAZIONALE E TUTELA DEL PLURALISMO

Chiara Graziani

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il caso *Begum* dinanzi le corti britanniche. – 2.1. La disciplina britannica della revoca della cittadinanza per motivi di sicurezza nazionale. – 2.2. I fatti e l'iter processuale del caso *Begum*. – 3. La revoca della cittadinanza in prospettiva comparata. – 4. La revoca della cittadinanza e il pluralismo: le principali sfide.

1. Introduzione

A partire dall'11 settembre 2001 e per tutto il corso dell'ultimo ventennio, la lotta contro i pericoli causati dalla minaccia del terrorismo internazionale di matrice jihadista è stata una delle più importanti sfide che i Legislatori e i Governi hanno dovuto (e ancora al giorno d'oggi devono) affrontare¹. In termini strettamente giuridici, si è posta la necessità di ricercare un equilibrio fra la sicurezza nazionale, da un lato, e la tutela dei diritti e delle libertà dei cittadini, dall'altro². In effetti, in nome della sicurezza, anche le democrazie che si è abituati a definire “avanzate” o “mature” e che si basano su un assetto pluralistico hanno posto limiti, talora assai significativi e duraturi nel tempo, a quei diritti la cui compressione era prima ritenuta una situazione eccezionale e comunque temporanea. Elencare e classificare le tipologie di *counter-terrorism measures* e individuare con chiarezza i diritti e le libertà su cui incidono sarebbe operazione che eccede l'oggetto e le finalità del presente lavoro. Basti menzionare che il *range* delle limitazioni si estende dalle garanzie correlate alla libertà personale fino a quelle

¹ V., per una prospettiva circa gli ultimi venti anni di lotta al terrorismo internazionale, i vari contributi pubblicati in A. VEDASCHI, K.L. SCHEPPELE (a cura di), *9/11 and the Rise of Global Anti-Terrorism Law. How the UN Security Council Rules the World*, Cambridge, 2021.

² Sul tema del bilanciamento, v. G. DE VERGOTTINI, *La difficile convivenza fra libertà e sicurezza: la risposta delle democrazie al terrorismo. Gli ordinamenti nazionali*, Relazione al convegno dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, 2003. Secondo l'A., perlomeno dopo l'11 settembre 2001, è possibile considerare la sicurezza alla stregua di un vero e proprio diritto soggettivo.

della libertà di movimento³; dalla libertà di espressione ai diritti – strettamente connessi allo sviluppo digitale – alla *privacy* e alla *data protection*⁴; fino ad arrivare a quei diritti che, da un punto di vista normativo, sono inderogabili, perlomeno negli ordinamenti improntati alla *rule of law*, come il diritto di non essere sottoposti a tortura o a trattamenti inumani o degradanti⁵. Anzi, anche il diritto alla vita è stato spesso intaccato da questo tipo di misure, peraltro quasi sempre al di fuori di circostanze di conflitto formalizzate⁶.

Le strategie di contrasto ora brevemente ripercorse sono state attuate, in modo più o meno forte, da tutte le “democrazie mature”. Tuttavia, ai *trends* sopra elencati se ne aggiunge un altro, anch’esso piuttosto comune se si guarda alle reazioni delle democrazie avanzate alla minaccia del terrorismo internazionale. Ci si riferisce alla tendenza ad utilizzare alcune misure proprie del diritto dell’immigrazione per contrastare il fenomeno terroristico. In altre parole, vi è una sorta di sovrapposizione fra i mezzi di gestione dei flussi migratori⁷ e gli strumenti volti a tutelare la sicurezza nazionale⁸. L’esempio più chiaro è quello dell’introduzione di specifiche fattispecie di espulsione per ragioni di sicurezza nazionale, separate e distinte da quelle preesistenti e, peraltro, spesso con garanzie procedurali affievolite⁹. È evidente che le operazioni di espulsione,

³ Si pensi alla misura francese dei *périmètres de protection*, attuata durante il periodo dell’*état d’urgence*. Sull’*état d’urgence* e sulle relative misure, v. O. PFERSMANN, *L’état d’urgence: la petite exception en dehors de la grande Constitution*, in *Dem. e sic.*, 2016, p. 3 ss.

⁴ Ne sono esempi le misure di sorveglianza di massa, ma anche il controllo del *web* al fine di rilevare la presenza di eventuali contenuti terroristici. Sulle misure di sorveglianza, v., *ex multis*, i diversi contributi in D. GRAY, S.E. HENDERSON (a cura di), *The Cambridge Handbook of Surveillance Law*, Cambridge, 2017. Circa le diverse misure di contrasto nei confronti dei contenuti terroristici *online*, v. C. GRAZIANI, *Removing Terrorist Content Online. The Intersection between the International, Regional, and Domestic Level*, in A. VEDASCHI, K.L. SCHEPPELE (a cura di), *op. cit.*, p. 222 ss.

⁵ Il riferimento è a pratiche come le c.d. *extraordinary renditions*, sparizioni forzate a cui segue solitamente la detenzione *incommunicado* e spesso l’uso di tortura in Paesi che la ammettono come tecnica di interrogatorio, implementate sotto la guida degli Stati Uniti, ma con la collaborazione di diversi altri Paesi, anche europei. Sulle *extraordinary rendition*, si rinvia ad A. VEDASCHI, *The Dark Side of Counter-Terrorism: Arcana Imperii and Salus Republicae*, in *66 American Journal of Comparative Law* (2018), p. 877.

⁶ Si pensi alla pratica dei c.d. *targeted killings*, veri e propri omicidi mirati nei confronti di soggetti considerati pericolosi per la sicurezza, ad esempio perché a capo di organizzazioni terroristiche. A. VEDASCHI, *Osama bin Laden: l’ultimo targeted killing. Gli Stati Uniti hanno dunque la licenza di uccidere?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2011, p. 1196 ss.

⁷ Sul tema dell’immigrazione nel contesto dell’Unione europea, v. G. ROMEO, *Managing Immigration in the European Union between Nationalist Egoism and Cosmopolitan Temptations*, in *DPCE Online*, 2019, p. 1685 ss.

⁸ Su tale problema, v. M. SAVINO, “*Enemy Aliens*” in Italy? *The Conflation between Terrorism and Immigration*, in *Italian Journal of Public Law*, 2011, p. 224 ss.

⁹ Per uno sguardo dalla prospettiva internazionale e dell’Unione europea, v. D. BIGO, E. GUILD, *International Law and European Migration Policy: Where Is the Terrorism Risk?*, in *8 Laws* (2019), p. 30.

che corrispondono al tentativo di “allontanare il pericolo” dal territorio di un dato Stato, possono essere praticate nei soli confronti dei non cittadini di quel Paese. Ciò risulta agevole, quindi, fintantoché il “sospetto terrorista” è un immigrato, regolare o meno, privo dello *status* di cittadinanza¹⁰ nello Stato in cui si trova. Tuttavia, è ben noto che, almeno a partire dal 2014-2015, l’adesione alle ideologie terroristiche ha cessato di essere qualcosa di rapportabile al solo straniero; anzi, come chiaro se si guardano ai dati del fenomeno dei c.d. *foreign terrorist fighters*¹¹, sono sempre di più i cittadini di Paesi occidentali, in nessun modo vicini all’islam estremista da un punto di vista geografico o culturale, a porre in essere comportamenti riconducibili ad un processo di radicalizzazione¹² (dall’apologia del terrorismo ai veri e propri “viaggi” per unirsi all’esercito dello Stato Islamico e combattere nei territori da esso occupati¹³). Questa situazione ha posto una questione assai rilevante, giacché questi individui, cittadini di Paesi occidentali, non potevano essere soggetti a espulsione da parte del Paese di cittadinanza, né si poteva facilmente negare loro il rimpatrio una volta tornati dalla “crociata” jihadista. Pertanto, la “soluzione” che, nello scenario comparato, molti Legislatori hanno ritenuto di adottare è stata quella di modificare le normative riguardanti la perdita della cittadinanza, spesso introducendo autonome ipotesi di revoca per “motivi di sicurezza pubblica”, “sicurezza nazionale”, “(sospetti) legami con il terrorismo (internazionale)”¹⁴. In questo modo, una volta revocata la cittadinanza, è possibile agire con l’espulsione e con gli strumenti giuridici ad essa correlati. Il presente contributo si concentra su questa specifica misura, che consiste appunto nell’uso dell’istituto della revoca della cittadinanza – spesso già esistente nei diversi ordinamenti¹⁵ – come “arma” di contrasto del terrorismo internazionale. Il lavoro tenta, in particolare, di delineare i rischi che lo strumento di revoca pone per la tenuta dell’assetto pluralistico delle democrazie c.d. avanzate.

Più nel dettaglio, la struttura che si sceglie di seguire in questo lavoro parte

¹⁰ Sul concetto di cittadinanza in generale, v. D. AMIRANTE, *Cittadinanza* (teoria generale), voce in *Enc. giur. Treccani*, Vol. VI, 2003; G. AZZARITI, *La cittadinanza. Appartenenza, partecipazione, e diritti delle persone*, in *Dir. pubbl.*, 2011, p. 425 ss.; E. GROSSO, *Le vie della cittadinanza. Le grandi radici, i modelli storici di riferimento*, Padova, 1997.

¹¹ Sui *foreign terrorist fighters*, e sui tentativi di combattere il fenomeno grazie all’uso di misure di revoca della cittadinanza, si veda C. CASELLA, *La strategia di contrasto ai foreign fighters e la revoca della cittadinanza*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2017, p. 341 ss.

¹² Sul tema della radicalizzazione, v. C. GRAZIANI, *Terrorismo internazionale, radicalizzazione e tecnologia*, in *Federalismi.it*, 2023, p. 56 ss.; A. NEGRI, *Radicalizzazione religiosa, de-radicalizzazione laica*, Roma, 2023.

¹³ A. VEDASCHI, *Da al-Qā’ida all’IS: Il terrorismo internazionale “si è fatto” Stato?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, p. 41 ss.

¹⁴ C. JOPPKE, *Terror and the Loss of Citizenship*, in *20 Citizenship Studies* (2016), p. 728.

¹⁵ Si veda G. CORDINI, *Elementi per una teoria giuridica della cittadinanza*, Padova, 1998.

dall'illustrazione e commento di un *case-study* recente che ha riguardato il sistema britannico, il noto caso *Begum* (§ 2), per poi aprire alla contestualizzazione dello stesso nello scenario comparato, andando ad esaminare come altri Paesi, comparabili con il Regno Unito dal punto di vista metodologico, abbiano adottato simili misure di revoca, e ordinando le diverse questioni giuridiche per aree tematiche (§ 3). A seguire (§ 4), si legge il quadro ricostruito alla luce dei basilici principi del pluralismo, prima di tutti il principio di non discriminazione, ma anche le garanzie sostanziali e procedurali legate al giusto processo, domandandosi se una misura di questo tipo sia compatibile con gli assetti pluralistici che le società contemporanee vanno sempre più assumendo (e che i testi costituzionali tutelano). Al contempo, si cerca altresì di delineare in maniera chiara i rischi, anche pratici, che le strategie incentrate sulla revoca della cittadinanza possono porre per la tenuta degli *standards* democratici.

2. Il caso *Begum* dinanzi le corti britanniche

Per ben comprendere il funzionamento e l'applicazione della revoca della cittadinanza come misura di contrasto al terrorismo internazionale, è assai utile richiamare il caso *Begum*¹⁶, originatosi nel Regno Unito e discusso dinanzi alle competenti corti britanniche. Si tratta di una vicenda processuale complessa, per cui, ai fini di una più agile trattazione, pare necessario ripercorrere prima il quadro normativo di riferimento (§ 2.1.) per poi focalizzarsi sui fatti del caso *Begum*, con l'intento di commentare le relative decisioni delle corti (§ 2.2).

2.1. La disciplina britannica della revoca della cittadinanza per motivi di sicurezza nazionale

Nel Regno Unito, la materia della cittadinanza è regolata dal British Nationality Act 1981, modificato più volte nel corso del tempo¹⁷.

Secondo la versione attualmente vigente del British Nationality Act¹⁸,

¹⁶ Sul caso *Begum*, si veda per un'analisi approfondita delle sentenze relative agli aspetti procedurali (segnatamente, la possibilità o meno per *Begum* di fare ritorno nel Regno Unito), C. GRAZIANI, *La revoca della cittadinanza dinanzi la Corte Suprema del Regno Unito: fra profili sostanziali e garanzie procedurali*, in *DPCE Online*, 2021, p. 2719 ss.

¹⁷ Le modifiche più rilevanti a questa legge sono state apportate nel corso del tempo dall'Immigration, Asylum and Nationality Act 2006 e, successivamente, dall'Immigration Act 2014. V. M. GIBNEY, *The Deprivation of Citizenship in the United Kingdom: A Brief History*, in *28 Immigration, Asylum and Nationality Law* (2014), p. 326.

¹⁸ V., in particolare, sec. 40(2), British Nationality Act.

l'Home Secretary¹⁹ può decidere di privare della cittadinanza britannica un soggetto qualora valuti che la revoca risulti “conducive to the public good”. In altre parole, la legge non dice esplicitamente che la persona deve essere giudicata pericolosa per la sicurezza nazionale o altri interessi pubblici rilevanti, ma, *a contrario*, si richiede che privare l'individuo della propria nazionalità risulti “funzionale” al *public good*. È evidente la vaghezza del *drafting* di questa clausola normativa, dalla quale deriva ampia discrezionalità dell'Esecutivo (nel caso di specie, un membro del Cabinet, ossia l'Home Secretary). Richiamare il *public good* significa affidare la motivazione della revoca ad una categoria giuridica particolarmente estesa, che abbraccia tanto la sicurezza nazionale, quanto l'ordine pubblico, la sanità pubblica, e molti altri interessi di diverso tipo.

A questo potere assai esteso dell'Home Secretary, però, il British Nationality Act²⁰ pone un limite esplicito, che è quello dell'apolidia. In altre parole, l'Esecutivo non può disporre la revoca della cittadinanza nei confronti di una persona che, se privata della nazionalità britannica, diverrebbe apolide. Nel 2014, però, tale divieto di apolidia è stato parzialmente superato²¹. L'Immigration Act 2014, infatti, ha introdotto nel British Nationality Act una nuova norma²² – una sorta di *lex specialis* – secondo la quale, almeno per i cittadini naturalizzati²³, la cittadinanza può essere revocata anche qualora vi sia il rischio di apolidia, a condizione che l'Home Secretary abbia “reasonable grounds to believe” che la persona possa acquisire un'altra nazionalità. Coerentemente con la natura vaga di questa disciplina, la legge non si preoccupa di definire quali elementi l'Home Secretary debba considerare per riscontrare tali “reasonable grounds”, né si sofferma su “quanto probabile” l'acquisizione della nuova cittadinanza debba essere.

¹⁹ La denominazione completa di questo organo è: Secretary of State for the Home Department. Esso corrisponde, con le dovute differenziazioni, al Ministro degli Interni nell'ordinamento italiano.

²⁰ V., in particolare, sec. 40(4), British Nationality Act.

²¹ Il fatto che la disciplina sia stata inasprita proprio nel corso di questo anno non è un caso, dal momento che esso coincide con l'auto-proclamazione dello Stato Islamico e con l'aumentare della percezione di insicurezza nell'ambito della società. V., sul punto, A. VEDASCHI, *Seguridad y libertad en tiempo de terrorismo internacional: entre percepción de inseguridad y populismo*, in J.J. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (a cura di), *Democracia y seguridad. Respuestas para avanzar en el sistema público*, Valencia, 2021, p. 195 ss. Con specifico riferimento alle politiche di revoca della cittadinanza per motivi di terrorismo, v. P. SYKES, *Denaturalisation and conceptions of citizenship in the 'war on terror'*, in 20 *Citizenship Studies* (2016), p. 749.

²² Sec. 40(4A).

²³ In altre parole, si tratta dei cittadini che hanno acquisito la cittadinanza non sulla base di uno dei criteri di *ius sanguinis* o *ius soli* come applicati dall'ordinamento britannico. La relativa disciplina è contenuta nel British Nationality Act.

2.2. I fatti e l'iter processuale del caso Begum

Posta questa sintetica panoramica delle norme in materia di revoca della cittadinanza nel Regno Unito, è utile venire ai fatti del caso *Begum*, per poi successivamente procedere all'analisi giurisprudenziale delle sentenze dei diversi livelli di corti.

Shamima Begum, cittadina britannica nata nel 1999, è figlia di genitori bengalesi immigrati nel Regno Unito. In particolare, prima che ella nascesse, suo padre aveva ottenuto un *indefinite leave to remain*. Secondo la normativa britannica, chi nasce da almeno un genitore che possiede un *indefinite leave to remain* è considerato cittadino britannico per nascita²⁴. Pertanto, dal punto di vista normativo, la cittadinanza di Shamima Begum era sì astrattamente idonea ad essere revocata, ma, essendo cittadina per nascita, le si sarebbe dovuta applicare la garanzia "assoluta" contro l'apolidia. In altri termini, a rigore di norma, non valeva, nel suo caso, l'eccezione dei "reasonable grounds to believe" che avrebbe acquisito un'altra cittadinanza. È utile notare che Begum non aveva acquisito, né al momento della nascita né successivamente, la cittadinanza del Bangladesh, Paese di origine dei suoi genitori.

Nel 2015, quando ha solo quindici anni, Shamima Begum lascia il Regno Unito e parte per la Siria come "sposa dell'ISIS", al seguito dei miliziani che combattevano per la causa dello Stato Islamico. Begum resta in Siria per circa quattro anni, fino al 2019, quando l'Home Secretary (al tempo, Sajid Javid) adotta un decreto di revoca della sua cittadinanza, ritenendo appunto che privarla della cittadinanza britannica sarebbe stato "conducive to the public good". Begum, allora, che dalla sconfitta territoriale dello Stato Islamico nel 2016 si trova in un campo profughi gestito dalle Forze Democratiche Siriane ed è impossibilitata a fare ritorno nel Regno Unito, è intenzionata ad impugnare il decreto di revoca. Per farlo, chiede di poter rientrare nel Regno Unito in modo da prendere parte personalmente al procedimento. Il permesso le viene negato dall'Home Secretary, il quale ritiene che la sua presenza sul territorio britannico sia troppo pericolosa.

Il caso prende allora due direzioni parallele: da un lato, Shamima Begum, assistita dai propri avvocati, impugna il diniego di reingresso; dall'altro, propone un gravame contro il provvedimento sostanziale di revoca della cittadinanza. È il caso di trattare per primo il procedimento avverso il diniego di reingresso e, a seguire, brevemente, quello riguardante il merito del provvedimento di revoca, che si trova ancora ad uno stadio iniziale.

L'impugnazione del diniego di reingresso viene considerata da tutti i gradi di giudizio previsti dal sistema britannico. In primo grado, l'organo competente è la Special Immigration Appeals Commission (SIAC), una commissione non pie-

²⁴ Sec. 1, British Nationality Act.

namente giurisdizionale, in quanto formata da un solo magistrato di carriera, affiancato da altri due membri che si caratterizzano per una particolare vicinanza all'Esecutivo, giacché si tratta di esperti in materia di sicurezza nazionale che spesso sono stati, nel loro passato, al servizio dell'*intelligence* oppure del corpo diplomatico. È di immediata evidenza come tale composizione potrebbe facilmente minare i caratteri di terzietà e indipendenza dell'organo.

Circa la possibilità che Begum rientri nel territorio britannico per prendere parte al procedimento avverso la revoca della cittadinanza, la SIAC si pronuncia a febbraio 2020²⁵. Pur concordando con la tesi della ricorrente, secondo cui, in astratto, impedirle di essere presente alle udienze relative al suo procedimento configura una *deminutio* dei suoi diritti procedurali, la SIAC afferma che, invece, non vi è ragione di ritenere che un procedimento di impugnazione della revoca della cittadinanza debba essere totalmente "fair and effective". In altre parole, la SIAC sta affermando che in questa tipologia di procedimenti, dato che riguardano in misura significativa il tema della sicurezza nazionale, si può accettare uno *standard* affievolito di tutela dei diritti processuali della persona. Quindi, secondo la SIAC, il procedimento potrebbe svolgersi *in absentia* oppure, al massimo, si può considerare una sua sospensione fino al momento (indefinito nell'*an* e nel *quando*) in cui l'Home Secretary riterrà che Begum non ponga più una minaccia così seria alla sicurezza del Regno Unito e le consentirà di rientrare.

Di diversa opinione è la Corte d'Appello, che si pronuncia a luglio 2020²⁶. Secondo questa corte – la cui composizione è, come noto, integralmente giurisdizionale – non è concepibile che i procedimenti di impugnazione delle revoke di cittadinanza debbano rispondere a canoni di *fairness* attenuata; e per garantire tale *fairness*, è imprescindibile che la ricorrente abbia la possibilità di essere fisicamente presente alle udienze. Anzi, specifica la Corte d'Appello, ciò che viene in gioco in questo caso non è la sola *fairness* – la quale ha un'accezione prettamente procedurale – ma anche la vera e propria *justice*, la quale corrisponde ad un più ampio concetto di giustizia sostanziale. Inoltre, la Corte sottolinea che, allo stato dei fatti, Shamima Begum si trova in Siria, in un campo profughi in cui corre il rischio di essere sottoposta a torture e trattamenti inumani e degradanti; questa sua condizione è strettamente legata da un rapporto causa-effetto con la decisione dell'Home Secretary di revocarle la cittadinanza ed impedirle di tornare nel Regno Unito. Di conseguenza, l'Home Secretary avrebbe l'obbligo di permetterle il reingresso sul territorio britannico, per evitare che si perpetui tale rapporto consequenzialistico fra una sua decisione e il rischio di tortura in altro Paese (pur nei confronti di un non più cittadino).

²⁵ Special Immigration Appeals Commission, *Begum v. Secretary of State for the Home Department*, SC/163/2019, 7 February 2020.

²⁶ Court of Appeal of England and Wales, *Begum v. Secretary of State for the Home Department*, [2020] EWCA Civ 918, 16 July 2020.

A fronte di questa vittoria di Begum in Corte d'Appello, l'Home Secretary impugna la sentenza e si arriva così alla più alta istanza giurisdizionale nel Regno Unito, ossia la Corte Suprema²⁷, che si pronuncia a febbraio 2021²⁸.

Prima di focalizzarsi sulla decisione e sulle sue motivazioni, è bene anticipare che essa si schiera integralmente dalla parte dell'Esecutivo. Più nel dettaglio, la Corte Suprema articola la propria sentenza intorno a quattro punti principali. In prima battuta, rileva che la decisione dell'Home Secretary di privare un soggetto della cittadinanza potrebbe essere contestata solo per violazione dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) e, quindi, dello Human Rights Act 1998²⁹. Tuttavia, nessuna eccezione del genere è stata presentata dagli avvocati della ricorrente, i quali hanno basato tutto il ricorso sui principi di *common law* di *fairness* e di *justice*³⁰.

In seconda battuta, i giudici supremi, operando una sorta di inversione della logica sottesa al principio di proporzionalità, osservano che non vi sono prove dell'esistenza di una modalità meno invasiva, rispetto al divieto di reingresso, per garantire che Shamima Begum non ponga in pericolo la sicurezza del Regno Unito.

Inoltre, intervenendo in modo esplicito sul tema del bilanciamento fra sicurezza e diritti, la Corte Suprema afferma che la prevalenza dei diritti procedurali di persone potenzialmente "pericolose", come Begum, rispetto alle esigenze di sicurezza, è qualcosa di utopistico, che mal si concilia con la realtà fattuale. In un contesto come quello di riferimento, è chiaramente necessario accettare una limitazione dei diritti in nome della sicurezza, onde evitare rischi seri per quest'ultima e, quindi, per tutti i cittadini britannici.

Da ultimo, la Corte Suprema si focalizza sull'argomento della Corte d'Appello secondo cui l'Home Secretary sarebbe tenuto ad agire proattivamente per evitare che ad una sua decisione – nel caso di specie, la revoca della cittadinanza – segua un possibile rischio di tortura e trattamenti inumani o degradanti. A pare-

²⁷ La Corte Suprema del Regno Unito si era già pronunciata in precedenza su un caso di revoca della cittadinanza per ragioni di sicurezza nazionale. Il riferimento è al caso *Pham*, in cui la Corte Suprema aveva ritenuto che non vi erano rischi di apolidia. Infatti, affermava la Corte, l'individuo privato della cittadinanza britannica era di origine vietnamita e, in base al diritto e alla prassi del Vietnam, si poteva ritenere che egli avesse acquisito la cittadinanza vietnamita dal giorno della revoca di quella britannica. Su questo caso, v. P. MARTINO, *La Corte Suprema del Regno Unito su revoca della cittadinanza e sicurezza nazionale: il caso Pham*, in *Dem. e sic.*, 2016, p. 133 ss.

²⁸ R (*on the application of Begum*) v. *Special Immigration Appeals Commission and others* [2021] UKSC 7.

²⁹ Lo Human Rights Act è l'atto normativo britannico che determina la trasposizione della CEDU nell'ordinamento interno. V., sul punto, G.F. FERRARI, *La Convenzione europea e la sua 'incorporation' nel Regno Unito*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1999, p. 125 ss.

³⁰ Rapporta questo passaggio della Corte ad una violazione del "principio di corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato" M. DICOSOLA, *La revoca della cittadinanza tra sicurezza nazionale e diritti. Note a margine del caso Shamima Begum*, in *Dem. e sic.*, 2021, p. 161 ss.

re del supremo consesso giurisdizionale britannico, tale dovere dell'Home Secretary non scaturisce da alcuna fonte giuridica vincolante, ritenendo che si tratti di una casistica che sconfinava dalla dimensione procedurale degli artt. 2 e 3 CEDU³¹, giacché coloro che gestiscono il campo profughi in Siria – le Forze Democratiche Siriane – non sono attori statali.

Nella sua decisione la Corte Suprema adotta un approccio chiaramente deferente nei confronti dell'Home Secretary (quindi, dell'Esecutivo)³², svelando con ciò una scelta valoriale a favore della sicurezza e accettando che lo *status* di cittadinanza possa essere usato come “arma” a tutela della sicurezza nazionale³³.

Un simile atteggiamento si ritrova nella (per il momento unica) pronuncia riguardante gli aspetti sostanziali della revoca. Sul punto, a febbraio 2023³⁴, la SIAC ha affermato che, sebbene sia assai probabile che Begum sia partita alla volta della Siria dopo essere stata plagiata e possa essere anche stata sottoposta a sfruttamento sessuale mentre si trovava lì, la decisione dell'Home Secretary di revocare la sua cittadinanza non è sindacabile, poiché pertiene alla discrezionalità di un membro dell'Esecutivo. In questo modo, pur non riferendovisi esplicitamente, la SIAC tratta la revoca della cittadinanza come una vera e propria *political question*, sottratta al sindacato giurisdizionale e pertanto di pieno dominio dell'Esecutivo. Nel momento in cui si scrive, non vi sono ancora state pronunce da parte dei successivi gradi di giudizio. Sarà di interesse seguire la vicenda, anche perché potrebbe non essere esclusa la presentazione di un ricorso presso la Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU), dopo aver esaurito i mezzi di ricorso interni³⁵.

³¹ La dimensione procedurale degli artt. 2 e 3 CEDU (rispettivamente, diritto alla vita e divieto di tortura e altri trattamenti inumani o degradanti) comporta che gli Stati firmatari della CEDU abbiano il dovere di evitare violazioni sostanziali delle disposizioni di riferimento anche qualora tali violazioni non siano perpetrate dallo Stato stesso, ma da attori riconducibili ad altri Stati (spesso neanche parte della CEDU).

³² A. RIAZ, *Increasing the Powers of the Secretary of State for the Home Department to Strip Individuals of their British Citizenship: R (on the application of Begum) v. SSHD*, in *The Modern Law Review* (2023), p. 1.

³³ In effetti, in dottrina si è talora parlato di “weaponization” della cittadinanza. In questo senso, v. C. WALKER, *Citizenship Deprivation and Cosmopolitanism*, in A. VEDASCHI, K.L. SCHEPPELE (eds.), *op. cit.*, p. 80 ss.

³⁴ Special Immigration Appeal Commission, *Shamima Begum and the Secretary of State for the Home Department*, SC/163/2019, 23 February 2023. Per un primo commento di questa decisione, si veda D. PRABHAT, *The Begum Case: Why Ministerial Discretion Precludes Human Rights Issues*, in *Verfassungsblog*, 16 March 2023, online: <https://verfassungsblog.de/the-begum-case-why-ministerial-discretion-precludes-human-rights-issues/>.

³⁵ La Corte EDU ha avuto modo di pronunciarsi in alcuni casi riguardanti la revoca della cittadinanza per ragioni di sicurezza nazionale, quasi sempre rispetto al parametro dell'art. 8 CEDU (diritto alla vita privata e familiare). Nel caso *K2 v. the United Kingdom*, la Corte ha ritenuto manifestamente infondato il ricorso di un cittadino britannico che, dopo aver lasciato il suo Paese in

3. La revoca della cittadinanza in prospettiva comparata

Il caso del Regno Unito, che fa leva sull'istituto della cittadinanza per designare mezzi di contrasto al terrorismo internazionale, non è certo isolato nello scenario comparato. In effetti, guardando alle democrazie avanzate dell'Europa occidentale, vi sono diversi Paesi che si pongono sulla stessa linea³⁶.

In luogo di procedere con un'analisi verticale di ciascun Paese, appare utile delineare le principali caratteristiche che emergono dal sistema britannico, per poi confrontarle con quelle di altri Paesi e tentare di delineare dei *trends* comuni.

Si è visto che, nel caso britannico, la decisione di revoca della cittadinanza è presa "in solitaria" da un membro dell'Esecutivo, ossia l'Home Secretary. Non vi è alcun vaglio giurisdizionale, né la persona deve essere stata effettivamente condannata da un organo giurisdizionale per reati collegati al terrorismo. Questo stesso modello – decisione dell'Esecutivo senza alcun previo ruolo delle corti – si ritrova molto simile nel sistema tedesco. Infatti, a seguito di una riforma del 2019 della legge sulla cittadinanza³⁷, il Ministro dell'Interno può unilateralmente decidere di revocare la cittadinanza a chi la abbia acquisita per naturalizzazione, se vi è il sospetto che tale individuo abbia partecipato come *foreign terrorist fighter* a operazioni di stampo terroristico all'estero. Diversamente, in altri ordinamenti, affinché il Ministro dell'Interno proceda è necessario che vi sia una previa condanna decisa a livello giurisdizionale. È il caso dell'Italia, che

violazione di un divieto di allontanamento previamente imposto nei suoi confronti, si era visto revocare la cittadinanza dall'Home Secretary, sulla base del sospetto che, nel suo periodo all'estero, tale individuo avesse intrattenuto legami con cellule jihadiste. Corte EDU, 7 febbraio 2017, *Case of K2 v. the United Kingdom*, su ricorso n. 42387/2017. Nel caso *Ghoumid and Others v. France*, la Corte si è espressa nel merito, affermando che la privazione della cittadinanza decisa nei confronti del ricorrente non costituisce una limitazione sproporzionata dell'art. 8 CEDU, poiché, alla luce della gravità del pericolo terrorista, anche limitazioni significative possono essere considerate accettabili. Corte EDU, 25 giugno 2020, *Case of Ghoumid and Others v. France*, su ricorsi nn. 52273/16, 52285/16, 52290/16, 52294/16 e 52302/16. Un orientamento simile è stato seguito dai giudici di Strasburgo nel caso *Usmanov v. Russia*. Corte EDU, *Case of Usmanov v. Russia*, 22 dicembre 2020 su ricorso 43936/18. In ordine cronologico, l'ultimo caso sinora deciso dalla Corte EDU sul tema è *Jobansen v. Denmark*, dichiarato inammissibile sulla base del precedente *Ghoumid*. Corte EDU, *Case of Jobansen v. Denmark*, 1° febbraio 2022 su ricorso n. 27801/19. Si segnala, inoltre, che risultano pendenti i casi *Huseynov v. Azerbaijan*, su ricorso n. 1/16, *El Aroud vs Belgium*, su ricorso n. 25491/18, e *Soughir v. Belgium*, su ricorso n. 27629/18. Sui casi dinanzi la Corte EDU, v. C. PRENER, *The ECtHR on Citizenship Revocation: Solving or Compounding the Confusion?*, in *EUI Global Citizenship Observatory*, 29 March 2022, online: <https://globalcit.eu/>.

³⁶S. MANTU, 'Terrorist' Citizens and the Human Rights to Nationality, in 26 *Journal of Contemporary European Studies* (2018), p. 28.

³⁷Bundesgesetzblatt Jahrgang 2019 Teil I Nr. 29, ausgegeben am 08.08.2019, Seite 1124. V. M.P. BOLHUIS, J. VAN WIJK, *Citizenship Deprivation as a Counterterrorism Measure in Europe; Possible Follow-Up Scenarios, Human Rights Infringements and the Effect on Counterterrorism*, in 22 *European Journal of Migration and Law* (2020), p. 338.

nel 2018³⁸ ha introdotto un'apposita fattispecie di revoca della cittadinanza per terrorismo internazionale. La decisione viene presa dal Ministro dell'Interno – sebbene assuma la forma di un decreto del Presidente della Repubblica –, ma il Ministro può procedere solo in casi in cui l'individuo – naturalizzato – abbia subito una condanna, passata in giudicato, per reati di terrorismo previsti dal codice penale italiano. Il decreto di revoca può essere adottato entro tre anni dal passaggio in giudicato della sentenza di condanna. Si deve notare che, nel caso italiano, sebbene sia prevista la partecipazione del potere giurisdizionale, senza la cui decisione il decreto di revoca non può essere adottato, residua comunque un'ampia discrezionalità dell'Esecutivo. Infatti, il Ministro dell'Interno *non è obbligato* a revocare la cittadinanza tutte le volte che la fattispecie menzionata sopra si verifica, ma resta a sua discrezione scegliere se procedere o meno.

Un altro rilevante tema, che si è potuto notare nel *case-study* britannico, è la differenziazione fra cittadini per nascita e cittadini naturalizzati. Si è visto che, ai sensi della disciplina legislativa del Regno Unito, in entrambi i casi la cittadinanza è revocabile, ma con un divieto assoluto di apolidia qualora si tratti di un cittadino per nascita, mentre per i cittadini naturalizzati, almeno a far data dal 2014, deve esistere la ragionevole aspettativa che la persona possa acquisire un'altra nazionalità. Invero, se si guarda all'applicazione pratica del dato normativo, chiarita con l'analisi del caso *Begum*, si osserva che si tende a non differenziare molto fra le due categorie. Infatti, la cittadinanza di Shamima Begum è stata revocata nonostante ella non disponesse di una seconda cittadinanza, poiché l'Home Secretary riteneva ci fossero buone possibilità che potesse acquisire la cittadinanza bengalese, grazie alle sue origini. In altri casi – ad esempio quello tedesco o quello italiano – la disciplina della revoca per motivi di terrorismo si

³⁸D.l. 4 ottobre 2018, n. 113, conv. l. 1° dicembre 2018, n. 132. V., per un commento circa la parte di questa (ampia) riforma che riguarda il tema della revoca della cittadinanza, v. A. VEDASCHI, C. GRAZIANI, *Citizenship Revocation in Italy as a Counter-Terrorism Measure*, in *Verfassungsblog*, 31 January 2019, online: <https://verfassungsblog.de/citizenship-revocation-in-italy-as-a-counter-terrorism-measure/>. Per i possibili profili di incostituzionalità di questo decreto legge sul piano interno (non solo relativamente alla disposizione che riguarda la revoca della cittadinanza per motivi di terrorismo), v. M. RUOTOLO, *Brevi note sui possibili vizi formali e sostanziali del d.l. n. 113 del 2018 (c.d. decreto "sicurezza e immigrazione")*, in *Oss. Cost.*, 2018, p. 173 ss.; A. PACE, *Parere pro veritate sulla legittimità costituzionale del c.d. decreto legge "sicurezza e immigrazione"*, online: <https://www.asgi.it/asilo-e-protezione-internazionale/decreto-113-2018-il-parere-del-prof-alessandro-pace/>. Sempre da un'ottica di diritto costituzionale interno, si vedano A. ALGOSTINO, *Il decreto "sicurezza e immigrazione" (decreto legge n. 113 del 2018): estinzione del diritto di asilo, repressione del dissenso e disuguaglianza*, in *Costituzionalismo.it*, 2018, p. 167 ss.; F. RAIMONDO, *Il «privilegio» della cittadinanza: la revoca come strumento di contrasto al terrorismo. La riforma nel contesto europeo*, in *Quad. cost.*, 2019, p. 416 ss. V. inoltre, per uno studio della compatibilità di questo decreto legge con il diritto internazionale e con il quadro giuridico dell'Unione europea, L. VIOLA, *La revoca della cittadinanza dopo il decreto sicurezza*, in *Dir. imm. citt.*, 2021, p. 86 ss. Per una prospettiva penalistica, v. invece L. MASERA, *La "cimmigration" nel "decreto Salvini"*, in *La Leg. pen.*, 2019, p. 2 ss.

applica *solo* ai cittadini naturalizzati. Ciò ha fatto nascere diverse discussioni intorno alla considerazione dei naturalizzati alla stregua di “cittadini di serie B”, a scapito del principio di uguaglianza.

Tema strettamente correlato con quest’ultimo aspetto trattato è l’applicabilità – o meno – delle disposizioni di revoca solo a coloro che abbiano doppia (o plurima) nazionalità³⁹. Mentre nel Regno Unito vi è differenza sotto questo profilo a seconda che si sia cittadini per nascita o per naturalizzazione, e altri Paesi prevedono che la revoca si possa applicare solo a coloro che hanno doppia cittadinanza (è il caso dell’Austria e della Danimarca⁴⁰), vi sono alcuni ordinamenti che non richiedono esplicitamente questa garanzia. Si tratta, ad esempio, del caso italiano, giacché il testo del decreto legge non contiene alcun riferimento alla doppia cittadinanza. È facile comprendere come tale questione sia assai importante dal punto di vista del rispetto, sancito a livello internazionale, del divieto di apolidia⁴¹, poiché l’eventuale doppia cittadinanza funziona come garanzia contro l’apolidia. Va detto, tuttavia, che non necessariamente, se una normativa nazionale non menziona la doppia cittadinanza, ciò comporta che la revoca possa essere applicata senza curarsi del divieto di apolidia. Infatti, qualora si tratti di Stati – come l’Italia – che hanno sottoscritto e ratificato gli strumenti di diritto internazionale contro l’apolidia, si può ritenere che essi siano vincolati al divieto a causa dell’operare delle disposizioni di rango internazionale.

4. La revoca della cittadinanza e il pluralismo: le principali sfide

Alla luce del quadro appena delineato, appare palese che lo *status* di cittadino è ampiamente usato in maniera funzionale alla tutela della sicurezza nazionale e, dunque, si potrebbe dire che è assai diffuso, nello scenario comparato, un processo di “securizzazione” della cittadinanza⁴². È opportuno domandarsi se

³⁹Sul tema della cittadinanza doppia o plurima, si rinvia a C. GRAZIANI, *Dual/Multiple Citizenship*, in R. GROTE, F. LACHENMANN, R. WOLFRUM (a cura di), *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2022.

⁴⁰Per approfondimento, anche su altri Paesi rispetto a quelli citati nell’ambito della presente analisi, v. C. GRAZIANI, *Dual/Multiple Citizenship*, cit.

⁴¹Sul punto, si veda la Convenzione delle Nazioni Unite sullo Statuto degli Apolidi conclusa a New York il 28 settembre 1954; la Convenzione delle Nazioni Unite sulla Riduzione dell’Apolidia, adottata il 30 agosto 1961. V. B.K. BLITZ, M. LYNCH (a cura di), *Statelessness and Citizenship: A Comparative Study on the Benefits of Nationality*, Cheltenham and Northampton, 2001; per un quadro più focalizzato sulle misure di contrasto al terrorismo internazionale, v. S. JAYARAMAN, *International Terrorism and Statelessness: Revoking the Citizenship of ISIL Foreign Fighters*, in *17 Chicago Journal of International Law* (2016), p. 178.

⁴²In questo senso, con specifico riguardo al caso *Begum* che è stato trattato in questo lavoro, M. MASTERS, S.S. REGILME JR., *Human Rights and British Citizenship: The Case of Shamima Begum as Citizen to Homo Sacer*, in *12 Journal of Human Rights Practice* (2020), p. 341.

ciò sia compatibile con il mantenimento e lo sviluppo di un assetto pluralistico, tanto dal punto di vista etnico quanto da quello più strettamente religioso. Per riflettere sul tema, si ritiene di poter enucleare in questa sede almeno tre grandi “sfide” che l’istituto della revoca della cittadinanza per motivi di terrorismo (internazionale) pone al pluralismo.

In primo luogo, soprattutto in quegli ordinamenti in cui la possibilità di revoca riguarda i soli naturalizzati, la misura finisce per incidere principalmente, se non integralmente, sui c.d. immigrati di seconda generazione, o comunque su coloro che risultano essere figli di immigrati. Si tratta, solitamente, di persone che fanno parte di gruppi etnici e/o religiosi di minoranza, diversi da quelli a cui appartiene la maggior parte dei cittadini di un dato Paese. La conseguenza di questa situazione potrebbe essere che tali gruppi finiscano per percepirsi particolarmente marginalizzati e ostacolati nel proprio percorso di integrazione nel tessuto sociale dominante⁴³.

In secondo luogo, potrebbe accadere che la revoca della cittadinanza nei confronti di un numero consistente di soggetti considerati come “leader” di alcuni gruppi crei un sentimento di “martirizzazione” negli altri membri, che magari non hanno subito un provvedimento di revoca in quanto la loro attività “pericolosa” non è giunta allo scoperto o quantomeno non è stata ritenuta estremamente grave. Ciò potrebbe favorire fenomeni di radicalizzazione o di inasprimento della stessa, che a sua volta contribuirebbe a portare quegli stessi gruppi “ai margini” della società.

Da ultimo, è necessario considerare che, meno questi gruppi saranno integrati, meno essi avranno – e potranno aspirare ad avere – rappresentanza politica nel Paese di riferimento. Perciò, anche il pluralismo politico viene indirettamente messo a dura prova da questa sorta di “circuiti” della revoca della cittadinanza.

Le “sfide” ora delineate nei confronti del pluralismo pongono significative ombre sullo strumento giuridico della revoca della cittadinanza come misura di tutela della sicurezza nazionale. A queste questioni, strettamente correlate al tema del pluralismo, vanno aggiunte alcune considerazioni di carattere maggiormente pratico circa la funzionalità delle misure di revoca.

Ad esempio, come si può avere la certezza che, semplicemente “eliminando” il pericolo dal territorio, il livello di sicurezza di un dato Paese aumenterà? È bene considerare che l’opera di radicalizzazione, reclutamento, nonché di vera e propria organizzazione di atti terroristici può essere portata avanti via *web*, soprattutto con gli strumenti particolarmente avanzati che, al giorno d’oggi, sono disponibili non solo a coloro che si sforzano di combattere il terrorismo, ma anche ai terroristi stessi.

In aggiunta a ciò, va ricordato che, nel privare il soggetto della cittadinanza,

⁴³ Sui temi dell’integrazione, v. G. CERRINA FERONI, V. FEDERICO (a cura di), *Società multiculturali e percorsi di integrazione: Francia, Germania, Regno Unito ed Italia a confronto*, Firenze, 2017.

perlomeno quegli ordinamenti che non condizionano la misura ad una previa decisione giurisdizionale rinunciano alla giurisdizione *ratione personae* sul soggetto. Se invece la persona fosse “recuperata”, ad esempio grazie ad appositi programmi di deradicalizzazione, all’interno di un carcere in un ordinamento improntato alla *rule of law*, probabilmente ci sarebbero maggiori possibilità di mitigare effettivamente il pericolo.

In definitiva, lo strumento della revoca, perlomeno nel peculiare contesto della sicurezza nazionale, pare apportare più svantaggi che vantaggi (anche in termini di accrescimento del livello di sicurezza), pertanto andrebbe seriamente ripensato dagli ordinamenti che lo mettono in atto.

VECCHI E NUOVI CONFLITTI DI LEALTÀ: INEDITE FORME DI PLURALISMO PER IL MINORE NELLA CRISI FAMILIARE

Alessandro Negri

SOMMARIO: 1. Introduzione: la (paradossale) attuale irrilevanza giuridica dei classici conflitti di lealtà. – 2. Una nuova (impropria) concezione di conflitto di lealtà: il minore nella crisi familiare. – 3. L'ascolto del minore alla luce della riforma c.d. Cartabia; conclusioni sul rinnovato protagonismo del conflitto di lealtà.

1. Introduzione: la (paradossale) attuale irrilevanza giuridica dei classici conflitti di lealtà

Nel suo nucleo essenziale, un conflitto di lealtà si presenta ogniqualvolta un soggetto si trova scisso tra due diverse appartenenze, inconciliabili e reciprocamente esclusive. Si tratta di un tema ampiamente conosciuto e studiato, ma che oggi offre nuovi profili di interesse alla luce, come si vedrà, tanto di inediti scenari in cui esso può collocarsi, quanto di recentissimi interventi normativi.

La dinamica dei conflitti di lealtà, si diceva, è certamente una delle più tradizionalmente note agli ecclesiasticisti¹, che da decenni ne sottolineano il valore centrale per ogni riflessione che voglia inquadrare la questione dei rapporti tra diritto e religione, se guardati dalla prospettiva del *civis-fidelis*. La stessa formula “cittadino-fedele”, che descrive la peculiare situazione di un individuo al contempo assoggettato a un ordinamento secolare e a uno religioso, e dunque alle rispettive regole, richiama, infatti, un inevitabile conflitto² non già tra norme, dacché essere operano in ordinamenti distinti e separati, bensì nella coscienza del soggetto, tenuto a una scelta “alternativa tra due vincoli di fedel-

¹Una definizione, a parere di chi scrive, particolarmente calzante è fornita da S. DOMIANELLO, *Il “senso” del “diritto ecclesiastico matrimoniale” nel sistema del diritto civile delle famiglie*, in *Quad. dir. e pol. eccl.*, n. 1, 2002, p. 106.

²Definito “tra i conflitti possibili, forse il più lacerante” da P. RESCIGNO, *Gruppi sociali e lealtà*, in ID., *Persona e comunità*, Bologna, 1966, p. 68.

tà”³. A tale consapevolezza, che poggia evidentemente sul riconoscimento della pluralità degli ordinamenti giuridici⁴, è altrettanto noto che la Costituzione, a sua volta pluralista, ha tentato di rispondere prevedendo lo strumento delle intese tra Stato e confessioni religiose, il cui compito precipuo sarebbe stato proprio quello di prevenire e risolvere i conflitti fra i due ordini⁵.

A ormai quarant’anni dall’avvio dell’esperienza delle intese, però, l’utilizzo dei verbi al condizionale passato pare d’obbligo, se è vero che queste, nate per garantire le specificità e la diversità sostanziale delle singole confessioni, nell’ottica di un effettivo pluralismo religioso, si sono tramutate, a cagione del continuo uso distorto di cui sono state oggetto, in “intese-fotocopia”, necessarie solo a sottrarre la confessione stipulante dall’ambito di applicazione della legge sui culti ammessi di matrice fascista⁶. Tale patologia di cui soffrono in concreto gli accordi *ex art. 8*, comma 3, Cost. ha certamente deluso le speranze di chi vi vedeva la soluzione della gran parte dei conflitti che attanagliano il cittadino-fedele⁷, la cui però completa sparizione dal panorama giuridico odierno parrebbe, in ogni caso, nient’altro che una mera utopia. Da una parte, infatti, la “insopprimibile diversità dell’angolo visuale proprio del legislatore statale e di quello dell’ordinamento religioso”⁸ rende evidente come solo una teocrazia permetta di immaginare un ordinamento civile pienamente aderente a una dottrina

³ Così, C. MIRABELLI, *L’appartenenza confessionale*, Padova, 1975, p. 157.

⁴ Proprio tale riconoscimento sarebbe “caratteristica essenziale del modello pluralistico”, secondo M. CORSALE, voce *Pluralismo giuridico*, in *Enc. Dir.*, Vol. XXXIII, Milano, 1983, p. 1014.

⁵ In materia, v., *ex multis*, G. CASUSCELLI, S. DOMIANELLO, *Intese con le confessioni religiose diverse dalla cattolica*, in S. BERLINGÒ, G. CASUSCELLI, S. DOMIANELLO, *Le fonti e i principi del diritto ecclesiastico*, Torino, 2000, p. 44 ss.; R. BOTTA, *Appartenenza confessionale e libertà individuali*, in *Quad. dir. e pol. eccl.*, n. 1, 2000, p. 143 ss., ritiene sia proprio la prospettiva del riconoscimento di “speciali esenzioni dal rispetto di leggi e regolamenti la cui osservanza potrebbe costituire una situazione di disagio per l’appartenente al gruppo religioso minoritario, in ragione del conflitto con le proprie regole di fede” quella in cui si collocano le intese. D’altra parte, la più autorevole dottrina in materia già riteneva ormai quasi cinquant’anni fa che occorresse valutare “l’ipotesi della soluzione dei conflitti di lealtà di cui è portatore il *civis-fidelis* attraverso strumenti ‘concordatari’” (G. CASUSCELLI, *Concordati, intese e pluralismo*, Milano, 1974, p. 121, tornando poi sul tema a pp. 126-127).

⁶ In dottrina, parla di “eterogenesi dei fini” dello strumento delle intese J. PASQUALI CERIOLI, *L’indipendenza dello Stato e delle confessioni religiose. Contributo allo studio del principio di distinzione degli ordini nell’ordinamento italiano*, Milano, 2006, p. 144. “Intese a ricalco”, precedentemente, erano state definite da S. BERLINGÒ, *La prospettiva di un’intesa con l’Islam in Italia*, in *14 Anuario de derecho eclesiastico del Estado* (1998), p. 644.

⁷ S. BERLINGÒ, *Laicità dello stato, confessioni e gruppi religiosi*, in *Il regno*, n. 2, 2001, supplemento, p. 70, ad esempio, notava che i conflitti di lealtà non possono essere risolti “sulla base di dirette, immediate, unilaterali concessioni o assimilazioni, ma sulla base di ‘riconoscibili’ e *visibili* (corsivo in originale) negoziazioni, transazioni o mediazioni”.

⁸ Per dirla con le parole di L. DE LUCA, *Il diritto ecclesiastico oggi* (1981), in ID., *Scritti vari di diritto ecclesiastico e canonico*, Vol. I, Padova, 1997, p. 354.

religiosa⁹; dall'altra, le tendenze della società contemporanea hanno, semmai, portato alla luce sotto plurimi profili un'evidente e rinnovata centralità del tema dei conflitti di lealtà, oggi forieri di nuove istanze.

In primo luogo, fin troppo semplice ricordarlo, rileva il crescente pluralismo che interessa oggi le compagini sociali occidentali¹⁰, quanto mai frammentate dal punto di vista etnico, culturale e religioso; a misurarsi, nel caso degli attuali conflitti di lealtà, non sono più due appartenenze a ordinamenti distinti e separati, ma comunque figli della medesima tradizione culturale, quali quelle vissute dall'*homo catholicus*, e al tempo stesso *politicus*, nell'Italia del secolo scorso¹¹. Al contrario, risultano sempre più spesso protagonisti, come si vedrà innanzi, vincoli di fedeltà a tradizioni religiose ben lontane da quelle classicamente note all'ordinamento costituzionale, così da sollevare incompatibilità lampanti con i comandi da quest'ultimo imposti.

In seconda battuta, e forse soprattutto, il panorama odierno restituisce una realtà di "identità furiose"¹², costruite sulla spinta di forti volontà di affermazione personale, al di là della loro specifica natura, religiosa o politica, per esempio, che sia. Anzi, già solo immaginare, oggi, una rigida ripartizione, a mo' di compartimenti stagni, tra dimensione religiosa, politica, latamente culturale, persino familiare dell'identità di un individuo appare impresa ardua, quando non vana. In questo mutato scenario, liquido per definizione, non è difficile intravedere "istanze cd. ipermoderne di aggressività 'narcisistica'"¹³, che hanno trasformato i tradizionali conflitti di lealtà in questioni identitarie, capaci di valicare i classici confini di cittadinanza civile e religiosa, facendosi più trasversali.

Di conseguenza, un conflitto di lealtà può oggi sorgere non solo allorquando, usualmente, un *civis-fidelis* si trovi nella condizione di dover scegliere tra il rispetto di una norma secolare o di una confessionale; è in grado di presentarsi, invece, anche quando il dubbio si collochi rispetto a convinzioni figlie di una appartenenza che di religioso ha poco o nulla, ma che risale, magari, ai propri

⁹ Il tema dei conflitti di lealtà, quindi, sarebbe vecchio almeno quanto l'avvento del Cristianesimo e la sua distinzione tra i dettami di Dio e quelli di Cesare. In merito, v. M. JASONNI, *La lealtà indivisa. Autonomia soggettiva e sacralità della legge alle origini e nelle tradizioni d'Occidente*, Milano, 2002, p. 3 ss.

¹⁰ Insiste sul punto R. MAZZOLA, *Cittadini e fedeli. Il problema della doppia fedeltà. Una questione sempre aperta*, in *Mondi Migranti*, n. 1, 2015, p. 174 ss.

¹¹ Trattava ampiamente del rapporto tra le due personalità, *ex multis*, P. FEDELE, *Discorso generale sull'ordinamento canonico*, Padova, 1941, p. 32.

¹² Come definite recentissimamente da F. CORTESE, *L'identità furiosa e il diritto pubblico*, Modena, 2023.

¹³ Così, S. DOMIANELLO, J. PASQUALI CERIOLO, *Aporie e opacità dell'otto per mille: tra interesse pubblico a un pluralismo aperto e interessi specifici alla rigidità del mercato religioso*, in *Stato Chiese plur. conf.*, n. 5, 2020, p. 26.

codici culturali o familiari, o persino a conformazioni identitarie assunte autonomamente, senza retaggi, e via via evolutesi, nel corso dell'esistenza, parallelamente ai tanti contatti e esperienze vissuti nell'odierna liquidità dei rapporti interpersonali. In simile panorama, certa dottrina giusfilosofica parlava già più di dieci anni fa dell'obiezione di coscienza, tra i più noti casi conflitti di lealtà, come di una forma di espressione di "anti-juridisme"¹⁴: non, però, da intendersi nel senso di opposizione a una specifica norma, ma più come contestazione di principio alla complessiva dimensione normativa. Principi quindi extragiuridici paiono affacciarsi sulla scena e divenire fonti di conflitti per i consociati, nella consapevolezza che il tema della doppia lealtà, o, come forse sarebbe più opportuno definirlo oggi, delle plurime lealtà "finisce per ricomprendere le scelte su come dovrà essere ripensato e riorganizzato il nostro modo di essere 'persona', ovvero di come vivere in società e di come riorganizzare e concepire nuove forme di convivenza civile"¹⁵.

La rilevanza delle questioni appena esposte non pare però, finora, aver trovato notevole spazio quando, dalla riflessione teorica, si è calata nel concreto agire del nostro ordinamento giuridico, il quale ha mostrato a più riprese di non considerare i conflitti di lealtà maggiormente inediti e scottanti materiale meritevole di considerazione.

È il caso, ormai risaputo, dei reati c.d. culturalmente motivati¹⁶, da anni oggetto di attenzioni da parte di dottrina e giurisprudenza¹⁷. Classico esempio di conflitto di lealtà¹⁸ solitamente derivante dalla fedeltà del reo a un precetto culturale o religioso sconosciuto, o comunque assai lontano, dalla tradizione giuridica occidentale, quello dei reati culturalmente motivati è notoriamente un tema aperto e su cui si registrano anche importanti oscillazioni giurisprudenziali, ma che tendenzialmente viene risolto nelle aule di tribunale senza attribuire particolare peso alla motivazione che ha spinto il soggetto a violare la norma giuridica

¹⁴Detta intuizione si deve a F. MACIOCE, *L'objection de conscience dans la post-modernité*, in *Stato Chiese plur. conf.*, novembre 2011, p. 1.

¹⁵Sono parole di R. MAZZOLA, *op. cit.*, p. 180.

¹⁶La bibliografia in materia è ormai sterminata. Per ragioni di spazio e opportunità, ci si limita qui a segnalare le seminali opere sul tema di F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, Milano, 2010, A. BERNARDI, *Il fattore 'culturale' nel sistema penale*, Torino, 2009, C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati*, Pisa, 2010.

¹⁷In proposito, riecheggiano le parole di S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, 1999, p. 195, che ricordava già più di vent'anni fa come la magistratura fosse "una delle istituzioni chiave delle società pluraliste".

¹⁸Analizza compiutamente le differenze tra il conflitto sottostante all'obiezione di coscienza e quello che costituisce cagione dei reati culturalmente motivati A. LICASTRO, *Il motivo religioso non giustifica il porto fuori dall'abitazione del kirpan da parte del fedele sikh (considerazioni in margine alle sentenze n. 24739 e n. 25163 della Cassazione penale)*, in *Stato Chiese plur. conf.*, 16 gennaio 2017, pp. 6-7.

statale¹⁹. In quell'occasione, dunque, il fatto che l'individuo abbia posto in essere una condotta penalmente rilevante in ossequio a un altro ordinamento cui è legato da eguali, se non maggiori, ai suoi occhi, vincoli di obbedienza, non pare usualmente rivestire un ruolo decisivo per i giudicanti, i quali, al massimo, sono disposti solo in sede di commisurazione della pena ad infliggerne una più mite in virtù di detta circostanza.

In maniera ancora più evidente, a suffragio della tendenziale noncuranza che l'ordinamento riserva ai conflitti di lealtà intesi nella loro accezione più classica di dilemma tra diverse appartenenze, si pensi alle espulsioni disposte dal ministro dell'Interno o, su sua delega, dal prefetto competente, nel caso in cui sussistano fondati motivi di ritenere che la permanenza dello straniero nel territorio dello Stato possa in qualsiasi modo agevolare organizzazioni o attività terroristiche²⁰. Come appare immediatamente lampante, i presupposti materiali per l'emanazione del provvedimento di espulsione sono in questo caso del tutto vaghi, per non dire evanescenti; a derivarne, inevitabilmente, è un amplissimo margine di discrezionalità concesso al potere esecutivo, o ai suoi rappresentanti sul territorio, come peraltro confermato dallo stesso Ministero dell'Interno, che ha ammesso sia la "alta discrezionalità amministrativa" del provvedimento in esame, sia la "limitata sindacabilità dello stesso in sede di giurisdizione di legittimità"²¹. A fronte di tale indeterminatezza, le motivazioni delle singole espulsioni, che si ritrovano nei comunicati stampa pubblicati dal Ministero dell'Interno, possono fornire qualche indicazione utile ai nostri fini.

Su tutti, un caso risalente al 2017, in cui l'espulsione di un cittadino marocchino veniva giustificata in quanto questi aveva manifestato un percorso di radicalizzazione²² provato, secondo il relativo comunicato, anche dal fatto che il soggetto si sarebbe rifiutato di prestare giuramento per ottenere la cittadinanza italiana, "confidando ad alcuni connazionali che l'accettazione dello status

¹⁹ Se la pronuncia più certamente evocativa in tal senso è la tanto discussa Cass. pen., Sez. I, 15 maggio 2017, n. 24084 a proposito del porto in pubblico di un pugnale rituale da parte di un fedele sikh, altrettanto interessante è la più recente Cass. pen., Sez. V, 4 agosto 2021, n. 30538, in cui i giudici di legittimità ripercorrono l'evoluzione dei complessivi orientamenti giurisprudenziali in materia di reati culturalmente motivati.

²⁰ In tema, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, sia consentito il rimando ad A. NEGRI, *Radicalizzazione religiosa e de-radicalizzazione laica*, Roma, 2022, pp. 92-97.

²¹ Si tratta delle parole utilizzate dal Ministero in una relazione richiesta dal T.A.R. del Lazio e riportate da E. MAZZANTI, *L'adesione ideologica al terrorismo islamista tra giustizia penale e diritto dell'immigrazione*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 1, 2017, p. 38. D'altra parte, anche lo stesso Consiglio di Stato ha più volte ribadito la limitata sindacabilità del decreto di espulsione in sede di giurisdizione di legittimità. Cfr., per esempio, Cons. Stato, Sez. VI, sentenza n. 88/2006.

²² Il relativo comunicato stampa, datato 26 marzo 2017, è reperibile sul sito internet del Ministero dell'Interno all'indirizzo <https://www.interno.gov.it/it/stampa-e-comunicazione/comunicati-stampa/comunicati-stampa-raccolta-anni-precedenti/espulso-cittadino-marocchino-26deg-nel-2017>.

avrebbe offeso la sua religione e che l'osservanza della Costituzione avrebbe violato i dettami shariatici". Eccoci di fronte, dunque, a un classico conflitto di lealtà, per cui il fedele riconosce superiorità alla propria legge religiosa rispetto a quella, secolare, del Paese di residenza. Anche in questo caso, dunque, le pubbliche autorità non hanno dimostrato di tenere in alcuna considerazione il conflitto sottostante la scelta dell'individuo; anzi, l'hanno persino ritenuto una delle ragioni decisive per irrogare la misura di allontanamento dal Paese.

Ciò che traspare, quindi, è una circostanza per certi versi paradossale: all'intensificarsi dei conflitti di lealtà, per numero e portata, non corrisponde una loro conseguente maggiore presa in carico da parte dell'ordinamento, il quale pare invece trascurare la dimensione del fenomeno in nome dell'esigenza di "ritrovare un patrimonio spirituale e culturale comune, una memoria e un'identità condivise"²³, possibilmente e, così, utopisticamente omogeneo e monolitico.

2. *Una nuova (impropria) concezione di conflitto di lealtà: il minore nella crisi familiare*

Gli stravolgimenti della contemporaneità impongono però allo studioso di estendere lo sguardo oltre il proprio tradizionale campo d'elezione, fino a giungere, in taluni casi, a ripensare i contorni di concetti che gli sono da tempo congeniali.

Quella di conflitto di lealtà, infatti, è un'espressione che oggi conosce la sua maggiore fortuna se utilizzata per designare altro rispetto al passato²⁴, anche nelle aule di tribunale: si tratta di quel dissidio interiore vissuto dal minore nelle crisi familiari, per cui, "intrappolati in una rete di dinamiche disfunzionali, disorientati e confusi", i figli vivono nel timore che dimostrare affetto per un genitore significhi tradire o ferire l'altro e, nel tentativo di allentare le tensioni interne e le pressioni esterne, si allineano in modo più o meno manifesto con uno dei due²⁵.

Si affaccia quindi sulla scena, anche giuridica, come si vedrà più avanti, un nuovo significato di conflitto di lealtà, il quale, d'altra parte, sorge nella sfera familiare, una dimensione cui tali dilemmi non sono del tutto nuovi.

²³ La citazione è tratta (p. 4) da un recentissimo DDL costituzionale di iniziativa parlamentare (n. 617) proposto il 23 marzo 2023 dalla Sen. Biancofiore col titolo "Modifica dell'articolo 7 della Costituzione, in materia di riconoscimento delle radici culturali giudaico-cristiane".

²⁴ C. CASSARDO, *Il conflitto di lealtà*, in *Ricerca psicoanalitica*, anno XXX, n. 3, 2019, pp. 53-68 offre un'interessante e approfondita disamina delle tante accezioni che, in psicoanalisi e persino in capo allo stesso analista, può assumere l'espressione di cui si sta discutendo.

²⁵ Così, L. DELLA GIUSTINA, I. DE RENOCHÉ, *Minori e separazione genitoriale. Conflitto di lealtà e possibili interventi*, in *Minorigustizia*, n. 2, 2018, p. 191.

Se è vero però che in generale le esperienze matrimoniali e familiari riflettono le molteplici affiliazioni “cui fa capo la poliedrica identità individuale”²⁶ e che l’appartenenza alla *polis* nelle società composite e plurali entra giocoforza in competizione anche con i sistemi di valori trasmessi nel nucleo familiare²⁷, nello specifico caso di cui stiamo trattando, quello del conflitto vissuto dal minore²⁸, siamo di fronte a una circostanza ancora più ricca di sfumature. Adottando la definizione classica per cui un ordinamento è connotato da plurisoggettività, normazione e organizzazione²⁹, la famiglia ne costituirebbe infatti pacificamente uno³⁰, ma certamente non di natura comparabile a quello dello Stato o di una confessione religiosa. Parliamo, infatti, di una formazione sociale il cui sistema di regole opera nell’ambito tipico delle comunità intermedie³¹, di cui rappresenta l’esempio massimo, senza per questo collocarsi sul medesimo piano dello Stato o di un suo interlocutore paritario. Il caso che ci occupa, peraltro, non riguarda uno scontro di fedeltà circa l’appartenenza a due ordinamenti, indipendenti, sovrani e originari che siano o meno; concerne, invece, l’affiliazione a due diversi apparati assiologici, di cui si fanno latori i singoli genitori una volta sciolta la loro unione. Tornati monadi, dunque, i due incarnano ognuno un proprio mondo di legami, valori, regole, dando vita a un ulteriore, e inedita, forma di pluralismo per il figlio, scisso tra i due affetti.

Si tratta, quindi, di un conflitto di lealtà che potremmo definire improprio. Quello classico implica, invero, la soggezione a due impianti stabili di doveri, imposti al *civis-fidelis* da ciascuno degli ordinamenti coinvolti. La lealtà si dimostra infatti, anzitutto, con la fedeltà, “costanza di dovere”³² che si risolve in primo luogo nell’adesione a una persona, a un ideale o una causa – in una parola, nell’appartenenza – con le relative conseguenze in termini di condotte da tenere

²⁶ A. MADERA, *Lo scioglimento del matrimonio religiosamente caratterizzato fra tecniche di accomodamento e giurisdizione statale esclusiva (primi spunti di riflessione in prospettiva comparatistica)*, in XXVII, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* (2011), p. 471.

²⁷ Lo notava già L. BACCELLI, *Cittadinanza e appartenenza*, in D. ZOLO (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Roma-Bari, 1999, p. 158.

²⁸ Rileva condivisibilmente P. DI MARZIO, *Il conflitto tra norma giuridica e norma morale, problema della bioetica*, in *Diritto e Religioni*, n. 1, 2009, p. 639, che il problema della scelta dei codici da adottare nel disciplinare la propria condotta si presenta fin dall’adolescenza.

²⁹ Fornita decenni fa da Massimo Severo Giannini; in proposito, recentemente, v. D. MARTIRE, *Pluralità degli ordinamenti giuridici e costituzione repubblicana*, Napoli, 2020, specie p. 53 ss.

³⁰ Già Aldo Moro, in un intervento alla seduta dell’Assemblea costituente del 6 novembre 1946, riportato in U. DE SIERVO, *Il contributo di Aldo Moro alla formazione della Costituzione repubblicana*, in *Il Politico*, Vol. 44, n. 2, 1979, p. 213, nt. 78, sosteneva che “la famiglia ha una sua sfera di ordinamento autonomo nei confronti dello Stato”.

³¹ Sul punto, S. DOMIANELLO, *op. cit.*, p. 105.

³² Così definisce il rapporto di fedeltà alla Repubblica A. MORELLI, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Milano, 2013, p. 192.

nei confronti di ciò a cui ci si lega. La Costituzione, non a caso, richiede ai consociati, all'art. 54, di essere fedeli alla Repubblica e di osservarne le leggi; similmente agiscono gli ordinamenti religiosi, imponendo ai fedeli, per citare solo il caso di quello canonico, l'obbligo di "conservare sempre, anche nel loro modo di agire, la comunione con la Chiesa" e di adempiere "con grande diligenza i doveri cui sono tenuti sia nei confronti della Chiesa universale, sia nei confronti della Chiesa particolare alla quale appartengono, secondo le disposizioni del diritto" (can. 209, §1-§2)³³. L'oggetto di un tradizionale conflitto di lealtà, dunque, è lo scontro tra un'appartenenza necessaria e una volontaria, segnatamente tra obbedienza allo Stato e ai dettami religiosi imposti dalla coscienza individuale³⁴, e di conseguenza tra i relativi doveri che da esse discendono.

Nella nuova ipotesi suesposta, invece, il conflitto, connotato da dinamiche emotive e viscerali, concerne la vicinanza a due sfere puramente affettive, rappresentate plasticamente dai due genitori e dal loro portato etico-valoriale. Più che di conflitto di lealtà tra apparati di obblighi, dunque, questo sembra un puro conflitto di coscienza vissuto dal minore, che però, come si vedrà più avanti, non è per questo privo di conseguenze giuridicamente rilevanti.

Invero, pur palesandosi a un primo sguardo decisamente lontano da quello classicamente inteso dal diritto ecclesiastico, tale conflitto, se osservato con attenzione, rivela rispetto a esso più affinità di quante si pensi. Il minore intrappolato in quello scontro, infatti, è lacerato "fra due diverse visioni della realtà, fra valori non più condivisi", disorientato dal "dover pensare ed agire in base ad idee contrastanti e incompatibili fra loro"³⁵, non differentemente dal *civis-fidelis* scisso tra obbedienza alle norme secolari e ottemperanza ai precetti religiosi. Sulla stessa falsariga, anche le possibili reazioni del bambino evidenziate dalla più attenta psicologia³⁶ a fronte di tale dilemma richiamano quelle ben conosciute a proposito del cittadino-fedele. Così, mentre alcuni minori svilupperanno un'adesione acritica verso un genitore, opponendosi decisamente all'altro – e, secondo il nostro paragone, l'individuo sceglierà di seguire fermamente l'ordinamento sacro o quello profano, pur esponendosi alle sanzioni previste da uno dei due – altri potrebbero tentare soluzioni intermedie, assumendosi il compito, quanto mai complesso, di cercare a tutti i costi di "essere giusti ed equilibrati

³³ Il canone 212 – §1, poi, dispone che "i fedeli, consapevoli della propria responsabilità, sono tenuti ad osservare con cristiana obbedienza ciò che i sacri Pastori, in quanto rappresentano Cristo, dichiarano come maestri della fede o dispongono come capi della Chiesa".

³⁴ Sui connotati della appartenenza religiosa contemporanea sia consentito il richiamo ad A. NEGRI, *op. cit.*, p. 13 ss., anche per la bibliografia *ivi* richiamata.

³⁵ L. DELLA GIUSTINA, I. DE RENOCHÉ, *op. cit.*, pp. 191-192.

³⁶ Incisive, ad esempio, le analisi di L. DELLA GIUSTINA, I. DE RENOCHÉ, *Bambini dentro il contesto di separazione genitoriale; particolari risvolti del conflitto di lealtà*, in *Minorigiustizia*, n. 3, 2015, p. 156 ss.

con entrambi”³⁷. Una dinamica, quella del compromesso, che ricorda, per esempio, il fenomeno della *angrezi shariat*³⁸, quel sistema ibrido di norme costruito dai musulmani britannici combinando la Sharia, per come diffusa principalmente nel subcontinente indiano, con elementi tipici del sistema inglese, così da soddisfare al tempo stesso le esigenze minime dei due ordinamenti³⁹.

Ancora, le stesse modalità con cui il figlio effettua la sua scelta sembrano non differire nella sostanza da quelle cui l’ecclesiasticista è più tradizionalmente avvezzo. Il genitore cui il minore decide di rimanere più vicino può, infatti, essere sì quello verso il quale percepisce una maggiore affinità, anche solo emotiva, ma pure quello “percepito come il più rassicurante”⁴⁰. Si ripropone quindi, seguendo il raffronto che stiamo operando, una dinamica tipica della religiosità attuale, per cui il sacro, col suo universo simbolico ancestrale, è in grado oggi di offrire, sotto forma di “veicolo identitario”⁴¹ un rifugio e una narrazione rassicuranti, anche in chiave emotiva, all’individuo smarrito nelle incertezze della contemporaneità; sarebbe questo, quindi, uno dei motivi di maggiore attrattività dell’esperienza religiosa odierna.

Il tema del conflitto di lealtà, anche con questa nuova accezione, si diceva impropria, di dilemma in capo al minore su quale genitore prediligere, è inevitabilmente carico di conseguenze rilevanti anche da una prospettiva ecclesiasticista. Tra i tanti scontri che possono caratterizzare una crisi familiare, infatti, trovano spazio anche quelli di matrice religiosa⁴², in cui la libertà garantita *ex art. 19 Cost.* riscontra storicamente “una duplice sanzione: di irrilevanza, se riferita alle scelte di fede del genitore in quanto persona; una sanzione invece di rilevanza, seppure indiretta, se riferita alle opzioni religiose della persona in quanto genitore ed ai conseguenti comportamenti verso i figli”⁴³. Ciò a dire che, secondo laicità⁴⁴, la credenza di una madre o di un padre non potrebbe, per

³⁷ *Ivi*, p. 158.

³⁸ A proposito del quale si veda almeno l’opera classica di D. PEARL, W. MENSKI, *Muslim Family Law*, Londra, 1998, *passim*.

³⁹ In materia, cfr. A. NEGRI, *Le Sharia Court in Gran Bretagna. Storia ed evoluzione dei tribunali islamici nel Regno Unito*, in *Stato Chiese plur. conf.*, n. 4, 2018, p. 2 ss.

⁴⁰ L. DELLA GIUSTINA, I. DE RENOCHE, *Bambini dentro il contesto di separazione genitoriale; particolari risvolti del conflitto di lealtà*, cit., p. 159.

⁴¹ Secondo l’opinione, che qui si condivide, di C. LUZZATI, *La non sempre garbata violenza del proselitismo e della propaganda*, in *Quad. dir. e pol. eccl.*, n. 2, 2019, p. 236.

⁴² Indubbiamente tra le “questioni di particolare rilevanza” su cui, in caso di contrasto, ciascun genitore può rivolgersi al giudice ai sensi dell’art. 316 c.c.

⁴³ Così, già più di vent’anni fa, P. FLORIS *Appartenenza confessionale e diritti dei minori. Esperienze giudiziarie e modelli di intervento*, in *Quad. dir. e pol. eccl.*, n. 1, 2000, p. 194.

⁴⁴ Più specificamente, i criteri seguiti nel tempo dalla giurisprudenza sono ricostruiti da D. DURISOTTO, *Educazione e libertà religiosa del minore*, Napoli, 2011, p. 94 ss. e G. CAROBENE, *Af-*

esempio, costituire elemento rilevante ai fini delle decisioni giudiziali in materia di affido, mentre sarebbe in grado di esserlo qualora da questa derivassero condotte pregiudizievoli in concreto per il minore e il suo migliore interesse⁴⁵.

Proprio i *best interests of the child* sono infatti, notoriamente, la stella polare da seguire, nelle aule di tribunale (art. 337 *ter*, comma 2, c.c.), ove siano da adottare provvedimenti che incidono direttamente sulla sua crescita e sul suo sviluppo. Lo ha confermato anche la giurisprudenza di legittimità, quando ha sancito che il perseguimento di tale obiettivo può comportare persino la limitazione di “pratiche o incontri propri di una determinata confessione religiosa (...) ove determini(no) conseguenze pregiudizievoli per il figlio che vi presenzi, compromettendone la salute psico-fisica o lo sviluppo”⁴⁶. Appare pacifica, quindi, la possibilità di limitare la libertà religiosa di madri e padri, qui nella sua estrinsecazione di educare religiosamente il figlio facendolo partecipare alla vita della confessione di appartenenza, in nome di un interesse superiore, che giustificherebbe una altrimenti intollerabile barriera posta a facoltà inviolabili dei genitori⁴⁷.

Senonché individuare in cosa consistano effettivamente detti *best interests* si rivela spesso operazione complessa, data la natura “confusa e ambigua”⁴⁸ del concetto, aperto, come comprensibile che sia, alle letture più variegata e differenziata. La sua assoluta necessità, infatti, di essere valutato in concreto, caso per caso, lo espone inevitabilmente a oscillazioni e indeterminanze in astratto, ben in grado di produrre esiti disomogenei al rischio, però, di una sostanziale imprevedibilità di fondo. Certamente ogni famiglia, anche nella fase della sua crisi, vive dinamiche tutte proprie e personali⁴⁹ e persino all’interno del medesimo nucleo

fidamento condiviso, multireligiosità ed educazione (religiosa) dei minori, in *Stato Chiese plur. conf.*, 15 luglio 2013, *passim*.

⁴⁵ Sul punto, *ex multis*, cfr. Cass. Civ., Sez. VI, 19 luglio 2016, n. 14728.

⁴⁶ Cass. Civ., Sez. I, ord., 30 agosto 2019, n. 21916, riprendendo anche Cass. Civ., Sez. I, 24 maggio 2018, n. 12954. In dottrina, a proposito della pronuncia, v. D. DURISOTTO, *Il contrasto tra i genitori sull'educazione religiosa della prole e il ruolo del minore. Le soluzioni offerte dalla recente giurisprudenza*, in *Quad. dir. e pol. eccl.*, n. 3, 2019, p. 905 ss.

⁴⁷ La letteratura ecclesiasticistica in tema di educazione religiosa dei minori è comprensibilmente sterminata. Senza alcuna pretesa di esaustività e per i soli lavori monografici più recenti, v. R. SANTORO, *Diritti ed educazione religiosa del minore*, Napoli, 2004, D. DURISOTTO, *op. cit.*, S. ANGELETTI, *I minori tra diritto e religione. Libertà religiosa, best interests, educazione*, Bologna, 2022.

⁴⁸ Si riportano qui le parole di L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, n. 1, 2016, p. 87, per cui la sua indeterminatezza comporta che esso, da “contenitore vuoto” funga a volte persino “da *cortina di fumo* che si presta a operazioni mistificatorie, volte a mascherare tutt’altro: altri principi, altri valori, altre scelte di politica del diritto”, talaltre “da *passerpartout*, che consente di donare d’incanto una base oggettiva a qualsiasi decisione che lo evochi, magari neppur motivata in modo chiaro e adeguato” (pp. 105-106).

⁴⁹ Verrebbe qui da citare la grande letteratura e l’incipit di *Anna Karenina* di L. TOLSTOJ, per cui “tutte le famiglie felici si assomigliano fra loro, ogni famiglia infelice è infelice a modo suo”.

il miglior interesse di un figlio, rispetto a quello di un altro della stessa coppia, può meglio essere perseguito con decisioni diverse.

Allo stesso modo, il minore è per definizione un soggetto in evoluzione, al centro di continui cambiamenti e sviluppi, al punto che determinazioni assunte dal giudice in una certa fase della sua vita, avendo in mente i suoi *best interests*, potrebbero, con l'andare del tempo, necessitare di una revisione, mutate le condizioni fattuali che le fondavano. All'aumentare della sua autonomia, però – e qui la nostra riflessione giunge a uno snodo fondamentale – è evidente che debba crescere anche la considerazione delle sue aspirazioni e tendenze, dei suoi desideri e progetti; in una parola, della sua personalità per come si è andata formando. Non sono quindi, i minori, parti formali del giudizio nei procedimenti che li riguardano, ma indubbiamente lo sono sotto il profilo sostanziale, in quanto latori di interessi distinti e autonomi rispetto a quelli dei genitori, persino, a volte, del tutto contrapposti – finanche, potremmo dire, fino a costituire essi una terza monade rispetto alle due incarnate da madre e padre.

Per questo, gli ordinamenti occidentali hanno sempre più promosso la rilevanza dello strumento processuale⁵⁰ dell'ascolto del minore in sede giurisdizionale⁵¹, volto a incentivare un maggiore protagonismo del figlio nelle aule di tribunale e a far sì che dunque il giudice abbia effettivamente contezza delle sue volontà prima di pronunciarsi identificando, di fatto, quali siano i suoi *best interests*. Recentemente, la Corte di Cassazione si è espressa sul punto in maniera inequivocabile anche a proposito di casi in cui il bambino coinvolto abbia un'età inferiore a quella prevista dal codice civile perché gli sorga in capo il diritto all'ascolto⁵²: "l'audizione del minore infradodicescenne, capace di discernimento (...) costituisce adempimento previsto a pena di nullità, in relazione al quale incombe sul giudice un obbligo di specifica e circostanziata motivazione, tanto più necessario quanto più l'età del minore si approssima a quella dei dodici

⁵⁰ Così A. CESERANI, *L'educazione religiosa del minore nella crisi coniugale tra autonomia familiare e intervento del giudice*, in *Dir. eccl.*, nn. 3-4, 2011, pp. 802-803, e non come mezzo di prova né come atto istruttorio, ritiene debba essere considerato l'ascolto del minore nei procedimenti di separazione e divorzio.

⁵¹ In ambito internazionale, la prima fonte in materia, tanto cronologicamente quanto per rilevanza, è la Convenzione di New York sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza del 1989 (art. 12). A livello nazionale, invece, il diritto del minore a essere ascoltato era già previsto, solo però se "strettamente necessario", nella legge sul divorzio (l. 1° dicembre 1970, n. 898, art. 4, comma 8 e art. 6, comma 4), per poi essere introdotto nel codice civile all'art. 155-*sexies* con la l. 8 febbraio 2006, n. 54 sull'affidamento condiviso dei figli ed essere ulteriormente valorizzato con la l. 10 dicembre 2012, n. 219 e il d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154 in tema di filiazione, a seguito dei quali l'art. 315 *bis*, comma 3, c.c., dispone oggi che "il figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici, e anche di età inferiore ove capace di discernimento, ha diritto di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano".

⁵² D'altronde, la ancor più recente Cass. Civ., Sez. I, ord., 7/03/2023, n. 6802 ha evidenziato che "il limite individuato dalla legge di dodici anni è chiaramente soltanto tendenziale".

ci anni, oltre la quale subentra l'obbligo legale dell'ascolto"⁵³. Ciò non toglie, d'altra parte, che l'ascolto del minore, anche ultradodicesimo, possa essere omesso⁵⁴ per ragioni che facciano supporre che procedervi possa essere in contrasto con – ancora una volta – il suo miglior interesse. Non si tratta solamente di casi lampanti, quali quello del rifiuto del minore di essere ascoltato o, ancor più semplicemente, di suoi gravi problemi sanitari, ma, come riporta l'indagine sul diritto all'ascolto promossa dall'Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza, anche quando “il minore vivrebbe l'esperienza come una violazione del patto di lealtà con uno dei due genitori”⁵⁵.

Ecco, quindi, la prima contraddizione generata dal “nuovo” conflitto di lealtà, quello che vede protagonista il figlio scisso tra le due figure genitoriali: da una parte, esso può costituire persino una motivazione su cui fondare l'omissione dell'ascolto del minore⁵⁶, dall'altra, se il fine supremo cui dovrebbero guardare le decisioni giudiziali in materia è il miglior interesse di quest'ultimo, pare impossibile non tenere in adeguata considerazione le sue volontà, anche quando legittimamente orientate alla preferenza verso un genitore e al mondo di valori, affetti e regole di cui questo si fa latore.

3. *L'ascolto del minore alla luce della riforma c.d. Cartabia; conclusioni sul rinnovato protagonismo del conflitto di lealtà*

La centralità dell'ascolto del minore è ben sottolineata dalle recenti modifiche normative. La riforma c.d. Cartabia (d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149) ha invece rivisto la materia, introducendo un autentico codice dell'ascolto del minore. La novella, infatti, oltre ad aver puntualmente disciplinato le modalità con cui procedervi all'art. 473 *bis* 5 c.c., ha modificato l'art. 473 *bis* 4 c.c., rubricato “Ascolto del minore”, prevedendo al primo comma che “il minore che ha compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento è ascoltato dal giudice nei procedimenti nei quali devono essere adottati provve-

⁵³ Così, Cass. Civ., Sez. I, ord., 2 settembre 2021, n. 23804.

⁵⁴ Il secondo comma dell'art. 473 *bis* 4 c.c. sul punto prevede che “il giudice non procede all'ascolto, dandone atto con provvedimento motivato, se esso è in contrasto con l'interesse del minore o manifestamente superfluo, in caso di impossibilità fisica o psichica del minore o se quest'ultimo manifesta la volontà di non essere ascoltato”.

⁵⁵ AUTORITÀ GARANTE PER L'INFANZIA E L'ADOLESCENZA, *Il diritto all'ascolto delle persone di minore età in sede giurisdizionale*, Roma, 2020, p. 65.

⁵⁶ D. CREMASCO, *Conflittualità familiare e affidamento di minori in servizi sociali*, in M. BIANCA (a cura di), *The best interest of the child*, Roma, 2021, p. 811 ricorda appunto come “la modalità con le quali si decide di procedere all'ascolto del minore diventano particolarmente importanti quando (...) ci si trova di fronte a minori molto sofferenti, spesso fortemente inibiti e coartati in quanto incastrati in un lacerante conflitto di lealtà”.

dimenti che lo riguardano”. Si tratta di una “proposizione assertiva”⁵⁷, che non pare lasciare spazio a dubbi di sorta. L’ascolto del minore capace di discernimento costituisce un dovere per il giudice⁵⁸, salvi i già menzionati, nonché normativamente previsti, casi di eccezione, lungo una scia di valorizzazione dell’istituto che trova parziale ridimensionamento solo nei procedimenti in cui si prende atto di un accordo dei genitori relativo alle condizioni di affidamento dei figli, per cui il giudice procederà all’ascolto soltanto se necessario. Simile circostanza concerne esclusivamente i procedimenti non contenziosi di volontaria giurisdizione, nei quali il patto tra genitori in merito alle modalità di affidamento dei figli riveste un ruolo centrale. In queste circostanze, è sancito che il giudice possa sentire il minore unicamente quando essenziale e che la norma, quindi, sia l’omissione dell’atto, mentre l’eccezione, in caso di necessità, sia il suo svolgimento.

In tal caso si assiste, dunque, a uno stravolgimento completo rispetto al sistema ordinario, che invece sempre impone, a meno di circostanze peculiari in senso contrario, la regolarità dell’ascolto. La *ratio legis*, evidentemente, sta nella volontà di tenere al riparo da ulteriori stress il figlio già turbato dalla crisi familiare, qualora i genitori abbiano trovato un accordo sul suo futuro. In tal caso, sembra sottintendersi, padre e madre hanno dimostrato lodevole comunione di intenti, oltre a un certo grado di autoresponsabilità, e il giudice non dovrebbe in linea di principio necessitare la audizione del minore, divenuta così ultronea⁵⁹. Secondo questa falsariga, quindi, anche il conflitto di lealtà – *rectius*, di coscienza – di cui stiamo ora discorrendo perderebbe rilevanza nelle aule di tribunale. Il dilemma che attanaglia il figlio rispetto a quale genitore legarsi maggiormente, che certamente emergerebbe in sede di ascolto del giudice, verrebbe così superato, per certi versi messo a tacere, dal patto genitoriale.

Al di là di qualche perplessità che simile mutamento di prospettiva non può non sollevare – già si è detto in precedenza che gli interessi del figlio possono sempre divergere, quando non addirittura porsi in contrasto, con quelli di uno o di entrambi i genitori – dal punto di vista ecclesiasticistico la materia assume contorni ancora più complessi. Per un minore, essere affidati all’uno o all’altro genitore può infatti significare essere educati in una specifica religione, ovvero

⁵⁷ Così l’ha definita S. TARRICONE, *L’ascolto del minore è garanzia di effettività della tutela giurisdizionale*, in *Famiglia e diritto*, n. 1, 2023, p. 33.

⁵⁸ In verità già tale prima della riforma c.d. Cartabia, come sottolineava F. DANOVÌ, *Ascolto del minore, capacità di discernimento e obbligo di motivazione (tra presente e futuro)*, in *Famiglia e diritto*, n. 11, 2022, p. 997.

⁵⁹ M. PALAZZO, *Il diritto della crisi coniugale. Antichi dogmi e prospettive evolutive*, in *Riv. dir. civ.*, n. 3, 2015, p. 608 ss. sottolineava già qualche anno fa il mutamento di politica legislativa in tal senso e auspicava che dottrina, giurisprudenza e professionisti fossero pronti a recepire tale “visione del diritto come dimensione dell’esperienza che nasce in basso e dal basso, spontaneamente sulla base di regole liberamente poste in essere dalla autonomia degli interessati”.

in nessuna, con tutte le conseguenze, non solo di natura spirituale, che questo comporta: ciò implica, infatti, la frequentazione di luoghi, persone, ambienti che per il giovane, specie in tenera età, possono significare quanto, e persino di più, del patrimonio dottrinale che gli viene impartito. In tema, dunque, sarebbero ancora una volta i genitori, qualora d'intesa, i protagonisti del destino del figlio, il quale non avrebbe nemmeno l'occasione di manifestare in aula le sue scelte sul punto, tanto che siano dettate da reale adesione a una fede, quanto dalla volontà, legittima, di mantenere i contatti con l'ambiente, a tendenza religiosa, in cui ha stretto legami importanti, quanto ancora, più prosaicamente, da maggiore affetto e affinità per uno dei due genitori e, di rimbalzo, per la sua "esperienza religiosa"⁶⁰.

Sottostante, ovviamente, giace il tema dei c.d. patti di religione, e quindi della possibilità che negli accordi di separazione presentati al giudice compaia anche un riferimento, più o meno esplicito, alla istruzione religiosa da impartire, o da non impartire, alla prole. Sennonché, a fronte di episodi figli di una prassi giudiziaria che pare oggi talvolta ammettere statuizioni concordate in tal senso⁶¹, rimangono forti dubbi sull'utilizzo di tale strumento. L'educazione religiosa del minore, infatti, in questo caso oggetto di accordo tra i genitori, "altro non è che il riflesso"⁶² della loro libertà religiosa; costituendo questa un diritto indisponibile e irrinunciabile⁶³ ai sensi dell'art. 19 Cost., quel patto appare evidentemente nullo⁶⁴, in quanto lesivo di prerogative fondamentali non solo, a ben vedere, dei contraenti, ma anche del minore coinvolto.

⁶⁰ Si mutuano qui le parole usate dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 67/2017 per definire il nuovo oggetto della "non indifferenza" il nostro principio di laicità c.d. all'italiana.

⁶¹ È il caso di una separazione omologata dal Tribunale di Modena il 25 settembre 2019 (R.g. 5014/2019), in cui il punto 10 dell'accordo – denominato eloquentemente "patto di lealtà genitoriale" – concerne specificamente le "scelte di natura religiosa" e le due parti si impegnano a non coinvolgere i figli in decisioni di carattere religioso che ne possano modificare gli stili di vita fino al compimento della loro maggiore età, neppure in caso di futura conversione spontanea ad altra fede di uno degli ex coniugi. In materia di accordi sull'educazione religiosa del minore, v. D. DURISOTTO, *Educazione e libertà religiosa del minore*, cit., p. 130 ss.

⁶² Si mutuano qui le parole usate dalla Corte d'Appello di Milano in una pronuncia in materia datata 21 febbraio 2011 e commentata da A. CESERANI, *op. cit.*

⁶³ È appena la pena di notare come lo sia anche il dovere, prima che diritto, di educazione dei figli, sancito dall'art. 30 Cost. In proposito, cfr. B. LIBERALI, (*Prima*) il dovere e (*poi*) il diritto: alla ricerca degli 'ossimori costituzionali' nella cura dei figli, in F. MARONE (a cura di), *La doverosità dei diritti. Analisi di un ossimoro costituzionale?*, Napoli, 2019, p. 241 ss.

⁶⁴ Recentemente, sul punto, v. M. TAMPONI, *L'educazione religiosa del minore nella società multiculturale*, in G. CATALDI, R. MONTINARO (a cura di), *Società multiculturali e diritto delle relazioni familiari*, Napoli, 2021, p. 198, che ravvisa altresì l'inefficacia di tali pattuizioni nei riguardi del minore in forza del principio *res inter alios acta tertio neque nocet neque prodest*. Più classicamente, invece, v. F. FINOCCHIARO, *Confessioni religiose e libertà religiosa nella Costituzione. Art. 7-8 – 19-20*, Bologna-Roma, 1984, pp. 449-450. Sottolineando invece che si trattasse di un'obbligazione non civile, ma puramente morale, il Tribunale di Prato, in una nota sentenza risalente al

Circa i primi, è pacifica l'inclusione nella libertà religiosa dello *jus poenitendi*, tratto tipico della dimensione spirituale, per cui è pacifico che ognuno sia pienamente titolato a cambiare nel tempo la propria appartenenza confessionale e dunque, più ampiamente, a mutare le sue posizioni in materia religiosa. In tal caso, peraltro, vi si affiancherebbe, sovrapponendosi, lo *jus poenitendi* del mondo contrattuale, che attribuisce il diritto di recesso ad una o più parti da un accordo già stipulato. Si tratterebbe, nel caso che si sta esaminando, evidentemente di un recesso *ad nutum*, certo esercitabile senza dovere di motivazione e pienamente discrezionale. Decidere di delegare totalmente all'ex moglie o marito, in altre parole, la sfera dell'esperienza religiosa del figlio, o convenire affinché quest'ultimo non ne viva alcuna, potrebbe costituire al massimo un auspicio dei genitori, certo però privo di effettivo rilievo giuridico.

Non solo, però – si diceva – tali pattuizioni interferirebbero con la libertà religiosa dei genitori; anche, e soprattutto, quella del minore ne risulterebbe lesa. Nessun accordo, nemmeno se pienamente condiviso da padre e madre, può infatti concretizzarsi nell'indebita imposizione coattiva di una qualsivoglia educazione religiosa a suo carico. Ne conseguirebbe una limitazione delle garanzie tutelate dall'art. 19 Cost., che l'ordinamento riconosce certamente, e in primo luogo, anche in famiglia. Conferma ne è la disposizione che prevede il diritto degli studenti delle scuole pubbliche di ogni ordine e grado di scegliere se avvalersi o non avvalersi dell'insegnamento della religione cattolica (d.lgs. 16 aprile 1994, n. 297, art. 310). Come noto, tale decisione viene assunta nella scuola secondaria superiore direttamente dagli studenti, anche minori, e non dai loro genitori, senza peraltro la necessità di addurre alcuna specifica motivazione che la giustifichi.

Si è sostenuto che ciò che rileva nelle aule di tribunale non è l'adesione astratta a una fede da parte di un genitore, bensì le eventuali conseguenze in concreto per il minore derivanti da essa. Ebbene, in una specifica circostanza⁶⁵, la giurisprudenza ha irrogato alla madre che aveva deciso unilateralmente di far frequentare al figlio un percorso di catechesi, nonostante la precedente scelta condivisa con l'ex marito di non imporre alcuna istruzione religiosa al bambino, la mera sanzione dell'ammonimento⁶⁶, valutando in concreto che la sospensione

25 ottobre 1996, aveva respinto l'accordo tra genitori che comportava la rinuncia della madre a istruire i figli nel proprio credo. La pronuncia, commentata, *ex multis*, da V. PALOMBO, *Brevi chiose in tema di educazione religiosa dei figli*, in *Dir. eccl.*, n. 2, 1998, p. 62 ss. e R. SANTORO, *Condizioni della separazione ed educazione religiosa della prole*, in *Dir. fam.*, n. 3, 1998, p. 979 ss., ha dato vita a un acceso dibattito dottrinale, ricostruito da D. DURISOTTO, *Educazione e libertà religiosa del minore*, cit., pp. 138-144.

⁶⁵ Cfr. la già citata C. App. Milano, 21 febbraio 2011.

⁶⁶ Allora, ai sensi dell'art. 709 *ter* c.p.c.; oggi, a seguito della riforma Cartabia, i "provvedimenti in caso di inadempienze o violazioni" sono disciplinati dall'art. 473 *bis* 39 c.p.c.

della frequentazione del catechismo, comparata all'alternativa rappresentata dal completamento di tale formazione, avrebbe cagionato al minore maggiori lesioni dei suoi *best interests*. In tal caso, dunque, la violazione del patto di religione è stata sì punita, ma il giudice si è ben guardato dall'ordinare di ripristinare la situazione a essa previgente, in nome, condivisibilmente, del miglior interesse del bambino.

Ciò che traspare dall'episodio appena riportato, dunque, è quanto proprio i *best interests* del minore prevalgano ineluttabilmente, nella materia di cui ci si sta occupando, persino sulla istanza di un genitore offeso dal mancato rispetto di un accordo, giuridicamente nullo ma moralmente impegnativo, da parte dell'ex coniuge. Se ne evince allora come, in tale specifico ambito, l'ascolto del minore, generalmente promosso dalla riforma Cartabia, rimanga centrale anche quando, in qualche misura, teoricamente limitato. Come dimostrato, infatti, l'accordo tra genitori non può concernere l'educazione religiosa del figlio, il cui ascolto, dunque, rimane l'unico strumento per accertarne le reali aspirazioni, tendenze, sensibilità, al di là di quanto auspicato, magari anche in buona fede, dai genitori. Trattandosi di scelte religiose, infatti, è evidente che l'autodeterminazione del soggetto⁶⁷ sia il punto di partenza fondamentale, conoscibile in concreto, nei casi di crisi familiare, solo mediante l'audizione del minore. L'ascolto di quest'ultimo, quindi, resta essenziale quando il giudice debba pronunciarsi in merito all'educazione religiosa del bambino, in quanto unico effettivo mezzo per dissipare dubbi circa il suo miglior interesse. Solo così, infatti, possono emergere davanti al giudice le sue più intime convinzioni anche spirituali – naturalmente, a patto che la sua età e la sua maturità già gli consentano di assumerne.

È allora il caso di notare che, durante l'ascolto e nella manifestazione di queste convinzioni, il minore può dare indubbiamente libero sfogo al suo personalissimo conflitto di lealtà, esprimendo, per esempio, l'inequivocabile volontà di essere educato nella religione del genitore favorito, animato più dal desiderio di mantenere con questo un rapporto privilegiato, anziché da una reale adesione spirituale alla fede indicata. Ciò, però, non muta il quadro di riferimento. Al potere pubblico ispirato da autentica laicità, intesa come tutela del pluralismo, a sostegno della massima espressione della libertà di tutti⁶⁸, è infatti inibita la possibilità di sindacare nel merito le opzioni in materia spirituale di chiechessia, così come di considerarle più o meno accettabili in nome di una pretesa, nonché autentica, serietà di fondo. La già menzionata scelta di avvalersi o meno dell'insegnamento della religione cattolica nella scuola secondaria superiore, d'altra parte, non implica alcun accertamento da parte dell'istituzione scolastica in me-

⁶⁷ Tema su cui torna proprio A. CESERANI, *op. cit.*, pp. 805-806.

⁶⁸ Come da ultima formulazione del principio supremo, secondo la già menzionata sentenza n. 67/2017 della Consulta.

rito alla sincera distanza dalla fede cattolica di chi sceglie di non avvalersi di tale insegnamento⁶⁹.

Allo stesso modo, dunque, anche la dimostrazione di interesse, o di vicinanza, per una particolare educazione religiosa da parte del minore in aula non può essere oggetto di ulteriore sindacato giurisdizionale volto ad attestarne l'effettiva aderenza a una posizione spirituale, pena l'ingerenza nell'esercizio di un diritto soggettivo personalissimo quale quello alla libertà di coscienza e religione. Ciò che emergerà dall'ascolto, in altre parole, potrebbe quindi indubbiamente essere viziato da condizionamenti genitoriali, oppure costituire diretta conseguenza dell'ambizione del figlio di seguire le orme del genitore prediletto, o persino di compiacere quest'ultimo. In circostanze siffatte ci troveremmo di fronte, quindi, all'estrinsecazione plastica delle conseguenze di un conflitto di lealtà, seppure improprio come quello descritto, manifestate direttamente davanti a un giudice. Il dilemma del minore, del resto, si risolve, in ogni caso, in posizioni pienamente legittime, tanto che siano orientate a un genitore e al suo mondo di valori e regole, quanto all'altro; diversamente, il dissidio tradizionale del *civis-fidelis*, descritto in apertura di questo contributo, può ben comportare conseguenze irrispettose dell'ordinamento giuridico statale, se sciolto nel senso di una preferenza per l'ossequio alla norma religiosa.

Il conflitto di lealtà, dunque, che – si diceva – qualora inteso nell'accezione classicamente nota agli ecclesiasticisti, non pare svolgere un ruolo essenziale agli occhi dei poteri pubblici, venendo anzi ignorato, quando non osteggiato, si ripresenta oggi sulla scena anche giuridica con una nuova veste, legata all'universo delle crisi familiari e al suo sempre crescente pluralismo interno. E con questi inediti abiti può tornare protagonista pure nelle aule di tribunale, condizionando il minore nelle sue scelte in materia religiosa che, come dimostrato, esigono, data la loro natura intima e profonda, di essere ove possibile ascoltate dal giudice, di modo da accertare gli autentici *best interests of the child*.

È lecito quindi immaginare un panorama in cui le due forme di conflitto di lealtà qui prese in considerazione, proprio e improprio, giochino contestualmente ruoli diversi, quasi antitetici. Irrilevante, o persino controproducente per chi lo vive, quello del cittadino-fedele; sempre più fondamentale, a seguito della riforma Cartabia, i cui effetti concreti sono ancora tutti da valutare, quello del minore. Una dimostrazione di come il medesimo concetto, se riletto con lenti nuove, così da ridefinirne gli stessi contorni e da cogliere le sfide e le istanze sollevate dalla contemporaneità pluralistica, possa giuridicamente conoscere nuova linfa.

⁶⁹ In materia, cfr. Corte EDU, 9 gennaio 2008, *Hasan and Eylem Zengin v. Turkey*, su ricorso n. 1448/04.

IL TRATTAMENTO GIURIDICO DEL DOCENTE DI RELIGIONE NEI SISTEMI REGIONALI DI PROTEZIONE DEI DIRITTI UMANI

Tania Pagotto

SOMMARIO: 1. La libertà religiosa: terreno elettivo di *jurisprudential cross-fertilization*. – 2. Parola alla Corte ADU: il caso *Pavez Pavez vs. Chile* (2022). – 3. Parola alla Corte EDU: il caso *Fernández Martínez vs. Spain* (2014). – 4. Limiti e opportunità delle contaminazioni tra sistemi.

1. *La libertà religiosa: terreno elettivo di jurisprudential cross-fertilization*

La Corte interamericana dei diritti dell’Uomo di San José di Costa Rica (Corte ADU) ha pronunciato nel 2022 la sentenza *Pavez Pavez vs. Chile*¹, lungamente attesa in America latina e non solo. Il provvedimento riguarda un tema cruciale per il pluralismo religioso, dal momento che la pronuncia si concentra sulla risoluzione del contratto di lavoro di una docente di religione, assunta in una scuola pubblica, a causa della revoca della certificazione di idoneità all’insegnamento della religione da parte dell’autorità ecclesiastica.

Il caso è meritevole di attenzione per almeno due profili: innanzitutto, per la prima volta nella sua giurisprudenza, la Corte ADU si è addentrata nel cuore della libertà di religione e dell’autonomia confessionale. La dimensione collettiva della libertà religiosa, nel caso di specie, si è collocata al crocevia con il diritto individuale a non subire discriminazioni fondate sull’orientamento sessuale, il diritto al lavoro e all’accesso al pubblico impiego in condizioni di uguaglianza e, infine, il diritto ad un equo processo e a un contraddittorio effettivo².

¹ Corte ADU, *Pavez Pavez vs. Chile*, 4 febbraio 2022 su ricorso n. fasc. 449 (Ser. C).

² Per due autorevoli commenti, si vedano, *ex multis*, J. MARTÍNEZ-TORRÓN, M.J.V. ESTARELLAS, *Consideraciones sobre el caso Sandra Cecilia Pavez Pavez c. Chile a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el estatus de los profesores de religión católica en centros de enseñanza públicos*, in *Revista Latinoamericana de Derecho y Religión*, Número especial 2022, 2022, p. 1 ss.; J.G. NAVARRO FLORIA, *Libertad religiosa y educación en el sistema intera-*

Il secondo motivo di interesse inerisce al *modus operandi* con cui sono state presentate alcune delle ragioni a sostegno della decisione finale. La Corte di San José ha utilizzato *ad adiuvandum* due pronunce aventi ad oggetto circostanze analoghe al caso in questione, su cui si erano già pronunciate altre autorevoli Corti: la Corte suprema degli Stati Uniti d'America, con *Hosanna-Tabor vs. Equal Employment Opportunity Commission*³, e la Corte europea dei diritti dell'Uomo (Corte EDU), con *Fernández Martínez vs. Spain*⁴.

La letteratura che analizza la circolazione dei precedenti e il dialogo tra le corti definisce questo tipo di operazione argomentativa come “cross-reference”. La citazione incrociata consiste in un rinvio espresso, informale e non vincolante che una corte opera nei confronti di un precedente emesso da un'altra corte o di un'argomentazione avanzata da un altro tribunale, organi che non sono necessariamente parti del sistema giudiziario di un determinato ordinamento⁵.

Il *cross-reference* è uno tra i tanti strumenti⁶ che testimoniano una crescente sinergia e fiducia reciproca tra corti, tribunali e organi quasi-giurisdizionali di vari ordinamenti, sistemi, ordini e gradi⁷. Nel loro comune tentativo di offrire giustizia ed esercitare la funzione di *ius dicere*, i giudici internazionali, regionali

americano de Derechos Humanos: primeras notas sobre la sentencia del caso “Pavez vs. Chile”, in Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado, 59, 2022, p. 1 ss. La Corte, in precedenza, era stata chiamata a pronunciarsi su un caso relativo anche alla libertà religiosa ma aveva emesso la sua sentenza solo sulla base della libertà di espressione: si veda Corte ADU, “*The Last Temptation of Christ*” (*Olmedo-Bustos et al.*) vs. Chile, 5 febbraio 2001 su ricorso n. fasc. 73 (Ser. C).

³ Supreme Court of the United States, 11 gennaio 2012, *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School vs. EEOC*, su ricorso n. 565 US (2012).

⁴ Corte EDU, Grande Camera, 12 giugno 2014, *Fernández Martínez vs. Spain*, su ricorso n. 56030/07; si vedano i commenti di G. RAGONE, *Enti confessionali e licenziamento ideologico. Uno sguardo alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Eph. iuris can.*, 54, 1, 2014, p. 199 ss.; M. TOSCANO, *La discriminazione religiosa del lavoratore nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Quad. dir. e pol. eccl.*, 1/2013, 2013, p. 43 ss. Mette in comparazione le due corti, Corte EDU e Corte suprema degli Stati Uniti, P. ANNICCHINO, *Il conflitto tra il principio di autonomia dei gruppi religiosi ed altri diritti fondamentali: recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti e della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Quad. dir. e pol. eccl.*, 1, 2013, p. 55 ss.

⁵ G. AJANI, B. PASA, D. FRANCAVILLA, *Diritto comparato: Lezioni e materiali*, Torino, 2018. Si rimanda soprattutto al Capitolo 2, p. 45 ss., avente ad oggetto, tra gli altri, trapianti giuridici, flussi e la circolazione dei precedenti.

⁶ Daniele Ferrari, mutuando le teorie di Kristine Henrard, descrive che la sinergia tra sistemi e ordinamenti può avvenire secondo vari strumenti, che vanno aldilà dell'*express cross-referencing*, quali riferimenti impliciti (*substantive convergences*) ed analoghi metodi di lavoro (*emergence of similar working methods*): D. FERRARI, *Lo status di rifugiato religioso nel diritto internazionale ed europeo: la sinergia tra Nazioni Unite, Unione Europea e Consiglio d'Europa*, in *Revista de Investigación de la Cátedra Internacional conjunta Inocencio III*, 1, 12, 2021, p. 149 ss.

⁷ A. CANÇADO TRINDADE, *The Continuity of Jurisprudential Cross-Fertilization in the Case-Law of International Tribunals in their Common Mission of Realization of Justice*, in *The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence*, 2018, p. 274 ss.

e nazionali sarebbero idealmente proiettati verso una “sfera pubblica giudiziaria transnazionale”, luogo in cui non solo subirebbero una contaminazione di idee e ragionamenti (c.d. “cross-fertilization”) ma anche sarebbero agevolati nella formazione di comuni opinioni e buone prassi⁸.

Il dialogo tra corti è un fenomeno noto da tempo in Europa⁹: la singolare organizzazione inter e sovra nazionale del sistema giuridico europeo, caratterizzato dalla compresenza di due corti e di due differenti sistemi, dell’Unione europea e del Consiglio d’Europa, rende possibile un serrato confronto tra Strasburgo, Lussemburgo e le corti degli ordinamenti nazionali, sebbene non sempre si tratti di un dialogo proficuo o efficace¹⁰.

È necessario aggiungere, poi, che la fertilizzazione di idee e argomentazioni giurisprudenziali avviene anche tra diversi sistemi regionali di protezione dei diritti umani: anzi, “il concetto di *cross-fertilization*, suggerendo un’evoluzione interna che investe l’elemento culturale e di dialogo fra giudici e dottrina [...], sembra rendere meglio i fenomeni di imitazione e convergenza propri degli spazi giuridici sovranazionali”¹¹ e internazionali¹².

A questo proposito, è stato individuato un cordone transoceanico che, ormai da tempo, collega il sistema di Strasburgo, governato dalla Convenzione EDU del 1950, e il sistema di San José di Costa Rica, retto dalla Convenzione americana dei diritti dell’Uomo del 1969 (CADU), conosciuta anche come Patto di San José¹³. Per citare soltanto alcuni dati, è stato stimato che circa la metà della

⁸ K. TRAISBACH, *A transnational judicial public sphere as an idea and ideology: Critical reflections on judicial dialogue and its legitimizing potential*, in *Global Constitutionalism*, 10, 1, 2021, p. 186 ss.

⁹ La dottrina, peraltro, ne evidenzia luci e ombre: si vedano tra i tanti, M. ARCARI, S. NINATTI, *Interlegalità e contro-costituzionalismo. Il (difficile) dialogo tra la Corte Europea dei diritti dell’uomo e le Corti Supreme nazionali*, in E. CHITI, A. DI MARTINO, G. PALOMBELLA (a cura di), *L’era dell’interlegalità*, Bologna, 2022, p. 157 ss.; F. BIONDI, *Quale dialogo tra le Corti?* in *Federalismi.it*, 18, 2019, p. 1 ss.; A. BARAGGIA, *La tutela dei diritti in Europa nel dialogo tra corti: “epifanie” di una Unione dai tratti ancora indefiniti*, in *Riv. AIC*, 2, 2015, p. 1 ss.; A. RUGGERI, *Dialogo tra le Corti e tecniche decisorie, a tutela dei diritti fondamentali*, in *Federalismi.it*, 24, 2013, p. 1 ss.

¹⁰ C’è da dire, infatti, che tale operazione di *cross-referencing* non è sempre puntuale e, spesso, costituisce ragione di interpretazioni divergenti: basti pensare alle posizioni delle due Corti in relazione alle questioni che intercettano la libertà religiosa e che promanano dalla diversità, strutturale e storica, che caratterizza i due sistemi. Per un confronto tra i due sistemi si veda N. MARCHESI, *La libertà religiosa nella giurisprudenza delle Corti europee*, in *Stato Chiese plur. conf.*, 33, 2019, p. 46 ss.

¹¹ G. AJANI, B. PASA, D. FRANCAVILLA, *Diritto comparato: Lezioni e materiali*, cit., p. 50 ss.

¹² Per un interessante studio comparato sui tre sistemi regionali di protezione dei diritti umani (europeo, interamericano e africano), si veda L. CAPPUCCIO, A. LOLLINI, P. TANZARELLA (a cura di), *Le corti regionali tra Stati e diritti: i sistemi di protezione dei diritti fondamentali europeo, americano e africano a confronto*, Napoli, 2012.

¹³ Sul sistema di San José si vedano per tutti L. CAPPUCCIO, P. TANZARELLA (a cura di), *Commentario alla prima parte della Convenzione americana dei diritti dell’uomo*, Napoli, 2017; P. TANZARELLA, *Il sistema interamericano di protezione dei diritti umani nella prassi della Corte di San*

giurisprudenza interamericana presenta nel suo *reasoning* un riferimento espresso e incrociato a sentenze già emesse dalla Corte di Strasburgo¹⁴, mentre il fenomeno in senso contrario avviene in misura assai più limitata¹⁵.

Cross-fertilization (la reciproca contaminazione tra idee e argomentazioni) e *cross-reference* (la circolazione e la citazione dei precedenti giurisprudenziali) tra sistemi regionali di protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali coinvolgono anche la libertà religiosa. Autorevole dottrina ha infatti rilevato che la libertà religiosa, tanto per il suo respiro universale ed ecumenico, quanto per il *reviverment* religioso che si è registrato negli ultimi decenni e su scala globale, ben si presta ad essere utilizzata come chiave di lettura per individuare gli itinerari delle relazioni tra i vari sistemi, considerando “innegabile che la materia in esame rappresent[i] un potenziale ambito per la cd. *cross-fertilization*”¹⁶.

Collocandosi nell'alveo del quadro teorico appena tratteggiato, il presente contributo segue un percorso di ricerca che, dapprima, si concentra sui tratti salienti del caso *Pavez Pavez vs. Chile*, illustra successivamente la struttura del *cross-reference* effettuato dalla Corte ADU e, infine, conclude che la tenuta di tale operazione argomentativa non è soddisfacente, tenuto conto tanto della diversità strutturale dei due sistemi di protezione dei diritti umani, quanto delle differenti categorie giuridiche utilizzate dalle due Corti.

José, in *Astrid*, 1, 2010, p. 1 ss. Sul sistema di Strasburgo si veda, per tutti e per un focus sulla libertà religiosa, M. TOSCANO, *Il fattore religioso nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Pisa, 2018; S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012 (in particolare il commento all'art. 9); R. MAZZOLA (a cura di), *Diritto e religione in Europa. Rapporto sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di libertà religiosa*, Bologna, 2012. Mettono in dialogo i due sistemi L. CASSETTI, C. LANDA ARROYO, A. DI STASI (a cura di), *Diritti e giurisprudenza. La Corte interamericana dei diritti umani e la Corte europea di Strasburgo*, Napoli, 2014.

¹⁴A. DI STASI, *Il diritto all'equo processo nella CEDU e nella Convenzione americana sui diritti umani: analogie, dissonanze e profili di convergenza giurisprudenziale*, Torino, 2012, p. 7, in particolare nota 2; R.M. FREIRE SOARES, *Il sistema inter-americano di protezione dei diritti umani*, in *Dem. e sic.*, 2, 2011, p. 2.

¹⁵T. GROPPI, A.M. LECIS COCCO-ORTU, *Le citazioni reciproche tra la Corte europea e la Corte interamericana dei diritti dell'uomo: dall'influenza al dialogo*, in *federalismi.it*, 19, 2013, p. 1 ss. Altri autori descrivono una migrazione “monodirezionale”, dal sistema europeo a quello interamericano, che avviene grazie alla citazione di casi *ad adiuvandum*: A. DI STASI, *La Corte interamericana e la Corte europea dei diritti dell'uomo: da un trans-regional judicial dialogue ad una cross-fertilization?* in L. CASSETTI, A. DI STASI, C. LANDA ARROYO (a cura di), *Diritti e giurisprudenza. La Corte interamericana dei diritti umani e la Corte europea di Strasburgo*, cit., p. 1 ss. Per un esempio in senso contrario, in cui la Corte di Strasburgo importa precedenti dalla Corte ADU, si veda R.G. CONTI, *Il diritto alla verità nei casi di gross violation nella giurisprudenza Cedu e della Corte interamericana dei diritti umani*, in *Ques. giust.*, 1, 2019, p. 432; sia consentito rinvio anche a T. PAGOTTO, C. CHISARI, *Il riconoscimento del diritto alla verità dall'America latina all'Europa. Evoluzioni e prospettive di un diritto in via di definizione*, in *Riv. dir. comp.*, 2, 2021, p. 57 ss.

¹⁶S. NINATTI, *La libertà religiosa nel bilanciamento con altri diritti di fronte alle Corti europee. Note a margine del caso Bouton e LF c. SCRL*, in *Stato Chiese plur. conf.*, 5, 2023, p. 139.

2. Parola alla Corte ADU: il caso *Pavez Pavez vs. Chile* (2022)

Le circostanze del caso *Pavez Pavez vs. Chile* appariranno certamente familiari agli occhi dei giuristi europei. La ricorrente Cecilia Pavez Pavez, da oltre vent'anni docente di religione in una scuola pubblica del Cile, si è rivolta alla Corte di San José dopo essere stata revocata dall'incarico educativo ed essere stata successivamente promossa a una posizione dirigenziale. La ragione del cambiamento di mansioni consiste nella mancata conferma del certificato di idoneità all'insegnamento, sopraggiunta dopo che la Diocesi era venuta a conoscenza del suo orientamento sessuale.

Il certificato di idoneità (*certificado de idoneidad*) è richiesto ai sensi del Decreto n. 924 del 12 settembre 1983 del Ministero dell'educazione cileno, atto che regola le lezioni bisettimanali e facoltative di religione all'interno del *currículum studiorum*, impartite in istituti scolastici pubblici e privati da parte di una dozzina di comunità religiose¹⁷. Al pari di quanto avviene in numerosi ordinamenti europei, in particolare concordatari, anche il Decreto cileno prevede che il possesso del certificato di idoneità, rilasciato e non revocato dalla corrispondente autorità religiosa, costituisca presupposto necessario e condizionante il perfezionamento del rapporto di lavoro subordinato tra l'insegnante e il Ministero dell'istruzione, nel caso di scuole pubbliche, o il competente dirigente scolastico, nel caso di istituti educativi privati¹⁸.

La disciplina deve essere letta alla luce del più ampio sistema costituzionale cileno, in cui il principio di separazione tra lo Stato e la Chiesa è stato suggellato sin dalla Costituzione del 1925 ed è stato riconfermato dall'attuale testo costituzionale, entrato in vigore nel 1980. Le prime Carte costituzionali, emanate a ridosso della proclamata indipendenza dalla Spagna (1818), eleggevano il Cattolicesimo a religione ufficiale della Repubblica cilena¹⁹. A partire dalla Costituzione del 1925 e grazie al riconoscimento della libertà religiosa e di coscienza come diritto fondamentale del singolo e delle confessioni religiose²⁰, il Cile ha aderito a un regime di separazione formale tra lo Stato e i gruppi religiosi, non giungen-

¹⁷ Tra cui la comunità anglicana, avventista, baha'i, buddista, cattolica, ebraica, evangelica, luterana, metodista, ortodossa, presbiteriana.

¹⁸ Ministerio de educación pública, Decreto núm. 924, *Reglamenta clases de religion en establecimientos educacionales*, 12 de Septiembre de 1983, art. 9. Cfr. *Pavez Pavez vs. Chile*, cit., par. 17.

¹⁹ Si. v., ad esempio, l'art. 5 della Costituzione cilena del 1833.

²⁰ Si veda, ad esempio, l'art. 20, comma 6, della Costituzione cilena del 1980 (attualmente in vigore): "La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público. Las confesiones religiosas podrán erigir y conservar templos y sus dependencias bajo las condiciones de seguridad e higiene fijadas por las leyes y ordenanzas. Las iglesias, las confesiones e instituciones religiosas de cualquier culto tendrán los derechos que otorgan y reconocen, con respecto a los bienes, las leyes actualmente en vigor. Los templos y sus dependencias, destinados exclusivamente al servicio de un culto, estarán exentos de toda clase de contribuciones".

do mai a stipulare un concordato con la Chiesa cattolica o vari accordi con le altre confessioni religiose²¹.

Il separatismo costituzionale cileno non ha tuttavia ostacolato lo sviluppo e la protezione giuridica dell'autonomia delle chiese e delle organizzazioni religiose: questo principio costituisce non solo un corollario della dimensione collettiva della libertà religiosa e di culto, costituzionalmente protette²², ma è anche oggetto di speciale regolamentazione oggetto di norme di rango sub-costituzionale e adottate in via unilaterale dal Cile. L'art. 7 della legge n. 19638 del 1° ottobre 1999 riconosce ai gruppi religiosi molteplici facoltà, tra cui quelle di "stabilire la propria organizzazione interna e la propria gerarchia; formare, nominare, eleggere e designare le persone appropriate alle posizioni e alle gerarchie e di determinare le loro denominazioni"²³.

Alcune forme di cooperazione tra lo Stato e i gruppi religiosi prendono avvio nell'ambito dell'insegnamento della religione nel sistema di educazione cileno pubblico e privato, in cui sono previste lezioni bisettimanali e facoltative di religione, secondo un particolare riparto di competenze e responsabilità: allo Stato è riservata l'approvazione dei programmi scolastici²⁴, alle autorità religiose spetta il potere di certificare l'idoneità dei docenti incaricati dell'insegnamento²⁵ e, infine, ai singoli istituti scolastici compete l'assunzione del docente, dopo aver contattato le autorità religiose che segnalano i nominativi degli insegnanti.

Il caso *Pavez Pavez vs. Chile* si innesta all'interno di questo quadro giuridico: il competente Vicariato diocesano, informato dell'orientamento sessuale di Cecilia Pavez, ha revocato il certificato di idoneità all'insegnamento, motivando la decisione sulla base della rottura dell'obbligo di lealtà che, secondo l'autorità ecclesiastica, attiene non solo all'adesione dell'insegnante alla dottrina cattolica ma anche alle sue private scelte di vita, che dovrebbero essere coerenti con gli insegnamenti oggetto di trasmissione²⁶.

Non avendo ottenuto giustizia innanzi alle Corti nazionali, la Pavez si è dapprima rivolta alla Commissione interamericana di Washington: a differenza del sistema di Strasburgo, infatti, l'accesso alla Corte ADU non è diretto ma è mediato dal filtro preliminare della Commissione. Quest'ultima può rimettere il ca-

²¹ A.M. CELIS BRUNET, *Cile*, in J.G. NAVARRO FLORIA, D. MILANI (a cura di), *Diritto e religione in America Latina*, Bologna, 2010, p. 153.

²² Art. 19, comma 6, della Costituzione cilena: si veda il testo riportato *supra*, alla nota 20.

²³ Ley núm 19638, *Establece normas sobre la constitucion juridica de las iglesias y organizaciones religiosas*, 1 Octubre 1988, art. 7. Cfr. *Pavez Pavez vs. Chile*, cit., par. 18.

²⁴ Ley núm 19638, cit., art. 6 e art. 7.

²⁵ Ley núm 19638, cit., art. 9.

²⁶ *Pavez Pavez vs. Chile*, cit., par. 22–28. Cfr. anche il Canone 804 del Codice di Diritto canonico.

so alla Corte di San José²⁷ che, a sua volta, emette sentenze inappellabili, pronunciate in applicazione della Convenzione interamericana e dei relativi Protocolli aggiuntivi²⁸. Nel caso di specie, la Commissione di Washington ha concluso che il trattamento giuridico a cui la docente era stata sottoposta (la revoca della docenza e l'adibizione a un incarico dirigenziale) integrasse una violazione di numerose disposizioni del Patto di San José, tra cui il diritto alla vita privata e all'autonomia²⁹, il principio di uguaglianza e non discriminazione³⁰, il diritto all'accesso al servizio pubblico in condizioni di uguaglianza³¹, il diritto al lavoro³², e il diritto ad ottenere decisioni motivate e alla tutela giurisdizionale³³.

Lo Stato resistente, da parte sua, ha avanzato una serie di difese ritagliate sul rispetto della libertà religiosa nella sua dimensione collettiva (art. 12 CADU)³⁴, sottolineando che la disposizione protegge anche l'autonomia dei gruppi religiosi nella scelta degli insegnanti di religione, che deve avvenire liberamente e senza

²⁷ Un sistema analogo vigeva nel sistema del Consiglio d'Europa prima dell'entrata in vigore del Protocollo n. 11, che, tra le altre cose, ha abolito la Commissione europea e ha istituito una Corte unica e permanente con sede a Strasburgo, a cui hanno accesso persone, gruppi di persona, società o ONG. La Commissione di Washington ha poteri di inchiesta, osservazioni in loco e *country reports* ed è destinataria di denunce aventi ad oggetto asserite violazioni dei diritti e delle libertà proclamate dalla Dichiarazione interamericana. In questo caso, dopo aver verificato i requisiti minimi di ammissione del ricorso, la Commissione ha a disposizione più opzioni: tentare di comporre in maniera amichevole la controversia (*informe preliminar*); inviare delle raccomandazioni allo Stato, assegnando un termine per l'adempimento e, nel caso di inosservanza, elaborare un *informe definitivo*. M. CARDUCCI, *Il difficile confronto tra Europa e America latina su diritto giurisprudenziale e tutela multiordinamentale dei diritti fondamentali*, in *federalismi.it*, 4, 2013, p. 1 ss.; L. CAPPUCCIO, *La Corte interamericana e la protezione dei diritti fondamentali: una bussola per gli stati*, in L. CAPPUCCIO, A. LOLLINI, P. TANZARELLA (a cura di), *Le corti regionali tra Stati e diritti: i sistemi di protezione dei diritti fondamentali europeo, americano e africano a confronto*, cit., p. 123 ss.; L. CASSETTI, *Il diritto di vivere con dignità, nella giurisprudenza della Corte Interamericana dei diritti umani*, in *Federalismi.it*, 2010, p. 1 ss.

²⁸ Si rimanda alla letteratura cit. alle note 13 e 43.

²⁹ Art. 11 della Convenzione ADU.

³⁰ Art. 24 della Convenzione ADU.

³¹ Art. 23 della Convenzione ADU.

³² Art. 26 della Convenzione ADU.

³³ Art. 8 della Convenzione ADU. Si vs. *Pavez Pavez vs. Chile*, cit., parr. 34-41.

³⁴ La norma dispone che: "1. Ognuno ha diritto alla libertà di coscienza e religione. Tale libertà include la libertà di mantenere o di cambiare la propria religione o credo, nonché la libertà di professare o di diffondere la propria religione o il proprio credo, sia individualmente sia insieme ad altri, in pubblico o in privato. 2. Nessuno deve essere soggetto a limitazioni che possano compromettere la libertà di conservare o cambiare la religione o il credo. 3. La libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo può essere soggetta solo alle limitazioni prescritte dalla legge e necessarie a proteggere la sicurezza, l'ordine, la salute o la morale pubblica o gli altrui diritti o libertà. 4. I genitori o chi ne ha la custodia, secondo i casi, hanno il diritto di curare l'educazione religiosa e morale dei figli o dei minori loro affidati, secondo le proprie convinzioni".

interferenze statali. Il gradimento ecclesiastico, perciò, rappresenta una concreta estrinsecazione del rispetto dell'autonomia confessionale: risponde all'interesse delle comunità religiose di mantenere una certa coerenza interna, individuando i docenti ritenuti idonei non solo per l'abilità di impartire l'insegnamento in conformità alla dottrina della comunità religiosa di appartenenza, ma anche dal punto di vista della capacità di offrire una testimonianza di vita³⁵.

Sulla scia di quanto aveva prospettato la Commissione, anche la Corte interamericana ha ritenuto violate le disposizioni a tutela del principio di uguaglianza e non discriminazione, del diritto al rispetto della vita privata e familiare, del diritto al lavoro e dei diritti a eque garanzie e protezioni giurisdizionali³⁶. Per quanto riguarda il principio di autonomia delle confessioni religiose, invece, la Corte ha riconosciuto correttamente che lo strumento del certificato di idoneità degli insegnanti di religione non sarebbe di per sé contrario alla Convenzione, ma "può anzi costituire uno dei vari modi per incorporare nel diritto interno le disposizioni dell'art. 12, comma 4", relativo ai diritti parentali a impartire un'educazione religiosa ai figli³⁷.

I giudici di San José hanno tuttavia rilevato che il Decreto n. 924 del 1983, recante norme in tema di insegnamento della religione nelle scuole cilene, delega *incondizionatamente* alle comunità religiose il potere di concedere i certificati di idoneità all'insegnamento, senza che vi sia un chiaro meccanismo per sottoporre il gradimento ecclesiastico ad un riesame. In questo senso, conferendo ai gruppi religiosi competenze tipiche dei pubblici poteri, le comunità confessionali "esercitano un atto che è direttamente attribuibile allo Stato"³⁸.

Inoltre, alcune caratteristiche del rapporto di impiego dell'insegnante di religione, che presta servizio "all'interno dell'istruzione pubblica, in una scuola pubblica e sovvenzionato da fondi pubblici", hanno concorso a riconoscere nelle mansioni della lavoratrice la natura della pubblica funzione. In conseguenza di tale impostazione, non solo la Corte di San José ha ritenuto che la garanzia di accesso al pubblico impiego a condizioni di assoluta uguaglianza e imparzialità fosse preminente rispetto all'autonomia religiosa e alla confessionalità dell'insegnamento, ma anche ha escluso l'operatività di una cosiddetta "eccezione ministeriale".

Si tratta di una dottrina giuridica che la Corte di San José mutua espressamente dalla giurisprudenza statunitense, sebbene l'istituto sia conosciuto anche da altri ordinamenti e sistemi³⁹. Secondo la *ministerial exception*, i rapporti di

³⁵ *Pavez Pavez vs. Chile*, cit., par. 43-46.

³⁶ Le disposizioni puntuali sono cit. alle note 29 ss.

³⁷ *Pavez Pavez vs. Chile*, cit., par. 97.

³⁸ *Ibidem*, par. 96.

³⁹ Per quanto riguarda il diritto dell'Unione europea, la Direttiva 2000/78/CE introduce alcune deroghe alla parità di trattamento del lavoratore a favore di chiese e organizzazioni il cui orien-

lavoro intercorrenti tra le istituzioni religiose e i “ministri” da loro assunti o designati godrebbero di uno schermo che li protegge dall’applicazione del diritto antidiscriminatorio, in virtù di una deroga alla parità di trattamento dei lavoratori posta in essere in favore delle organizzazioni ideologicamente orientate⁴⁰. Nel caso in esame, l’applicazione di tale dottrina sarebbe esclusa in quanto l’insegnamento della religione non costituirebbe una questione interna ai gruppi religiosi, legata al funzionamento delle comunità confessionali, bensì una pubblica funzione espletata all’interno del sistema di istruzione statale⁴¹.

Il ragionamento della Corte ADU è piuttosto immediato e incisivo: la possibilità che le autorità religiose scelgano gli insegnanti di educazione religiosa non costituisce un potere riconosciuto in capo ai gruppi religiosi, derivante dalla loro autonomia⁴². Piuttosto, sembra essere concepito come una mera conseguenza

tamento ideologico sia fondato sulla religione o sul credo. Per la giurisprudenza più recente si vedano CGUE, Grande Camera, 17 aprile 2018, causa C-414/16, *Vera Egenberger c. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV*; CGUE, Grande Camera, 11 settembre 2018, Causa C-68/17, IR c. JQ. In dottrina si rimanda in particolare al fascicolo monografico n. 1/2013 di *Quad. dir. e pol. eccl.*, intitolato *Diversi e uguali nella fede. Discriminazioni per ragioni religiose nella organizzazione del lavoro* e, in particolare, J. PASQUALI CERIOLI, *Parità di trattamento e organizzazioni di tendenza religiose nel «nuovo» diritto ecclesiastico europeo*, in *ivi*, p. 71 ss. Più recentemente, invece, si vedano A. LICASTRO, *Principio europeo di non discriminazione religiosa e approcci nazionali alla “neutralità” del pubblico dipendente*, in *Stato Chiese plur. conf.*, 12, 2023, p. 27 ss.; P. FLORIS, *Organizzazioni di tendenza religiosa tra Direttiva europea, diritti nazionali e Corte di giustizia UE*, in *ivi*, 12, 2019, p. 1 ss.; M.E. GENNUSA, *Libertà religiosa collettiva e principio di non discriminazione nel sistema ‘costituzionale’ dell’Unione europea*, in *ivi*, 2, 2019, p. 1 ss.; N. COLAIANNI, *Divieto di discriminazione religiosa sul lavoro e organizzazioni religiose*, in *ivi*, 18, 2018, p. 1 ss. e il contributo di A. CUPRI in questa Curatela.

Per la Corte EDU, invece, si vedano Corte EDU, 3 febbraio 2011, *Siebenhaar vs. Germany*, su ricorso n. 18136/02; Corte EDU, 23 settembre 2010, *Obst vs. Germany*, su ricorso n. 425/03; Corte EDU, 23 settembre 2010, *Schüth vs. Germany*, su ricorso n. 1620/03. In dottrina, *ex multis*, G. RAGONE, *Enti confessionali e licenziamento ideologico. Uno sguardo alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, cit.; M. TOSCANO, *La discriminazione religiosa del lavoratore della giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell’Uomo*, cit.; A. BETTETINI, *Identità religiosa del datore di lavoro e licenziamento ideologico nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in *Dir. um. e dir. int.*, 2, 2011, p. 329. Mette in comparazione la Corte EDU e la Corte suprema degli Stati Uniti, P. ANNICCHINO, *Il conflitto tra il principio di autonomia dei gruppi religiosi ed altri diritti fondamentali: recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti e della Corte europea dei Diritti dell’Uomo*, cit.

⁴⁰ La Corte mutua questo concetto da *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School vs. EEOC*, cit.; si vedano i commenti di M. VENTURA, *L’eccezione ministeriale in Hosanna-Tabor. Dall’ingerenza visibile all’ingerenza invisibile*, in P. ANNICCHINO (a cura di), *La Corte Roberts e la tutela della libertà religiosa negli Stati Uniti d’America*, European University Institute, Firenze, 2017, p. 66 ss. e L.P. VANONI, *Discriminazione sul luogo di lavoro e autonomia delle organizzazioni religiose in USA: il caso Hosanna Tabor Evangelical Lutheran Church and School V. EEOC*, in *Riv. Aic*, 2, 2012, p. 1 ss.

⁴¹ *Pavez Pavez vs. Chile*, cit., par. 128.

⁴² *Ibidem*, par. 115.

del particolare assetto delle norme statali che concorrono a tratteggiare il modello costituzionale prescelto da ciascuno degli Stati che hanno ratificato la Convenzione ADU e hanno aderito al sistema dell'Organizzazione degli Stati americani (OAS)⁴³. Di conseguenza, il margine di autonomia concesso alle comunità religiose, in virtù dell'art. 12 della Convenzione ADU, non può di certo essere assoluto, dal momento che i poteri riguardanti la concessione del certificato di idoneità all'insegnamento della religione "devono essere adattati agli altri diritti e obblighi vigenti in materia di uguaglianza e non discriminazione"⁴⁴.

Secondo la Corte, da una parte, il riconoscimento di rilevanza nell'ordinamento civile al certificato di idoneità emesso dalle autorità religiose deve essere sempre accompagnato dalla garanzia di un giudice e di un processo, ovvero di un riesame equo e imparziale innanzi ad organi terzi e indipendenti dello Stato. Dall'altra parte, l'origine del provvedimento di idoneità all'insegnamento, che trova ragion d'essere in un ordinamento estraneo a quello statale, verso cui tuttavia è destinato a confluire e a produrre effetti, neppure parrebbe ammettere un'attenuazione di diritti, libertà, principi e garanzie stabilite tanto nel diritto interno e statale, quanto nella Convenzione americana.

Anzi, qualora si prospettasse un contenzioso avverso il mancato rilascio del certificato di idoneità o la sua sopraggiunta revoca, i giudici nazionali dovrebbero applicare tanto le norme statali rilevanti, quanto le norme convenzionali:

[i]n uno Stato di diritto, non possono esistere decisioni che incidono sui diritti umani al di fuori del controllo legale delle autorità statali. A questo proposito, anche se non c'è dubbio che le comunità religiose possano nominare le persone che insegneranno il loro credo, quando questo avviene in strutture pubbliche, lo Stato deve consentire alle persone i cui diritti possono essere lesi di avere accesso a un riesame amministrativo o giudiziario delle decisioni che comportano l'autorizzazione all'esercizio della professione di insegnante. In questi ambiti, tali decisioni devono essere sottoposte a un adeguato controllo da parte dello Stato e *devono rispettare i principi e le garanzie stabiliti nel diritto interno e nella Convenzione americana*⁴⁵.

⁴³ Per un panorama sui rapporti tra Stato e Chiese in America latina, si vedano A. INGOGLIA, *Modelli e strumenti di governance pubblica del fenomeno religioso nel subcontinente americano*, in *dir. eccl.*, 1-2, p. 205 ss.; J.G. NAVARRO FLORIA, *La libertad religiosa en America Latina: estado de la cuestion*, in *Quad. dir. e pol. eccl.*, 1, 2018, p. 145 ss.; C. SALINA ARANEDA, *La protezione della libertà religiosa nella Convenzione americana dei diritti dell'uomo*, cit.; N. FIORITA, *I rapporti tra Stati e comunità religiose in America latina: una visione d'insieme*, in *Quad. dir. e pol. eccl.*, 1, 2007, p. 15 ss.; M. GONZÁLEZ, *Il regime giuridico delle confessioni religiose in America latina*, in *ivi*, 1, 2007, p. 151 ss.; R. BLANCARTE, *Laicidad y laicismo en América Latina*, in *Estudios sociológicos*, 2008, p. 139 ss.

⁴⁴ *Pavez Pavez vs. Chile*, cit., par. 130.

⁴⁵ *Ibidem*, par. 100.

Il passaggio è cruciale in quanto ci troviamo al cospetto di uno degli strumenti che hanno reso la portata della giurisprudenza interamericana unica e, per il momento, impareggiata nel panorama delle Corti dei sistemi regionali dei diritti umani. Il passo riportato identifica il c.d. “controllo di convenzionalità”, secondo cui la Corte di San José ha, con più o meno successo, imposto e richiesto ai giudici nazionali di farsi garanti della Convenzione all’interno dei rispettivi ordinamenti⁴⁶. Il controllo di convenzionalità impone alle autorità pubbliche l’obbligo di interpretare tutto il diritto interno, compreso quello costituzionale, in modo conforme alla Convenzione interamericana e alla giurisprudenza della Corte (il c.d. “blocco di convenzionalità”)⁴⁷, rendendo il Patto di San José un “meta-criterio obbligato”, che individua il punto di non ritorno in tema di diritti umani in tutta la regione⁴⁸.

La *forma mentis* europea, educata all’esistenza del margine di apprezzamento e di una certa deferenza che caratterizza la postura della Corte di Strasburgo nei confronti della diversità degli assetti costituzionali, è portata a chiedersi, e a buon diritto, se non risulti controproducente imporre il medesimo standard di protezione dei diritti a un intero continente, per di più in un ambito così delicato e multiforme come le questioni religiose e l’insegnamento della religione. Non secondo la Corte di San José che, per supportare ulteriormente la posizione assunta nel caso *Pavez* e sgomberare il campo da ogni dubbio, aggiunge che:

le lezioni di religione cattolica [...] non rientrano in quell’ambito della libertà religiosa che dovrebbe essere libero da qualsiasi interferenza da parte dello Stato, poiché *non sono specificamente legate alle credenze religiose o alla vita organizzativa delle comunità*⁴⁹.

Fin qui, il *reasoning* della Corte ADU poteva essere condivisibile: sarebbe infatti una conclusione piuttosto draconiana permettere l’automatico recepimento nell’ordinamento statale di qualsivoglia provvedimento dell’autorità religiosa,

⁴⁶Dalla prospettiva della Corte ADU, la Convenzione vincola i giudici degli Stati membri e l’effetto e il contenuto delle sue disposizioni non devono essere compromesse dall’implementazione di leggi nazionali; il giudice nazionale, infine, deve effettuare un controllo di convenzionalità tra le disposizioni domestiche e la Convenzione. Cfr. S. RAGONE, *The Inter-American System of Human Rights. Essential Features* in A. VON BOGDANDY, E.F. MAC-GREGOR, M.M. ANTONIAZZI, F. PIOVESAN (a cura di), *Transformative constitutionalism in Latin America. The emergence of a new ius commune*, Oxford, 2017, p. 279; P. TANZARELLA, *Gli effetti delle decisioni delle Corti dei diritti: Europa e America a confronto*, in *Quad. cost.*, 2, 2009, p. 323 ss.; A. DI STASI, *Il sistema americano dei diritti umani: circolazione e mutamento di una international legal tradition*, Torino, 2004.

⁴⁷E.F. MAC-GREGOR, *Conventionality Control the New Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights*, in *AJIL Unbound*, 109, 2015, p. 93 ss.

⁴⁸M. CARDUCCI, *Il difficile confronto tra Europa e America latina su diritto giurisprudenziale e tutela multiordinamentale dei diritti fondamentali*, cit., p. 16.

⁴⁹*Pavez Pavez vs. Chile*, cit., par. 129.

finanche emesso in spregio dei più fondamentali diritti e libertà della persona. Tuttavia, escludere l'insegnamento della religione dall'ambito della vita associativa e dal cuore pulsante dell'esercizio della libertà religiosa in forma collettiva, ad avviso di chi scrive, fa vacillare l'impianto argomentativo del *decisum*.

Per di più, a questo punto la sentenza si riferisce in nota a un breve passaggio del caso *Fernández Martínez vs. Spain* (2014), in cui la Corte di Strasburgo, affrontando questioni pressoché identiche a quelle sottese al caso *Pavez*, ha posto come necessarie, per determinare l'esistenza di un'interferenza illegittima dello Stato nei diritti di una comunità religiosa e dei suoi membri, la dimostrazione dell'esistenza di un danno sostanziale per l'autonomia confessionale dell'organizzazione religiosa e non di un rischio meramente ipotetico⁵⁰. Il riferimento non è occasionale, dato che la Corte di San José era stata resa edotta dello *status quo* della giurisprudenza europea e del variegato panorama normativo che caratterizza il Vecchio Continente da una serie di interventi a titolo di *amicus curiae*, presentati da illustri studiosi, professori e ONG, sentiti anche in udienza pubblica⁵¹.

Stabiliti, dunque, i due termini di confronto, a questo punto è il momento di verificare se il parallelismo tra *Pavez Pavez* e *Fernández Martínez* sia stato improntato con rigore.

3. Parola alla Corte EDU: il caso *Fernández Martínez vs. Spain* (2014)

Fernández Martínez era stato ordinato sacerdote e, nelle more del procedimento per ottenere la dispensa dal celibato ecclesiastico, di competenza esclusiva del romano pontefice, aveva contratto matrimonio civile ed era diventato padre di cinque figli. All'epoca dei fatti, era anche uno dei maggiori *supporter* di un movimento che milita a favore di una più ampia democrazia all'interno della Chiesa cattolica: a tal proposito, un giornale locale aveva dato notizia di un raduno del "Movimento per il celibato facoltativo dei sacerdoti", identificando Fernández Martínez come uno dei suoi membri. La dispensa papale, effettivamente concessa nel 1997, inibiva al sacerdote l'insegnamento della religione cattolica nelle istituzioni pubbliche, a meno che il Vescovo del luogo non decidesse in senso contrario e a patto che non vi fosse pubblico scandalo. A questo punto, la Diocesi di Cartagena aveva informato il Ministero dell'istruzione spagnolo circa la mancata emissione del provvedimento che autorizzava il ricorrente ad insegnare religione ed etica cattolica nelle scuole pubbliche della Spagna, giacché la storia personale del sacerdote era diventata ormai di dominio pubblico.

⁵⁰ *Fernández Martínez vs. Spain*, cit., par. 132.

⁵¹ Tra cui Gerhard Robbers, José Luis Lara e Paolo Carozza, Javier Martínez-Torrón e María J. Valero Estarellas, Juan Navarro Floria, Javier Borrego, Giovanni Bonello, e Vincent de Gaetano. Si vedano i parr. 5-12 della sentenza cit.

Esaurite le vie di ricorso interne⁵², Fernández Martínez si è rivolto alla Corte EDU e, in sede di riesame, anche alla Grande Camera: quest'ultima ha riscontrato l'esistenza di un'interferenza statale con i diritti del ricorrente, senza tuttavia ritenerla indebita o sproporzionata rispetto alla tutela del diritto alla vita privata e familiare del ricorrente (Art. 8 CEDU). La Grande Camera ha dunque concluso che rientrano nell'autonomia della Chiesa cattolica non solo il diritto di identificare le persone accreditate per l'insegnamento della sua dottrina, ma anche la possibilità di esigere un grado di lealtà all'etica dell'organizzazione più intenso rispetto agli insegnanti di altre materie⁵³, per via della fiducia che qualifica l'espletamento delle specifiche mansioni affidate all'insegnante di religione⁵⁴.

L'ordinamento spagnolo, ad impronta eminentemente concordataria in tema di rapporti tra lo Stato e le confessioni religiose⁵⁵, prevede che l'insegnamento della religione debba essere impartito da persone nominate ogni anno dal Ministero dell'istruzione, che gode di una limitata discrezionalità essendo obbligato a scegliere il lavoratore tra una rosa di nomi designati dell'Ordinario diocesano.

A questo proposito, al pari della Corte di San José, anche la Corte di Strasburgo ha concluso che laddove uno dei presupposti che concorrono a formare un'azione della P.A. (l'assunzione del docente da parte del Ministero dell'istruzione) risultasse formato *extra ordinem*, la presunta violazione dei diritti e delle libertà garantite dalla Convenzione di Roma, in ragione del provvedimento canonico recepito nell'ordinamento civile, sarebbe comunque imputabile allo Sta-

⁵²Per una ricostruzione della vicenda innanzi alle Corti spagnole si veda J.T. MARTÍN DE AGAR, *Insegnamento della religione e coerenza di vita*, in *Ius Eccl.*, XXV, 2013, p. 153 ss.; E. CRIVELLI, *Il Tribunale costituzionale spagnolo e i diritti fondamentali dell'insegnante di religione*, in *Riv. AIC*, 4, 2011, p. 1 ss.

⁵³Su questo v. A. BETTETINI, *Lo status giuridico degli insegnanti di religione cattolica*, in *Stato Chiese plur. conf.*, 39, 2012, p. 1 ss., e in part. il par. 4 dello scritto, "Analogia (identità e diversità) del docente di religione cattolica con i docenti delle materie curricolari". Più ampiamente, sullo statuto giuridico del docente e sull'insegnamento della religione, si vedano, per tutti, R. BENIGNI, *Educazione religiosa e modernità. Linee evolutive e prospettive di riforma*, Torino, 2017; P. CONSORTI, *Sul nuovo stato giuridico degli insegnanti di religione cattolica, con particolare riferimento alla loro mobilità*, in *Stato Chiese plur. conf.*, 2009, p. 1 ss.; G. DALLA TORRE, P. LILLO, G.M. SALVATI (a cura di), *Educazione e religione*, Libreria Editrice Vaticana, 2011; M. MADONNA, *Lo status giuridico degli insegnanti di religione cattolica tra diritto della Chiesa e ordinamento dello Stato*, Tricase, 2018; A. MANTINEO, C. BILOTTI, S. MONTESANO (a cura di), *Insegnamenti e insegnanti di religione nella scuola pubblica italiana*, Milano, 2014; e il Capitolo 5 (p. 312 ss.) di V. PACILLO, *Contributo allo studio del diritto di libertà religiosa nel rapporto di lavoro subordinato*, Milano, 2003.

⁵⁴*Fernández Martínez vs. Spain*, cit., par. 127-131.

⁵⁵Su cui vedano J. MARTINEZ-TORRON, *Religion and Law in Spain*, The Netherlands, 2018; M. RODRIGUEZ BLANCO, *Il principio di laicità in Spagna*, in *Stato Chiese plur. conf.*, 2011, p. 1 ss.; IVAN C. IBAN, *State and Church in Spain*, in G. ROBBERS (a cura di), *State and Church in the European Union*, Baden-Baden, 2005, 2^a ed., p. 139 ss.

to resistente. A nulla rileverebbe la circostanza che, nel caso di mancanza o revoca dell'idoneità ecclesiastica, la decisione della P.A. si configurerebbe tecnicamente come atto dovuto, in virtù della disciplina pattizia prevista dall'art. 3 dell'Accordo tra la Spagna e la Santa Sede del 3 gennaio 1979⁵⁶.

Date queste premesse, che rendono il caso *Fernández Martínez* effettivamente analogo a *Pavez Pavez*, deve essere sottolineato che in almeno tre punti della decisione la Corte di Strasburgo si è allontanata dal percorso argomentativo intrapreso, invece, dalla Corte di San José.

In primo luogo, va ricordato che secondo la Corte interamericana il fatto che l'insegnante fosse assunto e retribuito dallo Stato costituiva una circostanza dirimente, che ha escluso la possibilità di riservare spazio per l'autonomia confessionale garantita alle comunità religiose dalle norme cilene. Per la Corte EDU, invece, le particolari caratteristiche del rapporto di lavoro, inerenti alla retribuzione e alla prestazione del servizio nei confronti dello Stato, non risultano sufficienti – da sole – a mitigare il contenuto del patto di fedeltà verso la Chiesa imposto all'insegnante di religione ed etica cattolica⁵⁷:

La Corte osserva inoltre che [...] il ricorrente, nel presente caso, come tutti gli insegnanti di religione in Spagna, era impiegato e retribuito dallo Stato. Questo aspetto, tuttavia, non è tale da incidere sulla portata del dovere di lealtà imposto al ricorrente nei confronti della Chiesa cattolica o sulle misure che quest'ultima ha il diritto di adottare in caso di violazione di tale dovere. Questa analisi è confermata dal fatto che, nella maggior parte degli Stati membri del

⁵⁶ Il testo è disponibile al sito www.vatican.va.

Si v. anche, a questo proposito, il caso Corte EDU (Seconda Sezione), 20 ottobre 2009, *Lombardi Vallauri vs. Italy*, su ricorso n. 39128/05, dove la risoluzione del rapporto di impiego era avvenuta a seguito della revoca del gradimento ecclesiastico, in virtù dell'art. 10, comma 3, dell'Accordo tra la Santa Sede e la Repubblica italiana (rev. 1984). La violazione dei diritti del ricorrente è stata rilevata sotto il profilo procedurale, poiché l'ordinamento italiano non aveva attivato adeguati controlli giurisdizionali e non aveva assicurato la possibilità di instaurare un congruo contraddittorio: si vedano i commenti di S. COGLIEVINA, M.C. RUSCAZIO, *Libertà di insegnamento nelle università di tendenza: una singolare lettura della Corte, tra ragioni procedurali e diritti sostanziali. Il caso «Lombardi Vallauri c. Italia»*, in R. MAZZOLA (a cura di), *Diritto e religione in Europa. Rapporto sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di libertà religiosa*, Bologna, 2012, p. 195 ss.; M. CROCE, *Dal «Caso Cordero» al «Caso Vallauri»: nozione di scienza e libertà di insegnamento (discutendo con Michele Massa)*, in *Forum di Quad. cost.*, 2010, pp. 1-4; M. MASSA, *Corte di Strasburgo: Lombardi Vallauri c. Italia. Due sfere di libertà ed un confine evanescente*, in *Quad. cost.*, 2010, 1, p. 142 ss.; M. TOSCANO, *La lezione di Strasburgo: i casi Lombardi Vallauri e Lautsi*, in *Dir. eccl.* CXX, 3/4, 2009, p. 1 ss.; L. PEDULLA, *Il gradimento dell'autorità ecclesiastica costituisce presupposto di legittimità della nomina del docente dell'Università Cattolica del sacro Cuore*, in *Quad. dir. e pol. eccl.*, 3, 2005, p. 788 ss.

⁵⁷ *Fernández Martínez vs. Spain*, cit., par. 143. Il passaggio è cruciale perché la Corte EDU distingue *Fernández Martínez* da precedenti casi pronunciati contro la Germania, che riguardavano invece dipendenti al servizio delle Chiese e non dello Stato: CORTE EDU, *Schüth vs. Germany*, cit.; ID., *Obst vs. Germany*, cit.; ID., *Siebenhaar vs. Germany*, cit.

Consiglio d'Europa, le Chiese e le comunità religiose interessate hanno un potere di co-decisione o addirittura un ruolo esclusivo nella nomina e nel licenziamento degli insegnanti di educazione religiosa, indipendentemente dall'istituzione che finanzia tale insegnamento, direttamente o indirettamente⁵⁸.

Inoltre, dalla prospettiva della Corte di San José, alla fattispecie del rapporto contrattuale intercorrente tra l'insegnante di religione e l'istituto pubblico devono essere applicati, in ogni Stato membro dell'OAS e in modo omogeneo, tutti i principi e le garanzie stabilite nella Convenzione americana e dalla giurisprudenza della Corte (il c.d. "blocco di convenzionalità"). Dalla prospettiva di Strasburgo, viceversa, la varietà di modelli costituzionali europei che regolano le relazioni tra lo Stato e le confessioni religiose e le diverse modalità con cui l'insegnamento della religione è impartito negli ordinamenti del Consiglio d'Europa giustificano l'esistenza di un certo margine di apprezzamento, dottrina ad oggi del tutto inesistente nel sistema interamericano⁵⁹. Ciò renderebbe possibile, all'interno del Consiglio d'Europa, la coesistenza di una rosa di modelli e di regimi giuridici differenziati che regolano l'insegnamento della religione e il trattamento giuridico dell'insegnante di religione, tutti teoricamente compatibili, nella loro diversità, con la Convenzione EDU. Nel sistema dell'Organizzazione degli Stati americani, invece, l'assenza della dottrina del margine di apprezzamento ridimensiona drasticamente lo spazio di manovra concesso agli ordinamenti nazionali.

Infine, a distinguere ulteriormente *Fernández Martínez* da *Pavez Pavez*, giunge anche il diverso respiro con cui le due Corti hanno interpretato il principio di autonomia confessionale, garanzia dell'esistenza delle comunità religiose che, tradizionalmente, si contraddistinguono per essere strutture organizzate e a fini generali: in questo senso, l'autonomia confessionale risulta necessaria e funzionale alla continuità e all'espletamento della vita associativa della comunità. A San José, la Corte ADU ha concluso che, dalla sua prospettiva e, quindi, dalla prospettiva secolare, l'insegnamento della religione cattolica sarebbe avulso tanto dall'aspirazione a trasmettere i dogmi confessionali, quanto dalla vita religiosa della comunità⁶⁰. A Strasburgo, la Corte EDU, invece, ha osservato la questione

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ Sul margine di apprezzamento la letteratura è ampia. Si vedano, per tutti, L. GRUSZCZYNSKI, W. WERNER (a cura di), *Deference in International Courts and Tribunals: Standard of Review and Margin of Appreciation*, Oxford, 2014; A. LEGG, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*, Oxford, 2012; G. LETSAS, *Two Concepts of the Margin of Appreciation*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 26, 4, 2006, p. 705 ss.; Y. ARAI-TAKAHASHI, *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*, Antwerp; New York, 2002; H.C. YOURROW, *The margin of appreciation doctrine in the dynamics of European human rights jurisprudence*, The Hague; London, 1996.

⁶⁰ *Fernández Martínez vs. Spain*, cit., par. 129.

dell'insegnamento della religione cattolica dalla prospettiva religiosa, attraverso i criteri propri dell'ordinamento confessionale. La notevole giravolta, così, si è riverberata sulla qualificazione della natura dell'insegnamento e ha spinto la Corte di Strasburgo ad assumere una maggior deferenza verso il principio di autonomia confessionale:

In effetti, *dal punto di vista dell'interesse della Chiesa a mantenere la coerenza dei suoi precetti*, l'insegnamento della religione cattolica agli adolescenti può essere considerato una *funzione cruciale* che richiede una particolare fedeltà⁶¹.

A San José, l'educazione religiosa è stata concepita come una categoria da interpretare alla stregua dei canoni dell'ordinamento secolare (per cui l'insegnamento e la trasmissione dei dogmi *non* sono attività cruciali per la vita confessionale di una comunità religiosa). A Strasburgo, invece, l'insegnamento è stato qualificato alla luce del valore ad esso attribuito dalle confessioni medesime e in particolare dalla Chiesa cattolica: un elemento riconducibile, in larga parte, al nucleo duro della libertà religiosa collettiva. Di talché, è stata l'importanza della mansione specifica affidata al docente designato – e non il fatto che esso fosse assunto nel settore pubblico o percepisse uno stipendio finanziato con fondi pubblici – a risultare il fattore decisivo per valutare l'intensità e la proporzionalità dell'obbligo di lealtà che sul lavoratore incombe.

L'atteggiamento della Corte di Strasburgo appare più equilibrato e frutto di un articolato bilanciamento⁶². Da una parte, dopo aver vestito lo Stato con i panni dell'arbitro imparziale e del neutrale organizzatore del pluralismo religioso, la Corte EDU ha escluso qualsiasi discrezionalità del potere pubblico nel determinare la legittimità dei mezzi prescelti dalla confessione (l'insegnamento agli adolescenti) per attuare gli scopi da essa perseguiti (mantenere la coerenza dei dogmi da trasmettere alle generazioni future). Per lo Stato è d'obbligo accettare, e senza opportunità di smentita, che l'insegnamento della religione possa essere qualificato dall'organizzazione religiosa come un elemento decisivo per la sua sopravvivenza: di qui, l'impossibilità di obbligare una confessione ad ammettere o escludere un individuo dalla sua comunità, o ad affidargli o meno una determinata mansione⁶³.

Dall'altra parte, la Corte EDU ha escluso l'esistenza di aree di non-cognizione che sottraggano al giudice statale il potere di pronunciarsi su *qualsiasi* interferenza che emerge tra l'esercizio dell'autonomia riconosciuta a una comu-

⁶¹ *Ibidem*, par. 135.

⁶² Si veda, *contra*, V. FIORILLO, *Una battuta d'arresto da Strasburgo per i diritti fondamentali degli insegnanti di religione con l'aggiunta di una vena di ipocrisia: la sentenza Fernández Martínez contro Spagna*, in *federalismi.it*, 18, 2012, p. 1 ss.

⁶³ *Fernández Martínez vs. Spain*, cit., par. 129.

nità religiosa e il diritto al rispetto della vita privata o familiare dei membri che ne fanno parte⁶⁴. Ciò posto, i giudici di Strasburgo non si spingono a sindacare la finalità del provvedimento revocatorio, accettando che esso sia stato realizzato per un fine non estraneo a quello tipico dell'ente religioso: "l'argomentazione della Diocesi non è irragionevole, poiché mirava a proteggere l'integrità dell'insegnamento"⁶⁵. Piuttosto, astenendosi dal sindacare *sub specie orthodoxiae* i mezzi di cui la Chiesa si serve, la Corte si limita a verificare che il provvedimento canonico abbia una motivazione sufficiente, non arbitraria⁶⁶ e che non annichilisca "la sostanza del diritto alla vita privata e familiare"⁶⁷ (e non *tutti* i diritti e le libertà della Convenzione, a differenza di quanto proposto dalla Corte americana).

Nel contemperare l'autonomia delle confessioni con il rispetto del nucleo duro dei diritti fondamentali della persona ("la sostanza" del diritto)⁶⁸, il giudice di Strasburgo si è assicurato che ogni interferenza con il diritto al rispetto della vita privata non si spinga aldilà di quanto necessario e proporzionato. Nel compiere un approfondito esame delle circostanze della fattispecie concreta e una ponderazione accurata degli interessi in gioco, si è inoltre astenuto dal pronunciarsi nel merito del provvedimento di revoca o di non idoneità alla docenza o, ancora, sulla natura fondamentale o meno dell'insegnamento rispetto ai fini perseguiti dalla comunità confessionale, insindacabili scelte rimesse alla competenza degli ordinamenti religiosi⁶⁹.

4. Limiti e opportunità delle contaminazioni tra sistemi

Una delle più frequenti ragioni che sottendono al fenomeno della *cross-fertilization* e del *cross-referencing* consisterebbe, secondo la letteratura, nel prestigio dell'ordinamento o del sistema preso a paragone. Una corte regionale dei diritti umani richiamerebbe nel suo *decisum* una sentenza di un'altra corte per motivi principalmente legati all'altissima reputazione del modello giuridico a cui si riferisce. Il caso richiamato rappresenterebbe una voce autorevole che, *ad abundantiam*, agevola il raggiungimento di una particolare decisione o favorisce la realizzazione di un determinato fine⁷⁰.

⁶⁴ *Ibidem*, par. 132.

⁶⁵ *Ibidem*, par. 150.

⁶⁶ *Ibidem*, par. 151.

⁶⁷ *Ibidem*, par. 132.

⁶⁸ *Ibidem*, par. 132.

⁶⁹ *Ibidem*, par. 132.

⁷⁰ G. AJANI, B. PASA, D. FRANCAVILLA, *Diritto comparato: Lezioni e materiali*, cit., p. 52.

Il prestigio del modello giuridico preso in considerazione, che sicuramente contraddistingue il sistema della Convenzione EDU, non è però un elemento sufficiente, da solo, a giustificare la bontà del volontario richiamo effettuato dalla Corte di San José di Costa Rica a una sentenza pronunciata dalla sua sorella europea. Per essere persuasivo, un *cross-reference* dovrebbe essere accompagnato dalla presenza di ulteriori elementi, quali la compatibilità delle caratteristiche dell'istituto giuridico in esame o della *ratio decidendi* della sentenza a cui ci si riferisce in sede di motivazione del provvedimento giurisdizionale.

L'importanza di indagare in profondità l'essenza degli istituti giuridici o delle pronunce giurisprudenziali è ancor più cruciale nel caso in cui l'operazione di *cross-reference* fosse effettuata da un organo che non solo non è parte del sistema del Consiglio d'Europa, ma anche non è neppure formalmente vincolato dai provvedimenti emessi dalla Corte di Strasburgo. Prima di procedere alla citazione di sentenze o all'importazione di istituti giuridici, dunque, si rende necessario "svolgere una valutazione oggettiva del loro contenuto tecnico e del loro impatto sul funzionamento della società in cui sono stati originati, per decidere e procedere ad un trapianto efficace"⁷¹.

Al netto del merito della decisione raggiunta in *Pavez Pavez vs. Chile*, condizionale o meno, le considerazioni esposte in questo studio dimostrano che la Corte di San José, nel richiamare la sentenza *Fernández Martínez* della Corte di Strasburgo, ha forzato la giustapposizione dei due casi. A livello "macro", cioè di funzionamento del sistema e di strumenti a disposizione delle due Corti, la dottrina del controllo di convenzionalità, formulata a San José, si pone in soluzione di discontinuità con la dottrina del margine di apprezzamento a cui, soprattutto in materia religiosa e di accordi tra lo Stato e le Chiese, è concesso ampio spazio a Strasburgo.

È il livello "micro" che rappresenta il maggior disallineamento e consiste, da una parte, nella differente qualificazione giuridica della fattispecie "insegnamento della religione" e, dall'altra parte, nel diverso ordine delle operazioni di interpretazione sottese alla qualificazione dell'elemento di estraneità della fattispecie (il provvedimento ecclesiastico). Come abbiamo appurato, a differenza della Corte di San José, la Corte di Strasburgo ha qualificato l'insegnamento della religione cattolica alla stregua dei canoni ermeneutici propri dell'ordinamento religioso e non di quello statale. Accettando l'insegnamento come attività cruciale per la sopravvivenza della Chiesa cattolica, la Corte EDU ha cercato di raggiungere un delicato bilanciamento tra i diritti collettivi della Chiesa e i diritti individuali del ricorrente, dimostrando, così, un certo rispetto per l'autonomia degli ordinamenti confessionali.

Rimane l'impressione che il *cross reference* costituisca una preziosa opportunità per il raggiungimento progressivo di una sempre più elevata tutela dei dirit-

⁷¹ *Ibidem*, p. 54.

ti umani. Non va dimenticato tuttavia che una sentenza è sempre pronunciata da un giudice, parte di un determinato ordinamento giuridico, a sua volta informato a particolari regole. Richiamare un precedente senza le opportune cautele corre il rischio di assomigliare a una prova che “prova troppo”: nella speranza di dimostrare qualcosa, eccede i suoi limiti fino a diventare, in ultima analisi, un fragile argomento.

AZIONE PENALE E TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI. L'OBBLIGO DI SVOLGERE INVESTIGAZIONI EFFETTIVE E LA PERSECUZIONE DEGLI “HATE CRIMES”

Luca Pressacco

SOMMARIO: 1. Obblighi positivi e tutela dei diritti umani attraverso il diritto penale. – 2. L'obbligo di svolgere investigazioni effettive secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo – 3. Investigazioni effettive e divieto di discriminazione. – 4. La questione dell'onere della prova. – 5. Notazioni conclusive.

1. Obblighi positivi e tutela dei diritti umani attraverso il diritto penale

Com'è noto, a partire dalla seconda metà degli anni Novanta, nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo si è realizzata una significativa evoluzione a proposito della funzione che la materia penale svolge per la tutela dei diritti fondamentali della persona.

Questo mutamento è dovuto soprattutto all'emersione, accanto ai tradizionali “obblighi negativi” – consistenti nel dovere per gli apparati statali di astenersi dal commettere atti direttamente lesivi delle garanzie sancite dalla Convenzione europea –, dei cosiddetti “obblighi positivi”, che prefigurano altrettanti doveri di intervento delle autorità pubbliche in funzione di tutela dei diritti medesimi, affinché siano rimossi gli ostacoli che ne impediscono il pieno godimento¹.

La Corte di Strasburgo ha delineato, in particolare, due tipologie di intervento che gli Stati contraenti sono tenuti a effettuare in virtù del dettato pattizio, chiarendo che i suddetti “obblighi positivi” operano sia nella dimen-

¹Per una panoramica generale sul tema, v. l'ampia trattazione svolta da F. BESTAGNO, *Diritti umani e impunità. Obblighi positivi degli Stati in materia penale*, Milano, 2003, p. 75 ss. Una discussione approfondita intorno ai fondamenti politici e giuridici dei cosiddetti “obblighi positivi” si può trovare in D. XENOS, *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, Londra-New York, 2012, p. 14 ss.

sione “sostanziale” (preventiva), sia nella dimensione “procedurale” (repressiva)².

Sul primo versante, gli Stati contraenti sono vincolati a predisporre un sistema normativo idoneo a prevenire le offese ai diritti fondamentali, anche mediante l'introduzione di fattispecie incriminatrici adeguate, qualora le sanzioni penali appaiano come le uniche realmente efficaci e dissuasive, in considerazione sia del rango dei beni giuridici coinvolti, sia delle specifiche modalità dell'offesa arrecata ai primi³.

Per quanto riguarda il secondo aspetto, quando sorge il sospetto che un'offesa siffatta si sia realizzata, le autorità competenti sono obbligate a svolgere un'indagine effettiva per ricostruire gli eventi di cui si ipotizza l'illiceità penale, al fine di individuare e perseguire i soggetti che ne siano eventualmente responsabili⁴.

Il presente contributo è dedicato specificamente all'analisi di quest'ultimo vincolo procedurale, il cui significato non è sfuggito alla dottrina più avvertita, che ne ha colto immediatamente le implicazioni sistematiche, considerate sotto diverse angolazioni visuali.

In una prospettiva orientata alla cooperazione tra gli Stati che aderiscono al

² Per una chiara esposizione della distinzione in esame, nell'ambito della letteratura più recente, v. M.M. SCOLETTA, *Vittime e prescrizione: una riconciliazione impossibile*, in M. BARGIS, H. BELLUTA (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Torino, 2017, pp. 470-474.

³ Al riguardo, v. F. VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 61: “L'adempimento di tali obblighi positivi incombe su tutte le articolazioni dei poteri statali, e dunque – per quanto di sua competenza – anche sul potere legislativo, che è tenuto a conformare la legislazione vigente in modo da offrire una tutela effettiva (sul versante preventivo e su quello repressivo) ai diritti di fonte CEDU: se necessario, attraverso l'emanazione di apposite norme incriminatrici a tutela di essi. In effetti – fermo restando che, in linea di principio, la scelta su quali strumenti sanzionatori adottare per la tutela dei diritti fondamentali rientra nella discrezionalità di ogni singolo Stato – la Corte europea ha in varie occasioni ritenuto che lo Stato resistente avesse violato i propri obblighi positivi di tutela del diritto di volta in volta in questione omettendo di predisporre (adeguate) sanzioni di carattere penale per la violazione del diritto medesimo. Il che si traduce, in pratica, nell'affermazione di un obbligo di incriminazione a carico dello Stato relativamente a tale violazione” (corsivi dell'Autore).

⁴ Sul fondamento di tale obbligo procedurale positivo, cfr. L. PARLATO, *Effettività delle indagini ed “equità processuale”*. Il punto su indagini scientifiche sulla persona e operazioni sotto copertura, in D. CHINNICI, A. GAITO (a cura di), *Regole europee e processo penale*, Milano, 2018, p. 106: “La tutela di beni giuridici particolarmente delicati, elevabili al rango di diritti dell'uomo, presuppone infatti la presenza nel sistema interno non solo di idonee norme incriminatrici, ma anche di appropriati ed efficienti meccanismi di accertamento dei reati. La concreta impossibilità di perseguire e punire il ‘reo’ può altrimenti determinare una lesione dei diritti umani delle vittime. Più precisamente, tale lesione ricorre ogni qualvolta le autorità investigative di fatto non provvedano diligentemente a svolgere indagini celeri, effettive e imparziali in relazione a fatti criminali che abbiano comportato il pregiudizio di diritti essenziali”. Per ulteriori approfondimenti sul punto, v. *infra*, par. 2.

Consiglio d'Europa, si è sottolineato che, in tal modo, sono state estese le forme di controllo internazionale "in merito alle attività inerenti all'amministrazione della giustizia penale, pur senza porre formalmente in discussione la discrezionalità statale nell'esercizio della potestà punitiva"⁵.

Nella riflessione processualistica, invece, si è posto in evidenza come l'obbligo di svolgere indagini effettive circa le violazioni dei diritti fondamentali della persona non sia diretto soltanto a garantire una protezione efficace dei beni giuridici oggetto di tutela⁶, bensì anche il principio di eguaglianza di fronte agli organi di giustizia. La norma internazionale in questione, pertanto, svolge – *mutatis mutandis* – una funzione analoga a quella propria dell'art. 112 Cost. che, nell'ordinamento giuridico italiano, sancisce il principio di obbligatorietà dell'azione penale⁷. D'altra parte, essa non è priva di ricadute nemmeno per gli ordinamenti processuali ispirati all'opposto principio della discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale, poiché impedisce che la libertà riconosciuta agli organi requirenti possa spingersi fino al punto di rinunciare (più o meno surrettiziamente) alla persecuzione delle violazioni più significative dei diritti fondamentali riconosciuti dal dettato pattizio⁸.

Se, come si è anticipato, l'obbligo di svolgere indagini effettive in ordine alle gravi violazioni dei diritti fondamentali costituisce un approdo ormai consolidato nella giurisprudenza europea, in questa sede preme sottolineare alcuni sviluppi recenti, che si innestano coerentemente su questo orientamento ermeneutico, precisandone taluni profili. Il contributo si sofferma sull'approccio propugnato dalla Corte di Strasburgo nei confronti dei crimini ispirati dall'odio e dal pregiudizio (cosiddetti "*hate crimes*") e, in special modo, sul ruolo che – in tale

⁵In questa direzione, v. ancora F. BESTAGNO, *Diritti umani e impunità. Obblighi positivi degli Stati in materia penale*, cit., p. 272.

⁶Sul punto, v. M. CHIAVARIO, *Il «diritto al processo» delle vittime dei reati e la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 946, il quale osservava che, da questo punto di vista, "l'inadeguatezza delle indagini penali diventa una specie di 'sintomo' del mancato rispetto dei beni e degli interessi, di natura 'sostanziale', protetti da quelle disposizioni".

⁷In tal senso, v. G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, Milano, 2009, p. 21 ss. Nella medesima direzione, si esprime anche F. CASSIBBA, sub *Art. 3 Cedu*, in G. UBERTIS, F. VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2022, pp. 119 e 123.

⁸Non sembra, dunque, scorretto affermare che pure le norme internazionali, così come individuate e ricostruite dalle Corti che ne sono le interpreti autentiche, contribuiscono a quel progressivo movimento di ibridazione tra sistemi processuali ispirati, rispettivamente, al paradigma della legalità e a quello della discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale. Nei primi, infatti, si assiste alla codificazione di istituti che aumentano gli spazi di discrezionalità (tecnica) riservata alla pubblica accusa; nei secondi, invece, si osserva la predisposizione di meccanismi di cautela e controllo, volti a limitare l'arbitrio (politico) di cui godono tradizionalmente gli organi requirenti. Al riguardo, v. già quanto osservava L. LUPARIA, *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale nel quadro comparativo europeo*, in *Giur. it.*, 2002, p. 1752 ss.

ambito – viene riservato alla tematica dell'azione penale, concepita non solo come un istituto tipico del diritto processuale, bensì anche quale fattore di promozione dei diritti fondamentali in una società democratica di tipo pluralista.

A tal fine si procederà come segue. In primo luogo, saranno esposte le caratteristiche e i contenuti specifici dell'obbligo di svolgere investigazioni effettive, così come configurato dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo (§ 2). Successivamente, saranno delineati gli sviluppi più recenti della giurisprudenza europea, ponendo in relazione l'obbligo di svolgere investigazioni effettive con il divieto di discriminazione, sancito dall'art. 14 CEDU (§ 3). Infine, si affronterà la questione specifica concernente l'onere della prova sul movente discriminatorio delle condotte lesive dei diritti fondamentali (§ 4), per giungere, infine, a svolgere alcune brevi considerazioni conclusive (§ 5).

Prima di proseguire nella trattazione, corre l'obbligo di effettuare un'ultima premessa di carattere metodologico. Poiché il presente contributo trae origine dalle ricerche effettuate dallo scrivente nell'ambito dell'Osservatorio di Diritto e società plurale dell'Università degli Studi di Milano-Bicocca, l'attenzione sarà rivolta specialmente alla giurisprudenza europea concernente le discriminazioni di carattere etnico e religioso, in coerenza con le linee direttrici dell'Osservatorio medesimo. Per esigenze di sintesi e delimitazione dell'indagine, le disparità di trattamento fondate sul genere o sull'orientamento sessuale delle vittime rimangono, invece, estranee alla presente trattazione, sebbene anch'esse siano astrattamente riconducibili alla tutela del pluralismo *lato sensu* inteso.

2. *L'obbligo di svolgere investigazioni effettive secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*

Al fine di individuare con precisione il significato e la portata che l'obbligo di svolgere investigazioni effettive sulle violazioni dei diritti umani ha assunto nella giurisprudenza europea, sembra opportuno rammentare gli arresti iniziali (*leading cases*) da cui l'orientamento in esame ha preso le mosse. In quelle statuizioni primigenie, difatti, si trovano le dichiarazioni di principio più chiare, successivamente confermate e sviluppate in una molteplicità di casi, ciascuno dotato di caratteristiche peculiari.

Seguendo questa impostazione, bisogna innanzi tutto considerare la sentenza *McCann c. Regno Unito*, che traeva origine dall'uccisione di alcuni sospetti terroristi nel corso di un'operazione di polizia condotta dalle forze speciali inglesi⁹. In quella occasione, la Corte di Strasburgo, pur senza giungere a una condanna dello Stato convenuto sotto questo profilo specifico, affermò recisamente il

⁹Corte EDU, 27 settembre 1995, *Affaire McCann et autres c. Royaume-Uni*, su ricorso n. 18984/91.

principio secondo cui "a general legal prohibition of arbitrary killing by the agents of the State would be ineffective, in practice, if there existed no procedure for reviewing the lawfulness of the use of lethal force by State authorities"¹⁰. Date queste premesse, inoltre, consegue logicamente che l'obbligo di tutelare il diritto alla vita (art. 2 CEDU) comporta altresì che vi debba essere "some form of effective official investigation when individuals have been killed as a result of the use of force by, *inter alios*, agents of the State"¹¹.

Le argomentazioni enunciate nella sentenza *McCann* in relazione alla tutela del diritto alla vita furono riprese a distanza di qualche anno dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo nel noto caso *Assenov c. Bulgaria*, che riguardava alcune ipotesi di maltrattamenti perpetrati dagli agenti di polizia ai danni, fra gli altri, di un soggetto in stato di custodia¹². Sebbene non fosse possibile ricondurre con certezza le lesioni riportate dal ricorrente alle condotte poste in essere dagli agenti delle forze dell'ordine, lo Stato convenuto fu comunque condannato per la violazione degli obblighi procedurali discendenti dall'art. 3 CEDU. I giudici di Strasburgo, infatti, sancirono il principio per cui: "where an individual raises an arguable claim that he has been seriously ill-treated by the police or other such agents of the State unlawfully and in breach of Article 3, that provision, read in conjunction with the State's general duty under Article 1 of the Convention to 'secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in ... [the] Convention', requires by implication that there should be an effective official investigation"¹³.

Come si può intuire, le pronunce cui si è accennato hanno dato luogo a un modulo argomentativo di portata generale, suscettibile di estensione analogica in relazione a tutti i diritti fondamentali sanciti dalle cosiddette "disposizioni normative" della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali. Le applicazioni più frequenti, tuttavia, rimangono quelle concernenti la tutela del diritto alla vita (art. 2 CEDU) e il divieto di tortura (art. 3 CEDU), sui quali la giurisprudenza europea ha dovuto soffermarsi in molteplici occasioni. Nel corso del tempo, infatti, la Corte di Strasburgo ha elaborato un vero e proprio "decalogo", precisando in modo via via più analitico i criteri sulla base dei quali occorre valutare l'effettività dell'indagine e, di conseguenza, stabilire se gli *standard* imposti dal dettato pattizio siano stati soddisfatti o meno¹⁴.

¹⁰ *McCann et autres c. Royaume-Uni*, cit., par. 161.

¹¹ *Ibidem*.

¹² Corte EDU, 28 ottobre 1998, *Affaire Assenov et autres c. Bulgarie*, su ricorso n. 24760/94.

¹³ *Assenov et autres c. Bulgarie*, cit., par. 102.

¹⁴ Per gli opportuni approfondimenti di natura bibliografica e giurisprudenziale, nell'ambito della letteratura più recente, cfr. F. CASSIBBA, sub *Art. 3 Cedu*, in G. UBERTIS, F. VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, cit., p. 124 ss.; S. LONATI, A. NASCIBENI, *La pena e il divieto di tortura*, in M. CERESA-GASTALDO, S. LONATI (a cura di), *Profili di procedura penale europea*,

In via preliminare, è necessario ancora precisare che l'obbligo procedurale di cui si discorre è stato ripetutamente definito come un'obbligazione di mezzi (in opposizione, come di consueto, alle obbligazioni di risultato). Bisogna, tuttavia, intendersi precisamente sul significato che tale qualificazione assume nel contesto in esame. A ben vedere, infatti, essa non risulta fondata – come di primo acchito si potrebbe arguire – sulla individuazione di un obiettivo che gli Stati contraenti rimangono liberi di perseguire discrezionalmente, vale a dire con le forme e i mezzi che ritengono più opportuni, tenuto conto delle esigenze tipiche dei rispettivi ordinamenti giuridici. Essa, invece, “appare imperniata sul carattere più o meno aleatorio della possibilità di accertare le responsabilità individuali e garantire la punizione degli autori di violazioni dei diritti dell'uomo”¹⁵. Si tratta, dunque, di un concetto definito “*per relationem*” rispetto all'obiettivo ideale, costituito dalla completa ricostruzione dei fatti controversi, dall'accertamento in giudizio delle responsabilità corrispondenti e dalla conseguente punizione dei soggetti riconosciuti come colpevoli all'esito del giudizio penale. Poiché questo risultato non può essere sempre conseguito nella pratica, l'obbligo che grava sugli Stati contraenti ha un oggetto diverso e più limitato: le autorità competenti, infatti, debbono attuare tutte le misure ragionevoli per raccogliere e porre in sicurezza le prove, compiendo un serio tentativo di verificare che cosa sia realmente accaduto. Esse, inoltre, debbono rendere decisioni pienamente ragionate, imparziali e obiettive, senza trascurare elementi che potrebbero assumere rilievo per una comprensione esauriente delle circostanze in cui si sono verificate le violazioni del dettato pattizio.

Venendo, ora, ai singoli criteri cui viene ancorata l'effettività delle indagini, le autorità nazionali deputate allo svolgimento dell'inchiesta (nonché, eventualmente, all'esercizio dell'azione penale) debbono anzitutto osservare un canone cronologico di speditezza. Esse, infatti, devono intervenire tempestivamente, così da rendere più agevole l'individuazione delle fonti di prova, preservando – al contempo – la fiducia dell'opinione pubblica nel rispetto della legalità e nella celere persecuzione dei reati.

Milano, 2023, p. 280 ss.; M. MONTAGNA, *Necessità della completezza delle indagini*, in A. GAITO (a cura di), *I principi europei del processo penale*, Roma, 2016, p. 345 ss.; L. PARLATO, *Effettività delle indagini ed “equità processuale”*. Il punto su investigazioni scientifiche sulla persona e operazioni sotto copertura, in D. CHINNICI, A. GAITO (a cura di), *Regole europee e processo penale*, cit., p. 109 ss. Tra i primi contributi in dottrina a descrivere in modo sistematico i criteri di effettività dell'indagine, così come delineati dalla Corte di Strasburgo, v. A. MOWBRAY, *Duties of Investigation under the European Convention on Human Rights*, in 51 ICLQ (2002), p. 437.

¹⁵ Così, F. BESTAGNO, *Diritti umani e impunità. Obblighi positivi degli Stati in materia penale*, cit., p. 172, il quale osserva che “la norma primaria che prevede l'obbligo positivo procedurale [di svolgere investigazioni effettive nelle ipotesi di gravi violazioni dei diritti fondamentali riconosciuti dal dettato pattizio] non sancisce l'obbligo di assicurare l'identificazione e la punizione dei colpevoli, poiché non appare possibile in linea generale imporre agli Stati di raggiungere tale risultato in qualunque situazione concreta” (*ibidem*).

Per quanto concerne gli aspetti istituzionali (i quali, come si può intuire, costituiscono il presupposto indispensabile per il corretto adempimento degli obblighi procedurali), le indagini debbono essere condotte da organi che siano effettivamente indipendenti e imparziali, di modo che l'esito dell'inchiesta non sia posto a repentaglio da eventuali conflitti di interesse o interferenze corporative. Per quanto riguarda il profilo soggettivo dell'indipendenza, tale requisito si estende sia alla magistratura inquirente, sia alle forze dell'ordine, nonché ai loro consulenti, la cui opera può risultare decisiva per valutare correttamente determinati elementi di prova. L'indipendenza, peraltro, non deve essere garantita soltanto sul piano normativo – con riguardo, per esempio, ai vincoli di subordinazione gerarchica tra i diversi uffici coinvolti nelle investigazioni – ma anche a livello operativo, assicurando ai diversi attori coinvolti un'effettiva autonomia nell'espletamento delle proprie funzioni.

Ancora: benché, ovviamente, non sia possibile predeterminare in astratto quali siano le specifiche tecniche investigative che debbono essere impiegate in una particolare vicenda giudiziaria, l'azione degli organi inquirenti deve comunque ispirarsi alla fondamentale esigenza di completezza delle indagini, la quale, a sua volta, deve essere rapportata all'obiettivo di individuare i soggetti responsabili dei reati per cui si procede. Ciò richiede che siano compiuti tutti gli sforzi ragionevoli per giungere a una ricostruzione attendibile dei fatti controversi. Nello specifico, devono essere auditi almeno i soggetti accusati di aver commesso i reati per cui si procede e quelli indicati come testimoni oculari, nonché i pubblici ufficiali presenti sul luogo o nell'immediatezza dei fatti. Infine, in determinate circostanze la completezza investigativa richiede che siano svolti anche accertamenti di carattere tecnico-scientifico (come, ad esempio, l'esame autoptico nei casi in cui dalle condotte ipotizzate sia conseguito l'evento morte).

Per concludere questa rapida rassegna sulle condizioni di effettività delle indagini, queste ultime devono essere caratterizzate da un adeguato livello di trasparenza e di pubblicità, in coerenza con le esigenze tipiche di una società democratica. Ciò comporta il riconoscimento di idonei diritti partecipativi a favore delle vittime dei reati per cui si procede e, qualora ciò si rendesse necessario, anche dei loro prossimi congiunti. Tali soggetti, infatti, devono avere l'occasione di prendere parte al procedimento sin dalla fase delle indagini preliminari, anche al fine di potersi costituire in giudizio per domandare il risarcimento dei danni conseguenti al reato. Di conseguenza, deve essergli garantita la possibilità di interloquire in ogni momento con l'autorità procedente, producendo memorie o indicando elementi di natura probatoria, soprattutto in vista delle determinazioni concernenti l'esercizio dell'azione penale. Infine, compatibilmente con le esigenze di segretezza tipiche della fase preliminare al processo, essi devono avere accesso al fascicolo delle indagini, per conoscere gli atti compiuti dalle autorità inquirenti e determinarsi, di conseguenza, in ordine all'esercizio dei propri diritti partecipativi.

Da questa illustrazione sommaria si evince lo sforzo compiuto dalla Corte di Strasburgo per identificare dei parametri che, da un lato, abbiano portata generale e trascendano le singole vicende giudiziarie; dall'altro lato, siano anche sufficientemente precisi, in modo da orientare le condotte degli organi inquirenti e dei soggetti coinvolti a vario titolo nello svolgimento delle indagini preliminari (senza, comunque, interferire direttamente con gli istituti e con le prassi del diritto processuale nazionale). Ogni Stato contraente, insomma, rimane libero di organizzare i propri apparati repressivi nel modo più conforme alle proprie esigenze e tradizioni giuridiche, purché le inchieste condotte sul suo territorio soddisfino determinati *standard* internazionali, considerati necessari per tutelare adeguatamente i diritti fondamentali della persona.

3. *Investigazioni effettive e divieto di discriminazione*

È venuto adesso il momento di considerare gli sviluppi più recenti dell'orientamento giurisprudenziale in esame di cui, nel paragrafo precedente, sono stati delineati i tratti fondamentali. Come si è anticipato all'esordio, gli approdi cui si intende fare riferimento rivestono interesse in questa sede perché riguardano il ruolo promozionale del diritto e, in particolare, del diritto penale, rispetto ai valori fondamentali di una società democratica di tipo pluralista.

Gli orientamenti giurisprudenziali che vengono ora in rilievo si sono consolidati nell'ultima decade e costituiscono una declinazione specifica dell'obbligo di svolgere investigazioni effettive nell'ambito dei cosiddetti *hate crimes*, vale a dire tutti quegli atti di violenza perpetrati nei confronti di determinati soggetti a causa della loro appartenenza (vera o presunta) a un determinato gruppo sociale, identificato sulla base dell'etnia, della religione, dell'orientamento sessuale, dell'identità di genere o di particolari condizioni fisiche o psichiche. Già da questa definizione di massima, appare evidente come tali delitti costituiscano la manifestazione tangibile di un atteggiamento discriminatorio da parte dei soggetti (pubblici o privati) che se ne rendono responsabili. Ciò che si intende porre in luce è la peculiare combinazione che, nella prospettiva giuridica, è nata dalla congiunzione tra l'obbligo procedurale di svolgere investigazioni effettive e il divieto di discriminazione, costringendo diversi Stati contraenti a considerare seriamente il fenomeno dei crimini d'odio e ad agire in modo risoluto per contrastarne le manifestazioni più eclatanti.

In sintesi, anticipando ciò che si dirà in seguito, la Corte europea dei diritti dell'Uomo ha progressivamente affermato il principio secondo cui, qualora emerga il sospetto che una determinata condotta lesiva dei diritti fondamentali sia stata cagionata da un atteggiamento discriminatorio, le autorità competenti hanno l'obbligo supplementare di investigare per fare luce sul movente ipotizzato, al fine di perseguire l'illecito in questione come un crimine ispirato dall'odio

o dal pregiudizio. In mancanza di tali approfondimenti, l'investigazione condotta dalle autorità nazionali non può essere considerata "effettiva" e, di conseguenza, tali *défaillance* conducono potenzialmente alla responsabilità internazionale dello Stato per la violazione dei suoi obblighi positivi di tutela. Virtualmente, e portando alle estreme conseguenze l'orientamento in esame, ciò potrebbe verificarsi anche se i soggetti responsabili siano stati correttamente individuati e sottoposti a processo – poniamo, addirittura, condannati – per un reato "comune" che, tuttavia, non rispecchia l'autentico disvalore delle condotte discriminatorie in una società democratica di tipo pluralista¹⁶.

Dopo una lunga serie di tentativi infruttuosi, la prima pronuncia in cui questa impostazione giuridica è stata accolta senza remore dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo è stata la sentenza *Turan Cakir c. Belgio*. Il caso in esame riguardava i maltrattamenti perpetrati da alcuni agenti di polizia nei confronti di un soggetto posto in stato di arresto¹⁷. Il ricorrente aveva proposto tempestivamente una denuncia assai dettagliata e, sebbene vi fossero evidenze mediche dei maltrattamenti subiti nel corso della detenzione, nei confronti degli agenti coinvolti era stata emessa una sentenza di non luogo a procedere per la sopravvenuta prescrizione dei reati, già nella fase preliminare antecedente al giudizio. Riconoscendo la responsabilità dello Stato belga per la violazione del combinato disposto degli artt. 3 e 14 CEDU, la Corte di Strasburgo ha affermato quanto segue: "lorsqu'elles enquêtent sur des incidents violents, les autorités de l'Etat ont de surcroît l'obligation de prendre toutes les mesures raisonnables pour découvrir s'il existait une motivation raciste et pour établir si des sentiments de haine ou des préjugés fondés sur l'origine ethnique ont joué un rôle dans les événements"¹⁸. In altre parole, in presenza di un'allegazione verosimile circa episodi violenti connotati da una matrice razzista, le autorità inquirenti debbono compiere sforzi ragionevoli per verificare la fondatezza della *notitia criminis*, pena la violazione del divieto di discriminazione per non aver compiuto un'investigazione effettiva. Le medesime autorità, inoltre, debbono rendere decisioni pienamente giustificate e imparziali, "sans omettre des faits douteux révélateurs d'un acte de violence motivé par des considérations de race"¹⁹.

A distanza di qualche tempo, questa linea di ragionamento è stata riproposta dalla Corte di Strasburgo nella sentenza *B.S. c. Spagna*. La pronuncia riguardava il caso di una donna di origine africana, esercente la prostituzione, la quale era

¹⁶ Questo modulo argomentativo, ovviamente, potrebbe trovare applicazione in riferimento a qualsiasi forma di discriminazione fondata, per esempio, sulla provenienza etnica, sulla fede professata, sugli orientamenti sessuali oppure, ancora, sul genere delle vittime. Al riguardo, v. però l'avvertenza metodologica formulata *supra*, § 1.

¹⁷ Corte EDU, 10 marzo 2009, *Affaire Turan Cakir c. Belgique*, su ricorso n. 44256/06.

¹⁸ *Affaire Turan Cakir c. Belgique*, cit., par. 77.

¹⁹ *Ibidem*.

stata ripetutamente sottoposta a controlli da parte degli agenti di polizia e denunciava di aver subito abusi e vessazioni da parte dei soggetti coinvolti nelle operazioni in questione²⁰. Anche in tale vicenda, il procedimento penale interno si era risolto con una pronuncia di non luogo a procedere da parte del giudice istruttore. Quest'ultima si fondava esclusivamente sul rapporto del commissariato di polizia cui appartenevano gli agenti coinvolti, mentre nelle determinazioni concernenti l'esercizio dell'azione penale non erano state nemmeno menzionate le allegazioni della ricorrente sugli atteggiamenti di tenore razzista degli agenti nel corso dei controlli contestati. Di conseguenza, la Corte europea concluse che non erano stati effettuati sforzi idonei a verificare cosa fosse realmente accaduto, né se il movente razziale avesse avuto effettivamente un'incidenza causale sui maltrattamenti denunciati dalla vittima. Si confermava, dunque, l'idea di un collegamento stringente tra l'obbligo di svolgere indagini effettive e il divieto di discriminazione su base etnica.

In seguito a queste pioneristiche pronunce, l'orientamento in esame ha trovato conferme sempre più frequenti, consolidando il principio secondo cui, indagando sui crimini violenti, come gli omicidi e i maltrattamenti, le autorità statali hanno il dovere supplementare di adottare tutte le misure ragionevoli per smascherare qualsiasi movente razzista e stabilire se l'odio o il pregiudizio etnico abbiano avuto un ruolo determinante nella dinamica degli eventi posti a fondamento del ricorso²¹.

D'altra parte, la Corte di Strasburgo ha avuto modo di soffermarsi ulteriormente sulle ragioni di fondo poste a sostegno della propria impostazione, precisando che le aggressioni con sospette connotazioni razziste richiedono che le indagini siano condotte con particolare vigore, tenendo conto della necessità di riaffermare costantemente la condanna del razzismo da parte della società, al fine di mantenere la fiducia delle minoranze nella capacità delle autorità statali di proteggerle dalla minaccia della violenza determinata dal pregiudizio etnico²².

Per quanto riguarda i profili operativi, l'effettività dell'indagine potrebbe richiedere, ad esempio, che i soggetti accusati di aver compiuto aggressioni razziste siano interrogati sul loro atteggiamento generale nei confronti del gruppo etnico di appartenenza delle vittime, oppure che le autorità inquirenti compiano

²⁰ Corte EDU, 24 luglio 2012, *B.S. c. Espagne*, su ricorso 47159/08.

²¹ Cfr., *ex multis*, Corte EDU, 23 ottobre 2012, *Affaire Yotova c. Bulgarie*, su ricorso 43606/04; Corte EDU, 11 marzo 2014, *Affaire Abdu c. Bulgarie*, su ricorso 26827/08; Corte EDU, 28 marzo 2017, *Case of Grigoryan e Sergeyeva vs. Ukraine*, su ricorso 63409/14; Corte EDU, 28 marzo 2017, *Case of Škorjanec vs. Croatia*, su ricorso 25536/14; Corte EDU, 31 ottobre 2017, *Case of M.F. vs. Hungary*, su ricorso 45855/12; Corte EDU, 1° settembre 2020, *Case of R.R. e R.D. vs. Slovakia*, su ricorso 20649/18.

²² In tal senso, v. Corte EDU, 20 ottobre 2015, *Case of Balázs vs. Hungary*, su ricorso 15529/12, par. 52.

gli sforzi necessari per appurare se i medesimi soggetti avevano già preso parte in precedenza ad azioni con connotazioni razziste; oppure, ancora, se essi coltivavano simpatie verso ideologie estremiste²³.

Considerata la portata generale delle affermazioni cardine dell'orientamento in esame, non stupisce che i medesimi principi abbiano trovato applicazione anche al di fuori del contesto specifico della discriminazione razziale, nel quale essi sono stati originariamente concepiti. Ciò si è puntualmente verificato con la pronuncia *Milanović c. Serbia*, concernente le ripetute aggressioni subite dal *leader* di una comunità indù stanziata nel Paese balcanico²⁴. In tale occasione, la Corte europea dei diritti dell'Uomo ha condannato lo Stato convenuto sia per non aver intrapreso le misure necessarie a prevenire le violenze in questione, sia per non aver adottato le misure investigative necessarie per individuare i soggetti (privati) responsabili degli atti intimidatori. Ebbene, in tale contesto, la Corte di Strasburgo ha osservato quanto segue: "treating religiously motivated violence and brutality on an equal footing with cases that have no such overtones would be turning a blind eye to the specific nature of acts that are particularly destructive of fundamental rights"²⁵. Di conseguenza, è stata riconosciuta – oltre alla violazione dell'art. 3 CEDU – anche la violazione dell'art. 14 CEDU, confermando che le notizie di reato in cui vengono segnalate condotte discriminatorie non possono essere trattate alla stregua di reati "comuni".

Un caso analogo si presentò nuovamente a breve distanza temporale con la sentenza *Begheluri e altri c. Georgia*. Nel caso di specie, si trattava delle violenze fisiche e verbali perpetrate in modo sistematico da agenti di polizia e da soggetti privati (gruppi di estremisti ortodossi) ai danni della comunità dei Testimoni di Geova, così che la libertà di culto dei soggetti appartenenti alla medesima comunità era posta seriamente a repentaglio²⁶. Pure in tale occasione, la Corte di Strasburgo stigmatizzò l'inerzia delle autorità georgiane, affermando che l'incapacità degli organi competenti di indagare efficacemente sugli episodi di violenza denunciati dai Testimoni di Geova dimostrava ampiamente la tolleranza dei pubblici poteri verso quelle forme di violenza, cagionando una violazione dell'art. 14 in combinato disposto con gli artt. 3 e 9 CEDU²⁷.

²³ Gli esempi sono tratti da Corte EDU, 21 dicembre 2017, *Affaire Gjirkondi et Autres c. Grèce*, su ricorso 17249/10, par. 138. Nel caso di specie, peraltro, è stata accertata la violazione dell'art. 2 CEDU sotto il duplice profilo materiale e procedurale, mentre è stata considerata assorbita la questione attinente alla violazione del divieto di discriminazione.

²⁴ Corte EDU, 14 dicembre 2010, *Case of Milanović vs. Serbia*, su ricorso 44614/07.

²⁵ Corte. EDU, *Milanović vs. Serbia*, cit., par. 97.

²⁶ Corte EDU, 7 ottobre 2014, *Case of Begheluri and Others vs. Georgia*, su ricorso 28490/12.

²⁷ *Case of Begheluri and Others vs. Georgia*, cit., par. 179.

4. *La questione dell'onere della prova*

La progressiva individuazione di un obbligo generale di svolgere investigazioni effettive sulle gravi violazioni dei diritti fondamentali non deriva soltanto dalla necessità di tutelare efficacemente questi ultimi, ma risponde – ovviamente – anche all'esigenza di favorire l'emersione dei comportamenti lesivi dei diritti medesimi. Difatti, qualora gli Stati contraenti potessero giovare del mancato accertamento delle condotte discriminatorie derivante da inerzie investigative imputabili ai loro stessi organi inquirenti, si produrrebbe evidentemente un esito paradossale. Ciò spiega come mai, da lungo tempo, la Corte europea dei diritti dell'Uomo abbia riconosciuto l'autonomia e – al medesimo tempo – lo stretto collegamento che intercorre tra gli obblighi sostanziali e quelli procedurali, che scaturiscono dagli artt. 2 e 3 CEDU. Così, se per un verso l'obbligo di svolgere investigazioni effettive costituisce un titolo autonomo di responsabilità degli Stati contraenti (indipendente rispetto alle corrispondenti violazioni sostanziali), per altro verso un'allegazione verosimile da parte del ricorrente impone allo Stato convenuto l'onere di dimostrare che la violazione dei diritti fondamentali della vittima non sia imputabile o, comunque, riconducibile all'operato delle autorità pubbliche. Se il Paese convenuto non riesce a soddisfare questo *standard* probatorio, allora esso viene considerato responsabile, sul piano internazionale, per la violazione delle disposizioni normative del dettato pattizio che vengono volta per volta in rilievo.

Com'è agevole intuire, la questione dell'onere della prova si ripropone, *mutatis mutandis*, anche in relazione al divieto di discriminazione che, come si è avuto modo di vedere nel paragrafo precedente, si considera violato qualora le autorità nazionali non abbiano indagato con sufficiente determinazione sull'eventuale movente discriminatorio delle condotte illecite. Il problema è che proprio il mancato svolgimento di indagini effettive sul punto rende particolarmente arduo ricostruire gli eventi e comprendere cosa sia realmente accaduto, nonché l'effettiva incidenza della matrice razzista o discriminatoria sulla dinamica degli eventi. Di conseguenza, pure in questa situazione è necessario stabilire su quale parte processuale grava il rischio della mancata prova circa il movente discriminatorio delle condotte denunciate.

La questione, peraltro, è resa ancor più intricata dal fatto che, a fronte di una denuncia di comportamenti razzisti o discriminatori da parte delle forze dell'ordine o di soggetti privati, lo Stato convenuto potrebbe essere chiamato a fornire la prova di un fatto psicologico “negativo”: vale a dire l'assenza, in capo ai soggetti accusati di aver commesso i reati in questione, di una particolare attitudine soggettiva. Il rischio, pertanto, è quello di addossare allo Stato convenuto una sorta di *probatio diabolica*, motivo per cui la Corte di Strasburgo ha adottato un approccio piuttosto prudente in materia, peraltro non scevro da significative oscillazioni a seconda delle circostanze del caso concreto.

Nel tentativo di conciliare i diversi interessi in gioco, la Corte europea dei diritti dell'Uomo ha stabilito, in primo luogo, che il mancato adempimento dell'obbligo di svolgere indagini effettive in ordine al movente discriminatorio di determinate condotte non determina, di per sé stesso, la violazione dell'art. 14 CEDU²⁸.

Inoltre, l'incapacità delle autorità di condurre un'indagine efficace sul presunto movente razzista delle condotte contestate non appare sufficiente, in assenza di ulteriori elementi, a trasferire sullo Stato convenuto l'onere della prova in merito alla presunta violazione dell'art. 14 in combinato disposto con la disposizione normativa che, volta per volta, viene in rilievo. Come si è anticipato, infatti, ciò equivarrebbe a richiedere allo Stato convenuto di dimostrare in ogni caso l'assenza di un particolare atteggiamento soggettivo da parte dei soggetti coinvolti nella singola vicenda²⁹.

Secondo la medesima ricostruzione giurisprudenziale, tuttavia, ciò non esclude la possibilità che in taluni casi il Governo convenuto abbia l'onere di confutare l'ipotesi di una condotta discriminatoria e – ove ciò non accada – sia riconosciuta una violazione dell'art. 14 CEDU. La questione, pertanto, diviene quella di individuare con precisione le situazioni in cui si realizza tale inversione dell'onere probatorio. Al riguardo, si precisa che, affinché si realizzi tale effetto, il ricorrente deve fornire un'allegazione *prima facie verosimile*: vale a dire un principio di prova idoneo a dimostrare che, nel caso di specie, si è verificata una discriminazione illegittima. Per quanto riguarda i profili operativi, la Corte di Strasburgo ha chiarito che non vi sono ostacoli procedurali alla ricevibilità delle prove o formule predeterminate per comprendere in che cosa consista un'allegazione verosimile, idonea a trasferire l'onere della prova sullo Stato convenuto³⁰. Si può, dunque, solamente procedere caso per caso, tenendo conto di tutti i fattori che possono assumere rilievo nella vicenda giudiziaria concreta.

A titolo esemplificativo, la Corte europea ha avuto modo di precisare come, qualora una denuncia contenga allegazioni specifiche circa l'esistenza di abusi verbali da parte delle forze dell'ordine nei confronti di soggetti appartenenti a una minoranza etnica o di altro tipo, sia necessario effettuare un esame approfondito dei fatti per scoprire un eventuale movente razzista alla base del comportamento discriminatorio denunciato. In mancanza di un'indagine effettiva

²⁸ Corte EDU, Grande Camera, 6 luglio 2005, *Case of Nachova and Others vs. Bulgaria*, su ricorsi nn. 43577/98 e 43579/98 (spec. par. 157).

²⁹ In particolare, si è osservato che nei sistemi giuridici di molti Paesi, in materia di lavoro o di prestazione di servizi, la prova dell'effetto discriminatorio di una politica o di una decisione consente di prescindere dalla dimostrazione del movente della condotta impugnata, ma tale approccio non potrebbe essere semplicemente trasposto nei casi in cui si asserisce che un atto di violenza sia stato indotto dal pregiudizio razziale: *Case of Nachova and Others vs. Bulgaria*, cit., par. 157.

³⁰ Corte EDU, 14 dicembre 2010, *Case of Mižigárová vs. Slovakia*, su ricorso n. 74832/01, par. 116.

sul punto, idonea a confutare tale allegazione, si verifica una violazione del divieto di discriminazione sotto il profilo procedurale³¹. In una diversa occasione, invece, si è affermato che – in assenza di ulteriori riscontri – la semplice esistenza di prove indipendenti (come, per esempio, i *report* pubblicati da organizzazioni internazionali o non governative particolarmente qualificate) che attestano un problema di razzismo sistemico non sarebbe sufficiente per imporre alle autorità pubbliche la verifica di un ipotetico movente razzista delle condotte impuginate³².

5. Notazioni conclusive

Il percorso che si è rapidamente delineato testimonia la crescente attenzione manifestata dalla Corte di Strasburgo nei confronti del ruolo che il diritto penale può svolgere nell'ambito di una società democratica per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Si tratta, come si è avuto modo di vedere, di un percorso ermeneutico intrapreso con notevole prudenza, in modo da imporre gradualmente agli Stati contraenti dei vincoli via via più stringenti nella materia in esame.

In una prima fase, la Corte di Strasburgo ha esteso la teoria degli obblighi positivi impliciti alla materia penale, ricavando dalle disposizioni (procedurali o normative) del dettato pattizio un obbligo generalizzato di svolgere investigazioni effettive in ordine alle violazioni dei diritti fondamentali.

A questa prima fase, ne è seguita una seconda – oggetto di approfondimento nel presente contributo – in cui l'attenzione si è concentrata pure sui rapporti che intercorrono tra l'obbligo di svolgere investigazioni effettive e il movente discriminatorio delle condotte lesive dei diritti fondamentali. In questa prospettiva, la Corte europea si è sforzata di definire con chiarezza il legame tra l'art. 14 CEDU e le disposizioni normative che tutelano i singoli diritti fondamentali. Come prevedibile, nel medesimo frangente è emersa pure la problematica specifica attinente alla distribuzione dell'onere della prova, vale a dire sulla parte processuale (il ricorrente oppure lo Stato convenuto) che sopporta il rischio del mancato accertamento (in termini positivi o negativi) della effettiva incidenza del movente discriminatorio nella dinamica dei fatti controversi. In altre parole: *cui prodest* nel caso in cui la prova del movente discriminatorio sia ritenuta insufficiente o contraddittoria?

Al di là delle singole questioni tecniche, bisogna precisare che l'insistenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo sugli obblighi procedurali positivi non

³¹ Corte EDU, 13 dicembre 2005, *Case of Bekos and Koutropoulos vs. Greece*, su ricorso n. 15250/02, par. 74.

³² *Case of Mižigárová vs. Slovakia*, cit., par. 117.

pare in contrasto con la natura sussidiaria del sistema internazionale di tutela dei diritti fondamentali, anzi – entro certi limiti – ne costituisce uno sviluppo coerente. Le autorità nazionali, invero, conservano il potere-dovere di intervenire tempestivamente per porre fine alle violazioni del dettato pattizio e perseguire i soggetti (pubblici o privati) responsabili di esse. Se, tuttavia, esse non sono in grado di adempiere a tale compito, per inerzia ovvero per complicità, allora l'intervento della Corte di Strasburgo non appare ultroneo, né destituito di fondamento giuridico. Tale intervento, si ricordi, è diretto all'accertamento degli estremi necessari per configurare la responsabilità dello Stato convenuto sul piano internazionale, mentre non genera – ovviamente – alcun effetto in ordine alla responsabilità penale dei singoli individui coinvolti.

Certo, non si può ignorare che questa evoluzione, connotata da un notevole tasso di creatività ermeneutica, può suscitare opposte reazioni, a seconda delle angolazioni visuali dalle quali essa viene osservata. In particolare, per quanto interessa in questa sede, alcuni saranno inclini a vedervi il sintomo di un benefico progresso nel sistema internazionale di tutela dei diritti umani, mentre altri vi scorgeranno il segno di una deriva repressiva e illiberale della giurisprudenza europea. Quest'ultima posizione è certamente più diffusa fra gli studiosi del diritto e del processo penale, i quali sono inclini a considerare le disposizioni contenute nei Patti internazionali sui diritti dell'Uomo come altrettanti limiti al potere punitivo statale e, di conseguenza, osservano con un certo stupore gli obblighi di incriminazione e di persecuzione penale progressivamente enucleati dalla Corte europea.

Non è detto che questa divergenza di vedute possa essere integralmente superata. È necessario, però, sforzarsi di capire le ragioni altrui e cercare di oltrepassare le visuali troppo anguste per riflettere la complessità delle dinamiche giuridiche. Secondo l'opinione di chi scrive, per comprendere appieno l'evoluzione della giurisprudenza europea nella materia in esame, occorre tenere presente il ruolo che svolge la Corte di Strasburgo nella definizione di un ordine pubblico europeo. Non si può dimenticare, infatti, che la Corte europea dei diritti dell'Uomo agisce, in ultima, istanza per la conservazione e la promozione della pace sul continente. Tale obiettivo fondamentale viene perseguito, a sua volta, mediante alcuni obiettivi intermedi, che ne facilitano il raggiungimento, vale a dire la tutela dei diritti umani, della democrazia e della *rule of law*³³. In questa prospettiva, si comprende meglio l'opera di contrasto nei confronti delle discriminazioni di carattere etnico o religioso, propugnata dalla Corte di Strasburgo anche mediante l'imposizione di obblighi di incriminazione e di persecuzione penale sempre più stringenti e articolati in capo agli Stati contraenti. Come gli storici insegnano, infatti, le discriminazioni di carattere etnico o reli-

³³ Sul punto, v. D. XENOS, *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, cit., p. 15.

gioso tra i cittadini rappresentano “il virus mortale della democrazia”³⁴. L’esperienza del Novecento, invero, ha dolorosamente dimostrato che le comunità etniche e religiose che agiscono quali blocchi contrapposti non rappresentano una base fondativa idonea alla costruzione e al mantenimento di un sistema politico democratico, ma possono soltanto ingenerare “instabilità e guerra civile, a meno che uno dei gruppi contendenti o qualche autorità esterna non sia forte abbastanza da stabilire il proprio non democratico dominio”³⁵.

³⁴ In questi termini si esprime E.J. HOBSBAWM, *Il secolo breve. 1914-1991* (1994), tr. it., Milano, 1997, p. 168.

³⁵ Così, ancora, E.J. HOBSBAWM, *Il secolo breve. 1914-1991*, cit., p. 169.

I DIRITTI POLITICI DELLE MINORANZE ALLA LUCE DELLA GIURISPRUDENZA CONVENZIONALE

Edin Skrebo

SOMMARIO: 1. Diritti elettorali e minoranze: alcune coordinate generali. – 2. Il diritto elettorale nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’Uomo e delle libertà fondamentali e nei suoi Protocolli. – 3. Diritto elettorale e minoranze nella giurisprudenza della Corte EDU: alcuni casi emblematici. – 3.1. *Sejdić e Finci c. Bosnia ed Erzegovina*. – 3.2. *Podkolzina c. Lettonia*. – 3.3. *Tănase c. Moldavia*. – 3.4. *Bakirdzi e E. C. c. Ungheria*. – 4. Conclusioni.

1. *Diritti elettorali e minoranze: alcune coordinate generali*

L’esercizio dei diritti politici costituisce elemento fondamentale ed imprescindibile della democrazia, “perché voto, e quindi elezione e rappresentanza sono il corredo strumentale senza il quale la democrazia non si realizza”¹. A questa prima considerazione va aggiunto, inoltre, il valore ancipite che l’espressione “votare” assume. Da una parte, si può affermare che l’esercizio del diritto di voto costituisce la modalità con cui la cittadinanza elegge i propri rappresentanti all’interno degli organi statali: questo può essere definito come il “voto elettivo”². Dall’altra parte, poi, vi è il “voto deliberativo”³, cioè quell’espressione di volontà che mira al raggiungimento di una decisione su determinate materie. Detto in altro modo, questo voto – che solitamente viene esercitato all’interno delle Assemblee parlamentari, ma anche direttamente dalla cittadinanza: basti pensare all’esercizio dell’istituto referendario – mira al raggiungimento di una deliberazione che andrà poi a incidere sulla collettività⁴. Quanto

¹T.E. FROSINI, *Sistemi elettorali e sistemi di partito*, in P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G.F. FERRARI (a cura di), *Diritto costituzionale comparato. Tomo II*, Roma, 2013, p. 877.

²*Ivi*, p. 878.

³*Ibidem*.

⁴T.E. FROSINI, *Forma di governo e partecipazione popolare*, Torino, 2008, p. 91; G. PASQUINO, *I sistemi elettorali*, Bologna, 2006, p. 112 ss.; T.E. FROSINI, *Le votazioni*, Roma-Bari, 2002, p. 67.

poco sopra affermato trova una maggiore risonanza quando il sostantivo elezione viene accostato al concetto di minoranza⁵. È proprio questa particolare combinazione ad offrire il fianco ad una più concreta comprensione della natura bifronte del voto. Infatti, per le minoranze, soprattutto quando si parla di cosiddette minoranze “tendenzialmente permanenti”⁶, di cui tratteremo di seguito, il diritto di voto assume una rilevanza fondamentale in quanto, la garanzia dell’esercizio del massimo diritto politico permette a) l’elezione di propri rappresentanti presso i “rami alti” del potere statale (oltre che a livello locale), garantendone quindi la rappresentanza⁷. Inoltre, ciò si traduce anche, e soprattutto, b) nella facoltà di incidere in maniera diretta sulle decisioni che riguardano la collettività e, in particolare, per quanto riguarda il proprio gruppo che, come espressione di una minoranza, rischierebbe di incidere in modo limitato in ambito deliberativo. Detto altrimenti, l’esercizio del diritto elettorale permette alle minoranze, da una parte, di eleggere i propri rappresentanti e, dall’altra, di esprimere una propria “voce” in sede decisionale⁸. A tal proposito, appare opportuno ricordare che per i gruppi minoritari la “garanzia di rappresentanza e il diritto di partecipazione politica hanno un significato che va ben oltre il semplice desiderio di influenzare gli esiti di un processo decisionale”⁹, in quanto ciò rappresenta elemento essenziale per una società pacifica e democratica: in grado cioè di disinnescare o ricomporre i potenziali conflitti. È proprio in ragione di questa caratteristica, che all’interno del presente volume, si è deciso di dedicare un contributo riguardante il tema del diritto elettorale, in quanto si ritiene che, la partecipazione delle minoranze – segnatamente di quelle linguistiche, etniche e nazionali, come si vedrà meglio in seguito –, all’interno degli organi assembleari, rappresenta una delle possibili forme per la realizzazione di un pluralismo compiuto¹⁰. Specificamente, il contributo si propone di illustrare come tali garanzie elettorali possono ricomporre le eventuali tensioni originate da una società attraversata da un numero sempre maggiore di specificità.

Alla luce di questo sintetico quadro, appare necessario fornire delle coordinate più dettagliate su alcune nozioni che in questo scritto andranno ad assume-

⁵ L. MONTANARI, *Minoranze (tutela delle)*, in S. CASSESE, M. CATENACCI (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, IV, Milano, 2006, pp. 3650-3652.

⁶ A. PIZZORUSSO, *Minoranze e maggioranze*, Torino, 1993, pp. 46-47.

⁷ A. PIZZORUSSO, *Le minoranze nel diritto pubblico interno*, Milano, 1967, p. 153.

⁸ F. PALERMO, J. WOELK, *Rappresentanza e partecipazione politica delle minoranze*, in E. PFÖSTL (a cura di), *Valorizzare le diversità. Tutela delle minoranze ed Europa multiculturale*, Roma, 2003, p. 105 ss.; F. BENOÎT-ROHMER, H. HARDEMAN, *The Representation of Minorities in the Parliaments of Central and Eastern Europe*, in *2 International Journal on Group Rights* (1994), p. 91.

⁹ F. PALERMO, J. WOELK, *Diritto costituzionale comparato dei gruppi e delle minoranze*, Milano, 2021, p. 123.

¹⁰ Per un approccio critico sul punto si rimanda a L. BUFFONI, *Le minoranze e il pluralismo. Un malinteso*, in *Diritto pubblico*, n. 2, pp. 275-312.

re un ruolo centrale. Infatti, in primo luogo, si rende necessario tentare di circoscrivere il concetto di minoranza. Innanzitutto, una premessa è d'obbligo: non esiste una definizione universalmente accettata e vincolante sul punto, in quanto i caratteri che possono determinare un gruppo sono potenzialmente infiniti¹¹. Tuttavia, dal punto di vista più strettamente giuridico, ciò che rileva è la possibilità di individuare un riconoscimento da parte dell'ordinamento rispetto ad un gruppo minoritario. In particolare, è necessaria l'esistenza di una "rilevanza giuridica a seconda del contesto, del luogo, dell'ambito di applicazione della norma"¹². Detto in altro modo, le identità si caratterizzano per essere funzionali rispetto al contesto giuridico con cui vengono a confrontarsi.

A questi primi criteri di identificazione, occorre aggiungerne altri quali, ad esempio, l'esistenza di certi caratteri, che a loro volta possono essere di due tipi: da una parte, gli elementi di identificazione definiti "forti" (in quanto oggettivamente riconoscibili), come l'esistenza di una lingua comune tra i membri del gruppo, oppure l'appartenenza religiosa o, ancora, quella etnica. In particolare, questi criteri hanno avuto una applicazione predominante durante il secolo scorso, quando, cioè, l'appartenenza ad una minoranza era letta come l'affiliazione ad un preciso gruppo, solitamente, distinto dal resto della popolazione per le sue caratteristiche intrinseche, quali, per l'appunto, la lingua, la religione, l'etnia o la nazionalità¹³. Dall'altra parte, poi, vi sono dei fattori di identificazione "deboli", per cui i membri della minoranza si contraddistinguono per la comunanza di stili di vita, concezioni filosofiche, oppure per l'età. Queste "nuove minoranze"¹⁴ – che tendono a caratterizzare in modo sempre più significativo l'età contemporanea – sono strettamente collegate ai mutamenti sociali in atto e, come tali, necessitano di un processo più lungo per il loro riconoscimento¹⁵.

Questa differenza può essere percepita all'interno degli stessi tentativi definitivi del concetto di minoranza¹⁶. Infatti, stando alla qualificazione che di questa ha dato Capotorti, negli anni Settanta del secolo scorso, è possibile individuare una minoranza come "un gruppo numericamente inferiore al resto della popolazione di uno Stato, in posizione non dominante, i cui membri – essendo di na-

¹¹ F. PALERMO, J. WOELK, *Diritto costituzionale comparato*, cit., p. 6.

¹² *Ivi*, p. 7.

¹³ Sul punto si rimanda all'opera di O. BAUER, *La questione nazionale*, Roma, 1999, pp. 51-102; C. CASONATO, *Pluralismo etnico e rappresentanza politica*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 2, 1999, p. 609.

¹⁴ E. PALCI DI SUNI PRAT, *Intorno alle minoranze*, Torino, 2002, p. 191 ss.

¹⁵ L. LORELLO, *Vecchie e nuove minoranze: definizioni e strumenti di tutela. Considerazione introduttive*, in L. DE GRAZIA, L. LORELLO, G. VERDE (a cura di), *Vecchie e nuove minoranze: definizioni e strumenti di tutela*, Atti del convegno di Palermo, 3 dicembre 2015, pp. 10-20.

¹⁶ A. EIDE, *The rights of 'Old' versus 'New' Minorities*, in 2 *European Yearbook of Minorities Issue* (2002), p. 365; W. KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, Bologna, 1995, pp. 28-29.

zionalità dello Stato – possiedono caratteristiche etniche, religiose o linguistiche che differiscono da quelle del resto della popolazione, e mostrano, anche solo implicitamente, un senso di solidarietà, diretta a preservare la loro cultura, tradizioni, religione o lingua”¹⁷. Questa definizione sembra essere calzante, però, solamente per quelle minoranze che sono contraddistinte da criteri “forti”, perché basati su caratteristiche etniche, linguistiche o religiose che, appunto, erano tipiche del secolo scorso¹⁸ e rispetto ai quali gli Stati “potevano considerarsi ‘sovrani’ nel riconoscere [le minoranze] come tali, quanto sotto il profilo della produzione esclusiva delle norme che le disciplinano”¹⁹.

L’ordinamento internazionale, viceversa, è maggiormente propenso a superare questa tradizionale concezione legata allo Stato e all’individuazione di criteri rigidi per l’identificazione delle minoranze, preferendo, invece, l’individuazione di criteri di classificazione slegati da quelli forniti dai singoli Stati e accogliendone di nuovi. Esemplare in tal senso risulta essere il *Report* della Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto (nota anche come Commissione di Venezia, dalla città in cui ha la sua sede) del 2006 in cui, per la prima volta, è stata affermata che la cittadinanza non costituisce più un elemento indispensabile per l’attribuzione dello *status* di minoranza all’interno di uno Stato²⁰.

Prendendo in prestito le suggestive parole di Pizzorusso sul tema²¹, si possono altresì distinguere le minoranze in “tendenzialmente permanenti” o “occasionalmente”. Le prime si definiscono tali proprio in ragione dell’esistenza di caratteristiche intrinseche e difficilmente mutabili, che vanno a distinguere il gruppo dalla restante popolazione. Grosso modo, questi sono proprio quei criteri di identificazione “forti”, di cui si è accennato prima nella definizione di Capotorti. Nella determinazione delle minoranze tendenzialmente permanenti assume, inoltre, una certa rilevanza l’elemento temporale, che tende a protrarsi in maniera più o meno indefinita, a tal punto da divenire una costante. Si può concludere, affermando che le minoranze tendenzialmente permanenti costituiscono una “nozione sociologica, descrittiva delle situazioni di fatto dotate di corrisponden-

¹⁷ F. CAPOTORTI, *Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, New York, 1977, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/384/Rev.1, UNSales Nr. E.78.XIV.1, p. 5.

¹⁸ L’individuazione di questi tre criteri (etnico, linguistico e religioso), quali potenziali fattori di separazione e contrapposizione tra maggioranza e minoranza tendenzialmente permanente, è stato scelto non tanto perché questa elencazione è esaustiva, piuttosto perché essa appare la più idonea a includere le principali situazioni “con riferimento alle quali storicamente il problema si è posto in termini sufficientemente omogenei da poter costituire oggetto di uno studio unitario”, così in A. PIZZORUSSO, *Minoranze e maggioranze*, cit., p. 56.

¹⁹ F. PALERMO, J. WOELK, *Diritto costituzionale comparato*, cit., p. 11.

²⁰ European Commission for Democracy through Law, *Report on Non-citizens and Minority Rights*, December 2006, CDL-AD (2007)001.

²¹ A. PIZZORUSSO, *Minoranze e maggioranze*, cit., pp. 51-52.

ti caratteristiche”²², le quali assumono rilevanza giuridica solamente quando (e se) il legislatore attribuisce al gruppo determinati diritti o doveri.

Le minoranze “occasionalmente”, invece, sono quelle che sorgono non per l’esistenza di caratteri proprio o “innati” di un gruppo, ma rispetto alla divisione che si viene a creare in seno ad una collettività quando viene presa una deliberazione sulla scorta del principio maggioritario²³. Un esempio plastico di minoranza “occasionale” si può ritrovare in campo politico. Infatti, in assemblea parlamentare, durante una votazione, si verranno necessariamente a creare due schieramenti: da una parte i gruppi che hanno sostenuto una certa scelta e che hanno ottenuto la maggioranza dei consensi e, dall’altra, coloro che, invece, si sono opposti alla deliberazione e che quindi, sulla base della scelta adottata, si ritrovano ad essere una minoranza. In tal caso, si può descrivere il rapporto tra “maggioranza” e “opposizione” come instaurato all’interno della dialettica politica²⁴. Tuttavia, come facilmente intuibile, si tratta di una minoranza “occasionale” (non strutturale)²⁵ che, potenzialmente, nella prossima deliberazione in Assemblea, potrebbe ribaltare la propria, precedente posizione minoritaria. Alla luce di queste considerazioni, si vorrebbe tentare di fornire una minima definizione di minoranza. Per cui si può dire che si tratta di un aggregato sociale che diviene tale “quando entra in relazione con un altro gruppo che costituisce la maggioranza in relazione a determinati fattori (numerici, economici, politici, relazionali, territoriali [...]) e quando tale relazione assume rilevanza giuridica”²⁶. Ulteriormente, è possibile identificare cosa si intende per minoranza attraverso l’art. 27 del Patto internazionale per i diritti civili e politici²⁷ – adottato dall’Assemblea generale dell’Organizzazione delle Nazioni Unite nel 1966 – che è indicativo in questa direzione in quanto, dichiarando gli obiettivi della tutela delle minoranze, implicitamente, ne fornisce anche una definizione, sebbene sommaria e generale²⁸. Ad ogni modo, come ebbe ad osser-

²² *Ivi*, p. 47.

²³ “L’individuazione della minoranza [...] costituisce il risultato dell’applicazione, a un certo procedimento di formazione di una deliberazione collettiva, di una serie di regole [...] riconducibili al principio maggioritario”, così in *ivi*, p. 46.

²⁴ Sul punto si rimanda a: S. SICCARDI, *Maggioranza, minoranze e opposizione nel sistema costituzionale italiano*, Milano, 1984, p. 270 ss.; G. DE VERGOTTINI, *Opposizione parlamentare*, in *Enciclopedia del diritto*, XXX, Milano, 1980, p. 532 ss.; R.A. DAHL (a cura di), *Political Opposition in Western Democracy*, New Haven, 1966, p. 51 *passim*.

²⁵ A. PIZZORUSSO, *Minoranze e maggioranze*, cit., p. 45.

²⁶ F. PALERMO, J. WOELK, *Diritto costituzionale comparato*, cit., p. 14.

²⁷ “In quegli Stati, nei quali esistono minoranze etniche, religiose, o linguistiche, gli individui appartenenti a tali minoranze non possono essere privati del diritto di avere una vita culturale propria, di professare e praticare la propria religione, o di usare la propria lingua, in comune con gli altri membri del proprio gruppo”, Patto internazionale per i diritti civili e politici, art. 27.

²⁸ Sul punto si veda: C. TOMUSCHAT, *Protection of Minorities under Article 27 of International Covenant on Civil and Political Rights*, in *Völkerrecht als Rechtsordnung. Internationale Gerichtsbar-*

vare il relatore generale delle Nazioni Unite sulla prevenzione della discriminazione e la protezione delle minoranze, nel suo rapporto, “sarebbe illusorio immaginare [di poter] trovar[e] un accordo universale sulla definizione di minoranza”²⁹.

Il presente contributo vuole tentare di fornire uno spaccato sui diritti elettorali delle minoranze – specificamente di quelle che possono essere definite come “tendenzialmente permanenti” o, altrimenti detto, come caratterizzate da criteri di identificazione “forti” (lingua, religione, etnia, nazionalità) – all’interno della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’Uomo (in seguito, Corte EDU). In particolare, utilizzando alcune sentenze di questo organo giurisdizionale, che hanno avuto il merito di evidenziare come la garanzia dell’esercizio del diritto elettorale delle minoranze costituisca elemento imprescindibile di una società realmente pluralista.

Prima di analizzare le sentenze proposte, si svilupperanno alcune considerazioni specifiche sul tema dell’esercizio del diritto elettorale alla luce delle previsioni contenute all’interno della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’Uomo e delle libertà fondamentali e dei suoi Protocolli (in seguito, CEDU o Convenzione EDU): tale scelta appare, infatti, indispensabile per comprendere la portata di questo diritto a livello internazionale nonché la sua evoluzione partendo dal dato testuale della Convenzione per poi giungere alla giurisprudenza della Corte EDU.

2. *Il diritto elettorale nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’Uomo e delle libertà fondamentali e nei suoi Protocolli*

Il Consiglio d’Europa possiede il merito di essere stata la prima organizzazione internazionale creata su suolo europeo dopo il Secondo conflitto mondiale. Infatti, fu istituito il 5 maggio del 1949³⁰ con il Trattato di Londra³¹. Tra gli

keit Menschenrechten. Festschrift für Hermann Mosler, Berlin, 1983, p. 949 ss. Per quanto riguarda la tutela internazionale delle minoranze si rimanda a: F. CAPOTORTI, *Il regime delle minoranze nel sistema delle Nazioni unite e secondo l’art. 27 del Patto sui diritti civili e politici*, in *Rivista internazionale dei diritti dell’uomo*, 1992, p. 107 ss.; G. CONETTI, *La condizione delle minoranze etnico-linguistiche secondo gli accordi internazionali a carattere generale*, in *Nota trimestrale di documentazione europea*, 1982, p. 4 ss.; T. MODEE, *The International Protection of National Minorities in Europe*, Abo, 1969, pp. 21-112.

²⁹ G. D’ORAZIO, *Lo straniero nella Costituzione italiana*, Padova, 1992, *passim*: F. PALERMO, *Sulla tutela internazionale dell’identità culturale delle minoranze straniere*, in *Riv. dir. intern.*, 1990, p. 257 ss.; I. L. CLAUDE, *National Minorities. An International Problem*, Cambridge, 1955, p. 51 ss.; J. ROBINSON, *From Protection of Minorities to Promotion of Human Rights*, in *The Jewish Yearbook of International Law*, 1948, p. 115 ss.

³⁰ I Paesi fondatori sono stati: Belgio, Danimarca, Francia, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Norvegia, Paesi Bassi, Regno Unito e Svezia. Sul Consiglio d’Europa più in generale si rimanda a: D. HAUBER (a cura di), *Il Consiglio d’Europa. Settant’anni al servizio del cittadino*, Torino, 2022, p. 21 ss.

³¹ Il testo completo del trattato è consultabile al seguente link: <https://rm.coe.int/1680306054>.

obiettivi che il Consiglio si prefigge si possono annoverare: la promozione dei diritti umani, della democrazia e dello stato di diritto al fine di rafforzare la stabilità democratica in Europa, promuovere i diritti sociali e i diritti delle minoranze, favorire lo sviluppo dell'identità culturale europea, la promozione del dialogo interculturale e interreligioso e il progresso economico e sociale³². Successivamente, il 4 novembre del 1950, i membri del Consiglio d'Europa hanno adottato e firmato a Roma la Convenzione EDU, che si caratterizza per essere il testo di riferimento in materia di protezione dei diritti dell'uomo e per essere dotata di un meccanismo giurisdizionale permanente che consente ad ogni individuo, dopo aver esperito tutti i rimedi nazionali (interni), di richiedere la tutela dei diritti garantiti dalla Carta direttamente alla Corte EDU.

La creazione del Consiglio d'Europa e la successiva adozione della Convenzione EDU si pongono nel solco dell'esperienza traumatica che il continente europeo aveva conosciuto non solo durante la Seconda guerra mondiale, ma anche rispetto all'ascesa dei regimi totalitari nel periodo tra le due guerre mondiali. Proprio sulla scorta di questa esperienza autoritaria, i dieci Paesi fondatori si impegnarono con la creazione del Consiglio, prima, e con l'adozione della CEDU, poi, a porre come "faro" per i propri ordinamenti il rispetto dei diritti dell'uomo e lo strumento della democrazia rappresentativa. Questa affermazione trova una chiara eco nel preambolo della CEDU, in cui viene sancito che il rispetto delle libertà fondamentali non può che basarsi su di un "regime politico effettivamente democratico"³³. Inoltre, sempre all'interno del medesimo preambolo, vi è un richiamo alla Dichiarazione universale dei Diritti dell'Uomo, proclamata dall'Assemblea generale della Nazioni Unite³⁴ due anni prima (Precisamente, il 10 dicembre del 1948). Con questo rimando, implicitamente, si fa rinvio anche all'art. 21 della Dichiarazione, in cui si proclama che "la volontà popolare è il fondamento dell'autorità di governo; tale volontà deve essere espressa attraverso periodiche e veritiere elezioni, effettuate a suffragio universale ed eguale, a voto segreto, o secondo una procedura equivalente di libera votazione".

Nonostante questa attenzione all'elemento democratico – che voleva anche sottolineare una netta cesura con i precedenti regimi autoritari – la CEDU non conteneva, all'interno del catalogo dei diritti garantiti, quelli politici. La ragione di tale assenza è comprensibile alla luce delle perplessità sollevate da parte di alcuni Stati – in particolare dal Regno Unito³⁵ – sulla possibilità di essere sotto-

³² A questi fini, si aggiunge anche il sostegno alla lotta contro ogni discriminazione, contro l'intolleranza, il traffico di stupefacenti, il terrorismo, la corruzione e la criminalità organizzata.

³³ Preambolo CEDU.

³⁴ Il testo completo è consultabile al seguente link: https://www.obchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/itn.pdf.

³⁵ Sul punto si rimanda a S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2012, p. 832.

posti al controllo della Commissione Europea dei diritti dell'Uomo (in seguito, Commissione EDU o Commissione) e della Corte EDU in una materia che è tradizionalmente considerata di "dominio riservato" degli Stati. L'originaria assenza di una previsione in materia di diritti politici fu poi superata con l'adozione, nel 1954, del Primo Protocollo addizionale alla CEDU, che all'articolo terzo è andato a disciplinare il diritto a libere elezioni³⁶. Tuttavia, a causa del persistere di alcuni dubbi su tale diritto in sede redazionale, il testo della disposizione si caratterizza per "l'impiego di alcune espressioni piuttosto generiche e vaghe ('intervalli ragionevoli'; 'elezioni libere'; 'opinione del popolo sulla scelta del corpo legislativo')"³⁷, il che ha sortito una interpretazione dai confini alquanto ampi. Inoltre – e tale aspetto ebbe delle conseguenze rilevantissime sull'applicazione della norma, come si vedrà di seguito – l'articolo si caratterizza per essere "l'unico tra le clausole 'materiali' della CEDU e dei Protocolli a non prevedere espressamente diritti individuali"³⁸, in quanto, la formulazione della disposizione impiega l'espressione: "Alte parti contraenti"³⁹. Questa particolare formulazione ha fatto concludere, all'epoca, ad una parte della dottrina⁴⁰, che essa fosse vincolante solo per gli Stati e, come tale, azionabile esclusivamente nell'ambito di un ricorso interstatale innanzi alla Corte EDU, escludendo, quindi, dall'attivazione in sede giurisdizionale di questo diritto i singoli individui. Solamente con il tempo e grazie alla giurisprudenza della Commissione EDU, prima, e la Corte EDU, poi, l'art. 3 del Primo Protocollo addizionale è stato riconosciuto come idoneo a proteggere i diritti individuali e come tale azionabile dai singoli⁴¹.

³⁶ "Le Alte Parti contraenti si impegnano a organizzare, a intervalli ragionevoli, libere elezioni a scrutinio segreto, in condizioni tali da assicurare la libera espressione dell'opinione del popolo sulla scelta del corpo legislativo" (Art. 3, Primo Protocollo alle CEDU).

³⁷ S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve*, cit., pp. 832-833.

³⁸ *Ivi*, p. 833.

³⁹ Art. 3, Prot. 1 CEDU.

⁴⁰ S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve*, cit., p. 833.

⁴¹ Nello specifico, volendo ripercorrere per sommi capi le più significative decisioni in questa direzione, è sicuramente da annoverare per prima la decisione del 1961, in cui la Commissione EDU ha dichiarato che, sebbene l'art. 3 del Protocollo addizionale alle CEDU non crei un diritto soggettivo di elettorato attivo, ha comunque individuato un diritto avente natura istituzionale, con cui gli Stati contraenti si impegnano all'organizzazione di elezioni libere e periodiche (Commissione EDU, 18 settembre 1961, *X c. Belgio*). Qualche anno dopo, la Commissione ha ulteriormente espanso l'interpretazione dell'art. 3. Più precisamente, infatti, è stato affermato che tale disposizione è idonea a fondare anche un diritto individuale al suffragio universale. Quindi, all'obbligo per gli Stati membri di organizzare elezioni libere e periodiche, adesso, si aggiungeva anche l'impegno a conformarsi al principio dell'universalità del suffragio (Commissione EDU, 6 ottobre 1967, *X c. Repubblica Federale di Germania*). Una svolta realmente sensibile nell'ambito dell'interpretazione dell'art. 3 del Protocollo addizionale alla Carta si ha nel 1975, quando la Commissione ha abbandonato l'utilizzo degli argomenti interpretativi di tipo letterale per adottare quelli

Alla luce delle decisioni della Corte e di quelle tracciate, nei primi anni, dalla Commissione, è possibile individuare quattro diversi diritti derivanti dall'art. 3 del Primo Protocollo addizionale alla CEDU. Nello specifico, si tratta “del diritto di voto, del diritto di elettorato passivo per le elezioni legislative, del diritto dell'eletto di sedere in Parlamento e del diritto istituzionale a beneficiare di elezioni legislative conformi agli *standard* previsti dall'articolo 3 Primo Protocollo”⁴². A questo, inoltre, si aggiunge una natura ancipite dei diritti politici, che, al contempo, esprimono un interesse individuale ed uno collettivo. Infatti, accanto all'interesse del singolo⁴³ a partecipare alle elezioni, quale “moment[o] più important[e] della vita politica della comunità”⁴⁴, si aggiunge anche un interesse pubblico⁴⁵, per cui l'espressione del voto “assicura il regolare funzionamento delle istituzioni statali e attua il principio del ‘governo del popolo’”⁴⁶. A questa ultima considerazione si collega direttamente il principio per cui i diritti politici sono coesenziali al soddisfacimento dell'interesse dei singoli (e, soprattutto, dei

teleologici e sistematici. Sulla scorta di questa nuova interpretazione, per la prima volta, la Commissione ha affermato che dall'art. 3 del Primo Protocollo è possibile rintracciare il fondamento di un diritto di partecipazione politica in senso stretto (Commissione EDU, 30 maggio 1975, *W., X., Y. e Z. c. Belgio*). Una decisione che poi è stata confermata dalla Corte EDU nella sua prima sentenza resa su un ricorso avente ad oggetto l'art. 3 del Protocollo addizionale alla CEDU (Corte EDU, 2 marzo 1987, *Mathieu-Mobin e Clerfayt c. Belgio*, su ricorso n. 9267/81). Nello specifico, la Corte ha confermata l'importanza che tale articolo rappresenta per l'intero sistema convenzionale, in quanto il rispetto delle libertà fondamentali *ivi* enunciate “si fonda[va] essenzialmente – come enunciato nel Preambolo della Convenzione – su un regime politico veramente democratico” (Corte EDU, 2 marzo 1987, *Mathieu-Mobin e Clerfayt c. Belgio*, cit., par. 47). Inoltre, i giudici hanno affermato che la formulazione della disposizione – per cui il vincolo al rispetto alle elezioni è tutto in capo “alle Alte Parti contraenti” – non si doveva leggere come in contrasto con la conclusione che esso garantisce dei diritti individuali di partecipazione politica. In ragione del fatto che la formulazione della disposizione “si spiegherebbe [...], per un verso, con la volontà di attribuire maggiore solennità all'impegno assunto [dagli Stati membri] e, per altro verso, si porrebbe in relazione con la natura essenzialmente *positiva* [...] dagli obblighi posti a carico degli Stati dalla disposizione in esame” (S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione*, cit., p. 833), in quanto si tratta di un obbligo “d'astensione o [di] non ingerenza, come per la maggior parte dei diritti civili e politici, quanto [di un] obbligo a carico dello Stato di attivarsi per l'organizzazione di elezioni democratiche” (Corte EDU, *Mathieu-Mobin e Clerfayt c. Belgio*, cit., par. 50).

⁴² S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve*, cit., pp. 833-834.

⁴³ Corte EDU, *Mathieu-Mobin e Clerfayt c. Belgio*, cit.; Corte EDU, 18 febbraio 1999, *Mathews c. Regno Unito*, su ricorso n. 24833/94, par. 64; Corte EDU, 11 gennaio 2005, *Py c. Francia*, su ricorso n. 66289/01, par. 46; Corte EDU, 22 giugno 2004, *Aziz c. Cipro*, su ricorso n. 69949/01, par. 27.

⁴⁴ S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve*, cit., p. 834.

⁴⁵ Corte EDU, 28 marzo 2006, *Sukhovetsky c. Ucraina*, su ricorso n. 13716/02, par. 73; Corte EDU, 27 aprile 2010, *Tanase c. Moldova*, su ricorso n. 7/08, par. 169.

⁴⁶ S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve*, cit., p. 834; Corte EDU, 16 marzo 2006, *Zdanoka c. Lettonia*, su ricorso n. 58278/00, par. 115.

gruppi)⁴⁷ a condizionare la composizione del corpo legislativo e, quindi, tale da determinare le scelte politiche della comunità⁴⁸. Tuttavia, come già accennato, la maggioranza dei diritti che discendono dall'art. 3, per essere attuati, necessitano dell'impegno dei singoli Stati. Detto in altri termini, i diritti politici – a differenza degli altri diritti di “prima generazione”, a cui questi comunque appartengono – pongono degli obblighi positivi in capo agli Stati per poter essere esercitati dai singoli. Nello specifico, lo Stato, per garantire l'effettività del diritto, deve assicurare l'accesso all'elettorato quanto il suo esercizio. Ed è proprio su questi due specifici aspetti che il paragrafo seguente si concentrerà, alla luce della giurisprudenza della Corte EDU.

La garanzia dell'accesso all'elettorato consiste nell'impegno, da parte dello Stato, di non escludere persone o interi gruppi di persone che costituiscono parte del corpo elettorale senza la sussistenza di motivi ragionevoli e senza oggettive giustificazioni. Da questa prima garanzia la Corte di Strasburgo ha fatto discendere, a sua volta, che l'art. 3 sancisce il principio del suffragio universale e l'interesse di ogni individuo ad “accedere all'elettorato (attivo e passivo), interesse che comporta un diritto all'omissione da parte dei pubblici poteri di comportamenti discriminatori”⁴⁹ nei confronti del corpo elettorale⁵⁰. Tuttavia, la Corte ricorda che l'art. 3 del Protocollo addizionale non conferisce automaticamente la titolarità dell'esercizio del diritto elettorale a chiunque si trovi assoggettato alla giurisdizione di uno Stato contraente. Infatti, il principio del suffragio universale deve essere perseguito dagli Stati nella composizione del corpo elettorale, ma non per questo è fatto divieto di prevedere l'esclusione dall'elettorato di alcuni soggetti o gruppi di persone⁵¹.

Accanto alla garanzia dell'accesso al diritto elettorale si pone, poi, l'affidamento al suo effettivo esercizio. Ciò significa che lo Stato è obbligato ad intervenire in modo tale da assicurare l'effettivo esercizio del diritto di voto e del diritto di candidarsi alle elezioni. Da questo primo principio deriva un ulteriore corollario di obblighi per lo Stato. Nello specifico, infatti, il potere pubblico de-

⁴⁷ Sul punto si rimanda a V. D. AMAR, A.E. BROWNSTEIN, *The Hybrid Nature of Political Rights*, in 50 *Stanford Law Review* (1998), pp. 924-926.

⁴⁸ Corte EDU, 1° luglio 2008, *Calmanovici c. Romania*, su ricorso n. 42250/02, par. 153; Corte EDU, 6 settembre 2007, *Sevinger e Eman c. Paesi Bassi*, su ricorsi nn. 17173/07 e 17180/07, par. 51.

⁴⁹ S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 835.

⁵⁰ Sul punto si rimanda a Corte EDU, 6 ottobre 2005, *Hirst c. Regno Unito*, su ricorso n. 74025/01, par. 62.

⁵¹ Un esempio classico in questa direzione è rappresentato dal riconoscimento del diritto elettorale ai soli cittadini di uno Stato, escludendo, così, gli stranieri. Oppure, ancora, la scelta di conferire il diritto elettorale ai soli cittadini che abbiano raggiunto la maggiore età, al fine di garantire la creazione di un “corpo elettorale sufficientemente maturo” (S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve*, cit., p. 835).

ve assicurare che “le elezioni si svolgano effettivamente su tutto il territorio statale”⁵². L’effettività dell’esercizio del diritto elettorale consiste anche nella garanzia, da parte dello Stato, di assicurare lo svolgimento delle elezioni ad intervalli ragionevoli tra una tornata elettorale e l’altra, ricordando, per giunta, che questo è anche un obbligo espressamente sancito dall’art. 3⁵³. Oltre a queste “azioni positive” che gli Stati devono intraprendere per garantire l’esercizio e l’effettività del diritto di voto ve ne sono di altre, che derivano da una lettura estensiva dell’articolo in questione. In particolare, gli Stati membri devono non solo predisporre la redazione dei registri elettorali, ma anche il loro costante aggiornamento, in quanto una gestione puntuale di tali liste è fondamentale per l’insaturazione di una competizione libera ed equa⁵⁴. A questo impegno, si collega, in maniera quasi coesistente, l’adempimento statale di organizzare un’attività di censimento della popolazione e quindi un costante adeguamento delle circoscrizioni elettorali rispetto al corpo elettorale residente, in modo tale da evitare un eccesso o un difetto di rappresentanza. Sommatamente importante risulta la necessità che il procedimento elettorale sia equo, ciò significa che lo Stato deve garantire procedure elettorali imparziali per quanto riguarda l’accesso al diritto elettorale ed il conteggio dei voti e, in secondo luogo, assicurare efficaci mezzi di ricorso in materia elettorale. Inoltre, le stesse autorità incaricate della gestione delle elezioni devono attenersi ad uno stringente principio di imparzialità e trasparenza. In questa direzione è fondamentale il rispetto del principio di

⁵² Corte EDU, luglio 2008, *The Georgian Labour Party v. Georgia*, su ricorso n. 9103/04, par. 132. Nello specifico, la Corte afferma che “nel caso in cui disordini gravi impediscano l’apertura dei seggi nel giorno stabilito [delle elezioni], lo Stato ha l’obbligo di adottare ogni misura volta a reintegrare nel processo elettorale gli elettori iscritti a votare nei seggi in cui non si è votato, come ad esempio la ripetizione delle elezioni e la contestuale proroga dell’organo legislativo della cui elezione si tratta”, così in *The Georgian Labour Party v. Georgia*, par. 137.

⁵³ Su questo specifico punto rimane ancora aperta la questione riguardante l’effettivo contenuto dell’espressione “intervalli ragionevoli”. Si ricorda che il Comitato di esperti dei diritti dell’uomo del Consiglio d’Europa aveva affermato, forse in maniere tautologica ed anche sbrigativa, che per “intervallo ragionevole” si dovesse intendere un termine né troppo lungo né troppo breve (Sessione di Strasburgo del 15 febbraio 1950, TP, III, 265). Successivamente, nella sessione del mese di marzo, il Comitato ha fatto rinvio sul termine “alle normali prassi degli Stati liberali” (Sessione di Strasburgo. 6-10 marzo 1950, TP, IV, 22-25). Sul punto, poi, la Commissione è tornata solamente nel 1995 sostenendo che l’espressione “intervallo ragionevole” andrebbe interpretata alla luce dell’esigenza di assicurare che i mutamenti che si venga a definire all’interno della società e dell’opinione pubblica trovino un riflesso nelle scelte dei rappresentanti del popolo e, al contempo, permettere agli esecutivi di avere il tempo necessario per attuare i propri programmi elettorali (Corte EDU, 11 settembre 1995, *Timke c. Germania*). Alla luce di questa ultima decisione della Commissione, si può dire che la ragionevolezza dell’intervallo tra una elezione e l’altra consiste nel temperamento tra l’esigenza di garantire il mutamento politico quando presente nella società civile e la volontà degli esecutivi di perseguire i propri programmi elettorali.

⁵⁴ Corte EDU, 8 luglio 2008, *The Georgian Labour Party v. Georgia*, su ricorso n. 9103/04, par. 82.

legalità, in modo tale che le decisioni e le azioni delle “autorità elettorali siano fondate su disposizioni di legge chiare o, in caso di ambiguità testuale, chiarite da una giurisprudenza consolidata”⁵⁵. A coronamento di queste garanzie si pone sicuramente il diritto ad un ricorso effettivo avverso alle decisioni delle autorità elettorali. Con ciò, gli Stati contraenti si vincolano ad assicurare un ricorso effettivo per i candidati e che si pone come argine al pericolo delle decisioni arbitrarie da parte di questi stessi organi. I quali, come accennato sopra, si devono attenere strettamente al principio della riserva di legge⁵⁶. L’organo preposto al ricorso, in primo luogo, deve essere indipendente, così come i soggetti che lo compongono. Volendo sciogliere questi due presupposti, si può dire che non è effettivo il ricorso che debba essere presentato alla medesima autorità che ha adottato la decisione poi impugnata⁵⁷. Allo stesso modo, per quanto riguarda la composizione dell’organo elettorale, il ricorso ad una nomina basata esclusivamente su elementi politici di per sé non contribuisce ad inficiare l’effettività del ricorso, ma allo stesso tempo, non fornisce neanche una piena imparzialità dell’organo. L’effettività del ricorso, poi, è assicurata anche dal principio del contraddittorio e dal fatto che gli organi preposti alla risoluzione delle controversie elettorali hanno l’obbligo di motivare adeguatamente le proprie decisioni⁵⁸. È interessante sottolineare in ultima battuta, che la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha affermato che gli Stati membri non sono tenuti ad assicurare un controllo giudiziario sul contenzioso elettorale, ma è sufficiente la garanzia fornita da un ricorso effettuato presso un’autorità amministrativa⁵⁹.

Adesso occorre analizzare la giurisprudenza della Corte EDU in materia elettorale rispetto al tema delle minoranze, che, appunto, si pone come centrale in questo scritto. Nello specifico, si è deciso di analizzare i limiti all’esercizio del diritto elettorale, posti da alcuni ordinamenti che aderiscono alla Convenzione e che ben sintetizzano alcuni aspetti problematici del tema.

⁵⁵ S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve*, cit., p. 837. Sul punto si veda anche il caso Corte EDU, 10 aprile 2008, *Paschalidis, Koutmeridis e Zabarakis c. Grecia*, su ricorsi nn. 27863/05, 28422/05, 28028/05 parr. 29-35. Occorre precisare che la Corte ha sancito (in Corte EDU, 7 febbraio 2008, *Kovach c. Ucraina*, su ricorso n. 39424/02, par. 59 e Corte EDU, 2 marzo 2010, *Grosaru c. Romania*, su ricorso n. 78039/01, par. 52) che, qualora l’interpretazione di una disposizione non sia stata chiarita dalla precedente giurisprudenza consolidata, le autorità competenti dovranno mostrarsi prudenti nella loro interpretazione a cui si aggiunge un obbligo di motivazione particolarmente stringente.

⁵⁶ Corte EDU, 8 aprile 2010, *Namat Aliyev c. Azerbaigian*, su ricorso n. 18705/06, parr. 81-90.

⁵⁷ Corte EDU, 2 marzo 2010, *Grosaru c. Romania*, su ricorso n. 78039/01, parr. 58-62.

⁵⁸ Corte EDU, 4 gennaio 2012, *Babenko c. Ucraina*, su ricorso n. 68726/10.

⁵⁹ S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve*, cit., p. 838.

3. Diritto elettorale e minoranze nella giurisprudenza della Corte EDU: alcuni casi emblematici

Questo paragrafo è dedicato ad alcuni *leading case* della Corte EDU che, per la decisione raggiunta, si caratterizzano come particolarmente degni di nota rispetto al tema dei diritti politici delle minoranze. In particolare, le sentenze qui proposte hanno avuto il merito di aver posto l'accento su alcune problematiche che possono, a prima vista, sembrare strettamente collegate al contesto storico e sociale di alcuni ordinamenti, quali ad esempio la democrazia consociativa in Bosnia ed Erzegovina, il possesso delle necessarie competenze linguistiche per accedere all'elettorato in Lettonia o, ancora, il tema della doppia cittadinanza degli elettori in quei Paesi, come la Moldavia, dove vi sono delle minoranze nazionali. Ciononostante, ognuno di questi casi ha sollevato alcune questioni che, in realtà, possiedono una portata generale, che va al di là delle circostanze contingenti e del contesto statale in cui questi fatti hanno avuto origine. Per questo motivo, nel presente paragrafo, si propone una breve e sommaria panoramica sui singoli casi ed una analisi delle problematiche sottoposte alla Corte.

3.1. Sejdić e Finci c. Bosnia ed Erzegovina

La prima sentenza che si intende proporre è *Sejdić e Finci c. Bosnia ed Erzegovina*⁶⁰. Il caso di specie prende le mosse da due ricorsi, rispettivamente presentati dal signor Sejdić, membro della minoranza Rom della Bosnia ed Erzegovina e dal signor Finci appartenente, invece, alla minoranza ebraico-sefardita del Paese. I due ricorrenti hanno lamentato, rispettivamente, l'impossibilità di proporre la propria candidatura alla Camera dei Popoli dell'Assemblea parlamentare della Bosnia ed Erzegovina – camera alta del sistema parlamentare del Paese – e presso la Presidenza della Bosnia ed Erzegovina, organo apicale del potere esecutivo e composta da tre membri⁶¹. Nello specifico, la Commissione elettorale della Bosnia ed Erzegovina ha respinto la candidatura dei due ricorrenti in quanto, al momento della registrazione, non si erano espressi come appartenenti ad uno dei tre “popoli costitutivi”. Infatti, la Costituzione del Paese prevede, sia per la Presidenza quanto per la Camera dei popoli, l'accesso a dette cariche solo per i bosgnacchi, serbi e croati, che devono essere rappresentati in maniera paritaria. Tuttavia, da ciò consegue l'esclusione dall'esercizio del diritto di elettorato

⁶⁰ Corte EDU, 22 dicembre 2009, *Sejdić and Finci vs. Bosnia and Herzegovina*, su ricorsi nn. 27996/06 e 34836/06.

⁶¹ Per una panoramica sull'ordinamento della Bosnia ed Erzegovina si rimanda a: L. BENEDIZIONE, V.R. SCOTTI (a cura di), *Twenty Years After Dayton. The Constitutional Transition of Bosnia and Herzegovina*, Roma, 2016, *passim*; S. YEE, *The New Constitution of Bosnia and Herzegovina*, in 7 *European Journal of International Law* (1996), pp. 176-192.

passivo di quella parte della popolazione bosniaco-erzegovese che non appartiene ad uno dei tre gruppi etnici maggioritari, ma ad una delle minoranze riconosciute e che la Costituzione, nell'ultimo paragrafo del preambolo, definisce come "altri". I giudici della Corte di Strasburgo, nella loro motivazione, hanno evidenziato, in primo luogo, le caratteristiche peculiari dell'ordinamento costituzionale della Bosnia ed Erzegovina⁶². Infatti, nel Paese è stata adottata una democrazia di carattere consociativo⁶³, in seguito alla firma dell'accordo di pace di Dayton con cui si è posto fine alla guerra, che ha dilaniato il territorio bosniaco-erzegovese tra il 1992 e il 1995. Tuttavia, la Costituzione prevede che le istituzioni statali siano ripartite tra le tre principali etnie presenti sul territorio statale (bosgnacchi, serbi e croati), impedendo così ai membri delle altre minoranze la possibilità di accedere alle cariche istituzionali elettive. La sentenza della Corte EDU, nel suo ragionamento, ha affermato che questo tipo di democrazia a base consociativa, di per sé, non costituisce una violazione del diritto elettorale garantito all'art. 3 del Protocollo addizionale alla CEDU⁶⁴. Tuttavia, una così rigida distinzione tra "popoli costitutivi" e "altri" non poteva più trovare giustificazione rispetto all'attuale situazione di stabilità raggiunta nel Paese, in quanto erano venuti meno alcuni aspetti che avrebbero potuto giustificare la permanenza di una tale divisione. Nel caso specifico, la Corte ha ravvisato la violazione dell'art. 14 CEDU (divieto di discriminazione), in combinato disposto con l'art. 3 del Protocollo addizionale per quanto riguarda l'elezione alla Camera dei popoli. Invece, circa l'elezione alla Presidenza, ha ravvisato una violazione dell'art. 1 del Protocollo n. 12 alla CEDU (divieto generale di discriminazione)⁶⁵.

L'importanza di questo caso può essere ricondotta a due aspetti specifici. In primo luogo, con questa sentenza i giudici della Corte di Strasburgo hanno applicato per la prima volta il divieto generale di discriminazione, previsto dall'art. 1 del Protocollo n. 12 alla CEDU⁶⁶. Ciò, di fatto, significa che in Convenzione è stato introdotto un divieto di discriminazione che si pone ben al di là di quelle che sono le tutele previste dall'art. 14 della CEDU, che, invece, non gode di

⁶² Sul punto si rimanda a: F. PALERMO, J. WOELK, *Diritto costituzionale comparato*, cit., pp. 357-373.

⁶³ A. LIJPHART, *Democracy in plural Societies*, New Haven, 1977, p. 39.

⁶⁴ Corte EDU, *Sejdić e Finci c. Bosnia ed Erzegovina*, par. 46.

⁶⁵ *Ivi*, par. 55.

⁶⁶ Nello specifico, si tratta di un Protocollo entrato in vigore nel 2005 con cui veniva posto un divieto generale di discriminazione nel godimento di ogni diritto previsto dalla legge. Per un approfondimento sul tema si rimanda a C. NARDOCCI, *Il Protocollo n. 12 CEDU alla prova dei fatti: qualcosa di nuovo o, forse, no. In margine a X e altri c. Albania, Terza Sezione, nn. 73548/17, 45521/19, 31.05.2022*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 3, 2022, pp. 64-68; E. CRIVELLI, *Il protocollo n. 12 Cedu: un'occasione (per ora) mancata per incrementare la tutela antidiscriminatoria*, in G. D'ELIA, G. TIBERI, M. VIVIANI SCHLEIN, *Scritti in memoria di Alessandro Concaro*, Milano, 2012, pp. 137-154.

un'esistenza autonoma, in quanto per essere applicato deve integrare le altre clausole normative per il "godimento dei diritti e delle libertà". In secondo luogo, e forse proprio per questo si distingue la presente sentenza, la Corte EDU ha dichiarato, per la prima volta, "la costituzione di una democrazia consociativa incompatibile con i diritti umani, poiché in violazione della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo"⁶⁷. Detto in altro modo, la Corte è quindi intervenuta – come sottolineato del giudice Bonello nella sua opinione dissenziente – direttamente per mutare l'assetto e la composizione delle più alte cariche dello Stato, pur sapendo che questo assetto è il risultato di un delicato equilibrio raggiunto con la pace di Dayton, che ha posto fine ad "uno dei conflitti più violenti che il continente europeo abbia mai conosciuto, senza considerare gli effetti destabilizzanti che tali mutamenti potrebbero generare"⁶⁸.

Per quanto rileva, più in generale, il tema del diritto elettorale, sembra che questa sentenza non abbia "aperto un nuovo corso, dichiarando il modello consociativo in violazione dei diritti umani"⁶⁹, in quanto, i giudici della Corte non hanno sanzionato i principi alla base della democrazia consociativa *tout court*. Bensì, è stato dichiarato incompatibile con il diritto a libere elezioni e con il divieto di discriminazione – entrambi sanciti dalla Convenzione – un ordinamento costituzionale che prevede, come quello bosniaco-erzegovese, la permanente esclusione dal diritto elettorale passivo di alcuni soggetti per il solo fatto di appartenere ad una minoranza etnica. Questo dato ha così spinto i giudici a ritenere la discriminazione etnica come una forma di discriminazione razziale: per questa ragione tale disparità di trattamento non poteva trovare una giustificazione, non perseguendo uno scopo legittimo e non essendo possibile individuare una ragionevole relazione di proporzionalità.

Concludendo, si può dire che la Corte, in generale, sanziona qualsiasi limitazione all'esercizio del diritto elettorale passivo quando questo è basato su di una discriminazione di carattere etnico, che in una democrazia non può trovare accoglimento, anche quando le circostanze storiche e sociali che hanno determinato un tale ordinamento siano state particolarmente traumatiche⁷⁰.

⁶⁷ L. BONIFATI, *Molto rumore per nulla? Dieci anni dalla sentenza Sejdić-Finci*, in *Quaderni cost.*, 2020, p. 12.

⁶⁸ *Ivi*, p. 4.

⁶⁹ *Ivi*, p. 6.

⁷⁰ Sul tema della democrazia consociativa più in generale si rimanda a: S. GRAZIADEI, *Democracy v. human rights? The Strasbourg Court and the challenge of power sharing*, in 12 *European Constitutional Law Review* (2016), p. 54; C. BELL, *Power sharing and human rights*, in 17 *The International Journal of Human Rights* (2013), p. 204; C. MCCRUDDEN, B. O'LEARY, *Courts and consociations. Human rights v. power sharing*, Oxford, 2013; S. ISSACHAROFF, *Democracy and collective decision making*, in 6 *International Journal of Constitutional Law* (2008), p. 231; R. PILDES, *Ethnic identity and democratic institutions: a dynamic perspective*, in S. CHOUDHRY (a cura di), *Constitutional design for divided societies*, Oxford, 2008, pp. 173-201; D. WIPPMAN, *Practical and*

3.2. Podkolzina c. Lettonia

Con il secondo caso, pur mutando coordinate geografiche, il tema di fondo rimane il medesimo, cioè l'esercizio del diritto elettorale rispetto ad un contesto statale in transizione. Nello specifico, con la sentenza *Podkolzina c. Lettonia*⁷¹, i giudici di Strasburgo sono stati chiamati a valutare una questione alquanto delicata, cioè l'esercizio dei diritti politici da parte della minoranza russofona del Paese. Infatti, durante il periodo in cui i tre Stati rivieraschi del Mar Baltico costituivano parte integrante dell'Unione sovietica (1918-1991), si era manifestata una importante immigrazione di cittadini sovietici di lingua russa. A questo si aggiungeva, soprattutto per quanto riguarda la Lettonia e l'Estonia, una significativa presenza storica di soggetti russofoni, che oggi, nei due Paesi, costituiscono circa il venti per cento della popolazione totale⁷². Durante il periodo sovietico, inoltre, la lingua ufficiale sull'intero territorio nazionale era il russo e, solamente come seconda lingua, le singole Repubbliche potevano adottare il proprio idioma locale.

Con il crollo del "blocco orientale" e con il raggiungimento dell'indipendenza dei tre Stati baltici, questi hanno tuttavia adottato la propria lingua come ufficiale. Da ciò è derivata, prima di tutto, una stretta sulla cittadinanza⁷³ per quelle persone, soprattutto di origine russa, che risiedevano sul territorio di questi Paesi e, successivamente, per coloro che erano riusciti ad ottenere la cittadinanza, ma che erano russofoni, una limitazione all'esercizio del diritto elettorale⁷⁴. Nello specifico, alcuni di questi Stati, come la Lettonia, avevano previsto l'obbligo di sostenere un esame di lingua lettone per poter ottenere un certificato che attestasse la conoscenza linguistica e che costituiva requisito necessario per poter proporre la propria candidatura presso alle l'Assemblea parlamentare nazionale⁷⁵.

Nel caso di specie, la signora Podkolzina, cittadina lettone e membro della minoranza di lingua russa, ha ottenuto un certificato linguistico ufficiale nel gennaio 1997. Il documento le è stato rilasciato da una commissione regionale del Centro linguistico statale, composta da cinque esaminatori. Sulla base di esami scritti e orali valutati in base a criteri e livelli di competenza definiti dalla

legal constraints on internal power-sharing, in D. WIPPMAN (a cura di), *International Law and Ethnic Conflict*, Ithaca, 1998, pp. 231-232.

⁷¹ Corte EDU, 9 aprile 2002, *Podkolzina c. Lettonia*, su ricorso n. 46726/99.

⁷² F. PALERMO, J. WOELK, *Diritto costituzionale comparato*, cit., pp. 126-127.

⁷³ L. PANZERI, *L'accesso alla cittadinanza degli appartenenti a minoranze: il caso della Lettonia, tra istanze nazionalistiche e condizionalità europea*, in *DPCE Online*, 2018, pp. 79-106.

⁷⁴ U. RONGA, *La transizione istituzionale della Lettonia nella tornata elettorale europea del 2019*, in *Federalismi.it*, 2019, pp. 1-6.

⁷⁵ Sul tema del diritto elettorale delle minoranze linguistiche si rimanda ai contributi contenuti in R. TONIATTI (a cura di), *La rappresentanza delle minoranze linguistiche*, Trento, 2023.

legge, la commissione ha certificato che la padronanza della lingua lettone da parte di Podkolzina corrispondeva al “terzo livello”: questo livello non solo era il più alto, ma anche quello richiesto per potersi candidare al Parlamento. Tuttavia, nella prima settimana di agosto del 1998, poco dopo che il Partito dell’Armonia Nazionale aveva registrato la candidatura di Podkolzina per le imminenti elezioni generali, un unico esaminatore, impiegato dall’ispettorato centrale del Centro linguistico statale, si era recato sul posto di lavoro della signora Podkolzina per sottoporla ad un esame a sorpresa. L’ispettore linguistico ha dichiarato nel suo rapporto che la signora non possedeva una padronanza adeguata del lettone pari al “terzo livello”. Di conseguenza, il 10 agosto 1998, il Centro linguistico statale ha informato la Commissione elettorale centrale che, dei nove candidati registrati che erano stati esaminati, solo la ricorrente non aveva dimostrato un’adeguata padronanza della lingua lettone al livello richiesto: la Commissione elettorale centrale, a sua volta, ha quindi proceduto a cancellare il nome di Podkolzina dalla lista dei candidati al Parlamento.

La ricorrente, esperiti i rimedi interni, ha presentato ricorso alla Corte EDU sostenendo che il suo diritto di candidarsi alle elezioni era stato violato. La Corte, pur ammettendo che gli Stati contraenti godono di un ampio margine di apprezzamento nell’attuazione dell’art. 3 del Primo Protocollo alla Convenzione, ha ribadito che questi devono comunque accertarsi di alcune questioni: che le condizioni di esercizio di tali diritti non limitino i diritti in questione in misura tale da comprometterne l’essenza stessa e privarli della loro efficacia; che le condizioni siano imposte per perseguire uno scopo legittimo; e che i mezzi impiegati non siano sproporzionati⁷⁶. Applicando questi criteri, la Corte ha affermato che la previsione dell’applicazione, da parte della legislazione nazionale, di un requisito linguistico per accedere alla carica di parlamentare perseguiva uno scopo legittimo. In particolare, i membri del Parlamento dovevano essere in grado di partecipare attivamente al lavoro dell’istituzione e di difendere efficacemente gli interessi dei loro elettori. In questo contesto, la Corte ha sottolineato che, in linea di principio, spetta a ciascuno Stato contraente decidere la lingua di lavoro dell’Assemblea nazionale⁷⁷.

Tuttavia, i giudici hanno sottolineato che la definizione delle condizioni di eleggibilità in astratto deve essere integrata da una procedura equa. In particolare, la constatazione che un candidato non soddisfa i requisiti di eleggibilità deve essere effettuata da un organo che possa fornire almeno minime garanzie di imparzialità. Allo stesso modo, la discrezionalità non deve essere eccessivamente ampia, ma deve essere circoscritta con sufficiente precisione dalla legge. Infine, la procedura per dichiarare l’inammissibilità di un candidato deve garantire una

⁷⁶ Corte EDU, *Podkolzina c. Lettonia*, cit., par. 33.

⁷⁷ *Ivi*, par. 34.

decisione equa e obiettiva, evitando qualsiasi abuso di potere⁷⁸. In base a questo criterio, l'esame delle competenze linguistiche della Podkolzina da parte di un unico funzionario è stato considerato eccessivamente discrezionale e parziale. Non era chiaro perché la ricorrente e altre otto persone fossero state selezionate per sostenere una ulteriore prova linguistica, mentre altri dodici candidati con gli stessi certificati non erano stati riesaminati. Inoltre, il funzionario aveva goduto di poteri esorbitanti, oltre ad aver condotto un tipo di interrogazione dubbia (la Corte era "sorpresa" che la ricorrente fosse stata interpellata principalmente sul suo orientamento politico), che lo ha portato ad una valutazione delle competenze linguistiche diametralmente opposta a quella raggiunta dalla commissione di cinque persone (alla quale era pervenuta solamente un anno prima, e dopo aver seguito la procedura ordinaria). Alla luce di queste constatazioni, la Corte ha concluso che la decisione di escludere la ricorrente dalla lista dei candidati era sproporzionata rispetto a qualsiasi obiettivo legittimo invocato dal governo e, per questo, i giudici di Strasburgo hanno riscontrato una violazione dell'art. 3 del Protocollo n. 1 della Convenzione.

Rispetto a questa sentenza, merita evidenziare che la Corte, nel suo giudizio, non ha sanzionato di per sé l'esistenza di criteri linguistici per poter accedere all'esercizio del diritto elettorale passivo; ma ha riscontrato una violazione da parte della legge elettorale lettone rispetto al diritto a libere elezioni, sancito all'interno della Convenzione, in quanto l'esclusione di un candidato può essere ritenuta legittima se decisa da un organo indipendente, che non possieda poteri esorbitanti e che segua una procedura equa, stabilita per legge. Inoltre, questa sentenza appare ancora più significativa se considerata nel contesto politico e istituzionale della Lettonia della fine degli anni Novanta dello scorso secolo⁷⁹, poiché la Corte, con la sua decisione, ha posto l'ultimo tassello nel mosaico delle riforme istituzionali che hanno interessato il Paese in ambito di cittadinanza. Infatti, sulla spinta di pressioni esterne – soprattutto da parte dell'Unione europea e del Consiglio d'Europa – il Parlamento lettone ha, prima, modificato la legge sulla naturalizzazione nel 1998. Il che ha comportato una semplificazione dei *test* obbligatori di storia lettone e la riduzione delle tasse di naturalizzazione. Tuttavia, poiché il requisito linguistico rimaneva in vigore, i candidati alla cittadinanza lettone dovevano ancora essere in grado di comprendere informazioni di natura quotidiana e ufficiale, di sostenere una conversazione, di leggere facilmente e di scrivere un saggio su un argomento di vita quotidiana⁸⁰. La revi-

⁷⁸ *Ivi*, par. 35.

⁷⁹ Per un commento sulla sentenza di cui in esame si rimanda a: F. HOFFMEISTER, *Podkolzina v. Latvia*. App.No.46726/99, in 3 *The American Journal of International Law* (2003), pp. 664-669.

⁸⁰ Sul punto si veda S. ARNSWALD, *EU enlargement and the Baltic States*, Helsinki, 2000, p. 172.

sione della Legge sulla lingua ufficiale del dicembre 1999⁸¹ ha poi abolito i severi requisiti linguistici nel settore privato, che avevano reso obbligatoria la conoscenza del lettone a determinati livelli delle imprese private e limitato l'accesso ad alcune professioni liberali sulla base delle competenze linguistiche. Per quanto riguarda, invece, i requisiti linguistici che limitavano la partecipazione al processo democratico, le rilevanti modifiche si sono avute proprio in seguito alla sentenza di cui in oggetto. Infatti, nel 2002, con una ampia maggioranza, il Parlamento lettone ha abolito le disposizioni della Legge elettorale che richiedevano ai cittadini candidati alle elezioni nazionali e locali di sostenere un esame linguistico.

Merita sottolineare che la Corte, in questo caso, a differenza della decisione presa nella sentenza *Sejdić-Finci*, ha preso in considerazione l'esistenza di circostanze storiche ben precise e che costituivano il nocciolo sottostante alla questione posta dalla ricorrente. Infatti, i giudici, pur avendo affermato, in apertura del loro ragionamento, la sussistenza di un ampio margine di apprezzamento in capo agli Stati per quanto riguarda l'introduzione di requisiti specifici per l'esercizio del diritto elettorale passivo, hanno, poi, rilevato che tali requisiti devono essere proporzionati rispetto al fine perseguito. Nel caso di specie, invece, l'intento del legislatore era proprio quello di rendere difficoltoso l'accesso alla cittadinanza lettone e, al contempo, anche per i cittadini, inserire una ulteriore limitazione con l'introduzione di un esame linguistico, dimostrando così il palese intento di porre in una posizione deteriore quella parte della cittadinanza russofona, – che costituisce circa un quinto della popolazione nazionale – in modo tale da ostacolarne l'accesso all'elettorato.

3.3. Tănase c. Moldavia

Con il caso *Tănase*⁸², risalente all'aprile del 2010, la Corte EDU viene a confrontarsi con la questione dell'accesso all'esercizio del diritto elettorale per i soggetti in possesso di una doppia o multipla cittadinanza rispetto a quella dello Stato di residenza. Tale circostanza si è venuta a definire storicamente nel caso della Moldavia. Infatti, il principato della Moldavia fu fondato alla metà del XIV secolo e, in quanto posto tra l'odierna Ucraina e la Romania, fu costantemente oggetto delle mire espansionistiche tanto dell'impero ottomano quanto dalla Russia, finché a metà Ottocento non si unì alla Valacchia, venendo così a comporre il territorio della Romania. Con la fine della Seconda guerra mondiale, però, la Moldavia divenne una Repubblica dell'Unione Sovietica, perdendo i suoi legami con la Romania.

⁸¹ Il testo della legge è consultabile in lingua inglese al seguente link: https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=60192.

⁸² Corte EDU, 27 aprile 2010, *Tănase c. Moldavia*, su ricorso n. 7/08.

Queste circostanze storiche hanno portato, in seguito al crollo dell'Unione sovietica e al raggiungimento dell'indipendenza della Moldavia, alla ridefinizione dei criteri per ottenere la cittadinanza del Paese: più specificamente, con la dichiarazione di indipendenza della Moldavia, avvenuta nell'agosto 1991, è stata adottata una nuova legge sulla nazionalità moldava, in base alla quale le persone che vivevano sul territorio dell'ex Repubblica socialista sovietica moldava, prima dell'annessione sovietica, sono diventate cittadini della Moldavia. In quanto discendente di genitori in questa condizione, il ricorrente, il signor Tănase, successivamente divenuto noto politico moldavo e vicepresidente del Partito liberale democratico, nonché membro del Consiglio comunale di Chișinău, ha quindi ottenuto la cittadinanza moldava. Contemporaneamente, nel 1991, il Parlamento rumeno ha adottato una nuova legge sulla cittadinanza, che ha permesso agli ex cittadini rumeni e ai loro discendenti che avevano perso la cittadinanza prima del 1989 di riacquistare lo *status* di cittadini rumeni.

Poiché nel 2003 era stata abrogata la restrizione per i cittadini moldavi di possedere altre nazionalità, il signor Tănase ha richiesto e ottenuto anche la cittadinanza rumena, oltre a quella moldava che già possedeva. Tuttavia, nel 2008 il Parlamento moldavo ha riformato in senso restrittivo la legislazione elettorale: introducendo il divieto di ricoprire la carica di membro dell'Assemblea parlamentare per coloro che hanno una doppia o multipla nazionalità (Legge n. 273)⁸³. Oltre alla reintroduzione di questi requisiti sulla cittadinanza – che ricordiamo erano venuti meno nel 2003 – altri emendamenti ancora più restrittivi sono stati introdotti per quanto riguarda le libertà elettorali. Specificamente, era stata aumentata la soglia elettorale di sbarramento e limitata fortemente la possibilità di formare liste di coalizione. Questi emendamenti sono entrati in vigore nel maggio 2008 e nella primavera del 2009 si sono tenute le elezioni generali. Il ricorrente, per poter accedere al seggio di parlamentare, ha inviato una lettera all'Ambasciata rumena a Chișinău in cui annunciava di essere costretto ad avviare la rinuncia alla cittadinanza rumena. Nel frattempo, nel 2009, la Corte costituzionale moldava si è espressa sulla legittimità costituzionale della Legge elettorale n. 273 non ravvisandovi nessun aspetto di incostituzionalità⁸⁴. Dopo aver esperito tutti i rimedi interni, il signor Tănase si è rivolto alla Corte EDU lamentando la violazione dell'art. 3 del Primo Protocollo addizionale da parte della legge elettorale moldava, che, di fatto, subordinava l'accesso al diritto elettorale passivo alla rinuncia della cittadinanza diversa da quella moldava.

La Corte, nella sua decisione, ha esaminato, in primo luogo, la sussistenza dell'obiettivo di garantire la fedeltà allo Stato, invocato da parte del governo moldavo come motivazione per l'adozione della Legge 273. I giudici hanno di-

⁸³ Sul punto si rimanda a: V. GASCA, *Country Report: Moldova. EUDO Citizenship Observatory*, 2010, pp. 4-14.

⁸⁴ Corte EDU, *Tănase c. Moldavia*, cit., parr. 54-58.

stinto, a tal proposito, tra lealtà allo Stato e lealtà al governo. Infatti, mentre la necessità di garantire la lealtà allo Stato potrebbe costituire un obiettivo legittimo che giustifica le restrizioni dei diritti elettorali, la lealtà al governo non potrebbe trovare accoglimento. In uno Stato democratico, hanno motivato i giudici, il ruolo stesso dei parlamentari, e in particolare dei membri dei partiti di opposizione, è quello di rappresentare l'elettorato garantendo la responsabilità del governo in carica e valutandone le politiche⁸⁵. Inoltre, il perseguimento di obiettivi diversi, e a volte diametralmente opposti, era non solo accettabile ma necessario per promuovere il pluralismo e offrire agli elettori scelte che riflettessero le loro opinioni politiche⁸⁶.

La lealtà richiesta ai parlamentari nei confronti dello Stato, in linea di principio, comprendeva il rispetto della Costituzione, delle leggi, delle istituzioni, dell'indipendenza e dell'integrità territoriale. Qualsiasi desiderio di apportare modifiche a uno di questi aspetti doveva essere perseguito in conformità con le leggi dello Stato. Qualsiasi altro punto di vista avrebbe minato la capacità dei parlamentari di rappresentare le opinioni dei loro elettori, in particolare dei gruppi minoritari⁸⁷. Il fatto che i deputati moldavi con doppia cittadinanza potessero voler perseguire un programma politico considerato da alcuni incompatibile con gli attuali principi e strutture dello Stato moldavo non lo rendeva incompatibile con le regole della democrazia. Alla luce di ciò, la Corte ha esaminato se la misura nel caso in questione fosse realmente volta a garantire la fedeltà allo Stato e ha concluso esprimendo la propria perplessità sul punto⁸⁸.

Per quanto riguarda la proporzionalità della misura adottata, invece, da un esame svolto dalla Corte sulla prassi negli Stati membri del Consiglio d'Europa emerge un consenso sul fatto che, laddove è consentita la pluralità delle nazionalità, il possesso di più di una cittadinanza non dovrebbe essere motivo di inleggibilità a deputato, anche quando la popolazione è etnicamente diversificata e il numero di deputati con più nazionalità potrebbe essere elevato. Tuttavia, ha precisato la Corte nella sua decisione, nonostante questo consenso, un approccio diverso potrebbe essere giustificato qualora particolari considerazioni storiche o politiche rendessero necessaria una prassi più restrittiva. La Corte ha così ricordato, in tal senso, la posizione particolare della Moldavia, che aveva una percentuale potenzialmente elevata di cittadini con doppia cittadinanza ed era diventata indipendente solo in tempi relativamente recenti. Alla luce della storia del Paese, al momento della dichiarazione d'indipendenza nel 1991, il divieto per i soggetti con cittadinanza multipli di sedere come deputati avrebbe potuto essere giustificato. Tuttavia, la limitazione è stata applicata circa diciassette anni

⁸⁵ *Ivi*, par. 166.

⁸⁶ *Ivi*, par. 167.

⁸⁷ *Ivi*, par. 168.

⁸⁸ Corte EDU, *Tănase c. Moldavia*, cit., par. 170.

dopo l'indipendenza della Moldavia e cinque anni dopo un primo allentamento della legge sulla doppia cittadinanza⁸⁹. Rispetto alle ragioni di una tale e così tardiva decisione, il governo non aveva fornito una spiegazione del perché fossero emerse di recente preoccupazioni riguardo alla lealtà dei cittadini con doppia cittadinanza e perché tali preoccupazioni non fossero presenti quando la legge era stata cambiata per consentire la doppia cittadinanza, nel 2003. La Corte ha riconosciuto che il numero di parlamentari con doppia cittadinanza è significativo, riflettendo peraltro un'ampia percentuale di cittadini che ha essa stessa la doppia cittadinanza e ha il diritto di essere rappresentata da parlamentari che riflettano le loro preoccupazioni e opinioni politiche.

Nel caso in questione, poi, esistevano altri mezzi per proteggere le leggi, le istituzioni e la sicurezza nazionale della Moldavia, come ad esempio le sanzioni per comportamenti illegali o che minacciavano gli interessi nazionali e la subordinazione dell'accesso a documenti riservati all'ottenimento di un'autorizzazione di sicurezza⁹⁰. La Corte, infine, ha ribadito che qualsiasi restrizione ai diritti elettorali non dovrebbe essere tale da escludere alcune persone o gruppi di persone dalla partecipazione alla vita politica del Paese⁹¹, poiché limitazioni di tal genere finiscono col compromettere l'essenza dei diritti garantiti dall'art. 3 del Protocollo n. 1 in misura tale da privarli della loro efficacia⁹². L'introduzione del divieto nel caso in questione poco prima delle elezioni, in un momento in cui la percentuale di voti del partito di governo era in calo, ha ulteriormente messo in dubbio la proporzionalità della misura⁹³. Sulla scorta di tali argomentazioni, i giudici di Strasburgo hanno dunque ravvisato una diretta violazione del diritto a libere elezioni, sancito dalla Convenzione, nel caso in cui una legge elettorale impedisca l'accesso all'elettorato passivo di quella parte della popolazione che, nel caso specifico, si sapeva appartenere ad una minoranza nazionale con doppia cittadinanza (moldava e rumena)⁹⁴.

Nella sentenza qui in esame, un particolare aspetto che merita di essere evidenziato è il fatto che i giudici, nella loro decisione, abbiano posto una particolare enfasi al contesto storico in cui la legislazione contestata è stata applicata⁹⁵. Ciò è dimostrato, in maniera plastica, dal fatto che la decisione si apre proprio con quattro paragrafi dedicati (segnatamente i primi due) ad una breve descrizione della storia moldava e (i rimanenti) all'evoluzione della legislazione locale

⁸⁹ *Ivi*, par. 174.

⁹⁰ *Ivi*, par. 175.

⁹¹ *Ivi*, par. 178.

⁹² *Ivi*, par. 180.

⁹³ Corte EDU, *Tănase c. Moldavia*, cit., par. 179.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ V. GASCA, *Country Report*, cit., p. 17.

in materia elettorale. Infatti, i giudici, rifacendosi al *Code of good practice in electoral matters. Guidelines and explanatory report* della Commissione di Venezia⁹⁶ – in cui non solo si afferma l'esistenza di un patrimonio elettorale comune, ma se ne fornisce anche il contenuto⁹⁷ – hanno affermato che questi principi possono incontrare dei limiti rispetto alle “complessità del vissuto storico e [dei] movimenti di assestamento che subiscono ancora oggi gli Stati europei”⁹⁸. Per questa ragione, si può dedurre che la Corte abbia voluto bilanciare attentamente, da una parte, l'interesse alla fedeltà allo Stato e, dall'altra, quello all'esercizio del diritto elettorale e che abbia, in questo caso, ravvisato la predominanza dell'interesse dei cittadini ad esercitare una libertà cardine di ogni ordinamento che ambisca a essere definito democratico. Nello specifico, i giudici di Strasburgo, oltre al dato storico, hanno tenuto in debito conto anche il tema dell'esistenza di minoranze nazionali, che “rimane strategico nella ridefinizione della forma di Stato degli ordinamenti ex-sovietici”⁹⁹. In quanto la limitazione o, peggio, la negazione all'accesso alla rappresentanza (attiva o passiva) può favorire il “riemergere di tensioni storiche che a volte possono sfociare nell'implosione della stessa comunità politica, provocando tensione sulla stessa stabilità dell'ordinamento”¹⁰⁰.

In maniera particolarmente interessante “la sentenza *Tănase* pone in modo diromponente la problematica dei confini della comunità politica, di fronte all'abbattimento dei muri e delle frontiere”¹⁰¹. Infatti, con la dissoluzione degli ultimi Stati multinazionali del XX secolo, la questione dell'identità della comunità politica è ritornata ad essere un tema di stringente attualità, soprattutto in quei contesti – come dimostra il caso moldavo – in cui la ridefinizione dei confini statali durante lo scorso secolo ha diviso le popolazioni. La Corte, con la presente pronuncia, sembra aver voluto “disinnescare” quegli elementi di possibile instabilità, che sarebbero potuti derivare dall'applicazione di una legge elettorale limitativa dei diritti elettorali delle minoranze, quasi a voler ricordare che an-

⁹⁶ Commissione Europea per la Democrazia attraverso il Diritto (Commissione di Venezia), Codice di buona condotta in materia elettorale, Parere n. 190/2002, CDL-AD(2002), consultabile al seguente *link*: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2002\)023rev2-cor-ita](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2002)023rev2-cor-ita).

⁹⁷ Nello specifico, dal documento della Commissione di Venezia emerge che questo patrimonio comune sia costituito da principi fondamentali, quali il suffragio universale, eguale, libero, segreto e diretto.

⁹⁸ F. DAU, *La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e il diritto a elezioni libere in merito alle pronunce Tanase c. Moldavia e Namat Aliyev c. Azerbaijan*, in *Federalismi.it*, 2012, p. 8.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ F. LANCHESTER, M.P. RAGIONIERI (a cura di), *I successori dell'Impero. Le Costituzioni degli ordinamenti ex-Urss*, Milano, 1998, p. 19.

¹⁰¹ F. DAU, *La Corte Europea*, cit., p. 7.

che la diversità e il pluralismo costituiscono principi fondanti del patrimonio elettorale comune.

3.4. Bakirdzi e E. C. c. Ungheria

Particolarmente rilevante si dimostra, poi, l'ultimo caso in esame¹⁰², in cui i giudici della Corte di Strasburgo hanno toccato il tema del superamento della definizione tradizionale di minoranza. Innanzitutto, occorre ricordare che nel 2011 l'Assemblea nazionale ungherese ha adottato la Legge CLXXIX in materia di diritti delle minoranze nazionali. Specificamente, l'art. 1 si apre affermando che rientrano nella definizione di minoranza "tutti i gruppi etnici che hanno vissuto sul territorio della Repubblica Ungherese da almeno un secolo, che numericamente sono una minoranza all'interno della popolazione dello Stato, che si distinguono dal resto della popolazione per lingua, cultura e tradizione e manifestano un senso di coesione volto alla conservazione di tutto ciò". Analizzando questa disposizione – seppure per sommi capi – si può immediatamente intendere la volontà dell'Assemblea parlamentare magiara di delineare in maniera precisa i criteri che distinguono una minoranza dal resto della popolazione. In particolare, emerge che il fattore precipuo di identificazione della minoranza viene individuato sulla base dell'appartenenza etnica: quale "comunità basata su solidarietà e identità, con una coscienza del proprio passato e futuro, un comune sistema di valori e significati nonché di simboli e miti"¹⁰³. Tale prima osservazione trova ulteriore conferma nel prosieguo della disposizione, dove si individuano i caratteri che distinguono la minoranza dal resto della popolazione. Infatti, accanto all'elemento oggettivo dell'appartenenza, cioè la comunanza di lingua, di cultura e di tradizioni, vi è anche un elemento soggettivo, che si può individuare in quel "senso di coesione volto alla conservazione di tutto ciò"¹⁰⁴. Detto altrimenti, oltre agli elementi esteriori che la minoranza deve possedere e che solitamente rendono palese l'appartenenza dei suoi membri all'esterno, deve sussistere anche un elemento interiore, "intimo", in quanto la minoranza deve non solo essere cosciente della propria diversità, ma al contempo deve essere legata agli elementi che intende preservare.

Oltre a quanto detto sinora, occorre aggiungere che questi elementi (tanto oggettivi che soggettivi), di per sé, non sono sufficienti perché una minoranza si veda riconosciuto tale *status* giuridico. Non a caso il legislatore ungherese ha previsto anche l'applicazione di un preciso elemento temporale per individuare quali gruppi possano godere dei benefici concessi alle nazionalità e quali, inve-

¹⁰² Corte EDU, 10 novembre 2022, *Bakirdzi e E. C. c. Ungheria*, su ricorsi nn. 49636/14 e 65678/14.

¹⁰³ F. PALERMO, J. WOELK, *Diritto costituzionale comparato*, cit., p. 18.

¹⁰⁴ Art. 1, comma 1, legge CLXXIX.

ce, no: più specificamente, la disposizione di cui qui in parola prevede che il gruppo etnico sia in grado di dimostrare la propria presenza sul territorio maggioro da almeno un secolo. Tale decisione trova una spiegazione nel fatto che il legislatore ha voluto limitare in maniera drastica la possibilità di ricevere la qualifica di minoranza, che, di fatto, è stata concessa solamente a quei gruppi che storicamente erano già presenti sul territorio del Paese. Questo, ovviamente, ha inciso in maniera decisiva sulla concessione di diritti speciali o particolari ai “profughi, [agli] immigrati, [ai] residenti stranieri o [agli] apolidi”¹⁰⁵, che, con l’introduzione dell’elemento temporale, non potranno chiedere l’attribuzione di alcuno *status* particolare. L’ordinamento ungherese conseguentemente procede a riconoscere ufficialmente tredici gruppi etnici che possono godere dei diritti riservati alle minoranze, così come previste dalla nuova legislazione: tra questi diritti vi è anche quello elettorale. Segnatamente, sulla scia della predetta normativa, nel 2014 è stato adottato la Legge XXXVI in materia elettorale delle minoranze nazionali. Secondo tale sistema, i candidati delle liste delle minoranze nazionali (riconosciute) possono ottenere un seggio in Parlamento se raggiungono una soglia preferenziale pari a un quarto del numero di voti necessari per ottenere un “seggio ordinario” in Parlamento. I membri delle tredici minoranze nazionali ufficialmente riconosciute, al fine di godere di tale particolare diritto, dovevano però registrarsi come elettori delle minoranze nazionali. Nello specifico, si trattava della possibilità di godere di una “quota preferenziale” di eletti riconosciuta alle liste delle minoranze nazionali¹⁰⁶. Tuttavia, l’esito della tornata elettorale del 2014 per l’Assemblea nazionale – quando fu applicata per la prima volta questa nuova legge elettorale delle minoranze – non è stato positivo in questo senso, in quanto nessun rappresentante delle minoranze nazionali è risultato eletto.

Da queste circostanze trae origine il ricorso presentato ai giudici di Strasburgo; infatti, due candidati, rispettivamente per la minoranza greca ed armena, hanno ritenuto che la nuova legge elettorale si ponesse in contrasto con il diritto a libere elezioni, sancito dall’art. 3 del Protocollo addizionale alla CEDU e, inoltre, con il divieto di discriminazione posto dall’art. 14 della medesima Convenzione. In concreto, infatti, le parti hanno lamentato l’impossibilità per qualsiasi minoranza riconosciuta di raggiungere la soglia minima di quote di preferenza poste dalla Legge XXXVI del 2014. Infatti, la soglia preferenziale faceva parte di un sistema in cui i candidati delle minoranze nazionali potevano ricevere il voto solamente dagli elettori appartenenti al loro stesso gruppo minoritario. Ciò li poneva in una situazione significativamente diversa rispetto ad altri candidati

¹⁰⁵ F. PALERMO, J. WOELK, *Diritto costituzionale comparato*, cit., p. 13.

¹⁰⁶ S. GIANELLO, *Bakirdzi and E.C. v. Hungary: il diritto di voto delle minoranze tra dimensione europea e nazionale*, in *DPCE online*, 2023, p. 1503.

che potevano ottenere voti dall'intero elettorato¹⁰⁷. Per quanto riguarda questo primo punto, la Corte ha affermato che gli Stati potevano legittimamente condizionare l'accesso alla rappresentanza parlamentare, ricordando, inoltre che la Convenzione non richiede agli Stati di adottare soglie preferenziali nei confronti delle minoranze nazionali. Tuttavia, al momento di stabilire un *quorum* per i gruppi di minoranza nazionale, occorreva considerare se il requisito di tale soglia rendesse più oneroso per un candidato di minoranza nazionale raccogliere i voti richiesti per un seggio di minoranza nazionale rispetto alla conquista di un seggio in Parlamento dalle normali liste di partito e se – a sua volta – tale soglia elettorale aveva un impatto negativo sulla possibilità per gli elettori di minoranza nazionale di partecipare al processo elettorale su un piano di parità con gli altri membri dell'elettorato¹⁰⁸. Per questi motivi, il legislatore nazionale doveva valutare se lo schema di legge creasse una disparità nel potere di voto dei membri delle minoranze nazionali, come per i ricorrenti, al fine di evitare che il valore potenziale dei voti che potrebbero essere espressi per le liste delle minoranze nazionali venisse diluito¹⁰⁹.

Altro aspetto su cui i giudici di Strasburgo hanno mosso le loro considerazioni è il fatto che le parti avevano anche dichiarato l'assenza di una libera scelta per gli elettori delle minoranze, in quanto i ricorrenti (ma la stessa cosa vale per qualsiasi altro elettore delle minoranze nazionali) potevano votare, in maniera esclusiva, o per la lista della propria minoranza e quindi non poter accedere alle altre liste a livello nazionale, oppure rinunciare al voto per le liste delle minoranze ed accedere quindi al voto per le liste ordinarie. Su questo punto, i giudici hanno affermato che non si può ritenere il sistema delle liste chiuse come un limite di per sé indebito che vada a restringere le opportunità politiche degli elettori. Infatti, anche se le liste chiuse tendevano a limitare il campo dei candidati, tra cui gli elettori potevano scegliere, esse comunque permettevano di distribuire il voto tra le diverse liste di partito corrispondenti alle loro preferenze politiche. Tuttavia, il fatto che gli elettori delle minoranze nazionali potevano esprimere il proprio voto solo per i candidati inseriti nella lista della minoranza nazionale, indipendentemente dal loro punto di vista politico, distingueva la situazione attuale dai sistemi elettorali con liste chiuse. Per questo motivo, la Corte

¹⁰⁷ Di fatto, dati numerici alla mano, il numero di elettori appartenenti alla stessa minoranza nazionale non era sufficiente per raggiungere la soglia elettorale preferenziale anche se tutti gli elettori appartenenti a quella minoranza nazionale avessero espresso il loro voto per la rispettiva lista di minoranza. Nel 2014, infatti, 140 elettori erano stati registrati come elettori della minoranza greca e 184 come elettori della minoranza armena, mentre il numero di voti necessario per ottenere un seggio in Parlamento per un candidato della minoranza nazionale era di 22.000 unità, cioè pari a un quarto del numero di voti necessari per ottenere un "seggio ordinario" (Corte EDU, *Bakirdzi e E. C. c. Ungheria*, cit., par. 57).

¹⁰⁸ Corte EDU, *Bakirdzi e E. C. c. Ungheria*, cit., par. 58.

¹⁰⁹ *Ivi*, par. 59.

ha espresso serie perplessità che un sistema elettorale di questo tipo potesse garantire “la libera espressione dell’opinione del popolo nella scelta del legislatore”¹¹⁰. Nella parte finale del proprio ragionamento, poi, i giudici hanno affermato che la Convenzione non imponeva un trattamento diversificato a favore delle minoranze, per quanto riguarda l’esercizio del diritto elettorale. Una volta che il legislatore decideva però di istituire un sistema volto a eliminare o ridurre i casi effettivi di disuguaglianza nella rappresentanza politica, era naturale che la misura contribuiva alla partecipazione delle minoranze nazionali su un piano di parità con gli altri nella scelta del legislatore, piuttosto che perpetuare l’esclusione dei rappresentanti delle minoranze dal processo decisionale politico a livello nazionale¹¹¹. Nel caso in questione, il sistema messo in atto limitava l’opportunità degli elettori delle minoranze nazionali di accrescere la loro efficacia politica come gruppo e minacciava di ridurre, anziché accrescere, la diversità e la partecipazione delle minoranze al processo decisionale politico. Proprio la combinazione delle suddette restrizioni al diritto di voto dei ricorrenti, considerando il loro effetto complessivo, ha costituito una violazione dell’art. 3 del Protocollo n. 1, in combinato disposto con l’art. 14¹¹².

Questa interpretazione, che i giudici della Corte di Strasburgo hanno dato, spiega, almeno parzialmente, perché la legislazione magiara, con l’introduzione della legge elettorale delle minoranze, ha in realtà limitato l’esercizio del diritto di elettorato delle stesse minoranze che voleva andare a proteggere, andando a rendere ancora più difficoltoso l’ingresso in Assemblea di quelle forze politiche che potevano contare su di un bacino elettorale di per sé ristretto. La legislazione ungherese non sembrava, inoltre, tenere in conto il fatto che oggi i criteri per definire una minoranza sono mutati, perché nelle società contemporanee si registrano cambiamenti degli stili di vita, perdita della esclusività degli Stati nella definizione dei criteri utili per identificare una minoranza e della “condizione relazionale di minoranza, che può non avere nulla a che vedere con i numeri”¹¹³.

4. Conclusioni

Dalle sentenze della Corte EDU sopra proposte emerge che il tema della “tutela delle minoranze [...] è sempre più parte integrante dei principi di funzionamento delle moderne democrazie parlamentari”¹¹⁴. In particolare, la conces-

¹¹⁰ Corte EDU, *Bakirdzi e E. C. c. Ungheria*, cit., par. 66.

¹¹¹ *Ivi*, par. 70.

¹¹² *Ivi*, par. 74.

¹¹³ ICorte EDU, *Bakirdzi e E. C. c. Ungheria*, cit., par. 74.

¹¹⁴ U. HAIDER-QUERCIA, *La rappresentanza elettorale delle minoranze nazionali in Europa*, Padova, 2013, p. XVII.

sione di speciali diritti di rappresentanza alle minoranze si è evoluta da mero strumento di tutela e di integrazione dei gruppi minoritari ad elemento fondamentale per il corretto “funzionamento democratico del sistema”¹¹⁵ statale. Tuttavia, come emerge dalle pronunce in esame (segnatamente nei casi *Bakirdzi e E. C. c. Ungheria* e *Podkolzina c. Lettonia*), ciò non si può tradurre in un obbligo per gli Stati di introdurre dei correttivi o delle deroghe alla libera competizione politica, ma, piuttosto, nella creazione di meccanismi tali da concedere le medesime possibilità di accesso al campo elettorale per le minoranze. In altre parole, i giudici di Strasburgo non hanno fissato un diritto soggettivo per le minoranze ad essere rappresentate. Ciò che invece deve essere garantito a livello nazionale – soprattutto dove esistono delle ragioni storiche e di composizione della popolazione (*Sejdić e Finčić c. Bosnia ed Erzegovina* e *Tănase c. Moldavia*) per cui la necessità di rappresentanza delle minoranze è ancora più sentita – è la effettività, a parità con il resto della popolazione, di partecipazione alla vita pubblica. Infatti, in ognuna delle sentenze proposte in questo scritto, la Corte EDU ha ravvisato una violazione del diritto a libere elezioni, in combinato disposto con l’art. 14, che sancisce il divieto di discriminazione, da parte degli ordinamenti statali, in quanto questi ponevano in una situazione peggiore una porzione della cittadinanza che, per le sue caratteristiche intrinseche, era chiaramente distinguibile dal resto della popolazione e che, a causa del numero dei suoi membri, di per sé era posta in una situazione di svantaggio rispetto all’esercizio dei diritti elettorali. In altre parole, i giudici della Corte EDU non hanno sanzionato di per sé l’esistenza di limiti all’elettorato, ma hanno constatato la violazione del diritto a libere elezioni in quegli ordinamenti che ponevano, senza una reale giustificazione, una parte della popolazione in una posizione di svantaggio, solamente perché minoritaria.

Da queste considerazioni emergono due questioni, che tuttora rimangono aperte. In primo luogo, il tema della rappresentanza delle minoranze presenta un “quadro estremamente diversificato”¹¹⁶, che si traduce in altrettante risposte a livello Statale. Da ciò deriva l’attento bilanciamento che i giudici della Corte EDU hanno adottato nelle pronunce qui proposte. Nel caso specifico, è emerso chiaramente il peso che la Corte ha attribuito alle circostanze storiche e sociali da cui la questione del giudizio è sorta e per questo motivo, sia la concessione di particolari diritti elettorali per le minoranze quanto la definizione delle stesse rimangono nella sfera della sovranità interna agli Stati. Si deve rilevare, inoltre, come emerso dalla sentenza *Bakirdzi e E. C. c. Ungheria*, in tema di definizione dello *status* di minoranza, che la Corte sembra sempre più propensa ad individuare criteri più aderenti alla realtà sociale contemporanea.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ U. HAIDER-QUERCIA, *La rappresentanza elettorale delle minoranze nazionali*, cit., p. 247.

In secondo luogo, l'originaria tensione tra l'attribuzione di tutele speciali per le minoranze ed il principio di eguaglianza sembra trovare sempre più un contemperamento nelle stesse strutture delle società contemporanee, in quanto il loro tessuto plurale obbliga quasi inevitabilmente i legislatori nazionali a dare una risposta al tema dell'inclusione delle minoranze: tale questione diviene sempre più impellente, soprattutto perché la stessa concezione di diritto delle minoranze sembra mutare, ormai, verso un diritto delle differenze¹¹⁷.

In via conclusiva, si può concordare con l'osservazione secondo cui "da strumenti tecnici che influenzano il gioco politico e modificano la forma di governo, gli elementi tecnici e di contorno dei sistemi elettorali entrano a pieno titolo nel panorama della protezione dei diritti fondamentali, [...] assumendo una rilevanza costituzionale e convenzionale che legittima l'intervento del giudice e la predisposizione di un rimedio giurisdizionale"¹¹⁸. A questo rilievo si deve tuttavia aggiungere anche che tra i diritti elettorali assume sempre più peso l'importanza delle garanzie alla partecipazione politica delle minoranze, soprattutto oggi che le società sono sempre più difficilmente collocabili in strutture e definizioni costituite *a priori* o su concezioni risalenti al passato. Per questo motivo, oggi più che mai, la questione di come conciliare la disciplina dei sistemi elettorali con il rispetto delle minoranze rimane non solo un tema fondamentale all'interno di una società sempre più pluralista, ma anche un problema rispetto al quale è divenuto imprescindibile dare una risposta.

¹¹⁷ F. PALERMO, J. WOELK, *Diritto costituzionale comparato*, cit., p. 6.

¹¹⁸ F. DAU, *La Corte Europea*, cit., p. 7.

IL DIRITTO ALLO STUDIO TRA OBIETTIVI DI INTEGRAZIONE EUROPEA E DISCREZIONALITÀ STATALE. IL CASO DELLA SEGREGAZIONE SCOLASTICA

Nadia Spadaro

SOMMARIO: 1. Il pluralismo come ideale costitutivo delle democrazie occidentali e il ruolo cruciale dell'istruzione nella sua realizzazione. – 2. La prospettiva sovranazionale sul diritto all'istruzione. – 3. ... e sul divieto di discriminazione. – 4. La segregazione scolastica in Europa. – 5. L'evoluzione della giurisprudenza di Strasburgo in tema di segregazione scolastica. – 6. Il caso *Szolcsan c. Ungheria*. – 7. Considerazioni conclusive.

1. Il pluralismo come ideale costitutivo delle democrazie occidentali e il ruolo cruciale dell'istruzione nella sua realizzazione

Il pluralismo, quale ideale politico e sociale della coesistenza, nella reciproca tolleranza, di individui e gruppi di orientamenti diversi sul piano etnico, religioso, culturale, politico, che partecipino alla vita pubblica mantenendo la loro tradizionale cultura o ideologia, è ormai un elemento costitutivo delle democrazie occidentali.

Determinante, nella sua affermazione europea, è stata la definitiva scelta, operata dai principali Trattati europei e Convenzioni internazionali, nonché dalle Carte Costituzionali dei diversi Stati europei, per una forma di governo democratica, fondata sul principio di uguaglianza¹. Nell'intenzione di segnare la

¹ Il principio di uguaglianza trova espressa affermazione all'art. 7 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo, firmata a Parigi il 10 dicembre 1948; all'art. 14 della Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo, firmata a Roma il 4 novembre 1950; all'art. 7 del Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea, firmato a Roma il 25 marzo 1957; Tra le numerose Costituzioni europee, il principio trova affermazione, ad esempio, all'art. 3 della Costituzione Italiana firmata a Roma il 22 dicembre 1947; all'art.3 della Legge fondamentale per la Repubblica Federale di Germania firmata a Bonn l'8 maggio 1949; nel preambolo della Costituzione francese firmata a Parigi il 27 ottobre 1946, che recepisce i diritti e le libertà dell'uomo e del cittadino consacrati dalla Dichiarazione dei diritti del 1789.

netta presa di distanza dai fenomeni totalitaristici che hanno segnato la storia d'Europa nel secolo scorso, l'uguaglianza assurge, infatti, nei citati testi normativi, a pilastro fondamentale della democrazia² e, poiché l'uguaglianza presuppone la diversità, essa impone, agli Stati di riconoscere e tutelare le differenze e le identità culturali, nell'ottica della loro integrazione nel tessuto sociale, intesa come convivenza pacifica ed inclusiva³.

Tuttavia, a fronte dei fenomeni di migrazione di massa degli ultimi anni, che hanno creato in Europa società estremamente composite, il perseguimento dei valori del pluralismo rappresenta una sfida sempre più difficile. La convivenza tra culture, etnie e ideologie diverse è, infatti, costante fonte di conflitti, la cui prevenzione e composizione richiede un'attenta regolamentazione ad opera dei singoli ordinamenti, i quali godono, certamente, di un ampio margine di apprezzamento nella valutazione e ponderazione dei vari interessi pubblici coinvolti nel governo dei diversi settori.

Di tal guisa, il margine di apprezzamento statale finisce spesso per delineare atti normativi, provvedimenti amministrativi o giurisdizionali che, nell'attribuire prevalenza a determinati interessi pubblici interni, si connotano in senso discriminatorio, finendo per essere oggetto di contestazione avanti alle Corti Supreme e Sovranazionali.

La tensione tra la discrezionalità statale nella ponderazione degli interessi pubblici e l'esigenza di tutelare e perseguire i valori costitutivi della democrazia sanciti anche a livello sovranazionale, emerge emblematicamente nel settore dell'istruzione.

Il ruolo della scuola nel processo di integrazione sociale è particolarmente enfatizzato dalle Istituzioni Europee. La scuola, infatti, insieme alla famiglia, svolge un ruolo cruciale nel processo di formazione della personalità dell'individuo e delle generazioni future, essendo luogo di apprendimento ma anche di sviluppo sociale, laddove consente all'individuo, spesso per la prima volta nel suo percorso di crescita, di entrare in contatto diretto con ciò che è culturalmente e socialmente diverso⁴.

²Come scrive L. FERRAJOLI, *Manifesto per l'uguaglianza*, Bari, 2019, p. 10, l'uguaglianza è la condizione giuridica della democrazia, quale forma di governo in cui si riconosce al popolo l'esclusività del potere sovrano, e l'eguale partizione di esso: "è infatti sull'uguaglianza, cioè sull'uguale titolarità in capo a tutti e ciascuno di quei diritti universali che sono i diritti fondamentali (...) che si fondano la percezione degli altri come uguali e perciò il senso di appartenenza a una medesima comunità che fa di questa un popolo".

³Si vedano, in merito alle difficoltà e ai limiti giuridici in cui lo Stato può tollerare e riconoscere le diversità: M. BOUCHARD, *Identità culturale, uguaglianza e diversità*, in *Questione giustizia* 3, 2001, p. 473; F. BELVISI, *Identità, minoranze, immigrazione: com'è possibile l'integrazione sociale? Riflessioni sociologico-giuridiche*, in *Diritto, immigrazione, cittadinanza*, 4, 2002, p. 20; ID. *Nemici, stranieri e pluralismo giuridico nella società multiculturale*, in *Sociologia del diritto*, 3, 2016, p. 75 e la dottrina *ivi* citata.

⁴La rilevanza essenziale dell'inclusione scolastica come condizione preliminare per la realizza-

La Commissione Europea, delineando l'istruzione come uno degli strumenti più importanti per costruire società inclusive, mette in rilievo il potenziale della scuola quale centro di integrazione per gli studenti e le loro famiglie. In particolare, nel Piano d'azione per l'integrazione e l'inclusione 2021-2027, indica la scuola come il luogo più idoneo a spezzare la catena intergenerazionale della povertà e favorire l'inclusione sociale, laddove consente la separazione del successo scolastico dallo *status* sociale, economico e culturale, che spesso determina il primo⁵.

Anche il Consiglio d'Europa ha più volte ribadito che l'istruzione inclusiva è un punto nevralgico per il superamento delle discriminazioni e per l'integrazione delle minoranze nel tessuto sociale e che, pertanto, il diritto all'istruzione comporta l'obbligo degli Stati contraenti di garantire un insegnamento di qualità, senza discriminazioni⁶.

L'istruzione è, però, al contempo, un ambito complesso in cui gli interessi pubblici, quelli privati degli studenti e dei genitori e delle minoranze interagiscono ed entrano in conflitto, richiedendo un'attenta regolamentazione da parte delle competenti autorità statali. In quest'ottica, il bilanciamento tra tali interessi e le modalità con le quali gli obiettivi di integrazione sociale e di pluralismo educativo vengono perseguiti rappresenta il cuore della discrezionalità statale.

Le scelte adottate dalle competenti autorità dei singoli Stati sono spesso state messe in discussione e sottoposte all'esame delle Corti sovranazionali, che, garantendo il rispetto delle disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo e della normativa primaria e secondaria dell'Unione europea, assumono un ruolo sempre più determinante nella tutela dei valori del pluralismo educativo. In particolare, la Corte europea dei diritti dell'uomo spesso si è trovata a decidere di casi relativi a scelte ritenute discriminatorie dal punto di vista etnico,

zione dell'inclusione sociale è stata più volte messa in evidenza dalla giurisprudenza costituzionale e amministrativa italiana: si vedano Corte cost., 21 maggio 1975, n. 125; 2 giugno 1983, n. 163; 8 giugno 1987, n. 215; 26 febbraio 2010, n. 80; Cons. Stato, Sez. VI, 3 maggio 2017, n. 2023.

⁵ Si veda il Piano d'azione per l'integrazione e l'inclusione 2021-2027 della Commissione europea, (Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, COM 2020/758 del 24 novembre 2020) che si inserisce nel quadro più ampio del Pilastro Europeo dei Diritti Sociali e costituisce una delle numerose iniziative collegate fra di loro per l'integrazione, insieme alla Strategia dell'UE sui diritti dei minori (Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, COM 2021/142 del 24 marzo 2021), il nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo (Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, COM 2022/740 del 6 ottobre 2022) e il Piano d'azione contro il razzismo (Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, COM 2020/565 del 18 settembre 2020).

⁶ Si veda, in particolare, il rapporto del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa "Fighting school segregation in Europe through inclusive education: a position paper", 2017, p. 15 ss.

religioso e culturale nel contesto educativo, finendo, come si vedrà, per ridurre progressivamente il margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati.

Dopo aver delineato il quadro normativo sovranazionale in tema di diritto all'istruzione e divieto di discriminazione, come interpretato dalle Corti di Strasburgo e di Lussemburgo, si proporrà un caso emblematico della tensione tra discrezionalità statale e obiettivi di integrazione europea, sul quale si è di recente pronunciata la Corte europea dei diritti dell'uomo, con specifico riferimento alla discriminazione su base etnica della comunità rom.

2. La prospettiva sovranazionale sul diritto all'istruzione

Il diritto all'istruzione, espressamente riconosciuto all'art. 2 del primo Protocollo addizionale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), è stato sempre inteso dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo come un vero e proprio diritto universale. In particolare, la Corte lo ha interpretato come diritto ad un'educazione effettiva: affinché il diritto all'istruzione produca degli effetti utili, infatti, la Corte ritiene che l'individuo, che ne sia titolare, debba avere la possibilità di trarre beneficio dall'insegnamento seguito e, conseguentemente, anche di ottenere il riconoscimento ufficiale degli studi effettuati, in conformità alle regole vigenti in ciascuno Stato contraente⁷.

Per poter essere esercitato, il diritto allo studio, così declinato, comporta in primo luogo, il diritto di accedere alle istituzioni educative esistenti in un dato momento storico sul territorio degli Stati contraenti⁸, in relazione tanto all'istruzione primaria⁹ quanto a quella secondaria¹⁰ e superiore¹¹. Tuttavia, se gli Stati non possono negare il diritto all'istruzione nell'ambito degli istituti scolastici che hanno deciso di istituire o autorizzare, a tutti i livelli, possono regolamentarlo discrezionalmente. Come chiarito dalla Corte di Strasburgo, invero, il diritto all'istruzione non è assoluto, in quanto, per sua stessa natura e come altri diritti fondamentali sanciti dalla Convenzione¹², richiede di essere regolamenta-

⁷ Corte EDU, 23 luglio 1968, *Caso linguistico belga*, sui ricorsi nn. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64.

⁸ Corte EDU, 23 luglio 1968, *Caso linguistico belga*, cit. §4.

⁹ Corte EDU, 17 gennaio 1996, *Sulak c. Turchia*, (dec.) su ricorso n. 24515/94; Corte EDU, 13 dicembre 2005, *Timishev c. Russia*, sui ricorsi nn. 55762/00 e 55974/00.

¹⁰ Corte EDU, 10 maggio 2001, *Cipro c. Turchia*, su ricorso n. 25781/94; 21 giugno 2011, *Ponomaryovi c. Bulgaria*, su ricorso n. 5335/05.

¹¹ Corte EDU, 10 novembre 2005, *Leyla Şahin c. Turchia*, su ricorso n. 44774/98; 3 luglio 2006, *Mürsel Eren c. Turchia*, n. 60856/00; 3 giugno 2009, *İrfan Temel e altri c. Turchia*, su ricorso n. 36458/02.

¹² Il riferimento è al diritto di accesso alla giustizia come tutelato dall'art. 6, comma 1 della CEDU. Si vedano, in particolare Corte EDU, 21 febbraio 1975, *Golder c. Regno Unito*, su ricorso n. 4451/70; 21 settembre 1990, *Fayed c. Regno Unito*, su ricorso n. 1710/90.

to dallo Stato¹³. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha, però, più volte affermato l'obbligo degli Stati contraenti della Convenzione di assicurare un trattamento paritario nell'accesso alle strutture educative esistenti sul proprio territorio, ritenendo legittime scelte restrittive solo se prevedibili e volte a perseguire un fine legittimo, rispetto al quale si pongano in un rapporto di proporzionalità¹⁴.

Nel contesto euro-unitario, parimenti, il diritto all'istruzione è riconosciuto come un diritto fondamentale. L'art. 14 della Carta di Nizza estende il diritto all'istruzione alla possibilità di accedere alla formazione professionale obbligatoria e continua e prevede espressamente il principio di gratuità dell'istruzione obbligatoria. Il Trattato sul funzionamento dell'Europa (TFUE), dedica un'attenzione particolare all'istruzione, riprendendo quanto già previsto dal Trattato di Maastricht (artt. 126 e 127). Il titolo XII del TFUE, relativo a Istruzione, formazione professionale e gioventù, definisce, agli artt. 165 e 166, gli impegni dell'Unione per lo sviluppo e la promozione di un settore in cui la stessa esercita una competenza complementare, e quindi di sostegno, coordinamento e completamento dell'azione degli Stati membri. Sulla scorta di tali impegni, l'Unione ha adottato programmi volti a favorire lo scambio tra docenti e studenti, il superamento delle barriere linguistiche ed il riconoscimento dei titoli di studio¹⁵, nonché numerose raccomandazioni volte all'incentivazione del coordinamento tra Stati¹⁶, che, però, restano titolari di un ampio margine di discrezionalità nell'organizzazione dei propri sistemi di istruzione e formazione professionale, co-

¹³ Corte EDU, 23 luglio 1968, *Caso linguistico belga*, cit.; 9 ottobre 2013, *Altinay c. Turchia*, su ricorso n. 37222/04.

¹⁴ Si veda la guida all'art. 2 del Protocollo n. 1 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo, 2022, p. 8 ss. online: www.echr.coe.int.

¹⁵ Tra le varie iniziative adottate dall'Unione, meritano di essere ricordati il programma Erasmus, finalizzato ad agevolare la mobilità degli studenti iscritti all'università (decisione 1720/2006/CE del Parlamento e del Consiglio del 15 novembre 2006 in GUCE, L 327, 24 novembre 2006) e ai corsi di dottorato di ricerca in Europa (decisione 87/327/CEE del Consiglio del 15 giugno 1987 in GUCE L 166, 25 giugno 1987); il programma Lingua, per lo studio, l'apprendimento e la valorizzazione delle lingue straniere (decisione 89/489/CEE del Consiglio del 28 luglio 1989, in GUCE, L 239, 16 agosto 1989); il programma Gioventù per l'Europa, poi rinominato Gioventù e successivamente Gioventù in azione, durato fino al 2013 con lo scopo di promuovere gli scambi tra giovani nell'ambito della Comunità (decisione 1031/2000/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 aprile 2000, in GUCE, L 117, 18 maggio 2000); il programma Socrates (decisione 819/95/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 marzo 1995, in GUCE, L 87, 20 aprile 1995), che ha poi assorbito i programmi Erasmus, Lingua e altri ancora.

¹⁶ Si vedano, in particolare, la Raccomandazione del Consiglio del 22 maggio 2018 sulla promozione di valori comuni, di un'istruzione inclusiva e della dimensione europea dell'insegnamento (2018/C 195/01) e la Raccomandazione del Consiglio del 22 maggio 2018 relativa alle competenze chiave per l'apprendimento permanente (2018/C 189/01) sostitutiva della precedente Raccomandazione del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 dicembre 2006, relativa a competenze chiave per l'apprendimento permanente (2006/962/CE).

me previsto dagli artt. 165 n. 1 e 166 n. 1 TFUE. Rileva, in particolare, la Direttiva n. 2000/43/CE, che, all'art. 3, lett. g), prevede espressamente il divieto, tanto per gli enti pubblici che privati, di adottare qualsiasi misura discriminatoria di natura etnica o razziale in ambito educativo.

Il diritto all'istruzione, nella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, ha, in particolare, un significato e una portata più ampi di quelli assunti nella giurisprudenza di Strasburgo. Nel contesto euro-unitario, infatti, il diritto all'istruzione comporta l'adempimento di precisi obblighi positivi previsti dai suddetti piani e programmi, che vanno al di là del mero obbligo previsto in "negativo" dalla CEDU, di "non negare il diritto all'istruzione". Una parte cospicua della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea in materia di istruzione riguarda infatti i sussidi per il mantenimento agli studi e la tematica del riconoscimento dei "diplomi" che sanciscono una formazione professionale conseguita in altri Stati membri. In particolare, per quanto riguarda le discriminazioni nell'accesso allo studio sanzionate dalla Corte di Giustizia, la casistica ha riguardato prevalentemente controversie relative alle disparità di trattamento basate sulla nazionalità in relazione al pagamento delle tasse di iscrizione¹⁷, al rifiuto di riconoscere le qualifiche che danno accesso all'istruzione¹⁸ e al "numero chiuso" per l'accesso all'università¹⁹.

3. ... e sul divieto di discriminazione

L'art. 14 della CEDU stabilisce che il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella Convenzione debba essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione.

Tale disposizione non ha un'esistenza indipendente, in quanto vale unicamente per "il godimento dei diritti e delle libertà" da essa sancito. Essa, dunque, integra le altre clausole normative della Convenzione e dei suoi Protocolli, così che le doglianze mosse sotto il profilo dell'art. 14 della Convenzione vengono formulate, in combinato disposto con le altre norme sostanziali della stessa, quale, tipicamente il diritto all'istruzione²⁰.

¹⁷ CGUE, Sez. IV, 13 luglio 1983, causa C-152/82; 13 febbraio 1985, causa C-293/83; 2 febbraio 1988, causa C-24/86; 2 febbraio 1988, causa C-309/85; 27 settembre 1988, causa C-263/86.

¹⁸ CGUE, Sez. III, 1° luglio 2004, causa C-65/03; Sez. II, 7 luglio 2005, causa C-147/03.

¹⁹ CGUE, Grande Sez., 11 settembre 2007, causa C-76/05; 23 ottobre 2007, cause riunite C-11/06 e C-12/06; 13 aprile 2010, causa C-73/08.

²⁰ Si noti che, il 4 novembre 2000, è stata introdotta la clausola generale di divieto di discrimi-

In un primo momento, coerentemente alla funzione “conservativa” della Convenzione, volta a salvaguardare le democrazie occidentali da slittamenti in nuovi fenomeni di totalitarismo²¹, la Corte di Strasburgo ha dato un’interpretazione in negativo della norma citata, delineandola come impositiva di un obbligo per gli Stati contraenti di astenersi dal tenere condotte discriminatorie²². Queste, in particolare, sono state definite come misure che introducono una disparità di trattamento priva di alcuna giustificazione oggettiva e ragionevole, ovvero che non perseguano un “fine legittimo” o non esprimano un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi utilizzati e il fine che si intende realizzare²³.

Ben presto, però, l’interpretazione è divenuta sempre più estensiva, e la norma, da mero divieto di discriminazione e obbligo di astensione per gli Stati dai relativi comportamenti discriminatori, è stata intesa come presidio di tutela degli individui da ogni sorta di discriminazione; la natura “accessoria” dell’art. 14 rispetto ad altre disposizioni convenzionali è stata fondamentale nel consentire alla Corte tale evoluzione interpretativa in senso estensivo²⁴. Nell’ottica della Corte, infatti, perché la previsione del divieto di discriminazione venga letta in combinato disposto con un altro diritto della Convenzione, è sufficiente che la discriminazione riguardi il godimento di un altro diritto tutelato dalla Convenzione stessa. In altre parole, è sufficiente che “*i fatti di un caso rientrino nell’ambito di un’altra disposizione sostanziale della Convenzione o dei suoi Protocolli*”²⁵. Per tale via, la Corte europea dei diritti dell’uomo ha sancito l’obbligo positivo degli Stati di attivarsi per impedire che vengano attuate pratiche discriminatorie sul proprio territorio, in relazione a qualsiasi diritto e libertà riconosciuto dalla Convenzione²⁶, anche in ambiti in cui gli stessi godono di un ampio margine di

nazione all’art. 1 del Protocollo n. 12, con l’intento di prevedere una censura delle discriminazioni che sia autonoma ed indipendente dal contenuto degli altri diritti della Convenzione, in modo tale da permetterne una più estesa tutela. La portata di tale previsione è, però, limitata dal numero circoscritto di Stati che hanno ad oggi ratificato il protocollo 12.

²¹ Come rilevato da R. BIN, *Giurisdizione e ruolo delle Corti costituzionali nel processo di integrazione europea. Una conclusione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 3, 2019, p. 905 ss., la CEDU “è nata con gli occhi rivolti al passato, come programma di difesa dello status quo diretto a scongiurare che l’evoluzione politica portasse a sgretolare le conquiste di cui godono le democrazie occidentali”.

²² Corte EDU, 28 maggio 1985, *Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno Unito*, sui ricorsi nn. 9214/80, 9473/81, 9474/81.

²³ Si veda la guida all’art. 14 della Convenzione europea sui diritti dell’uomo e all’art. 1 del Protocollo n. 12 della Convenzione, p. 16 ss., online: www.echr.coe.int.

²⁴ D. TAN, *Demarcating the Margin: Positive Obligations under Article 14 of the European Convention on Human Rights*, in *Columbia Journal of European Law* (2018), online: <https://cjel.law.columbia.edu>.

²⁵ Corte EDU, 23 luglio 1968, *Caso linguistico belga*, cit.; 6 aprile 2000, *Thlimmenos c. Grecia*, su ricorso n. 34369/97.

²⁶ Per una ricostruzione esaustiva della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo sul divieto di discriminazione e sugli obblighi positivi di volta in volta imposti agli Stati in ap-

apprezzamento, significativamente limitandolo²⁷. In quest'ottica, si può ritenere che l'art. 14 funga da traino per il riconoscimento di obblighi positivi in capo agli Stati, di tal guisa determinando un inevitabile riduzione del loro margine di apprezzamento.

Se il divieto di discriminazione sancito dalla CEDU ha un carattere ancillare rispetto ad altre disposizioni, nel contesto euro-unitario esistono, invece, numerose norme di diritto primario²⁸ e secondario²⁹ che dispongono il principio della parità di trattamento e ne consentono l'applicazione autonoma da parte della Corte di Giustizia negli ambiti di competenza dell'Unione.

Nell'attuazione di tali disposizioni, anche la Corte di Lussemburgo ha sviluppato un'interpretazione evolutiva del principio di non discriminazione, che ha assunto nel tempo un significato ed una portata sempre più ampia, finendo per assurgere a diritto fondamentale, che trova oggi esplicito accoglimento e consacrazione nel testo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Oltre ad aver elaborato le nozioni di discriminazioni dirette e indirette, secondo cui sono vietate non solo le discriminazioni palesi ma anche quelle prodotte da atti normativi o da prassi che, sebbene apparentemente neutri, producano nei fatti una discriminazione³⁰, in diverse occasioni, la Corte di Giustizia si è spinta ad interpretare in senso ampio il concetto di parità di trattamento. Così, è arrivata a garantire la tutela antidiscriminatoria a chi non è portatore della differenza ma ha un rapporto di relazione con essa³¹ ed ha ampliato la nozione di discriminazione all'ipotesi in cui non esiste una vittima identificabile e gli effetti

plicazione dell'art. 14 si veda Corte EDU, Guida all'art. 14 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo e all'art. 1 del Protocollo n. 12 della Convenzione, cit.

²⁷ Sugli obblighi positivi imposti agli Stati dalla giurisprudenza di Strasburgo e sul relativo impatto sul margine di apprezzamento, si vedano: J. KRATOCHVIL, *The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights*, in 29 *Netherlands Quarterly of Human Rights* (2011) 324 ss.; D. TAN, *Demarcating the Margin: Positive Obligations under Article 14 of the European Convention on Human Rights*, cit.; S. GÜLER, *'Positive Obligations' Doctrine of the European Court of Human Rights: Is it Cogent or Obscure?*, in 2:6 *European Journal of Multidisciplinary Studies* (2017), p. 359 ss.

²⁸ Si vedano art. 2; art. 3, par. 3; art. 9 del Trattato dell'Unione europea (TUE); art. 10 e art. 19 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE); art. 21 e art. 22 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

²⁹ Si vedano, in particolare, la Direttiva n. 2000/43/CE del Consiglio, del 29 giugno 2000, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, GU L 180 del 19 luglio 2000; la Direttiva n. 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, GU L 303 del 2 dicembre 2000; la Direttiva n. 2004/113/CE del Consiglio, del 13 dicembre 2004, che attua il principio della parità di trattamento tra uomini e donne nell'accesso a beni e servizi.

³⁰ CGUE, 23 febbraio 1994, causa C-419/92.

³¹ CGUE, Grande Sez., 17 luglio 2008, causa C-303/06; 16 luglio 2015, causa C-83/14.

discriminatori non sono né attuali né prevedibili ma solo potenziali³². Inoltre, come è stato rilevato in dottrina³³, con un uso pervasivo e trasversale dei principi di non discriminazione e di parità di trattamento e con il meccanismo della disapplicazione, di pertinenza dei giudici nazionali, la Corte ha operato importanti correzioni della legislazione sociale nazionale, imponendo anche l'applicazione di Direttive non ancora temporalmente vincolanti³⁴, oppure ha ampliato l'ambito del suo controllo anche ad atti interni degli Stati su materie escluse dalle competenze comunitarie³⁵.

Emerge, dunque una chiara similitudine nel percorso evolutivo seguito dalle Corti sovranazionali in tema di parità di trattamento, oltre che una mutua contaminazione e convergenza, in particolare nell'imposizione di obblighi agli Stati in ambiti tipicamente riservati alla loro valutazione discrezionale.

Il problema dei limiti alla discrezionalità statale imposti per garantire una fruizione egualitaria del servizio pubblico dell'istruzione emerge in modo evidente in relazione al tema della segregazione scolastica, sul quale, però, come si vedrà, si è ad oggi pronunciata solo la Corte di Strasburgo, essendo stato da poco presentato il primo ricorso sul tema alla Corte di Giustizia³⁶.

4. *La segregazione scolastica in Europa*

Uno dei fenomeni più diffusi nei sistemi scolastici europei e che maggiormente incide sul diritto allo studio delle minoranze è quello della segregazione scolastica, definibile come un grado elevato di concentrazione, superiore a una certa soglia critica, di studenti appartenenti ad un medesimo gruppo sociale o etnico e frequentanti la medesima scuola o classe³⁷. Tale pratica può determinare una limitazione all'accesso ad un'istruzione di qualità ed in condizioni di pari-

³² CGUE, Sez. II, 10 luglio 2008, causa C-54/07.

³³ B. CARUSO, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento costituzionale europeo*, in S. SCIARRA, B. CARUSO (a cura di), *Il lavoro subordinato*, Vol. V del *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, diretto da G. AJANI e G.A. BENACCHIO, Torino, 2009, p. 730.

³⁴ Si veda CGUE, Grande Sez., 22 novembre 2005, causa C-144/04.

³⁵ Si vedano CGUE, Sez. II, 13 settembre 2007, C-307/05; Grande Sez., 15 aprile 2008, causa C-268/06.

³⁶ Nonostante la Commissione europea abbia aperto diverse procedure di infrazione contro alcuni Stati membri, solo la procedura di infrazione INFR (2015) 2025, iniziata con la messa in mora della Slovacchia nel 29 aprile 2015 e seguita da un parere motivato del 10 ottobre 2019 è sfociata nel deposito del ricorso alla Corte di giustizia dell'Unione europea il 19 aprile 2023. Si veda <https://ec.europa.eu/atwork/applying-eu-law/infringements>.

³⁷ In tal senso, si veda C. RANCI, *Separati a scuola. La segregazione scolastica a Milano*, in 1 *Social Cohesion Papers* (2019), p. 4.

tà con gli altri studenti, riducendo significativamente la possibilità di acquisire un'istruzione ed una socializzazione adeguata.

Il fenomeno è chiaramente percepibile nelle società che hanno un trascorso di conflitti etnici. Ad esempio, in Irlanda del Nord, sebbene siano ormai passati più di vent'anni dalla fine del conflitto e nonostante l'accordo di pace, la differenza culturale e religiosa dei gruppi etnici è chiaramente percepibile nella persistente segregazione scolastica tra cattolici e protestanti. Ancor oggi, gli studenti che provengono da famiglie cattoliche frequentano scuole gestite dalla Chiesa cattolica, mentre i protestanti le cosiddette *controlled schools* che, seppure sotto il controllo e la gestione statale, sono comunque ancora molto influenzate dalla loro originaria impronta protestante³⁸.

Tuttavia, la più evidente e diffusa manifestazione di segregazione etnica nel contesto educativo europeo è ravvisabile, nei confronti della comunità rom. Tale fenomeno trascende le specificità sociali e culturali dei singoli Paesi europei e rappresenta il precipitato di una plurisecolare repressione nei confronti di questa etnia, che ha trovato espressione soprattutto in Europa orientale e nei Paesi dell'ex area comunista, ove sono ben note le pratiche di deportazione dei rom e di sterilizzazione forzata³⁹.

Il Consiglio d'Europa ha individuato un livello rilevante di alunni di tale etnia collocati in scuole per studenti con difficoltà di apprendimento e adattamento o la presenza di classi formate interamente da studenti rom in quasi tutti i Paesi europei, con una maggiore incidenza nell'Europa orientale⁴⁰. In diversi Stati, infatti, i bambini rom sono destinatari di un'istruzione speciale e di programmi diversi dai sistemi di istruzione tradizionali, che risultano molto ridotti e che raramente consentono loro di accedere al sistema scolastico generale, al-

³⁸ Sebbene la Corte Suprema dell'Irlanda del Nord abbia di recente imposto una revisione della legislazione del sistema educativo nell'ottica di una più efficace gestione della diversità e della riconciliazione tra i gruppi sociali in conflitto, la strisciante tensione politica tra i gruppi etnici crea un freno alla legislazione negli ambiti più sensibili. Così la situazione di stallo politico del Paese finisce per precludere un'evoluzione normativa che renda maggiormente inclusivo il sistema scolastico. Sia consentito il rinvio, sul punto, a N. SPADARO, *La segregazione etnico-religiosa nel sistema educativo in Irlanda del Nord*, in *Stato Chiese plur. conf.*, 4, 2023, p. 99 ss.

³⁹ All'origine dell'ostilità nei confronti dell'etnia, la diffidenza nata al suo primo apparire nel Medioevo europeo, laddove il nomadismo veniva percepito come una maledizione divina e la pratica di mestieri quali forgiatori di metalli considerata nella superstizione popolare riconducibile alla magia. Di qui la tendenza delle società moderne e contemporanee a liberarsi di tale presenza anche a costo dell'eliminazione fisica, come testimonia il genocidio perpetrato dalla Germania nazista e la persistente discriminazione strutturale nei confronti di tale comunità. Si vedano, in merito, L. PIASERE, *I rom d'Europa. Una storia moderna*, Bari, 2004, p. 70 ss.; G. MOTTA, *Le minoranze nel XX secolo. Dallo Stato nazionale all'integrazione europea*, Milano, 2006, pp. 137-154; L. BRAVI, *La persecuzione e lo sterminio dei rom e dei sinti nel nazifascismo*, in *Rom e Sinti in Italia. Tra stereotipi e diritti negati*, in R. CERCHI e G. LOY (a cura di), Roma 2009, p. 169 ss.

⁴⁰ Si veda il rapporto del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa "Fighting school segregation in Europe through inclusive education: a position paper", cit., p. 7 ss.

l'istruzione superiore o ad una successiva occupazione⁴¹. Il fenomeno è stato registrato ad esempio in Slovacchia, ove un numero elevato di studenti rom, fin dalle classi prescolari, viene inserito in gruppi di alunni appartenenti alla stessa etnia o in programmi separati stabiliti appositamente per bambini con disabilità mentali⁴². Sebbene siano state intraprese diverse misure di desegregazione delle scuole, il fenomeno è ancora significativamente presente⁴³, ed infatti la Commissione ha di recente deciso di deferire la Slovacchia alla Corte di Giustizia dell'Unione europea per violazione della Direttiva n. 2000/43/CE relativa alla parità di trattamento indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica⁴⁴.

Anche Repubblica Ceca e Ungheria, diverse volte condannate dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo per la prassi segregazionista nei confronti degli studenti di origine rom nei contesti scolastici⁴⁵, hanno subito una procedura di infrazione da parte della Commissione⁴⁶. Sebbene l'intervento dell'Istituzione europea abbia dato la stura all'adozione di nuove norme volte a promuovere l'istruzione inclusiva e l'integrazione degli alunni con bisogni speciali nei programmi tradizionali, il problema ad oggi è tutt'altro che risolto⁴⁷.

L'Ungheria, in particolare, dimostra una significativa reticenza politica ad affrontare la questione. Si pensi che, di recente, la Corte Suprema Ungherese, con

⁴¹ L'ampiezza del problema è stata messa in evidenza anche, in diverse occasioni, dal Parlamento europeo: si vedano la Risoluzione del Parlamento europeo del 17 settembre 2020 sull'attuazione delle strategie nazionali d'integrazione dei rom: combattere gli atteggiamenti negativi nei confronti delle persone di origine romani in Europa (2020/2011(INI)) (2021/C 385/10), GU C 385 del 22 settembre 2021, p. 104; la Risoluzione del Parlamento europeo del 5 ottobre 2022 sulla situazione dei rom che vivono in insediamenti nell'UE (2022/2662 RSP) (2023/C 132/04), GU C 132 del 14 aprile 2023, p. 37.

⁴² Si veda il quinto rapporto dell'European Commission against Racism and Intolerance (ECRI) sulla Slovacchia del 16 settembre 2014, p. 8 ss., nelle conclusioni sostanziali confermato dai rapporti successivi, in <https://www.coe.int/en/web/european-commission-against-racism-and-intolerance/slovak-republic>.

⁴³ Secondo il quinto rapporto sulla Slovacchia del Comitato consultivo della Convenzione quadro del Consiglio d'Europa per la protezione delle minoranze nazionali del 15 giugno 2022, la sovra-rappresentazione dei bambini rom in classi o scuole speciali per studenti con disabilità mentali resta una situazione allarmate, online: www.rm.coe.int/5th-op-slovak-republic.

⁴⁴ Si veda nota 33.

⁴⁵ Si vedano Corte EDU, 13 novembre 2007, *D.H. e altri c. Repubblica Ceca*, su ricorso n. 57325/00; 29 gennaio 2013, *Horvat e Kiss c. Ungheria*, su ricorso n. 11146/11; 30 marzo 2023, *Szolcsan c. Ungheria*, su ricorso n. 24408/16, sulla quale ci si soffermerà nel dettaglio oltre.

⁴⁶ Si vedano la procedura di infrazione INFR (2014) 2174, aperta il 25 settembre 2014 dalla Commissione europea contro la Repubblica Ceca e la procedura INFR (2015) 2206, aperta il 26 maggio 2016 contro l'Ungheria.

⁴⁷ Si vedano le Conclusioni dell'ECRI sulla Repubblica Ceca pubblicate il 10 marzo 2023, online: www.coe.int/en/web/european-commission-against-racism-and-intolerance/czech-republic e l'ultimo rapporto ECRI sull'Ungheria pubblicato il 9 marzo 2023, online: www.coe.int/en/web/european-commission-against-racism-and-intolerance/hungary.

una significativa sentenza che ha riconosciuto l'illegittimità della prassi segregazionista, ha imposto all'esecutivo un risarcimento dei danni nei confronti dei bambini rom vittime di discriminazioni⁴⁸, ma l'esecuzione della sentenza è fortemente osteggiata dal Governo⁴⁹. Molto criticata dalla maggioranza politica, tale pronuncia rileva la forte tensione sociale esistente nei confronti della comunità rom e l'incidenza dell'atteggiamento politico del governo sul persistente isolamento sociale e culturale di tale minoranza, che ha condotto la Corte di Strasburgo di recente a pronunciarsi nuovamente, come si vedrà, contro l'Ungheria⁵⁰.

5. *L'evoluzione della giurisprudenza di Strasburgo in tema di segregazione scolastica*

Come accennato, le decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo risultano la principale fonte sovranazionale per indirizzare il margine di apprezzamento degli Stati membri nel regolamentare l'accesso all'istruzione ed interpretare le ipotesi di discriminazione nei contesti educativi nazionali⁵¹.

Sulla questione è possibile ravvisare un atteggiamento progressivamente più rigido della Corte di Strasburgo, volto a imporre obblighi positivi agli Stati al fine di evitare il perpetrarsi di fenomeni discriminatori su base etnica. Se, invero, inizialmente la Corte considerava che la differenza di trattamento cui vengono sottoposti gli studenti segregati potesse essere giustificata sulla base della valutazione di proporzionalità della misura in relazione al fine legittimo perseguito dagli Stati, salvo valutare se l'applicazione concreta di una tale misura potesse tradursi in una forma di discriminazione indiretta, negli ultimi interventi della Corte sembra che l'accertamento di condizioni segregative realizzate in via prevalente o esclusiva su una minoranza etnica configuri *ex se* una discriminazione etnica.

⁴⁸ Il 15 maggio 2020, la Corte Suprema Ungherese ha confermato la decisione della Corte d'appello di Debrecen, n. Pf.I.20.123/2019/16, del 16 settembre 2019, che aveva ritenuto illegittima la segregazione di alunni di origine rom nella scuola elementare Nekcsei Demeter di Gyöngyöspata, nel nord del Paese, per violazione del principio di non discriminazione. Si veda il Country report of the European Commission on non-discrimination – Hungary, 2021, p. 6, online: www.equalitylaw.eu.

⁴⁹ Lo stesso primo ministro, Viktor Orban, ha invitato il Governo a non dare esecuzione alla sentenza. Si veda Country report of the European Commission on non-discrimination – Hungary, 2021, cit. p. 6.

⁵⁰ Corte EDU, 30 marzo 2023, *Szolcsan c. Ungheria*, cit.

⁵¹ Si noti che, a differenza di altre Convenzioni internazionali, come la Convenzione contro la discriminazione nell'istruzione, adottata il 14 dicembre 1960 dalla Conferenza Generale dell'Unesco o la Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale, adottata dall'Assemblea generale dell'ONU il 21 dicembre 1965, la CEDU, come anche la Carta di Nizza o la Direttiva n. 2000/43/CE, non contengono una espressa previsione che vieta la segregazione scolastica.

La prima significativa pronuncia sul tema, sul caso *D.H. c. Repubblica Ceca*⁵² riguardava la collocazione degli studenti rom in scuole primarie speciali per bambini con disabilità cognitive. I ricorrenti lamentavano, in particolare, la difficoltà nell'accedere ai gradi successivi di scolarità, poiché il livello di istruzione fornito nelle scuole speciali non consentiva loro di far fronte alle esigenze delle scuole secondarie, inducendoli ad abbandonare gli studi. Per la Seconda Sezione, che si pronunciò in prima istanza sul caso, rientrava nel margine di discrezionalità riconosciuto agli Stati contraenti la scelta di istituire diversi tipi di scuola per bambini con difficoltà di apprendimento o di attuare programmi educativi speciali per rispondere ad esigenze particolari. In quest'ottica, la Corte ritenne che la disciplina normativa che prevedeva il collocamento di studenti rom in scuole speciali perseguisse lo scopo legittimo di adattare il servizio educativo alle esigenze e attitudini o disabilità degli studenti. Tale disciplina, formalmente neutra, avrebbe potuto configurare un effetto giuridico discriminatorio solo se fosse stato dimostrato oltre ogni ragionevole dubbio che il trattamento delle Pubbliche Autorità ceche fosse stato influenzato dal pregiudizio razziale⁵³, ma tale prova non venne considerata raggiunta dalla seconda sezione.

La Grande Camera, chiamata ad analizzare la medesima questione, ritenne, invece, che la discriminazione indiretta determinata dall'applicazione della normativa, seppur neutrale, che prevedeva l'esperimento di test psicologici per valutare l'ingresso dei bambini nel sistema educativo speciale, fosse provata dal dato statistico che vedeva una percentuale nettamente maggiore di studenti rom collocati nelle scuole "speciali". Più precisamente, il dato statistico determinava il sorgere, in capo allo Stato-convenuto in giudizio, di una presunzione che la misura, apparentemente neutra, producesse indirettamente degli effetti discriminatori. Di tal guisa, si introduceva una inversione dell'onere probatorio, per cui sarebbe spettato allo Stato-convenuto dimostrare che la misura contestata fosse stata giustificata dal perseguimento di un interesse pubblico legittimo, sempre che la misura fosse proporzionata all'obiettivo⁵⁴. Nella valutazione di

⁵² Sul caso *D.H. e altri c. Repubblica Ceca*, ricorso n. 57325/00, si pronunciò dapprima la Seconda Sezione della Corte europea dei diritti dell'uomo, il 7 febbraio 2006 con una sentenza che venne successivamente rimessa all'esame della Grande Camera, la quale, a sua volta, si pronunciò il 13 novembre 2007.

⁵³ Al par. 52 della sentenza della Corte EDU, 7 febbraio 2006, *D.H. e altri c. Repubblica Ceca*, si legge: "Thus, while acknowledging that these statistics disclose figures that are worrying and that the general situation in the Czech Republic concerning the education of Roma children is by no means perfect, the Court cannot in the circumstances find that the measures taken against the applicants were discriminatory. Although the applicants may have lacked information about the national education system or found themselves in a climate of mistrust, the concrete evidence before the Court in the present case does not enable it to conclude that the applicants' placement or, in some instances, continued placement, in special schools was the result of racial prejudice, as they have alleged".

⁵⁴ Al par. 189 della pronuncia della Grande Camera si legge: "Where an applicant produces

tale margine di manovra, la Corte ritenne, inoltre, la necessità di applicare uno scrutinio particolarmente severo, trattandosi di un fattore, quale la razza, particolarmente sensibile.

Nei successivi interventi della Corte di Strasburgo sul tema, è ravvisabile un progressivo consolidamento di tale orientamento⁵⁵. Nel caso *Orsus e altri c. Croazia*⁵⁶, ad esempio, la prassi di collocare gli alunni rom in classi separate veniva giustificata dal Governo croato con l'insufficiente padronanza della lingua in cui venivano impartite le lezioni nelle classi "ordinarie". Anche in tal caso, l'ipotesi ravvisata è quella di una discriminazione indiretta, che può essere provata, però, secondo la Corte, anche in assenza di dati statistici, i quali possono assumere un valore probatorio determinante solo se ritenuti significativi, ovvero se abbiano un impatto c.d. "disparato" sul gruppo protetto superiore al 50%. Nel caso specifico, la presunzione di una discriminazione indiretta sorgeva, secondo la Corte, dalla circostanza fattuale per la quale il collocamento degli studenti in classi speciali destinate a chi non conoscesse adeguatamente la lingua croata, trovava applicazione esclusivamente nei confronti degli studenti appartenenti all'etnia rom. A fronte della mancata prova da parte del Governo croato di aver predisposto criteri in base ai quali i bambini rom potessero successivamente essere inseriti nelle classi miste, una volta conseguito il necessario livello di padronanza linguistica, la misura diveniva priva di una giustificazione oggettiva e ragionevole, integrando, pertanto, una violazione dell'art. 14 CEDU in combinato disposto con l'art. 2 del primo Protocollo addizionale alla CEDU.

In tale evoluzione interpretativa e, in particolare, nella tendenza a non richiedere la prova dell'effettiva esistenza di una situazione di impatto discriminatorio ma solo la dimostrazione che la misura sospetta sia idonea a determinare potenzialmente tale effetto, è possibile ravvisare una convergenza con la giurisprudenza della Corte di Giustizia sull'applicazione della Direttiva n. 2000/43/CE⁵⁷. La Corte di Giustizia dell'Unione europea, infatti, ha sottolineato più volte che il soggetto passivo-attore deve far valere "e dimostrare in un primo momento, i fatti che consentano di presumere l'esistenza di una discriminazione diretta o indiretta", spettando al convenuto dimostrare che non

prima facie evidence that the effect of a measure or practice is discriminatory, the burden of proof will shift on to the respondent State, to whom it falls to show that the difference in treatment is not discriminatory".

⁵⁵ Corte EDU, 16 marzo 2010, *Oršuš and Others c. Croazia*, su ricorso n. 15766/03; 30 maggio 2013, *Lavida e altri c. Grecia*, su ricorso n. 7973/10; 29 gennaio 2013, *Horvat e Kiss c. Ungheria*, su ricorso 11146/11; 13 dicembre 2022, *Elmazova e altri c. Macedonia del Nord*, sui ricorsi nn. 11811/20 e 13550/20; 30 marzo 2023, *Szolcsan c. Ungheria*, cit.

⁵⁶ Corte EDU, 16 marzo 2010, *Oršuš and Others c. Croazia*, cit.

⁵⁷ D. STAZZARI, *La Corte Europea dei diritti dell'Uomo e le discriminazioni verso gli appartenenti all'etnia rom. Alcune chiavi di lettura del punto di vista del diritto comparato*, in 18 *Revista Europea de Derechos Fundamentales* (2011), pp. 221-246.

sia stato leso il principio di non discriminazione⁵⁸, in applicazione dell'art. 8 della Direttiva n. 2000/43/CE.

Tale convergenza appare in modo ancora più evidente nelle ultime pronunce della Corte di Strasburgo sul tema, laddove si compie un ulteriore passo in avanti identificando esplicitamente la segregazione in sé come una forma di discriminazione sistematica, consolidando l'onere probatorio in capo allo Stato e, soprattutto, riconoscendo una importante limitazione al margine di discrezionalità statale nell'organizzare l'accesso al servizio pubblico dell'istruzione.

6. *Il caso Szolcsan c. Ungheria*

Di recente, la Prima Sezione della Corte di Strasburgo è stata chiamata a pronunciarsi sul caso *Szolcsan c. Ungheria*⁵⁹, con riferimento ad un bambino ungherese di origini rom, iscritto al primo anno della scuola elementare della sua città, frequentata quasi esclusivamente da bambini rom, laddove tale comunità costituiva meno del 4% dei residenti del bacino d'utenza della scuola. La madre, ritenendo che il programma di studi della scuola frequentata dal figlio fosse scadente e che lo privasse di un'istruzione adeguata, aveva chiesto alle competenti autorità ungheresi il suo trasferimento nella scuola di una città vicina. La richiesta, però, era stata respinta con la motivazione che il bambino non viveva nel bacino d'utenza di detta scuola e che il doversi rendere tutti i giorni nella città vicina sarebbe stato per lui troppo impegnativo e, dunque, non conforme al suo miglior interesse. La medesima argomentazione era stata sostenuta dalle Corti nazionali, sebbene la madre avesse chiarito che il viaggio fosse solo un breve tragitto in autobus, non particolarmente difficoltoso.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, seppur rilevando che altri bambini, residenti nella stessa città della ricorrente, frequentassero la scuola elementare alla quale egli aveva chiesto il trasferimento, in assenza di prove concrete o di dati statistici, allegati dal ricorrente non è stata in grado di giungere a una conclusione sul fatto che il diniego di trasferimento fosse stato determinato dalla sua origine etnica.

Tuttavia, la Corte ha ritenuto che la collocazione del ricorrente in una scuola frequentata quasi esclusivamente da studenti rom, laddove la conformazione etnica dei residenti dell'area di bacino collegata alla scuola non era tale da giustificare la presenza di una scuola frequentata quasi esclusivamente da rom, fosse da ritenersi una vera e propria forma di segregazione scolastica.

⁵⁸ Il principio, già affermato in relazione al trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro nelle sentenze CGUE, Grande Sez., 17 luglio 2008, causa C-303/06 e Sez. III, 21 luglio 2011, causa C-81/12, è stato ribadito da Grande Sez., 16 luglio 2015, causa C-83/14, in relazione all'erogazione del servizio di energia elettrica in una zona abitata prevalentemente da rom.

⁵⁹ Corte EDU, *Szolcsan c. Ungheria*, 30 marzo 2023, cit.

Nel successivo ragionamento della Corte emerge chiaramente la percezione che la segregazione scolastica sia da ritenere, in sé, una forma di discriminazione non consentita dalla CEDU. Infatti, la Corte ha affermato che l'accertamento di una forma di segregazione impone allo Stato di adempiere all'obbligazione positiva di attivarsi per correggere la situazione di disuguaglianza ed evitare il perpetrarsi di discriminazioni causate dalla sovra rappresentazione di studenti rom nelle scuole. In particolare, la Corte ha rilevato che, ai sensi dell'art. 46 CEDU, lo Stato ungherese sia tenuto ad adottare misure non solo per porre fine alla segregazione degli alunni rom in quella particolare scuola, ma anche per garantire lo sviluppo di una politica idonea a porre fine alla segregazione nell'istruzione, come raccomandato dal Quinto rapporto sull'Ungheria della Commissione europea contro il razzismo e l'intolleranza (ECRI). La convivenza in una società non segregata razzialmente è ritenuta, in particolare, dalla Corte un valore fondamentale delle società democratiche e l'istruzione inclusiva uno degli strumenti essenziali per realizzarla. Il mancato adempimento a tali obblighi positivi da parte dello Stato ungherese ha realizzato, per i Giudici di Strasburgo, una violazione dell'art. 14 (divieto di discriminazione) della CEDU, in combinato disposto con l'art. 2 del Protocollo n. 1 (diritto all'istruzione).

La presunzione che una condotta discriminatoria sorga per il semplice accertamento di una situazione di fatto riconducibile ad una forma di segregazione, già individuabile in una pronuncia di poco precedente della Corte⁶⁰, delinea una sostanziale restrizione del margine di apprezzamento degli Stati in relazione a provvedimenti che possano limitare i diritti fondamentali di un particolare gruppo sociale. In quest'ottica sembra che debba ritenersi contrario alla Convenzione il semplice prevedere l'istituzione di classi speciali e differenziate, con la rilevante conseguenza che gli Stati non potrebbero più decidere di istituire delle scuole o classi speciali per alunni con particolari necessità, ma solo di adottare strumenti di sostegno e di aiuto per tali alunni nell'ambito delle classi ordinarie. Del resto, è espressamente ribadito dalla Corte che gli Stati abbiano un vero e proprio obbligo positivo di adottare misure volte a favorire l'inclusione scolastica, in particolar modo quando si tratta di categorie che hanno subito in passato discriminazioni nell'istruzione con effetti continui.

7. Considerazioni conclusive

L'istruzione è un ambito complesso in cui gli interessi pubblici, quelli privati degli studenti e dei genitori e quelli delle minoranze interagiscono ed entrano spesso in conflitto. Il bilanciamento tra tali interessi rappresenta il cuore della discrezionalità e sovranità statale. Essa, però, incontra limiti sempre più strin-

⁶⁰Corte EDU, 13 dicembre 2022, *Elmazova e altri c. Macedonia del Nord*, cit.

genti in relazione alle sempre maggiori esigenze di integrazione che emergono nel tessuto sociale europeo. Gli obiettivi di educazione inclusiva e di tutela del diritto allo studio delle minoranze sembrano, in particolare, condurre la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, alla stregua della giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di discriminazione, a limitare sempre di più il margine di discrezionalità statale.

Tale evoluzione appare evidente in relazione al problema, molto diffuso, della segregazione scolastica, ove la considerazione della discriminatorietà di una misura statale differenziale si basa sulla valutazione degli effetti prevalenti che essa produce su una determinata minoranza. In quest'ottica, la scelta di creare delle classi separate per studenti con particolari difficoltà o la decisione dell'amministrazione scolastica di accogliere o meno l'istanza di trasferimento di uno studente risultano esposte al rischio di violare la CEDU sotto il profilo del divieto di discriminazione e di garanzia del diritto all'istruzione.

Come si è visto, nel caso *Szolcsan c. Ungheria*, la Corte di Strasburgo cristallizza un orientamento emerso da qualche anno nella sua giurisprudenza e riscontrabile in generale nella giurisprudenza sovranazionale, ove il margine di apprezzamento dei singoli ordinamenti cede innanzi alle differenziazioni che producano un effetto ritenuto discriminatorio. In particolare, l'accertata esistenza della discriminazione etnica nel contesto educativo, dedotta dall'accertamento che la misura adottata produca i suoi effetti prevalentemente nei confronti di una determinata etnia, obbliga le competenti autorità nazionali ad adottare misure volte a correggere le disuguaglianze e ad evitare il loro protrarsi nel tempo.

La riduzione del margine di apprezzamento statale, sebbene volta alla tutela dei valori del pluralismo e dell'inclusione sociale, comporta il rischio del superamento della linea di demarcazione tra funzione legislativa, sia pure largamente intesa, e quella giurisdizionale⁶¹, che è un'esigenza imprescindibile dello Stato di diritto. Per quanto, infatti, il ruolo della giurisprudenza sovranazionale sia essenziale nel promuovere il processo di integrazione europea, lo Stato di diritto esige che le Corti si muovano sul piano dello stimolo alla concreta adozione e implementazione di politiche inclusive, senza slittare nella dimensione creativa del diritto.

D'altra parte, la progressiva limitazione del margine di discrezionalità statale appare giustificabile se si considera che la realtà politica europea, soprattutto dei Paesi dell'Europa orientale, tende a caratterizzarsi spesso in senso illiberale. Esempio di disprezzo per i diritti delle minoranze e, al contempo, per i valori

⁶¹ Sul punto si vedano F. DONATI, P. MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Alcune osservazioni preliminari*, in P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA (a cura di), *La Corte Costituzionale e le Corti d'Europa (Atti del Seminario svoltosi a Copanello (CZ) il 31 maggio-1° giugno 2002*, Torino, 2003, p. 65 ss., R. BIN, *op. cit.*, p. 915.

fondanti dello Stato di diritto risulta, ad esempio, dall'esortazione rivolta al Governo ungherese dal primo ministro Viktor Orbán a non dare esecuzione alla citata pronuncia della Suprema Corte, che condannava al risarcimento nei confronti degli studenti rom segregati. Se, dunque, il margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati è volto ad assicurare il rispetto delle diversità giuridiche, culturali e sociali degli Stati e, in ultima istanza, la loro sovranità, è anche uno strumento che può essere e, di fatto, è spesso usato per adottare misure discriminatorie. In tale prospettiva, le Corti sovranazionali svolgono un ruolo essenziale a presidio dei diritti fondamentali e, nella misura in cui alcuni di essi rappresentano un requisito essenziale per l'esercizio dei diritti civili e politici, per la tutela del sistema democratico.

Da questo punto di vista, emerge, in tutta la sua complessità, il delicato compito che le Corti sovranazionali sono chiamate ad assolvere nel tutelare in concreto i diritti fondamentali dell'individuo, agendo, al contempo, col *self-restraint* necessariamente imposto dalla propria funzione giurisdizionale.

Finito di stampare nel mese di maggio 2024
nella Stampatre s.r.l. di Torino
Via Bologna, 220

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Milano-Bicocca

Per i tipi Giuffrè

1. Luigi Fumagalli, *La responsabilità degli Stati membri per la violazione del diritto comunitario*, 2000.
2. Paolo Bonetti, *Ordinamento della difesa nazionale e costituzione italiana*, 2000.
3. Marco Antonioli, *Comunicazioni della Commissione europea e atti amministrativi nazionali*, 2000.
4. Bruno Bosco, *Pianificazione e mercato nell'economia cubana contemporanea. Analisi delle innovazioni in un sistema socialista*, 2000.
5. Aldo Chiancone, *Scritti di economia, istituzioni e finanza pubblica*, 2000.
6. Chiara Valsecchi, *Oldrado da Ponte e i suoi consilia. Un'auctoritas del primo Trecento*, 2000.
7. Nicola Bassi, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, 2001.
8. Giulio Enea Vigevani, *Stato democratico ed eleggibilità*, 2001.
9. Marco Antonioli, *Mercato e regolazione*, 2001.
10. *The protection of the environment in a context of regional economic integration. The case of the European Community, the Mercosur and the Nafta*, edited by Tullio Scovazzi, 2001.
11. Claudio Martinelli, *L'insindacabilità parlamentare. Teoria e prassi di una prerogativa costituzionale*, 2002.
12. Barbara Biscotti, *Dal pacere ai pacta conventa. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall'epoca arcaica all'Editto giuliano*, 2002.
13. *The protection of the underwater cultural heritage. Legal aspects*, edited by Guido Camarda and Tullio Scovazzi, 2002.
14. Chiara Buzzacchi, *L'abuso del processo nel diritto romano*, 2002.
15. Margherita Ramajoli, *La connessione nel processo amministrativo*, 2002.
16. Nicola Rondinone, *Storia inedita della codificazione civile*, 2003.
17. Ettore Scimemi, *La vendita del voto. Nelle società per azioni*, 2003.
18. *La protezione del patrimonio culturale sottomarino nel Mare Mediterraneo*, a cura di Tullio Scovazzi, 2004.
19. Roberta Garabello, *La convenzione Unesco sulla protezione del patrimonio culturale subacqueo*, 2004.
20. Ubaldo G. Nannini, *Valori fondamentali e conflitto di doveri*, 2004.
21. Gabriella Citroni, *L'orrore rivelato. L'esperienza della Commissione della Verità e Riconciliazione in Perù: 1980-2000*, 2004.
22. *Dal Tribunale per la ex-Iugoslavia alla Corte penale internazionale*, a cura di Gianmaria Calvetti e Tullio Scovazzi, 2004.
23. Nicola Bassi, *Gli accordi fra soggetti pubblici nel diritto europeo*, 2004.
24. Matteo Gatti, *OPA e struttura del mercato del controllo societario*, 2004.
25. *La sicurezza negli aeroporti. Problematiche giuridiche ed interdisciplinari. Atti del Convegno - Milano, 22 aprile 2004*, a cura di Guido Camarda, Marco Cottone, Monica Migliarotti, 2005.
26. Irini Papanicolopulu, *Il confine marino: unità o pluralità?*, 2005.
27. *Pena, controllo sociale e modernità nel pensiero di David Garland. Atti del Convegno in onore di David Garland - Università di Milano-Bicocca, 1° marzo 2004*, a cura di Adolfo Ceretti, 2005.
28. Barbara Moretti, *La violenza sessuale tra conoscenti. Analisi giuridica e criminologica di un fenomeno poco indagato*, 2005.
29. *Quale diritto nei conflitti armati? Relazioni e documenti del ciclo di conferenze tenute nell'Università di Milano-Bicocca (marzo-maggio 2005)*, a cura di Irini Papanicolopulu e Tullio Scovazzi, 2006.

30. Giovanni Iorio, *Struttura e funzioni delle clausole di garanzia nella vendita di partecipazioni sociali*, 2006.
31. Natascia Marchei, "Sentimento religioso" e bene giuridico. *Tra giurisprudenza costituzionale e novella legislativa*, 2006.
32. *Il dominio di Venezia sul mare Adriatico nelle opere di Paolo Sarpi e Giulio Pace*, a cura di Guido Acquaviva e Tullio Scovazzi, 2007.
33. *Laicità e stato di diritto*. Atti del IV Convegno di Facoltà - Università di Milano-Bicocca, 9-10 febbraio 2006, a cura di Adolfo Ceretti e Loredana Garlati, 2007.
34. Carmela Leone, *Il principio di continuità dell'azione amministrativa. Tra operatività dell'organo, inesauribilità del potere e stabilità degli effetti*, 2007.
35. *Ordinamento penale e fonti non statali. L'impatto dei vincoli internazionali, degli obblighi comunitari e delle leggi regionali sul legislatore e sul giudice penale*. Atti delle sessioni di studio tenutesi a Milano il 21 novembre 2005, il 10 marzo e il 24 marzo 2006, a cura di Carlo Ruga Riva, 2007.
36. *Conflitti armati e situazioni di emergenza: la risposta del diritto internazionale*. Relazioni al ciclo di conferenze tenuto nell'Università di Milano-Bicocca (marzo-aprile 2006), a cura di Irini Papanicolopulu e Tullio Scovazzi, 2007.
37. *Il tribunale per la ex-Iugoslavia: l'attività svolta e il suo prossimo scioglimento*, a cura di Gianmaria Calvetti e Tullio Scovazzi, 2007.
38. Giovanni Iorio, *Le clausole attributive dello ius variandi*, 2008.
39. Claudio Martinelli, *Le immunità costituzionali nell'ordinamento italiano e nel diritto comparato. Recenti sviluppi e nuove prospettive*, 2008.
40. Loredana Garlati, *Il volto umano della giustizia. Omicidio e uccisione nella giurisprudenza del tribunale di Brescia (1831-1851)*, 2008.
41. *Immunità costituzionali e crimini internazionali*. Atti del Convegno - Milano, 8 e 9 febbraio 2007, a cura di Aldo Bardusco, Marta Cartabia, Micaela Frulli e Giulio Enea Vigevani, 2008.
42. Marco Antonioli, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, 2008.
43. Mariangela Ferrari, *La compensatio luctri cum damno come utile strumento di equa riparazione del danno*, 2008.
44. Nicola Bassi, *Mutuo riconoscimento e tutela giurisdizionale. La circolazione degli effetti del provvedimento amministrativo straniero fra diritto europeo e protezione degli interessi del terzo*, 2008.
45. Delfina Boni, *Accordi OMC norme comunitarie e tutela giurisdizionale*, 2008.
46. Roberto Cornelli, *Paura e ordine nella modernità*, 2008.
47. Edoardo Dieni, *Diritto & religione vs. «nuovi» paradigmi. Sondaggi per una teoria postclassica del diritto ecclesiastico civile*, a cura di Alessandro Albisetti, Giuseppe Casuscelli, Natascia Marchei, 2008.
48. Maria Cristina Vanz, *La circolazione della prova nei processi civili*, 2008.
49. *Atti del V incontro di studio tra giovani cultori delle materie internazionalistiche*, a cura di Irini Papanicolopulu, 2008.
50. *La sécurité collective entre légalité et défis à la légalité, sous la direction de Maurizio Arcari et Louis Balmond*, 2008.
51. *Saggi in ricordo di Aristide Tanzi*, 2009.
52. Elena Marinucci, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, 2009.
53. Sabrina Urbinati, *Les mécanismes de contrôle et de suivi des conventions internationales de protection de l'environnement*, 2009.
54. Alessandro Albisetti, *Tra diritto ecclesiastico e canonico*, 2009.
55. *Il diritto di fronte all'infamia nel diritto. A 70 anni dalle leggi razziali*, a cura di Loredana Garlati e Tiziana Vettor, 2009.
56. *La giustizia contrattuale. Itinerari della giurisprudenza italiana tra Otto e Novecento*, a cura di Giovanni Chiodi, 2009.
57. Tomaso Greco, *Le violenze psicologiche nel mondo del lavoro. Un'analisi sociologico-giuridica del fenomeno mobbing*, 2009.

58. *Le ragioni dell'uguaglianza*. Atti del VI Convegno della Facoltà di Giurisprudenza - Università degli Studi di Milano-Bicocca, 15-16 maggio 2008, a cura di Marta Cartabia e Tiziana Vettor, 2009.
59. *I diritti umani di fronte al giudice internazionale*. Atti della giornata di studio in memoria di Carlo Russo, a cura di Tullio Scovazzi, Irini Papanicopolulu e Sabrina Urbinati, 2009.
60. Giovanni Iorio, *Le trasformazioni eterogenee e le fondazioni*, 2010.
61. Lorena Forni, *La laicità nel pensiero dei giuristi italiani: tra tradizione e innovazione*, 2010.
62. *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del Codice Rocco nella cultura processual-penalistica italiana*, a cura di Loredana Garlati, 2010.
63. Guido Camarda, Salvatore Corrieri, Tullio Scovazzi, *La formazione del diritto marittimo nella prospettiva storica*, 2010.
64. Matteo Fornari, *Il regime giuridico degli stretti utilizzati per la navigazione internazionale*, 2010.
65. Oliviero Mazza, *Il garantismo al tempo del giusto processo*, 2011.
66. *La condizione giuridica di Rom e Sinti in Italia*, 2 Tomi. Atti del Convegno internazionale - Università degli Studi di Milano-Bicocca, 16-18 giugno 2010, a cura di Paolo Bonetti, Alessandro Simoni e Tommaso Vitale, 2011.
67. Aldo Cenderelli, *Scritti romanistici*, a cura di Chiara Buzzacchi, 2011.
68. *Questions de droit international autour de l'Avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur le Kosovo*. International Law Issues Arising from the International Court of Justice Advisory Opinion on Kosovo, sous la direction de/edited by Maurizio Arcari et Louis Balmond, 2011.
69. Andrea Massironi, *Nell'officina dell'interprete. La qualificazione del contratto nel diritto comune (secoli XIV-XVI)*, 2012.
70. *La responsabilità sociale d'impresa in tema di diritti umani e protezione dell'ambiente. Il caso dell'India*, a cura di Maria-rosa Cutillo, Rebecca Faugno e Tullio Scovazzi, 2012.
71. *Il patrimonio culturale intangibile nelle sue diverse dimensioni*, a cura di Tullio Scovazzi, Benedetta Ubertazzi e Lauso Zagato, 2012.
72. Alfredo Marra, *Il termine di decadenza nel processo amministrativo*, 2012.
73. *Diritto internazionale e bombardamenti aerei*, a cura di Massimo Annati e Tullio Scovazzi, 2012.
74. *La fabbrica delle interpretazioni*, a cura di Barbara Biscotti, Patrizia Borsellino, Valerio Pocar e Domenico Pulitanò, 2012.
75. Carmela Leone, *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, 2012.
76. Valentina Piccinini, *I debiti di valore*, 2012.
77. Carlo Ruga Riva, *Diritto penale, regioni e territorio. Tecniche, funzione e limiti*, 2012.
78. Paolo Rondini, *Ex sententia animi tui. La prova legale negativa nell'età della codificazione*, 2012.
79. Giovanni Iorio, *Ritardo nell'adempimento e risoluzione del contratto*, 2012.
80. Mariagrazia Rizzi, *Imperator cognoscens decrevit. Profili e contenuti dell'attività giudiziaria imperiale in età classica*, 2012.
81. Giandomenico Dodaro, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, 2012.
82. *Friedrich Carl von Savigny. Le questioni di principio concernenti un nuovo regolamento del processo penale*, edizione e traduzione italiana a cura di Paolo Rondini, 2012.
83. *Processo e informazione*, a cura di Loredana Garlati e Giulio Enea Vigevani, 2012.
84. Diletta Tega, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, 2012.
85. Alessandra Donati, *Law and art: diritto civile e arte contemporanea*, 2012.
86. Diana Cerini, *Sovraindebitamento e consumer bankruptcy: tra punizione e perdono*, 2012.
87. Federico Furlan, *Presidente della Repubblica e politiche di sicurezza internazionale tra diarchia e garanzia*, edizione emendata, 2013.

88. Alessandra Daccò, «Diritti particolari» e recesso dalla s.r.l., 2013.
89. *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, a cura di Giovanni Chiodi e Domenico Pulitanò, 2013.
90. Alessandro Squazzoni, *Declinatoria di giurisdizione ed effetto conservativo del termine*, 2013.
91. Guido Acquaviva, *La repressione dei crimini di guerra nel diritto internazionale e nel diritto italiano*, 2014.
92. Michele Saporiti, *La coscienza disubbidiente. Ragioni, tutele e limiti dell'obiezione di coscienza*, 2014.
93. Ilario Alvino, *Il lavoro nelle reti di imprese: profili giuridici*, 2014.
94. *Il lavoro nei trasporti. Profili giuridici*, a cura di Marco Cottone, 2014.
95. *La responsabilità sociale d'impresa in tema di diritti umani e protezione dell'ambiente: il caso del Perù*, a cura di Mariarosa Cutillo, Fabián Novak e Tullio Scovazzi, 2014.
96. *La restituzione dei beni culturali rimossi con particolare riguardo alla pratica italiana*, a cura di Tullio Scovazzi, 2014.
102. Nicola Ferri, *Conflicts over the conservation of marine living resources: third states, governance, fragmentation and other recurring issues in international law*, 2015.
103. Elena Depetris, *La responsabilità civile delle agenzie di rating del credito nella disciplina italiana ed europea*, 2015.
104. *Cibo e acqua. Sfide per il diritto contemporaneo. Verso e oltre Expo 2015*, a cura di Barbara Biscotti e Elisabetta Lamarque, 2015.
105. *Dialogando con Beccaria. Le stagioni del processo penale italiano*, a cura di Giovanni Chiodi e Loredana Garlati, 2015.
106. Federico Ferraris, «Rationing Justice». *La selezione dei ricorsi nelle Corti supreme di Stati Uniti e Italia*, 2015.
107. *L'avvocato nella società contemporanea*, a cura di Diana Cerini e Franco Scarpelli, 2015.
108. Norberto Bobbio: *rigore intellettuale e impegno civile*, a cura di Michele Saporiti, 2016.
109. *Princeps legibus solutus*, a cura di Alberto Maffi, 2016.
110. Lorena Forni, *La sfida della giustizia in sanità. Salute, equità, risorse*, 2016.

Per i tipi Giappichelli

- 96^{bis}. *L'eredità di Uberto Scarpelli*, a cura di Patrizia Borsellino, Silvia Salardi, Michele Saporiti, 2014.
97. Silvia Salardi, *Discriminazioni, linguaggio e diritto. Profili teorico-giuridici. Dall'immigrazione agli sviluppi della tecno-scienza: uno sguardo al diritto e al suo ruolo nella società moderna*, 2015.
98. Simone Varva, *Il licenziamento economico. Pretese del legislatore e tecnica del giudizio*, 2015.
99. Lorenzo Natali, *Green criminology. Prospettive emergenti sui crimini ambientali*, 2015.
100. *Diritto e processo: rapporti e interferenze*, a cura di Filippo Danovi, 2015.
101. *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di Elisabetta Lamarque, 2015.
111. *L'immigrazione irregolare via mare nella giurisprudenza italiana e nell'esperienza europea*, a cura di Amedeo Antonucci, Irini Papanicolopulu, Tullio Scovazzi, 2016.
112. Serena Crespi, *La mobilità delle società nell'Unione europea*, 2016.
113. *La Scozia nella costituzione britannica. Storia, idee, devolution in una prospettiva comparata*, a cura di Claudio Martinelli, 2016.
114. Stefano Pellegatta, *Unità e pluralità nella obbligazione solidale passiva*, 2016.
115. *L'uso della lingua negli atti e nella comunicazione dei poteri pubblici italiani*, a cura di Paolo Bonetti, 2016.
116. Nicola Canzian, *La reviviscenza delle norme nella crisi della certezza del diritto*, 2017.
117. Massimiliano Dova, *Pena prescrittiva e condotta reintegratoria*, 2017.
118. Paolo Zicchittu, *Le "zone franche" del potere legislativo*, 2017.
119. *La legge sugli ecoreati due anni dopo. Un dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, a cura di Carlo Ruga Riva, 2017.

120. Alfredo Marra, *L'amministrazione imparziale*, 2018.
121. *Sicurezza e libertà in tempi di terrorismo globale*, a cura di Lorena Forni e Tiziana Vettor, 2017.
122. Martino Zulberti, *Le impugnazioni delle decisioni equitative*, 2018.
123. Antonio Angelucci, *Dietro la circoscrizione. La sfida della cittadinanza e lo spazio di libertà religiosa in Europa*, 2018.
124. Giulio Enea Vigevani, *I media di servizio pubblico nell'età della rete. Verso un nuovo fondamento costituzionale, tra autonomia e pluralismo*, 2018.
125. Bruno Inzitari, *Banca, crisi e responsabilità. Scritti scelti dal 1973 al 2016*, 2018.
126. Simone Gianello, *Funzioni e responsabilità del Capo dello Stato nelle giurisprudenze costituzionali*, 2018.
127. Alberto Villa, *Overruling processuale e tutela delle parti*, 2018.
128. Michele Saporiti, *Dialettiche sovrane. Uno studio sul rapporto tra sovranità e religioni*, 2019.
129. *Kállistos Nòmos. Scritti in onore di Alberto Maffi*, a cura di Barbara Biscotti, 2018.
130. Monica Delsignore, *L'amministrazione ricorrente. Considerazioni in tema di legittimazione nel giudizio amministrativo*, 2020.
131. *Political and legal aspect of Italian colonialism in Somalia*, edited by Elena Carpanelli and Tullio Scovazzi, 2020.
132. *Smart mobility, smart cars e intelligenza artificiale: responsabilità e prospettive*, a cura di Diana Cerini e Andrea Pisani Tedesco, 2019.
133. Palmina Tanzarella, *Discriminare parlando. Il pluralismo democratico messo alla prova dai discorsi d'odio razziale*, 2020.
134. *Città, cittadini, conflitti. Il diritto alla prova della dimensione urbana*, a cura di Barbara Biscotti, Roberto Cornelli, Paolo Rondini, Carlo Ruga Riva, Alessandro Squazzoni, 2020.
135. Ilaria Tani, *Le baie storiche. Un'anomalia nel rapporto tra terra e mare*, 2020.
136. *Il diritto delle università nella giurisprudenza a dieci anni dalla legge n. 240/2010*, a cura di Alfredo Marra, 2020.
137. *Scritti in onore di Patrizia Borsellino*, a cura di Lorena Forni, Silvia Salardi e Michele Saporiti, 2021.
138. Natascia Marchei, *Il giudice civile e la nullità del matrimonio canonico trascritto*, 2021.
139. *Lo statuto dei partiti politici tra diritto pubblico e diritto privato*, a cura di Giovanni Iorio e Paolo Zicchittu, 2021.
140. Federico Furlan, *Il Presidente della Regione 2.0 (tra Costituzione, fonti regionali e prassi)*, 2021.
141. *Università e anticorruzione*, a cura di Alfredo Marra e Margherita Ramajoli, 2022.
142. Andrea Pisani Tedesco, *Il problema della responsabilità civile compensativa. Studio per un rimedio risarcitorio effettivo*, 2022.
143. Francesco Tesauro, *Scritti scelti di diritto tributario. Vol. I. Principi e regole. Vol. II. Il processo*, a cura di Franco Fichera, Maria Cecilia Fregni, Nicola Sartori, 2022.
144. Luca Galli, *La coprogrammazione e la progettazione dei servizi di integrazione dei migranti. Paradigmi di coinvolgimento della società civile nei percorsi di inclusione sociale*, 2022.
145. Alessandro Semprini, *I rapporti fiduciari con funzione successoria. Contributo allo studio dei negozi con efficacia post mortem*, 2022.
146. *Riflessioni sulla giustizia penale. Studi in onore di Domenico Pulitanò*, 2022.
147. Silvia Salardi, *Intelligenza artificiale e semantica del cambiamento: una lettura critica*, 2023.
148. Claudio Martinelli, *La Brexit e la Costituzione britannica. Come e perché il Regno Unito è uscito dall'Unione Europea*, 2023.
149. Alberto Villa, *La graduazione delle questioni di merito. Ammissibilità e profili dinamici*, 2023.
150. Luca Belviso, *Golden power. Profili di diritto amministrativo*, 2023.
151. *Come cambia l'Università italiana*, a cura di Alfredo Marra e Margherita Ramajoli, 2023.

152. Andrea Pisani Tedesco, *Strumenti privatistici per la sostenibilità ambientale e sociale*, 2024.

153. *Diritto e società plurale: questioni aperte*, a cura di Natascia Marchei e Stefania Ninatti, 2024.