

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SALERNO

DIPARTIMENTO DI SCIENZE POLITICHE, SOCIALI E DELLA COMUNICAZIONE



CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA

in

SCIENZE DEL LINGUAGGIO, DELLA SOCIETÀ, DELLA POLITICA E
DELL'EDUCAZIONE (XXXIII° ciclo)

CURRICULUM

in

SOCIOLOGIA E TEORIA E STORIA DELLE ISTITUZIONI

TESI DI DOTTORATO

Le opinioni dissenzienti della Corte di Strasburgo e la tutela della libertà religiosa: un
capovolgimento di prospettiva

TUTOR:

Ch.mo Prof.
Gianfranco Macrì

CANDIDATA:

Milena Durante
Matricola: 8801400070

COORDINATORE DOTTORATO:

Ch.mo Prof.
Filippo Fimiani

ANNO ACCADEMICO 2019-2020

INDICE

Introduzione

Capitolo Primo

Il Consiglio d'Europa e la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU): profili istituzionali

1.	La protezione internazionale dei diritti fondamentali dell'uomo	pag. 12
1.1.	La "ramificazione" regionale della tutela dei diritti fondamentali tra Unione europea e Consiglio d'Europa	pag. 14
2.	Il Consiglio d'Europa: profili storici e istituzionali	pag. 19
2.1.	L'organizzazione interna del Consiglio d'Europa	pag. 21
3.	La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ⁴ (CEDU): profili storici e istituzionali	pag. 23
4.	L'organo di produzione giuridica del sistema CEDU: la Corte di Strasburgo nella sua configurazione originaria	pag. 26
4.1.	Le ragioni della riforma e la nuova fisionomia del meccanismo di garanzia collettiva dei diritti dell'uomo.	pag. 31
4.2.	La tutela sussidiaria della Corte di Strasburgo	pag. 36
4.3.	Il duplice diritto di azione sovranazionale: i ricorsi interstatali e ricorsi individuali.	pag. 37
4.4.	L'interpretazione della Convenzione	pag. 39
4.5.	La struttura e gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo negli ordinamenti degli Stati membri	pag. 42
4.6.	Le competenze <i>ratione materiae</i> , <i>ratione temporis</i> , <i>ratione loci</i> , <i>ratione personae</i> della Corte di Strasburgo	pag. 52
4.7.	La Corte di Strasburgo dopo l'allargamento ad est	pag. 54
4.8.	La dottrina del margine di apprezzamento	pag. 57
4.9.	La disciplina della nomina dei giudici e la dimensione della "indipendenza"	pag. 64

Capitolo secondo

La libertà religiosa nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo

1.	La genesi dell'articolo che tutela la libertà religiosa nel dibattito interno alla CEDU	pag. 72
2.	La duplice dimensione dell'art. 9 CEDU	pag. 78
2.1.	Le limitazioni alla libertà religiosa previste dall'art. 9 CEDU	pag. 80
2.2.	La definizione del concetto di religione nella Convenzione Europea	pag. 82
3.	Lo sviluppo della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di libertà religiosa	pag. 84
3.1.	Il caso <i>Kokkinakis v. Grecia</i> : la prima sentenza accertativa di violazione dell'articolo 9	pag. 88
3.2.	La giurisprudenza di Strasburgo e alcune manifestazioni del sentimento religioso: la dimensione individuale e collettiva	pag. 91
3.3.	La manifestazione religiosa nel particolare contesto lavorativo	pag. 93
3.4.	La manifestazione religiosa nell'ambito dell'insegnamento pubblico	pag. 99
3.5.	La materia dell'abbigliamento connotato in senso religioso	pag. 100

3.6. La connotazione religiosa nelle obiezioni di coscienza	pag. 109
4. I principi di laicità, neutralità e pluralismo nella giurisprudenza di Strasburgo	pag. 110
5. La dottrina del margine di apprezzamento e del consenso nel contesto della libertà religiosa.	pag. 113
6. Sintetizzando: una analisi qualitativa e quantitativa sulla giurisprudenza CEDU ex art. 9	pag. 114

Capitolo terzo

La Corte europea dei diritti dell'uomo e le opinioni dissenzienti

1. Introduzione al tema	pag. 119
2. Ragioni di opportunità e inopportunità dell'introduzione dell'opinione dissenziente	pag. 124
2.1. Segue: l'impatto del dissenso sull'indipendenza giudiziaria e la trasparenza del processo decisionale	pag. 126
2.2. Segue: l'impatto del dissenso sui mutamenti giurisprudenziali e sulla legittimità democratica delle Corti	pag. 131
3. Brevi cenni storici sulle origini delle opinioni dissenzienti: il caso dell'esperienza della Corte Suprema degli Stati Uniti (aspetti generali)	pag. 137
3.1. L'opinione dissenziente nei sistemi giuridici di <i>common law</i> : considerazioni di carattere generale	pag. 141
3.2. L'opinione dissenziente nei sistemi giuridici di <i>civil law</i> : considerazioni di carattere generale	pag. 142
4. Le origini delle opinioni dissenzienti nel sistema giudiziario internazionale: il ruolo dei tribunali internazionali	pag. 146
5. Le opinioni dissenzienti nel sistema della CEDU: inquadramento normativo	pag. 150
5.1. I giudici dissenzienti	pag. 153
5.2. Le opinioni dissenzienti e l' <i>auctoritas</i> delle decisioni	pag. 157
6. Valenza delle opinioni dissenzienti (e concorrenti) nella Corte di Strasburgo	pag. 158
7. Considerazioni conclusive	pag. 162

Capitolo Quarto

La rilevanza del dissenso nelle decisioni della Corte di Strasburgo sulla libertà religiosa

1. I casi in esame: dal caso Kokkinakis vs. Grecia al caso Neagu vs. Romania (1993-2020)	pag. 164
2. Le libertà negative: Il diritto di non praticare o non rivelare il proprio credo	pag. 166
2.1. Le libertà negative: l'obiezione di coscienza al servizio militare	pag. 172
2.2. Le libertà positive: la questione del proselitismo	pag. 179
2.3. Le Libertà positive: A) l'abbigliamento e simboli religiosi nel contesto scolastico	pag. 185
B) L'abbigliamento e i simboli religiosi nello spazio pubblico	
C) L'abbigliamento e i simboli religiosi nel (generale) contesto istituzionale pubblico: gli operatori pubblici	
Cbis) L'abbigliamento e i simboli religiosi nel (generale) contesto istituzionale pubblico: gli utenti	
2.4. Libertà positive: la libertà dei genitori di provvedere all'educazione dei figli secondo le loro convinzioni religiose e filosofiche	pag. 211
2.5. Libertà positive: aperture e utilizzo dei luoghi di culto	pag. 217
2.6. Libertà positive: la libertà religiosa in materia di immigrazione e le questioni di salute fisica e psichica	pag. 223

2.7. Le Libertà positive: l'osservanza di precetti alimentari	pag. 227
3. Obblighi negativi e positivi dello Stato	pag. 229
3.1. Obblighi negativi: principio di autonomia e conflitti fra membri nelle organizzazioni religiose	pag. 230
3.2. Obblighi negativi: il riconoscimento, la registrazione e lo scioglimento delle organizzazioni religiose	pag. 238
3.3. Obblighi positivi: libertà religiosa delle parti di un processo e dei detenuti	pag. 243
4. Sintesi dei risultati	pag. 247

Introduzione

Negli ultimi decenni la religione, nelle sue diverse manifestazioni, ha vissuto un processo di evoluzione che prelude a un suo nuovo protagonismo sulla scena globale.

Se fino a qualche tempo fa l'idea prevalente, nel più ampio contesto del fenomeno della globalizzazione, ci proiettava immediatamente nel campo della secolarizzazione, ovvero verso un certo declino della religione all'interno della scena pubblica, oggi tali previsioni di declino del religioso si rivelano fallaci. Con i processi di modernizzazione, cioè, si è assistito ad un inasprimento identitario delle posizioni religiose e ad un generalizzato ritorno della fede nello spazio sociale, che influenza e viene influenzato dalle evoluzioni della società. Il fattore religioso, dunque, non solo non è stato espulso dalla sfera sociale, ma anzi riemerge prepotentemente, declinando le sue differenti dottrine tradizionali in forme più aggiornate che meglio aderiscono al presente.

In una società così delineata, insomma, lo Stato non può più farsi "portavoce" di singole convinzioni religiose, ma deve assumersi l'arduo compito di creare spazi di deliberazione democratica in cui tutti i "particolarismi", religiosi e non, possano agevolmente confrontarsi.

La caduta del muro di Berlino, nel novembre del 1989, può essere convenzionalmente assunta come punto di partenza per comprendere questa "nuova centralità" che la dimensione religiosa è venuta assumendo all'interno dello scenario geopolitico e multiculturale attuale. Tale evento, infatti, insieme al disfacimento dei regimi comunisti, ha scatenato una corsa a una ricerca di senso e di identità religiosa, nonché l'ascesa di movimenti nazionalisti che si appropriano dei simboli e delle narrazioni religiose per avvalorare le loro tesi identitarie.

Questa nuova centralità della questione religiosa, ovviamente, investe la dimensione giuridica nella sua complessità, anche interordinamentale. Infatti, lo sviluppo di un ambiente europeo sempre più multiculturale e religiosamente meno omogeneo ha reso frequenti le situazioni in cui si

manifestano tensioni tra le dinamiche della vita quotidiana e le necessità religiose, in particolare dei gruppi minoritari; tensioni che sfociano nella richiesta di una maggiore tutela delle istanze religiose di tutti. Queste domande non trovano risposta solo da parte delle autorità nazionali, ma anzi vedono sempre più frequentemente l'intervento di organi internazionali deputati alla protezione dei diritti e libertà delle persone.

Non a caso la tutela dei diritti fondamentali è divenuta una sfida per il costituzionalismo europeo, che si contraddistingue per il suo approccio "multilivello" orientato a mettere in luce la sovrapposizione di diversi regimi delle libertà in Europa, e a valorizzarne la pluralità di fonti di riconoscimento e di estensione dei relativi ambiti di tutela, grazie, appunto, alla creatività dei differenti organi giurisdizionali che ne prendono parte (Corti costituzionali, Corte di Strasburgo e Corte del Lussemburgo). Quello "multilivello", è un approccio del quale difficilmente oggi può farsi a meno, considerato il contesto storico-istituzionale dominato non più da un'identità nazionale monolitica ma da una proteiforme di cui il cittadino europeo è portatore, derivante dalla pluralità di ordinamenti cui contemporaneamente appartiene. Ed è in questo contesto che le due Corti sovranazionali di riferimento, quella di Strasburgo e quella del Lussemburgo, geneticamente differenti e poste a presidio di due ordinamenti formalmente distinti ma accomunati in parte da una corrispondente sfera soggettiva (i 27 Stati membri dell'Unione sono al contempo membri della CEDU, che ne conta invece 47), hanno intrapreso un produttivo rapporto dialogico (se pure con qualche battuta d'arresto) in materia di tutela delle libertà fondamentali.

Parte da qui questo lavoro di ricerca, che nel suo primo capitolo ripercorre le tappe principali della costruzione del sistema di tutela ideato dal Consiglio d'Europa, per poi descrivere nello specifico l'organizzazione e il funzionamento del suo organo di produzione giuridica, la Corte di Strasburgo, appunto, avente lo scopo di garantire la rimozione dei più vari e complessi attentati contro i diritti fondamentali e la produzione di soluzioni giudiziarie dirette agli Stati membri al fine di consentire ai singoli cittadini e ai gruppi ampi margini di tutela.

È indubbio che sia la Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, in altre parole il Bill of Rights del sistema CEDU, a rappresentare in questo apparato multilivello il punto di partenza per la creazione di uno spazio politico ampio, funzionale al contenimento di nuove istanze nazionalistiche e alla determinazione giuridico-normativa di principi in grado di assicurare i diritti e le libertà. Infatti, il "sistema CEDU" si presta sia a preservare le varie identità culturali dei numerosi ordinamenti che ne fanno parte, sia a garantire uno standard minimo di tutela delle libertà che tutti gli Stati membri sono tenuti a osservare. Il valore di "minimo comune denominatore" che svolge la Convenzione rispetto alle costituzioni nazionali, la natura sussidiaria dei rimedi giurisdizionali davanti alla Corte di Strasburgo rispetto a quelli interni e soprattutto la c.d. "dottrina del margine di apprezzamento", hanno consentito al sistema CEDU di destreggiarsi (non senza difficoltà) nella ricerca di un equilibrio soddisfacente a cavallo tra universalità e pluralismo (o particolarismo) dei diritti fondamentali. Le stesse pronunce della Corte di Strasburgo, se da una parte hanno favorito (tra alti e bassi) la progressiva strutturazione di un sistema giuridico di matrice giurisprudenziale in grado di individuare livelli minimi di tutela cui gli Stati sono obbligati a uniformarsi, dall'altra, però, le maglie della *policy* europea dei diritti fondamentali sono ancora oggi troppo ampie stante l'assenza di un esplicito "progetto europeo" in materia di libertà religiosa.

Nel secondo capitolo, invece, quanto alle disposizioni convenzionali, l'oggetto della ricerca, ovvero la libertà di religione, non poteva che essere studiato muovendo dall'art. 9 della Convenzione e, pertanto, dalle pronunce relative ai ricorsi nei quali si lamentava una violazione di tale articolo. Questo non significa però che nel quadro convenzionale l'art. 9 sia il solo rilevante per la protezione di tali libertà, né l'unico di interesse prettamente ecclesiasticistico. Nella realtà dell'esperienza giuridica, infatti, la libertà religiosa s'intreccia con altre libertà (di associazione, di manifestazione del pensiero, di riunione ecc.); pertanto, altre disposizioni poste a tutela di posizioni giuridiche soggettive, considerate isolatamente o in combinato

disposto con l'art. 9 CEDU, possono concorrere al medesimo fine. Così, per esempio, gli artt. 8 e 10 della CEDU o l'art. 2 del Protocollo addizionale n.1, ovvero articoli che coprono una sfera di garanzia specifica, talvolta parallela e talaltra inclusiva rispetto a (o compresa in) quella dell'art. 9.

Sempre nel secondo capitolo poi, si tenterà anche di dimostrare come, proprio in virtù del citato sistema costituzionale multilivello, l'Europa, sia a livello normativo sia giurisprudenziale, in materia di libertà religiosa, ha assunto un costante moto oscillatorio fra la necessità di instaurare una tutela incrementale dei diritti fondamentali delle persone e quella di rispettare le differenti tradizioni costituzionali dei singoli Stati. Si analizzeranno infatti, a grandi linee, le pronunce non adottate all'unanimità della Corte di Strasburgo in materia, prendendo in considerazione quelle più rilevanti e note, al fine di individuare gli orientamenti seguiti nella giurisprudenza della libertà religiosa dal 1993 sino a oggi.

Se, infatti, fino alla fine degli anni '80 nella materia inerente al contenzioso religioso la Corte di Strasburgo aveva spesso assunto un atteggiamento di *self-restraint*, è solo nel 1993 che ha emesso la prima sentenza accertativa della violazione dell'art. 9 CEDU, condannando la Grecia a risarcire i danni causati da un'applicazione restrittiva del principio fondamentale di pluralismo culturale e religioso sancito nella Convenzione. Si tratta del noto caso *Kokkinakis c. Grecia* che offre ai giudici di Strasburgo la possibilità di iniziare a fornire anche ai nuovi membri del Consiglio d'Europa, linee-guida cui attenersi nel cammino verso una garanzia sempre più ampia della libertà religiosa, specie in materia di proselitismo religioso.

Da questo caso in avanti il tema della violazione della libertà religiosa assumerà sfaccettature sempre più diverse, stante l'ingresso di nuovi Paesi nel Consiglio d'Europa. E su queste basi i giudici di Strasburgo saranno chiamati a valutare con maggiore attenzione il peso politico delle Chiese all'interno di molti Paesi. Con l'avvento degli anni '90, insomma, la Corte EDU mostra un inedito "attivismo giudiziario", rendendo una mole di pronunciamenti che consente di esaminare un campione giurisprudenziale molto ampio, da cui è stato possibile individuare orientamenti sempre più

originali. Da qui l'ulteriore utilità di analisi delle pronunce rese dalla Corte di Strasburgo per misurare il livello di "tensione democratica" nei singoli Stati membri, specie laddove si riscontrano difficoltà per la scrittura di un modello razionale dei diritti fondamentali allineato allo standard europeo.

L'insieme di queste considerazioni ha convinto dell'opportunità di svolgere un'analisi delle pronunce emesse dagli organi di Strasburgo in questa materia. Per quanto riguarda, poi, il lavoro di raccolta e analisi del materiale giurisprudenziale, è opportuno fare due precisazioni concernenti, l'una, la tipologia dei provvedimenti esaminati, l'altra le disposizioni convenzionali interessate. Sotto il primo profilo si è scelto di porre l'attenzione sulle sole sentenze ex art. 9 CEDU che presentano in allegato delle opinioni dissenzienti rilevanti, al fine di individuare una tendenza che possa considerarsi "parallela" a quella che si desume dagli orientamenti delle sentenze accolte a maggioranza e, che sia utile a determinare un andamento più omogeneo in materia, così da consentire agli Stati membri di rimuovere tutte quelle resistenze (politiche e) giuridiche che spesso impediscono un incremento delle tutele garantite dal combinato disposto dell'art. 9 CEDU con le norme costituzionali interne. Ai fini di questo lavoro, cioè, si rivela di particolare utilità la *dissenting opinion*, quello strumento finalizzato a formalizzare e a rendere pubblica la posizione di chi, all'interno di un organo giurisdizionale di natura collegiale (com'è la Corte di Strasburgo), intende esprimere la propria contrarietà rispetto alla posizione della maggioranza, finanche a favorirne l'eventuale superamento (*overruling*). Sarà questo l'argomento intorno al quale si svilupperà, infatti, il terzo capitolo di questa ricerca, nel quale, oltre ad analizzare i pro e i contro dell'impiego di un tale strumento all'interno di un sistema giurisdizionale, si ripercorreranno sinteticamente le tappe delle sue origini sia nei sistemi di *common law* che di *civil law* e si cercherà di misurare il valore assunto da questo dissenso nel peculiare spazio di manovra della Corte di Strasburgo.

E, visto che dagli studi condotti sulla giurisprudenza della Corte di Strasburgo si è manifestato un alto livello di approvazione nei confronti dell'utilizzo delle opinioni dissenzienti, sarà questo il tema intorno al quale si

svilupperà l'ultimo capitolo, nel quale si cercherà di porre l'attenzione, in particolare, sugli orientamenti giurisprudenziali ricavabili dalle opinioni minoritarie prodotte in materia di libertà religiosa ex art. 9 CEDU.

L'obiettivo, perciò, sarà quello di analizzare il ruolo della Corte di Strasburgo riguardo alla promozione e tutela della libertà di religione nello spazio europeo alla luce del modello politico instaurato dal Consiglio d'Europa.

Si tratta di un'analisi certamente non sconosciuta in dottrina, alla quale si è pensato di introdurre un elemento di novità rispetto all'approccio tradizionale seguito sino ad ora. Si opererà dunque un capovolgimento di prospettiva in base al quale l'analisi sul grado di tutela e sugli andamenti seguiti in materia di libertà ex art. 9 CEDU, sarà condotta non solo sulla base della tradizionale osservazione delle evoluzioni degli orientamenti giurisprudenziali di maggioranza, ma su quella degli indirizzi di quei giudici che si sono espressi contro la sentenza del collegio.

Capitolo Primo

Il Consiglio d'Europa e la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU): profili istituzionali

1. La protezione internazionale dei diritti fondamentali dell'uomo

La moderna dottrina dei diritti dell'uomo si è affermata sulla scena internazionale a partire dal 1945, nel periodo successivo al secondo conflitto mondiale¹.

Il primo reale impulso dato alla protezione internazionale dei diritti dell'uomo venne dall'Assemblea generale dell'ONU, che il 10 dicembre 1948 adottò all'unanimità la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo. Il merito principale di tale solenne raccomandazione, fu quello di veicolare per la prima volta «*un concetto unitario e universalmente riconosciuto dei valori che dovevano essere difesi da tutti gli Stati nei loro ordinamenti interni*», creando così una prima breccia nel velo che fino ad allora aveva protetto la sovranità degli Stati da qualunque tipo di interferenza esterna.

La prima ramificazione regionale della tutela internazionale dei diritti, si è avuta con la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) promossa dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa e approvata a Roma il 4 novembre 1950.

Di fatti, nella dimensione politica e giuridica europea, dopo la tragedia della seconda guerra mondiale, gli Stati decisero di convergere su un modello di coesione destinato ad assicurare, da un lato lo sviluppo economico e il progresso sociale, attraverso la messa in comune delle risorse economiche, dall'altro a garantire a tutte le persone la più ampia protezione delle proprie libertà, grazie, per l'appunto, alla Convenzione Europea, che rappresenta il punto di partenza per la creazione di uno spazio politico ampio, funzionale al contenimento di nuove istanze nazionalistiche e alla determinazione giuridico-normativa di principi in grado di assicurare i diritti e le libertà².

In quel periodo storico, insomma, muoveva i primi passi l'idea di una tutela sovranazionale dei diritti dell'uomo, fondata sul presupposto che al di là degli orizzonti

¹ Sulla storia e la nozione dei diritti dell'uomo si rinvia, fra i tanti, a: BOBBIO N., *L'età dei diritti*, Torino 1990; CARDIA C., *Genesi dei diritti umani*, Torino 2003; CASSESE A., *I diritti umani oggi*, Roma-Bari 2005; SILVESTRI G., *Verso uno "ius commune" europeo dei diritti fondamentali*, in *Quaderni costituzionali*, vol. 26 n.1, 2006, pp. 7-24; CONFORTI B., *Specificità della materia dei diritti umani e diritto internazionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n.1, 2007, pp. 13-28; CARTABIA M., *L'universalità dei diritti umani nell'età dei "nuovi diritti"*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, pp. 537 ss.; FLORES M., *Storia dei diritti umani*, Bologna 2008; ALEXY R., *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna 2012; FERRONE V., *Storia dei diritti dell'uomo. L'illuminismo e la costituzione del linguaggio politico dei moderni*, Roma-Bari 2014; FERRAJOLI L., *La democrazia attraverso i diritti*, Roma-Bari 2013; RINELLA A., *Diritti e libertà fondamentali*, in MORBIDELLI G., PEGORARO L., RINELLA A., VOLPI M., *Diritto pubblico comparato*, Quinta edizione, Torino 2016, pp. 305- 356.

² ZAGREBELSKY V., CHENAL R., TOMASI L., *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna 2019, pp. 35 ss.

della sovranità statale si dovessero creare e condividere nuovi spazi nei quali far operare la responsabilità dei soggetti di diritto internazionale, così da fornire risposte concrete sia alla nuova sensibilità sviluppatasi nei confronti della tutela della dignità umana, sia nei riguardi del rinnovato quadro geopolitico globale che ha inevitabilmente spostato gli equilibri politici e sociali precedenti³.

Questo processo ha inizio nel 1949 con la firma del Trattato di Londra da parte di dieci Paesi europei (Belgio, Danimarca, Francia, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Olanda, Norvegia, Svezia, Regno Unito), con il quale s'istituì il Consiglio d'Europa, un'organizzazione internazionale sorta con il fine di attuare un'unione più stretta tra i suoi membri, già animati da ideali e principi comuni, soprattutto attraverso la tutela e la promozione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. E, con la stipula della Convenzione di Roma del 1950, si rende ancora più evidente il carattere primario e fondante che la garanzia dei diritti assume nel contesto di questa nuova organizzazione, differenziandola in maniera efficace da ogni altra esperienza precedente.

Il carattere di originalità di questo nuovo sistema ordinamentale è ravvisabile non solo nelle posizioni giuridiche protette, ma anche e soprattutto nelle modalità di tutela. Se, infatti all'inizio il catalogo dei diritti e delle libertà enunciati nella Convenzione non si differenziava molto da quello contenuto nella Dichiarazione universale del 1948, la cifra di rottura con il passato la si ritrova soprattutto nell'istituzione di un apparato con il compito esclusivo di garantire un rimedio effettivo contro le violazioni dei diritti perpetrate dai Paesi membri, azionabile direttamente anche da parte del singolo individuo che assuma di esserne stato vittima. Stiamo parlando della Corte di Strasburgo, di cui tratteremo diffusamente più avanti, che si affaccia sullo scenario giuridico internazionale con una certa cautela⁴. Il rischio, infatti, era quello di spingere al ritiro alcuni Stati, nonostante la generalizzata e trasversale adesione incondizionata a un progetto europeo condiviso di tutela dei diritti fondamentali, a causa della cessione di sovranità necessaria per parteciparvi. Inoltre, sebbene alcune fragilità permarranno anche in seguito, poiché si tratta pur sempre di un'istituzione operante all'interno dell'ordinamento giuridico internazionale, costituito su una rete di legami la cui tenuta è rimessa a vincoli di natura volontaristica, con il progressivo insaldarsi di tali legami assume maggiore pregnanza l'obbligo giuridico di rispettare la Convenzione e sottomettersi alla giurisdizione dei suoi organi, conformandosi alle loro decisioni⁵.

³ Per un approfondimento sugli scenari geopolitici del dopoguerra si rinvia, fra i tanti, a JUDT T., *Dopoguerra. Come è cambiata l'Europa alla fine della seconda guerra mondiale*, Roma-Bari 2015.

⁴ In questa prospettiva v. VILLANI U., *Dalla Dichiarazione universale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, II ed., Bari 2015.

⁵ BOSI D., HARVEY R., DEFILIPPI C. (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali commentate e annotate*, Napoli 2006; QUAINI P.M., RUSSO C., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, Milano 2006; ZANGHÌ C., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Torino 2002.

Oggi, guardando allo stato di salute delle democrazie occidentali e delle organizzazioni internazionali nella prospettiva dei diritti dell'uomo, si rileva un panorama piuttosto contraddittorio: se da una parte si può senz'altro affermare che i diritti fondamentali non siano mai stati così tutelati, tuttavia la distribuzione delle tutele è ancora piuttosto disomogenea. Infatti, chi rivolga lo sguardo all'interno dei confini nazionali, troverà quasi ovunque minoranze e categorie di individui discriminate, mentre chi lo rivolga all'esterno, si potrà imbattere in sistematiche violazioni dei diritti inviolabili, spesso causate, o talvolta tollerate, da quelle stesse democrazie che al proprio interno vanno predisponendo inedite modalità di tutele per i diritti fondamentali di ultima generazione.

Tutto questo cessa di stupire se accompagnato dalla constatazione che all'interno degli Stati, anche di quelli che non stanno sperimentando una deriva autoritaria, la democrazia sembra a tratti cedere terreno a vantaggio di nuovi populismi costruiti su una logica maggioritaria e di antagonismo, così come all'esterno e al di sopra degli Stati, le organizzazioni internazionali si sono dimostrate in alcuni casi inadeguate o inadempienti⁶. A tale riguardo alla concezione tradizionale che assegna allo Stato il compito di tutelare con gli strumenti e nei modi ritenuti più opportuni tutte le posizioni giuridiche imputabili a quanti fossero a qualsiasi titolo soggetti alla sua giurisdizione, si è affiancata, con l'auspicio che possa poi progressivamente sostituirvisi, l'idea che, almeno nel campo dei diritti inviolabili, la tutela dovesse svolgersi a un livello più alto, al fine di impedire che le contingenze interne del singolo Stato possano consentire violazioni dei diritti riconosciuti all'essere umano in quanto tale. Trattasi di un passaggio di non poco conto, poiché presuppone l'idea che, almeno in riferimento alla materia della tutela dei diritti umani, l'individuo cessi di essere soggetto di diritto solo nei riguardi del proprio ordinamento statale, per emergere quale centro di imputazione autonomo, le cui posizioni possono essere considerate a prescindere o addirittura in contrapposizione a quello dello Stato di appartenenza, in un contesto giuridico che fino a quel momento era sempre stato riservato ai soli soggetti dotati di personalità di diritto internazionale⁷.

1.1. La "ramificazione" regionale della tutela dei diritti fondamentali tra Unione europea e Consiglio d'Europa

La ramificazione regionale dei diritti e delle libertà fondamentali è quel fenomeno che tenta di coniugare a livello continentale (e dunque in un ambiente culturale tendenzialmente omogeneo) la vocazione universalistica dei diritti umani con le

⁶ SAULLE M.R., *Lezioni di organizzazione internazionale. Le organizzazioni internazionali e i diritti umani (volume II)*, Napoli 2003, pp. 144 ss.

⁷ TOSCANO M., *Il fattore religioso nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Itinerari giurisprudenziali*, Pisa 2018, pp. 22-31.

peculiarità proprie delle singole culture, allo scopo di determinare poi meccanismi di garanzia dei diritti in grado di operare concretamente negli ordinamenti nazionali e sovranazionali. La regionalizzazione dei diritti pertanto si genera dall'idea che dei diritti universali si può offrire un'interpretazione diversa a seconda del contesto geopolitico e culturale nel quale sono riconosciuti e tutelati.

In questo contesto, l'omogeneità culturale che caratterizza l'Europa continentale ha reso possibile un'efficace sintesi tra la dimensione universale dei diritti, da rintracciare nella Dichiarazione del 1948, e la loro dimensione regionale, grazie all'istituzione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali⁸.

In effetti, a partire dalla seconda metà del '900 la questione dei diritti fondamentali ha oltrepassato i confini nazionali, espandendo in maniera chiara la sua portata culturale, in particolare grazie alla teoria del *multilevel constitutionalism*⁹, che mira a mettere in luce la sovrapposizione di diversi regimi di protezione dei diritti fondamentali in Europa e a valorizzare la pluralità di fonti di riconoscimento di tali diritti e di estensione dei relativi ambiti di tutela, soprattutto grazie alla creatività degli organi giurisdizionali (Corti costituzionali, Corte di Strasburgo e Corte di giustizia) che in vario modo dialogano sullo scacchiere europeo¹⁰. I due testi normativi di riferimento, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (il cui acronimo è CEDU - 1950) e la Carta europea dei diritti fondamentali dell'Unione europea (o più semplicemente Carta di Nizza - 2000)¹¹, costituiscono senza dubbio la base normativa

⁸ RINELLA A., *Diritti e libertà fondamentali*, in MORBIDELLI G., PEGORARO L., RINELLA A., VOLPI M., *Diritto pubblico comparato*, op. cit., pp. 325 - 326

⁹ Sul tema si rinvia diffusamente a D'ATENA A., GROSSI P. (a cura di), *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello. Tra Europa e Stati nazionali*, Milano 2004; BILANCIA P., DE MARCO E. (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti*, Milano 2004; BULTRINI A., *La pluralità dei meccanismi di tutela dei diritti umani in Europa*, Torino 2004; D'IGNAZIO G. (a cura di), *Multilevel constitutionalism. Tra integrazione europea e riforma degli ordinamenti decentrati*, Milano 2011; CARDONE A., *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Milano 2012.

¹⁰ Circa il "dialogo" tra la Corte di Lussemburgo e la Corte di Strasburgo cfr., tra i molti, GAJA G., *Carta dei diritti fondamentali e Convenzione europea: una relazione complessa*, in DE SIERVO U. (a cura di), *La difficile costituzione europea*, Bologna 2001, p. 211 ss.; TOMASI L., *Il dialogo tra Corti di Lussemburgo e di Strasburgo in materia di tutela dei diritti fondamentali dopo il trattato di Lisbona*, in BARUFFI M.C. (a cura di), *Dalla Costituzione europea al trattato di Lisbona*, Padova 2008, pp. 149-182; DE VERGOTTINI G., *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna 2010; BIONDI F., *Quale dialogo fra le Corti?*, in *Federalismi.it*, 2 ottobre 2010, pp. 10 ss.; RUGGERI A., *"Dialogo" tra le Corti e tecniche decisorie, a tutela dei diritti fondamentali*, in *I quaderni europei*, dicembre 2013, n. 59, p. 4 ss.; COSIO R., FOGLIA R. (a cura di), *Il diritto europeo nel dialogo delle corti*, Milano 2013; ZAGREBELSKY V., *La prevista adesione dell'Unione Europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 9 n.1, 2015; RIDOLFI A., *Giurisdizione costituzionale, Corti sovranazionali e giudici comuni: considerazioni a proposito del dialogo fra le Corti*, in *RivistaAic.it*, n.3/2016, pp. 36 ss.; STRADELLA E., *I diritti fondamentali nelle Corti. Primi spunti per una definizione della "fondamentalità" dei diritti nel diritto comparato*, in *La Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 2/2016; MACRÍ G., *L'Europa fra le Corti. Diritti fondamentali e questione islamica*, Soveria Mannelli 2017.

¹¹ Sulla Carta europea dei diritti dell'uomo si rinvia diffusamente a: BIFULCO R., CARTABIA M., CELOTTO A. (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna 2001; MANZELLA A., MELOGRANI P., PACIOTTI E., RODOTÀ S., *Riscrivere i diritti in Europa. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna 2001; GIMM D., *Il significato della stesura di un catalogo europeo dei diritti fondamentali nell'ottica della critica dell'ipotesi di una Costituzione europea*, in ZAGREBELSKY G. (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Roma-Bari 2003, pp. 5-21; SCIARABBA V., *Tra fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati*

fondamentale in materia di protezione dei diritti a “livello europeo” (Unione europea e Consiglio d’Europa.)¹².

La protezione dei diritti enunciati all’interno di questi documenti poggia in particolare sull’attività pretoria svolta dalle due giurisdizioni di riferimento, in altre parole la Corte europea dei diritti dell’uomo (Sistema CEDU, con sede a Strasburgo)¹³ e la Corte di giustizia dell’Unione Europea (Sistema UE, con sede a Lussemburgo), protagonisti indiscussi nella costruzione dell’“Europa dei diritti”¹⁴.

La Corte di Lussemburgo, da un lato, ha permesso l’approvazione della Carta di Nizza, dotando l’Unione Europea di un vero e proprio *Bill of Rights* capace di bilanciare il profilo economico dell’Europa con quello dei diritti e delle libertà; dall’altro, la Corte di Strasburgo, con la sua giurisprudenza, ha negli anni raccolto i reclami di un ampio spettro di soggetti, provando ad armonizzare i vari livelli di tutela all’interno di un più ampio sistema di protezione capace di andare oltre le chiavi di lettura dei singoli Stati¹⁵.

Dalla seconda metà del secolo scorso, però, il perseguimento di una più ampia tutela dei diritti, ha reso doverosa la realizzazione di una proficua cooperazione fra le due Corti in

degli sviluppi sovranazionali, Padova 2008; TRUCCO L., *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell’Unione Europea. Un’analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Torino 2013; ADAM R., TIZZANO A., *Lineamenti di diritto dell’Unione Europea*, Torino 2010, pp. 251-254.

¹² Cfr. CONFORTI B., RAIMONDI G., (voce) *Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Enciclopedia giuridica, Aggiornamento*, vol. IV, Milano 2002, pp. 327 ss.; BULTRINI A., (voce) *Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino 2000, pp. 148-173; JACKSON D.W., (voce) *European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms (Council of Europe)*, in FORSYTHE D.P. (a cura di), *Encyclopedia of human rights*, Oxford 2009, pp. 174-180; FALLETTI E., (voce) *Carta di Nizza. Carta europea dei diritti fondamentali*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, IV ed., Torino 2009.

¹³ Per una ricognizione generale sulla Corte di Strasburgo e sulla CEDU si rinvia a BATES E. *The Evolution of the European Convention: from its inception to the creation of a permanent court of human rights*, Oxford (NY), 2010, pp. 319 ss.; VAN DIJK P., VAN HOOFF G.J.K, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Second Edition, Boston, 1990, pp. 25-29; PEGORARO L., *Giustizia costituzionale comparata*, Torino, 2007, pp. 90 ss.; GENNUSA M.E., *La CEDU e l’Unione europea*, in CARTABIA M (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna 2007, pp. 91-144; DI STASI A. (a cura di), *CEDU e Ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo e l’impatto nell’ordinamento interno (2010-2015)*, Padova 2016; DE SALVIA M., *Compendium della CEDU. Le linee guida della giurisprudenza relativa alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Napoli 2000; DE SALVIA M., *La Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo*, Napoli 2001; SCIARABBA V., *Il giudicato e la CEDU: profili di diritto costituzionale, internazionale e comparato*, Padova 2013; POLLICINO O., SCIARABBA V., *La Corte europea dei diritti dell’uomo e la Corte di giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale*, in *Forum di quaderni Costituzionali*, 26 marzo 2010, pp. 1-32.; RAIMONDI G., *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo e le corti costituzionali e supreme europee*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 24 marzo 2018; RAIMONDI G., *Il Consiglio d’Europa e la Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Napoli 2008; BULTRINI A., *Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Agg. IV, (2000), 149-151; DE GAETANO V.A., *Alcune chiavi di lettura del sistema Cedu*, in BUFFA F., CIVININI M.G. (a cura di), *La Corte di Strasburgo*, in *Gli Speciali di Questione Giustizia*, Aprile 2019, pp. 17- 22.

¹⁴ Sul tema cfr. fra i tanti CHENAL R., TOMASI L., ZAGREBESLKY V., *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, op. cit., pp. 23-31; AMATO G., PACIOTTI E., *Verso l’Europa dei diritti*, Bologna 2005; CASSESE S., *I diritti umani oggi*, Bari 2009, pp. 75 ss.; PANUNZIO S.P., *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli 2005; DELMAS-MARTY M. (a cura di), *Verso un’Europa dei diritti dell’uomo. Ragion di Stato e diritti umani nel sistema della convenzione europea*, Padova 1994; DE SIERVO U. (a cura di), *La difficile Costituzione europea*, Bologna 2011; BUTTURINI D., *La tutela dei diritti fondamentali nell’ordinamento costituzionali italiano ed europeo*, Napoli 2009; RIDOLA P., *Diritti fondamentali e «integrazione» costituzionale in Europa. Tra passato e futuro: questioni di metodo comparativo nella costruzione di un diritto costituzionale europeo*, in ID., *Il principio libertà nello Stato costituzionale. I diritti fondamentali in prospettiva storico-comparativa*, Torino 2018

¹⁵ MACRÌ G., *L’Europa fra le Corti. Diritti fondamentali e questione islamica*, Soveria Mannelli 2017, pp. 9-11

oggetto. Il Consiglio d'Europa e la Corte di Strasburgo, infatti, assistevano alla progressiva erosione del proprio monopolio in materia di tutela dei diritti fondamentali in Europa proprio ad opera della Corte di Lussemburgo, la quale si è fatta promotrice di una pionieristica attività pretoria in tema di garanzia di queste libertà fondamentali, ben presto avallata dalle istituzioni politiche europee e codificata nei trattati istitutivi. Pertanto al sistema di Strasburgo basato sulla CEDU si andava contrapponendo il sistema di Lussemburgo.

Il rischio era una duplicazione sterile delle Corti e dei meccanismi di tutela, nonché un doppio standard di protezione dei diritti, che avrebbe provocato la delegittimazione delle due Corti e la perdita di coerenza e dunque di effettività della stessa tutela giudiziaria dei diritti a causa delle possibili antinomie e dei probabili contrasti giurisprudenziali che sarebbero potuti sorgere¹⁶. A questo proposito si rese necessario trovare delle soluzioni di convergenza, ad esempio l'adesione dell'Unione Europea al sistema CEDU¹⁷, che avrebbe garantito ai cittadini dell'Unione un grado di protezione analogo a quello di cui beneficiano già all'interno dei singoli Stati membri, andando così a costituire lo strumento ideale per assicurare uno sviluppo armonioso della giurisprudenza delle due Corti europee¹⁸. Una volta avvenuta l'adesione, la Corte di giustizia continuerebbe a essere l'unico arbitro supremo delle questioni che si riferiscono al diritto e della validità degli atti dell'Unione stessa; pertanto la Corte di Strasburgo non verrebbe qualificata come tribunale superiore a quello del Lussemburgo, ma piuttosto quale tribunale specializzato, che esercita un controllo esterno sugli obblighi di diritto internazionale derivanti dall'adesione dell'UE alla CEDU. Lo status della Corte di giustizia, insomma, una volta avvenuta l'adesione al sistema CEDU, sarebbe analogo a quello delle corti costituzionali o delle giurisdizioni supreme nazionali partecipanti¹⁹.

La soluzione sin qui presentata ha trovato in qualche modo esecuzione per il tramite del protocollo n. 16 della CEDU²⁰, entrato in vigore l'1 agosto 2018, che delinea un

¹⁶ POLLICINO O., *Allargamento dell'Europa ad Est e rapporti tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Milano 2010, pp. 5-7;

¹⁷ CONFORTI B., *L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme*, 2010, <http://www.sidi-isil.org/wp-content/uploads/2010/02/Conforti-Ladh%C3%A9sion-de-lUE-%C3%A0-la-CEDH.pdf>; DE SCHUTTER O., *L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme: feuille de route de la négociation*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n.83/2010, pp. 555-571; ANRÓ I., *L'adesione dell'Unione europea alla Cedu. L'evoluzione dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali in Europa*, Milano 2015; COSTA J.P., *L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme: un rêve impossible ?*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, n. 2/2015, pp. 234-240; ZAGREBELSKY V., *L'Ue e il controllo esterno della protezione dei diritti e delle libertà fondamentali in Europa. La barriera elevata dalla corte di Giustizia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol.9, n.1/2015, pp. 125-134; ZANGHÌ C., *La mancata adesione dell'Unione Europea alla Cedu nel parere negativo della Corte di giustizia Ue*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, n.1/2015, pp. 129-157.

¹⁸ WEILEE J.H.H., *Diritti fondamentali e confini fondamentali: lo spazio giuridico europeo e il conflitto tra standard e valori nella protezione dei diritti umani*, in ID. (a cura di), *La Costituzione dell'Europa*, Bologna 2003, pp. 175 ss.

¹⁹ POLLICINO O., SCIARABBA V., *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale*, op. cit., pp. 64-70.

²⁰ Testo del protocollo disponibile qui: https://www.echr.coe.int/documents/protocol_16_ita.pdf.

meccanismo del tutto inedito nel sistema (e in qualche misura ispirato al noto e assai incisivo meccanismo di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione), secondo il quale le più alte giurisdizioni degli Stati membri²¹ potranno presentare, «nell'ambito delle cause pendenti dinanzi ad esse», delle richieste di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo su questioni di principio concernenti l'interpretazione o l'applicazione dei diritti previsti nella CEDU e nei suoi protocolli addizionali, motivando tale richiesta e producendo tutti gli elementi pertinenti relativi al contesto giuridico e fattuale della causa pendente²². La Corte di Strasburgo, cioè, potrà essere chiamata anche in corso di causa a esprimere un parere consultivo sulla questione sottoposta dal giudice nazionale.

Il protocollo in esame, insomma, istituisce un nuovo strumento di dialogo tra la Corte di Strasburgo e le corti superiori degli Stati membri. Nello specifico il meccanismo del Protocollo n. 16 prevede che: una volta presentata la richiesta di parere consultivo, un panel di cinque giudici della Grande Camera decide se accoglierla e, in caso di esito positivo, investe del parere la stessa Grande Camera. Il parere consultivo sarà motivato e pubblicato e, al pari delle sentenze di Camera e Grande Camera, è prevista la possibilità di emettere pareri separati. Bisogna specificare, però, che i pareri consultivi saranno sì motivati, ma non vincolanti, in quanto, ai sensi dell'art. 5 dello stesso Protocollo, questi sono emessi esclusivamente nell'ambito di un dialogo tra la Corte e la autorità giudiziarie nazionali, che si pongono in un rapporto di complementarità²³. Ne consegue che l'autorità richiedente decide sugli effetti del parere consultivo nel procedimento nazionale, potendo anche disattenderlo. Ciò non esclude che colui che è stato parte nella causa in cui si è richiesto il parere, successivamente alla sua conclusione, possa vantare il diritto di proporre il ricorso individuale ai sensi dell'articolo 34 della CEDU²⁴.

²¹ POLLICINO O., *La Corte costituzionale è una "alta giurisdizione nazionale" ai fini della richiesta di parere alla Corte EDU ex Protocollo n. 16?*, in *Diritto dell'Unione Europea*, n. 2/2014, pp. 293-315.

²² Ad oggi solo 15 Paesi hanno ratificato il Protocollo n. 16 e fra questi non compare ancora l'Italia. Si legga a proposito *"L'estremo saluto al Protocollo n. 16 annesso alla CEDU"*, 12 ottobre 2020, in *Giustiziainsieme.it*, <https://www.giustiziainsieme.it/it/attualita-2/1341-l-estremo-saluto-al-protocollo-n-16-annesso-alla-cedu?fbclid=IwAR2GbkLSofXwEUqr82QcMOZgopbU4fiT0u5XtCkTfzrUrwsedTVMpIHOWo> ;

RUGGERI A., *Ragionando su possibili sviluppi dei rapporti tra le Corti europee e i giudici nazionali (con specifico riguardo all'adesione dell'Unione alla CEDU e all'entrata in vigore del prot. 16)*, in *Rivista AIC*, n.1/2014; CONTI R., *La richiesta di "parere consultivo" alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla CEDU e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE. Prove d'orchestra per una nomofilachia europea*, in *Consulta online*, 18 maggio 2014; LAMARQUE E. (a cura di), *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*, Torino 2015; DE SENA P., *Caratteri e prospettive del protocollo 16 nel prima dell'esperienza del sistema interamericano di protezione dei diritti dell'uomo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 3/2014, pp. 593-606; LANA A.G., *Il protocollo n. 16 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali: alcune riflessioni*, in *Diritti dell'uomo*, n. 3/2014, pp. 641-651; POSENATO N., *Il protocollo n. 16 alla CEDU e il rafforzamento della giurisprudenza sui diritti umani in Europa*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 3/2014, pp. 1421-1443;

²³ BUFFA F., *Il parere consultivo nel protocollo n. 16*, in BUFFA F., CIVININI M.G. (a cura di), *La Corte di Strasburgo*, op. cit., pp. 219-220

²⁴ Art. 34 CEDU: *"La Corte può essere investita di un ricorso da parte di una persona fisica, un'organizzazione non governativa o un gruppo di privati che sostenga d'essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti"*

La *ratio* sottesa a tale istituto è quella di conferire all'autorità giudiziaria i mezzi necessari per garantire il rispetto dei diritti previsti nella Convenzione durante l'esame della causa pendente, evitando così l'intervento dei giudici di Strasburgo nel momento successivo all'esaurimento delle vie di ricorso interne. Si impone, pertanto, all'autorità giudiziaria nazionale di motivare la propria richiesta, evidenziando la necessità e l'utilità di richiedere un parere consultivo alla Corte, nonché di disporre il contesto giuridico e fattuale rilevante, consentendo in questo modo al giudice sovranazionale di concentrarsi sulle questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione della Convenzione o dei suoi protocolli.

2. Il Consiglio d'Europa: profili storici e istituzionali

Il Consiglio d'Europa costituisce la prima organizzazione istituzionalizzata a livello europeo destinata alla protezione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Il discorso pronunciato a Zurigo nel settembre 1946 da Winston Churchill, allora primo ministro britannico, costituisce una testimonianza autorevole delle ragioni che hanno portato alla nascita del Consiglio d'Europa. Nel celebre discorso, lo statista britannico presagiva «*la rinascita di una famiglia europea [...] ed il suo sviluppo nella pace, nella sicurezza e nella libertà. Dobbiamo creare una sorta di Stati Uniti d'Europa. Il primo passo concreto in questo senso sarà la costituzione di un Consiglio d'Europa*»²⁵.

Il monito di Churchill ebbe un'eco positiva in gran parte dell'Europa, sensibilizzando non solo le autorità governative di alcuni Paesi, ma anche la società civile, tanto da contribuire a far sorgere in tutta Europa numerose organizzazioni volte a divulgare l'ideale dell'unità europea²⁶; fra queste ricordiamo in particolare il Comitato internazionale di coordinamento dei movimenti per l'unità, promotore del Congresso d'Europa tenutosi all'Aja dal 7 al 10 maggio 1948, e avamposto del Consiglio d'Europa, il quale si concluse con la stesura e la divulgazione del noto "Messaggio agli Europei", nel quale si affermavano i tre grandi valori continentali: il principio di comunità (secondo la formula "unione nella diversità"), il rispetto della persona e la tutela delle libertà e, infine, la creazione di istituzioni comuni, in particolare di un'assemblea parlamentare e di una corte di giustizia cui fare ricorso in caso di violazione delle norme contenute in una Carta dei

nella Convenzione o nei suoi protocolli. Le Alte Parti contraenti si impegnano a non ostacolare con alcuna misura l'esercizio effettivo di tale diritto."

²⁵ Discorso pronunciato da Winston Churchill a Zurigo, 19 Settembre 1946; reperibile in versione originale sul sito <http://www.winstonchurchill.org/i4a/pages/index.cfm?pageid=420>.

²⁶ Tra i principali movimenti che si formarono in Europa dopo il 1947 si possono ricordare anche: il *Provisional United Europe Committee*, fondato da Churchill nel gennaio 1947 e che nell'ottobre 1948 darà vita al *Mouvement européen* con presidenti Churchill, Blum, Spaak e De Gasperi; l'*Union parlementaire européenne* ideata dal conte Coudenhove-Kalergi; l'*Union européenne des Fédéralistes*.

diritti dell'uomo da redigere in futuro²⁷. Il contributo maggiormente rilevante del Congresso dell'Aja riguardò in particolare l'impulso dato all'istituzione del Consiglio d'Europa.

I principi ispiratori del Consiglio d'Europa, il cui accesso è consentito a tutti i Paesi che abbiano un ordinamento democratico, in grado di garantire lo stato di diritto, il pluralismo politico basato su elezioni libere e il rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali, trovano una chiara enunciazione nel Preambolo dello Statuto e nell'art. 1 dello stesso²⁸. Si tratta di espressioni importanti, che tuttavia non possono essere lette come attestanti uno stato di fatto, ma piuttosto indicanti un progetto, un risultato da raggiungere.

L'art. 1, lettera a) dello Statuto enuncia chiaramente lo scopo del Consiglio d'Europa: *«attuare un'unione più stretta fra i suoi membri per tutelare e promuovere gli ideali e i principi che sono loro comune patrimonio e per favorire il loro progresso economico e sociale»*. La lettera b) del medesimo articolo stabilisce poi che gli Stati membri perseguiranno il sopramenzionato obiettivo mediante: *«l'attività degli organi del Consiglio con l'esame delle questioni di comune interesse, la conclusione di accordi e un'azione comune [...] e con la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali»*²⁹.

Ai sensi dell'art. 3 e dell'art. 8 dello Statuto, invece, troviamo gli obblighi specifici che incombono sugli Stati membri e le misure sanzionatorie previste in caso di mancato adempimento degli obblighi stessi: l'art. 3, infatti, stabilisce che: *«ogni membro riconosce il principio della preminenza del diritto e il principio secondo il quale ogni persona soggetta alla sua giurisdizione deve godere dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali»*; laddove uno Stato membro non si conformi a tali prescrizioni, ai sensi dell'art. 8 *«può essere sospeso dal diritto di rappresentanza e invitato dal Comitato dei Ministri a recedere alle condizioni di cui all'articolo 7. Il Comitato può risolvere che il Membro, il quale non ottemperi a tale invito, cessi d'appartenere al Consiglio dal giorno stabilito dal Comitato stesso»*.

L'idea base del Consiglio d'Europa (nella sua costituzione originaria), insomma, era quella di erigere un baluardo forte, a protezione della ritrovata democrazia europea, in grado di fungere da faro di riferimento per quanti, popoli e nazioni, intendessero lasciarsi alle spalle l'esperienza tragica dei nazionalismi, dell'intolleranza e del genocidio. Tuttavia, andando a rileggere i lavori preparatori alla Convenzione, ciò che emerge è un differente grado di stabilità democratica fra tutti i Paesi fondatori, che induce a pensare che non vi fu un accordo unanime sugli obiettivi cui il sistema convenzionale avrebbe dovuto ambire, ma che probabilmente il risultato finale fu il frutto di un compromesso tra le diverse

²⁷ Cfr. VARSORI A., *Il Congresso dell'Europa dell'Aja (7-10 maggio 1948)*, in AA.VV., *I movimenti per l'unità europea 1945-1954. Atti del Convegno internazionale*, Pavia 19-20-21 ottobre 1989.

²⁸ Statuto del Consiglio d'Europa, Londra 5 maggio 1949, Traduzione ufficiale della Cancelleria federale Svizzera, reperibile sul sito <http://conventions.co.int/Treaty/ita/Treaties/Html/001.html>

²⁹ Statuto del Consiglio d'Europa, Londra 5 maggio 1949, Traduzione ufficiale della Cancelleria federale Svizzera, reperibile sul sito <http://conventions.co.int/Treaty/ita/Treaties/Html/001.html>

posizioni in campo, che comunque portò all'istituzione di una Corte con competenza ad accertare le violazioni della Convenzione da parte degli Stati membri.

2.1. L'organizzazione interna del Consiglio d'Europa

Il compito di vigilare sulla corretta applicazione degli obblighi convenzionali, nell'ambito del sistema del Consiglio d'Europa, è affidato agli strumenti tradizionali previsti dal diritto internazionale generale, eccezion fatta per i casi di violazioni particolarmente gravi che compromettano i principi del primato del diritto, dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. In siffatte ipotesi, un ruolo importante è attribuito al Comitato dei ministri del Consiglio, che insieme all'Assemblea parlamentare, rappresentano i due principali organi su cui si basa il funzionamento del sistema CEDU.

Il Comitato dei ministri rappresenta l'istanza decisionale del Consiglio d'Europa e al contempo costituisce il foro privilegiato del dialogo politico al livello paneuropeo. Secondo le previsioni statutarie, il Comitato è composto dai Ministri degli affari esteri dei Paesi membri, sebbene nella prassi questi ultimi siano spesso sostituiti dai loro delegati, ovvero ambasciatori rappresentanti permanenti presso il Consiglio d'Europa. In quanto organo decisionale, in seno al Comitato vengono discusse questioni d'interesse generale che attengono alla cooperazione europea, e vengono proposte soluzioni il cui contenuto potrà costituire l'oggetto di una raccomandazione rivolta agli Stati membri oppure di una convenzione internazionale, strumento giuridicamente vincolante per i Paesi che vi aderiscono. Spetta inoltre al Comitato decidere in merito all'adesione e all'esclusione di Stati membri dal Consiglio d'Europa, e le viene anche attribuita un'importante funzione di monitoraggio, che espleta di concerto con l'Assemblea parlamentare, sul rispetto, da parte degli Stati membri, dei valori fondamentali che stanno alla base del Consiglio d'Europa³⁰.

Il peso degli esecutivi nazionali, di cui il Comitato dei ministri è espressione, risulta bilanciato dall'Assemblea parlamentare, che è l'istanza rappresentativa della coscienza democratica dei popoli che compongono il nostro continente: composta dalle delegazioni della maggior parte dei Parlamenti dell'Europa occidentale, infatti, l'Assemblea svolge un ruolo politico di primo piano in materia di sensibilizzazione alla protezione dei diritti dell'uomo e di elaborazione di nuovi strumenti giuridici destinati ad ampliare le garanzie o a migliorare le procedure di controllo.

L'Assemblea ha avuto un ruolo pionieristico nel promuovere e attuare la procedura di controllo mediante l'istituzione di un'apposita commissione con compito di presentare, almeno una volta l'anno, una relazione all'Assemblea plenaria. Tale procedura costituisce una delle forme più efficaci di controllo politico degli obblighi e degli impegni assunti

³⁰ Per una disamina maggiormente dettagliata delle funzioni del Comitato dei ministri si rinvia, per tutti, a RAIMONDI G., *Il Consiglio d'Europa e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, op. cit., pp. 13 e ss.

dagli Stati parte. Infatti, questi ultimi sono sottoposti a un esame di verifica della loro condotta in materia di tutela effettiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il cui contenuto sarà successivamente esposto dinanzi a tutti i membri dell'Assemblea parlamentare. È evidente dunque il peso politico della sopradescritta procedura, che può agire sia come deterrente nei confronti degli Stati rispetto alle violazioni degli obblighi assunti in seno al Consiglio, che come stimolo alla tutela effettiva dei diritti dell'uomo³¹.

Tra le funzioni dell'Assemblea occorre annoverare anche il potere di nomina, su raccomandazione del Comitato dei Ministri, del Segretario generale, il quale, a differenza del suo omologo presso le Nazioni Unite, non è un organo del Consiglio d'Europa. Il Segretario generale riveste una duplice funzione: la prima, a carattere prettamente burocratico-amministrativo, attiene alle sue mansioni di capo del Segretariato generale di cui nomina gran parte dei funzionari, depositario degli strumenti giuridici elaborati in seno al Consiglio d'Europa e responsabile dell'elaborazione del bilancio annuale da sottoporre la Comitato dei Ministri; la seconda, squisitamente politica, concerne il suo ruolo di porta-voce del Consiglio d'Europa³².

Dall'analisi sin qui condotta, emerge con chiarezza che la tutela dei diritti dell'uomo all'interno del Consiglio d'Europa, in un primo momento non era affidata a un organo giudiziario, per questa ragione sul finire degli anni novanta del secolo scorso, è emersa l'esigenza di creare una sorta di difensore europeo dei diritti dell'uomo. Nel maggio 1999, infatti, il Comitato dei Ministri approvò la Risoluzione (99)50³³ con la quale fu istituita la figura del Commissario per i diritti dell'uomo, istanza «con funzioni non giurisdizionali incaricata di promuovere l'educazione e la sensibilizzazione dei diritti dell'uomo quali sono garantiti dagli strumenti del Consiglio d'Europa, nel pieno rispetto della competenza degli organi di controllo istituiti nel quadro della Convenzione europea dei diritti dell'uomo o di altri strumenti del Consiglio d'Europa relativi ai diritti dell'uomo e di esercitare funzioni diverse da questi ultimi. Non rientra nella sua sfera di competenza l'esame dei ricorsi individuali». La nomina del Commissario è effettuata dall'Assemblea parlamentare sulla base di una lista di tre candidati approntata dal Comitato dei Ministri. Il mandato del Commissario è molto ampio e consente all'organo in questione di formulare raccomandazioni, esprimere pareri e redigere rapporti, destinati a essere presentati al Consiglio dei Ministri, in cui si valuta il rispetto dei diritti dell'uomo da parte dei singoli Stati membri.

³¹ DE SALVIA M., *La Convenzione Europea*, op. cit., p. 45.

³² Sulla problematica dei rapporti tra Presidente della Corte e segretario del Consiglio d'Europa si veda RAIMONDI G., *Il Consiglio d'Europa e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, op. cit., pp. 104 ss.; LIDDEL R., *L'articolo 50*, in BARTOLE S., CONFORTI B., RAIMONDI G., *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova 2001, pp.715 ss.; DE SALVIA M., *La Convenzione Europea*, op. cit., p. 43.

³³ Il testo della risoluzione è disponibile al seguente link https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805e305a

Concludendo bisogna specificare però che l'Assemblea parlamentare non è per nulla paragonabile a un Parlamento nazionale, né per composizione né per ruolo; essa, infatti, non è titolare di alcuna funzione legislativa così come classicamente intesa. La maggioranza dei suoi lavori si conclude con dei rapporti che non vincolano gli Stati contraenti. Allo stesso modo il Comitato dei Ministri, può essere definito solo impropriamente un organo esecutivo, non fosse altro perché manca un indirizzo politico all'interno del sistema CEDU, la cui missione esclusiva, invece, è quella di garantire la protezione, all'interno dei Paesi parte del Consiglio d'Europa, di quei diritti previsti dalla Convenzione. Non stupisce, dunque, che neppure le raccomandazioni del Comitato dei Ministri siano vincolanti per gli Stati membri.

3. La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU): profili storici e istituzionali

Il Consiglio d'Europa, al fine di attuare una più concreta attuazione della tutela dei diritti, ha sponsorizzato un ricco e variopinto movimento convenzionale, nel quale primeggia la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)³⁴. La ragione del successo della CEDU non riguarda tanto il suo contenuto, vale a dire la tipologia dei diritti in essa tutelati, ma piuttosto deve essere imputata alla peculiarità del meccanismo di garanzia collettiva posto a presidio di tali diritti, meccanismo che ha fatto del sistema CEDU un pianeta *sui generis* nell'eterogeneo sistema internazionale/regionale degli strumenti di salvaguardia dei diritti dell'uomo, in particolare se si pone mente agli scopi, al carattere obiettivo degli obblighi imposti dalla Convenzione, nonché al fatto che essa istituisce un ordinamento dotato di un proprio organo di produzione giuridica.

La Convenzione europea è, anzitutto, un trattato multilaterale, e in quanto tale gode della medesima forza giuridica vincolante di qualsiasi altro strumento convenzionale alla stregua di quanto previsto dalla Convenzione sul diritto dei Trattati, firmata a Vienna nel 1969³⁵. Scopo principale attribuito alla Convenzione era quello di contrastare i possibili abusi che il potere statale – in tutte le sue espressioni, compresa quella più alta rappresentata fino a quel momento, in via di fatto se non di diritto, dalla funzione legislativa – aveva dimostrato di poter produrre (a causa tra l'altro della tendenziale flessibilità delle costituzioni ottocentesche e, comunque, della quasi totale assenza di

³⁴ BATES E., *The Birth of the European Convention on Human Rights and the European Court of Human Rights*, in CHRISTOFFERSEN J., RASK MADSEN M. (a cura di), *The European Court of Human Rights between Law and Politics*, Oxford, 2011, p. 18

³⁵ Il testo della Convenzione sul diritto dei trattati di Vienna è disponibile al seguente link: <https://www.admin.ch/opc/it/classified-compilation/19690099/201502240000/0.111.pdf> ; LUZZATO R., POCAR F., *Codice di diritto internazionale pubblico*, Torino 2016, p. 33.

forme di controllo giurisdizionale di legittimità costituzionale): in sostanza, dunque, un'esigenza simile a quella cui si era cercato di provvedere all'interno dei vari ordinamenti nazionali con (l'adozione di testi costituzionali rigidi e con) la previsione di appositi organi di giustizia costituzionale. Bisogna ricordare però che nel 1950, al momento della sottoscrizione della CEDU, solo uno di questi organi di "giustizia costituzionale interna" era effettivamente attivo. Ciò rese necessario attendere rispettivamente il 1955 e il 1959, per l'effettiva entrata in funzione della Commissione europea dei diritti dell'uomo e per l'elezione dei giudici della Corte di Strasburgo, poiché l'attivazione del ricorso individuale era subordinata, ex art. 25 CEDU, all'accettazione della relativa clausola da parte di almeno sei Stati parte, mentre l'entrata in funzione della Corte era subordinata, ex art. 56 CEDU, all'accettazione della sua giurisdizione da parte di almeno otto Stati parte³⁶.

La filosofia che permea il sistema della Convenzione trova una descrizione essenziale in una decisione adottata dalla Commissione europea dei diritti dell'uomo negli anni sessanta, nella quale si rivela che nel concludere la Convenzione, gli Stati contraenti non hanno voluto concedersi diritti e obblighi reciproci utili al perseguimento dei loro rispettivi interessi nazionali, bensì realizzare gli obiettivi e gli ideali del Consiglio d'Europa, così come enunciati dallo statuto, e instaurare un ordine pubblico comunitario delle libere democrazie d'Europa al fine di salvaguardare il loro patrimonio comune di tradizioni politiche, di ideali, di libertà e di preminenza del diritto. Infatti, da un esame anche sommario delle norme inserite nella CEDU si evince che l'oggetto e la forma di queste ultime richiamano sostanzialmente norme di contenuto equivalente, rinvenibili in quasi tutte le carte costituzionali dei Paesi membri. Pertanto, la CEDU sembra costituire un quadro istituzionale comune ai differenti ordinamenti giuridici europei. Inoltre, i diritti protetti nell'ambito della Convenzione presentano un carattere obiettivo e creano in capo alle Parti contraenti obblighi oggettivi che godono di una garanzia collettiva. La Convenzione si potrebbe definire pertanto come lo «strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo»³⁷.

Tuttavia, il legislatore europeo non ha inteso garantire tutti i diritti proclamati dalla Dichiarazione universale del 1948, in ragione dell'oggettiva difficoltà di attuare una protezione giudiziaria su base individuale a una così estesa sfera di diritti. Pertanto, si è fatto ricorso a un procedimento selettivo basato sul criterio della giustiziabilità di un diritto, vale a dire la facoltà per un individuo di poter adire un organo giudiziario sovranazionale per far valere l'inosservanza di quegli obblighi assunti dagli Stati per i quali vi è la concreta possibilità di ottenere la riparazione per il pregiudizio subito.

³⁶ POLLICINO O., SCIARABBA V., *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale*, op. cit., pp. 3-5.

³⁷ DE SALVIA M., *La Convenzione Europea*, op. cit., pp. 57 ss.

Da quanto osservato sino ad ora, dunque, è evidente il carattere peculiare della Convenzione rispetto ai trattati internazionali classici, basati sul rigoroso principio della reciprocità degli obblighi assunti dagli Stati nell'ambito dello strumento convenzionale considerato. Come ha autorevolmente asserito la Corte nel celebre caso *Irlanda c. Regno Unito*³⁸: «A differenza dei trattati internazionali di tipo classico, la Convenzione va oltre il quadro della semplice reciprocità tra Stati contraenti. Oltre ad una rete di impegni sinallagmatici bilaterali, essa crea delle obbligazioni oggettive che, a termini del suo preambolo, beneficiano di una garanzia collettiva. Per mezzo del suo art. 24 CEDU (oggi 33), essa permette agli Stati contraenti di esigere il rispetto di queste obbligazioni senza dover giustificare un interesse derivante, per esempio, dal fatto che una misura che essi denunciano ha leso uno dei loro cittadini. Sostituendo la parola riconoscono con s'impegnano a riconoscere nel testo dell'articolo 1, i redattori della Convenzione hanno voluto indicare che i diritti e le libertà del Titolo I sarebbero direttamente riconosciuti a chiunque sia soggetto alla giurisdizione degli Stati contraenti [...]. La loro attenzione si riflette con una particolare fedeltà allorché la Convenzione è stata incorporata nell'ordine giuridico interno».

Pertanto i motivi del successo del sistema CEDU sono da attribuire sicuramente all'approccio realista e dinamico seguito, che si riflette sia nel contenuto normativo della Convenzione sia nel meccanismo di controllo predisposto originariamente.

Relativamente al primo aspetto, la scelta fu quella di limitare i diritti consacrati nella Convenzione alle tradizionali libertà civili e politiche, escludendo i diritti economici, sociali e culturali; per quanto riguarda il secondo aspetto, invece, nella Convenzione sono state previste una serie di disposizioni idonee a limitare (a seconda dei casi, *ratione materiae*, *ratione personae*, *ratione loci*) gli obblighi assunti dalle Parti contraenti. Sono previste dunque le riserve e la facoltà di sospendere i diritti garantiti dalla Convenzione in caso di guerra o di pericolo pubblico che minacci la vita dello Stato (art. 15 CEDU³⁹). La portata degli obblighi assunti dalle Parti contraenti è piuttosto variabile, ad eccezione di un nucleo essenziale di diritti ai quali è stato riconosciuto un carattere assoluto (ovvero sono inderogabili anche in tempo di guerra e non soggetti ad alcun limite) e ai valori della democrazia e dello stato di diritto, nella loro funzione di punti di riferimento generali nell'interpretazione della CEDU. Anche i protocolli aggiuntivi e la giurisprudenza degli organi di controllo della Convenzione hanno contribuito a creare questo *corpus* europeo

³⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, Seconda sezione, Sentenza del 18 gennaio 1976, caso *Irlanda c. Regno Unito*, Ricorso n°. 9870/04.

³⁹ Art. 15 CEDU: 1. In caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, ogni Alta Parte contraente può adottare delle misure in deroga agli obblighi previsti dalla presente Convenzione, nella stretta misura in cui la situazione lo richieda e a condizione che tali misure non siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale. 2. La disposizione precedente non autorizza alcuna deroga all'articolo 2, salvo il caso di decesso causato da legittimi atti di guerra, e agli articoli 3, 4 § 1 e 7. 3. Ogni Alta Parte contraente che eserciti tale diritto di deroga tiene informato nel modo più completo il Segretario generale del Consiglio d'Europa sulle misure prese e sui motivi che le hanno determinate. Deve ugualmente informare il Segretario generale del Consiglio d'Europa della data in cui queste misure cessano d'essere in vigore e in cui le disposizioni della Convenzione riacquistano piena applicazione.

dei diritti umani, del quale le norme scritte costituiscono soltanto la cornice di riferimento⁴⁰.

4. L'organo di produzione giuridica del sistema CEDU: la Corte di Strasburgo nella sua configurazione originaria

Le norme contenute nella Convenzione definiscono in modo astratto i diritti e le libertà da garantire, ciò allo scopo di scongiurare il rischio di ancorare il contenuto di quegli stessi diritti a condizioni sociali e politiche non più attuali. Di fronte a tali "norme-parametro", espressione dei principi supremi dell'ordinamento giuridico europeo, il ruolo della Corte di Strasburgo, quale interprete privilegiato ed esclusivo della Convenzione, appare di fondamentale importanza: essa, infatti, ha il compito di circoscrivere l'oggetto delle norme convenzionali alla luce delle fattispecie concrete.

L'idea di istituire un organo giudiziario a presidio della tutela dei diritti garantiti dalla Convenzione e direttamente accessibile ai singoli individui affonda le sue radici, come si è osservato, già nel Congresso dell'Aja del 1948.

Sebbene durante il negoziato per la redazione della CEDU gli Stati parte, custodi gelosi delle loro prerogative sovrane, si siano opposti strenuamente alla creazione di una Corte che fosse avulsa dal controllo dei governi e aperta al ricorso individuale di tutte le persone assoggettate alla loro giurisdizione, prevalse una soluzione di compromesso, che prevedeva l'allestimento di un tessuto istituzionale minimo ma complesso, perché basato sull'interazione di tre diversi organi: la Commissione dei diritti dell'uomo, la Corte e il Comitato dei Ministri, mentre gli Stati parte continuavano a impegnarsi per garantire, all'interno dei rispettivi ordinamenti, i diritti previsti dal Titolo I della Convenzione nei riguardi di tutti i soggetti sottoposti alla loro giurisdizione, offrendo loro un ricorso effettivo dinanzi ad un'istanza nazionale.

L'operato della Corte europea dei diritti dell'uomo, pertanto, si è rivelato, sin dalla sua istituzione nel 1959 e con il passare degli anni, sempre più influente sugli ordinamenti degli Stati membri del Consiglio d'Europa. In effetti, quest'organo, oltre a dichiarare la violazione di un diritto umano alla luce di quanto prescritto dalla Convenzione, ha spesso offerto un utile paravento al legislatore nazionale per la modernizzazione della società e dell'ordinamento costituzionale stesso, fornendo la spinta necessaria per l'attuazione di riforme altrimenti impopolari o altamente divisive, che avrebbero richiesto anni per vedere la luce. Il ruolo della Corte europea dei diritti dell'uomo è dunque un ruolo di innegabile importanza che, tuttavia, la espone necessariamente al malcontento da parte dei cittadini degli Stati su cui gli effetti delle sue decisioni ricadono. Si consideri, infatti,

⁴⁰ SAULLE M.R., *Lezioni di organizzazione internazionale, op. cit.*, pp. 165 ss.

che le corti nazionali sono, in linea generale, corti che applicano il diritto positivo, espressione delle maggioranze: esse giudicano sulla base di leggi concernenti diritti approvati da maggioranze parlamentari ed interpretati alla luce dell'*idem sentire* di una precisa comunità di riferimento, che si presenta tendenzialmente omogenea. La Corte di Strasburgo, al contrario, è evidentemente sempre più corte dei diritti delle minoranze, alla quale i cittadini appartenenti a tali categorie minoritarie possono rivolgersi per far valere un'interpretazione di quegli stessi principi fondamentali che sia diversa da quella loro imposta dalla maggioranza nel rispettivo contesto ordinamentale di appartenenza⁴¹. In effetti, dal preambolo e dal complesso dell'ispirazione della Convenzione, la Corte trae che la democrazia è il sostrato istituzionale e sociale sul quale i diritti e le libertà fondamentali della persona umana hanno la possibilità, non solo di essere formalmente riconosciuti, ma anche di operare concretamente. La democrazia dunque è l'unico modello politico previsto dalla Convenzione e il solo con essa compatibile⁴².

Questo sistema, nella sua configurazione originaria, non consentiva agli Stati di adire direttamente la Corte ma di presentare un ricorso dinanzi alla Commissione, la quale, dopo una prima fase di accertamento della ricevibilità dello stesso, procedeva a istruire il ricorso promuovendo un primo tentativo di composizione amichevole della controversia. Qualora tale operazione si fosse rivelata fallimentare, la Commissione redigeva un rapporto nel quale esplicava la propria posizione in merito alla violazione o meno della Convenzione, trasmettendolo direttamente al Comitato dei ministri che, con voto preso a maggioranza dei due terzi, stabiliva se avallare o meno la posizione della Commissione. La Corte, invece, poteva costituire un foro alternativo di soluzione del caso rispetto a quanto stabilito dal Comitato dei Ministri, solo previa richiesta da parte dello Stato convenuto, di quello di cui la vittima della violazione fosse cittadino, o della Commissione stessa.

Si tratta, insomma, di un meccanismo di garanzia collettiva alquanto farraginoso e destinato a funzionare a diverse velocità, a seconda, cioè, del grado di partecipazione di ciascuno Stato⁴³. Essa, infatti, consentiva agli Stati contraenti di regolare, secondo valutazioni di opportunità, il proprio grado di partecipazione al sistema convenzionale e, in buona sostanza, di dosare la misura di sovranità che ritenevano di poter cedere, e prevedeva anche delle clausole facoltative che lasciavano liberi gli Stati firmatari di sottrarsi sia dalla giurisdizione obbligatoria della Corte, sia dalla possibilità di essere convenuti davanti agli organi di Strasburgo con ricorso individuale.

⁴¹ GALLIANI D., (a cura di), *I diritti umani in una prospettiva Europea. Opinioni concorrenti e dissenzienti (2011-2015)*, Prefazione, Torino 2016.

⁴² CHENAL R., TOMASI L., ZAGREBESLKY V., *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna 2019, p. 39

⁴³ Van DIJK P., Van HOOFF G.J.H., *Theory and practise of the European Convention on Human Rights*, op. cit., pp. 268 ss.

La Corte, insomma, era sì un organo stabile ma a intervento meramente eventuale (o meglio dire sussidiario), che entrava in azione solo qualora lo Stato convenuto avesse depositato la dichiarazione prevista dall'art. 46 CEDU⁴⁴.

In effetti la Corte di Strasburgo ha avuto una partenza piuttosto decelerata a causa dell'opinione prevalente secondo la quale il livello di protezione dei diritti fondamentali, assicurata dagli ordinamenti delle democrazie occidentali firmatarie, non avesse bisogno di un controllo ulteriore ed esterno. In realtà, il fatto che la Corte europea assicuri un controllo esterno implica un certo numero di conseguenze profondamente innovative rispetto alle categorie giuridiche tradizionalmente ammesse sulla questione: innanzitutto essa supera i confini degli Stati e la connessa pretesa della legge statale di fondare ed esaurire un proprio ordinamento giuridico particolare ed esclusivo; in secondo luogo la singola persona diviene soggetto di diritto internazionale che fa valere i propri diritti nella controversia contro uno Stato; in ultimo la Corte europea applica un diritto che non origina dall'opera di parlamenti nazionali e che non trova in essi la propria legittimazione. In questo quadro, che colloca fuori dai singoli Stati la fonte del diritto applicato, si comprende come il ruolo della Corte sia intimamente legato alla finalità del Consiglio d'Europa, ovvero quella di realizzare un'unione più stretta tra i suoi membri anche attraverso la protezione e lo sviluppo dei diritti umani. Al crescere dell'importanza della giurisprudenza della Corte europea, tuttavia ha fatto riscontro il progressivo aumento della reticenza degli Stati europei ad accettare l'idea stessa dell'“Unione più stretta”, che naturalmente avrebbe implicato l'armonizzazione dei livelli e delle modalità di tutela dei diritti fondamentali. È a partire da questa constatazione che si spiega il largo ricorso allo strumento del margine di apprezzamento nazionale, riconosciuto dalla Corte e rivendicato dai governi, finanche a introdurne menzione nel preambolo per il tramite del Protocollo n. 15.

L'orientamento evolutivo della giurisprudenza della Corte, che ha condotto non solo ad aggiornare il contenuto della protezione dei diritti ma anche ad ampliarlo, ha subito, di contro, un ampliamento della portata del margine di apprezzamento degli Stati tale da produrre un profondo *gap* fra i differenti livelli di tutela dei diritti convenzionali che si

⁴⁴Art. 46 CEDU: «Le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti. 2. La sentenza definitiva della Corte è trasmessa al Comitato dei Ministri che ne controlla l'esecuzione. 3. Se il Comitato dei Ministri ritiene che il controllo dell'esecuzione di una sentenza definitiva sia ostacolato da una difficoltà di interpretazione di tale sentenza, esso può adire la Corte affinché questa si pronunci su tale questione di interpretazione. La decisione di adire la Corte è presa con un voto a maggioranza dei due terzi dei rappresentanti che hanno il diritto di avere un seggio in seno al Comitato. 4. Se il Comitato dei Ministri ritiene che un'Alta Parte contraente rifiuti di conformarsi a una sentenza definitiva in una controversia cui essa è parte, può, dopo aver messo in mora tale Parte e con una decisione adottata con voto a maggioranza dei due terzi dei rappresentanti che hanno il diritto di avere un seggio in seno al Comitato, adire la Corte sulla questione dell'adempimento degli obblighi assunti dalla Parte ai sensi del paragrafo 1. 5. Se la Corte constata una violazione del paragrafo 1, rinvia il caso al Comitato dei Ministri affinché questo esamini le misure da adottare. Se la Corte constata che non vi è violazione del paragrafo 1, rinvia il caso al Comitato dei Ministri che ne chiude l'esame.»

applicano all'interno dei singoli Paesi membri, e che si rivela difficile da colmare in maniera agevole.

A questo punto la domanda che occorre porsi è se il ruolo della Corte, nell'interesse della costruzione di un'area tendenzialmente omogenea del livello di tutela dei diritti, debba essere ricondotto all'affermazione rigida di un livello minimo di tutela comune⁴⁵, oppure a quello diverso e forse opposto di strumento propulsore del perseguimento di sempre più elevati livelli di tutela, che si accompagna all'ammissione e accettazione della differenza pratica di applicazione nei diversi sistemi nazionali. L'origine storica della Convenzione e l'irrealizzato progetto di unificazione europea sembrano spingere nella prima direzione⁴⁶.

Inizialmente, insomma, vi era un generale rifiuto da parte delle potenze occidentali, la Francia in primis, a ratificare la Convenzione, il che ha prodotto un notevole rallentamento nella messa in funzione dei meccanismi del sistema CEDU. Fu l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa ad adottare una raccomandazione che invitava tutti i governi ad accettare sia il ricorso individuale (per evitare di trasformare la denuncia di un individuo in una controversia tra Stati), sia la giurisdizione della Corte europea dei diritti dell'uomo (affinché qualsiasi reclamo che la Commissione considera legittimo, e che non è in grado di risolvere mediante conciliazione, sia deferito a un'istituzione giudiziaria anziché politica), in quanto si trattava di meccanismi che non avrebbero messo in discussione il loro standard di protezione interno dei diritti fondamentali. C'è da dire, però, che il decelerato inizio dell'attività della Corte di Strasburgo è dovuto anche all'atteggiamento della Commissione che fece largo uso della possibilità di dichiarare inammissibili i ricorsi presentati, e che ha condotto la Corte di Strasburgo, alla fine del 1973, a esprimersi soltanto su dieci casi di merito, un numero piuttosto esiguo per permettersi di enucleare un qualsiasi tipo di dottrina generale di tutela dei diritti umani.

Inoltre, a determinare ulteriormente la partenza decelerata, la Corte inizialmente assumeva nei confronti degli Stati membri un atteggiamento di maggiore *self-restraint* piuttosto che di concreto dialogo con i giudici nazionali: a conferma di ciò si faccia menzione del largo uso dello strumento del c.d. margine di apprezzamento, che consente agli Stati di avere un margine di manovra piuttosto ampio nell'adempimento degli obblighi convenzionali; o ancora si ricordi l'art. 53 della CEDU⁴⁷, il quale chiariva che le pronunce della Corte di Strasburgo obbligano solo lo Stato nei cui confronti queste ultime sono enunciate, non producendo dunque effetti giuridici all'interno di quegli Stati non interessati dalla decisione. Ai sensi dell'art. 53, cioè, la Convenzione non può sostituirsi agli ordinamenti nazionali nella previsione, definizione e tutela dei diritti e delle libertà

⁴⁵ CARTABIA M., *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione Europea*, in ID. (a cura di), *I diritti in azione*, op. cit., pp. 13 ss.

⁴⁶ CHENAL R., TOMASI L., ZAGREBESKY V., *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, op. cit., pp. 24-29

⁴⁷ Art. 53 CEDU: "Nessuna delle disposizioni della presente Convenzione può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base alle leggi di ogni Parte contraente o in base a ogni altro accordo al quale essa partecipi."

fondamentali, perché si rischierebbe di produrre una riduzione della portata dei diritti fondamentali assicurata all'interno dei singoli sistemi nazionali. La Convenzione, dunque, deve assurgere al solo compito di assicurare un livello di protezione minimo e comune per tutti gli Stati europei.

L'art. 53 in discussione, fra l'altro, non si riferisce solo alla maggiore tutela che uno Stato possa eventualmente offrire a uno o più dei diritti considerati dalla CEDU, ma anche a quei diritti e a quelle libertà riconosciute dalle leggi dello Stato che siano ulteriori rispetto all'elenco contenuto nella Convenzione e nei suoi protocolli; la Corte europea cioè è chiamata ad adottare quell'interpretazione che non determini un decremento della protezione dei diritti riconosciuti dai diversi sistemi nazionali: si tratta dell'applicazione del criterio interpretativo della prevalenza della norma più favorevole⁴⁸.

Lo stesso accesso alla Corte era tutt'altro che agevole: la possibilità di adirla, infatti, era esclusa prima che fossero stati esperiti i tentativi di composizione amichevole davanti alla Commissione, e solo quest'ultima e le Parti contraenti avevano titolo per presentarsi dinanzi ad essa e sottoporle ogni questione concernente l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione.

Furono queste le circostanze che determinarono una partenza piuttosto rallentata della Corte di Strasburgo.

Passando ora alla descrizione dell'originario meccanismo di garanzia messo in atto dalla Corte, questo, una volta introdotto il giudizio dinanzi alla Corte, secondo le modalità appena elencate, si svolgeva davanti a una Camera composta da sette giudici, tra i quali figuravano necessariamente il giudice di nazionalità dello Stato interessato. Il regolamento della Corte prevedeva poi che la Camera avesse la possibilità di rimettere il caso alla sessione plenaria, qualora la vicenda da esaminare sollevasse gravi problemi d'interpretazione, e l'obbligo di farlo, invece, qualora fosse concreto il rischio di una frattura nell'unitarietà della giurisprudenza della Corte.

I lavori e le udienze della Corte erano pubblici, le pronunce erano adottate a maggioranza dei presenti, e ad ogni giudice era riconosciuto il diritto di allegare la propria opinione individuale alla decisione. Ogni sentenza, inoltre, era motivata e definitiva, obbligava gli Stati firmatari a conformarsi ad essa, ed era trasmessa al Comitato dei ministri che ne verificava l'esecuzione.

Tuttavia la complessità e l'eccessiva lunghezza dei procedimenti, che avevano una durata media di 4-5 anni dinanzi alla Commissione, cui si aggiungeva almeno un altro anno per la procedura davanti al Comitato o alla Corte, nonché l'inadeguatezza della procedura appena descritta nel riuscire a far fronte al crescente numero di ricorsi che si ebbe, in particolare, a partire dall'inizio degli anni '90, sono tutti aspetti che finirono per incidere in

⁴⁸ CHENAL R., TOMASI L., ZAGREBESLKY V., *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, op. cit., pp. 45-46.

misura grave sulla effettività delle tutele da assicurare. In questa prospettiva si rese necessario un intervento di modifica della Convenzione, che avrebbe dovuto tener conto anche del rinnovato contesto geopolitico, poiché gli organi di giustizia di Strasburgo si sarebbero ora confrontati con un quadro giuridico molto più ampio ed eterogeneo rispetto a quell'osservato in precedenza. Questa progressiva riconsiderazione del sistema convenzionale fu attuata mediante l'adozione di diversi protocolli addizionali e di emendamento. Nello specifico la nuova Corte si concretizzò con l'entrata in vigore, l'1 novembre del 1998, del protocollo di emendamento n. 11, che si proponeva di snellire e rendere più efficiente la procedura del sistema originario e soprattutto di uniformare, per quanto possibile, l'impegno richiesto alle Parti contraenti.

4.1. Le ragioni della riforma e la nuova fisionomia del meccanismo di garanzia collettiva dei diritti dell'uomo.

Quella messa in atto con l'adozione del Protocollo n. 11 in prima battuta, e del Protocollo n. 14 (entrato in vigore l'1 giugno 2010) in seguito, fu una riforma imposta dal progressivo aumento del carico di lavoro della Corte EDU imposto non solo dalle nuove adesioni statuali al Consiglio d'Europa, ma anche dalla più diffusa conoscenza dello strumento convenzionale quale mezzo ultimo di tutela nella delicata tematica dei diritti fondamentali dell'uomo, e dalla contestuale cronica incapacità dei sistemi nazionali di esplicitare un'efficace attività preventiva nel quadro generale dell'esaurimento delle vie di ricorso interne.

Unico elemento di continuità tra il vecchio e il nuovo meccanismo di garanzia collettiva dei diritti dell'uomo sarà il carattere sussidiario della protezione di tali libertà a livello europeo rispetto ai sistemi nazionali: gli Stati quindi continueranno a essere chiamati ad assicurare in prima battuta i diritti e le libertà contemplati nella CEDU agli individui sottoposti alla loro giurisdizione.

Il Consiglio d'Europa costituito nel 1949 per iniziativa di dieci Stati, nei successivi quarant'anni si è allargato, in un primo momento, fino a ricomprendere 23 Paesi membri, in altre parole tutti i Paesi dell'area europea occidentale (compresa anche la Turchia), che erano Paesi politicamente e culturalmente omogenei, che s'ispiravano (quasi tutti) ai principi delle democrazie liberali. Con il crollo del blocco comunista si ebbe un ulteriore incremento dei Paesi membri del Consiglio che, tra il 1990 e il 2010, passarono da 23 a 47; di questi, la maggior parte, provenivano da esperienze di regimi totalitari e pertanto i nodi

politici che portavano all'attenzione della Corte EDU erano profondamente diversi da quelli affrontati fino ad allora⁴⁹.

All'inizio degli anni novanta, insomma, la riforma del meccanismo di controllo ideato dalla Convenzione si è imposta come un'esigenza urgente e prorogabile: l'eccessivo incremento del carico di lavoro della Commissione, infatti, diede luogo ad un lungo dibattito sulla necessità di semplificare la struttura del sistema di tutela previsto dalla Convenzione, al fine di abbreviare la durata delle procedure e di rafforzare, al contempo, il carattere giudiziario del meccanismo rendendolo direttamente accessibile ai singoli individui. Questi argomenti condussero ad una profonda e progressiva riconsiderazione del sistema convenzionale, attuata, come già detto, mediante l'adozione di diversi Protocolli addizionali e di emendamento. La "nuova Corte" infatti si concretizzò, in particolare con l'entrata in vigore del Protocollo di emendamento n. 11⁵⁰, che ha messo in atto una profonda riconsiderazione del novero e dei compiti degli organi del sistema CEDU.

Nello specifico, il Comitato dei ministri perdeva quella funzione decisoria che nel sistema originario costituiva senza dubbio una "anomalia giuridica", mantenendo invece il ruolo di controllore dell'esecuzione delle sentenze, più confacente alla sua natura di organo politico-esecutivo; dal canto suo la Commissione scompariva del tutto e vedeva la propria funzione di scrematura dei ricorsi assorbita dalla Corte stessa, che venne disciplinata in modo del tutto inedito per far fronte ai nuovi compiti che le erano assegnati. La Corte, infatti, composta da un numero di giudici pari a quello delle Parti contraenti, operava a seconda della rilevanza e delle circostanze delle fattispecie in tre formazioni distinte: Comitati, Camere e Grande Camera, costituite rispettivamente da tre, sette e diciassette giudici⁵¹.

⁴⁹ FERRARI S., *La Corte di Strasburgo e l'articolo 9 della Convenzione europea. Un'analisi quantitativa della giurisprudenza*, in MAZZOLA R. (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, pp. 27-30.

⁵⁰ Per una completa analisi delle disposizioni del Protocollo modificativo dalla Convenzione si veda: *Rapport explicatif du Protocole n. 11 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, portant restructuration du mécanisme de contrôle établi par la Convention*. Testo reperibile sul sito <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/155.htm> ; Cfr. ABRAHAM R., *La réforme du mécanisme de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme: le Protocole n. 11 à la Convention*, in *Annuaire Français de droit international*, 1994, pp. 630 ss.; RAIMONDI G., *Il Protocollo n. 11 alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo: una Corte unica per la protezione dei diritti dell'uomo in Europa*, in *Rivista Internazionale diritti dell'uomo*, vol. 1, 1994, pp. 61-62; KLERK Y., *Protocol n. 11 to the European Convention on human rights: a drastic revision of the supervisory mechanism under the ECHR in Netherlands Quarterly of Human Rights*, 1996, pp. 43 ss.; ZWAAK L., *The reform of the supervisory Mechanism under the european convention on Human rights: does it really matter?*, in BULTERMANN M., HENDRIKS A., SMITH J. (a cura di), *To Baehr in our minds, Essays on Human rights from the Heart of Netherlands*, SIM Special, n. 21, Utrecht 1998, pp. 206 ss.; BULTRINI A., *Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Agg. IV, Torino 2000, pp. 149-151.

⁵¹ Art. 26 CEDU: «1. Per la trattazione di ogni caso che ad essa viene sottoposto, la Corte procede in composizione di giudice unico, in comitati di tre giudici, in Camere di sette giudici e in una Grande Camera di diciassette giudici. Le Camere della Corte istituiscono i comitati per un periodo determinato. 2. Su richiesta dell'Assemblea plenaria della Corte, il Comitato dei Ministri può, con decisione unanime e per un periodo determinato, ridurre a cinque il numero di giudici delle Camere. 3. Un giudice che siede quale giudice unico non esamina alcun ricorso introdotto contro l'Alta Parte contraente in relazione alla quale quel giudice è stato eletto. 4. Il

La nuova procedura prevedeva che il ricorso, una volta depositato in cancelleria, registrato e assegnato a un giudice relatore, fosse sottoposto all'esame preliminare di un Comitato, il quale ne verificava la ricevibilità e, qualora ne mancassero i requisiti per ritenerlo tale, ne disponeva l'immediata cancellazione dal ruolo. Laddove il Comitato avesse invece ritenuto ammissibile il ricorso, quest'ultimo sarebbe stato esaminato nel merito da una Camera, che procedeva pubblicamente e nel contraddittorio delle parti, pronunciandosi con sentenza. L'intervento della Grande Camera poteva essere richiesto: 1) da una Camera, qualora un caso sottoposto al suo esame ponesse gravi questioni d'interpretazione della CEDU o prospettasse un mutamento degli orientamenti della Corte; 2) oppure dalle parti di un giudizio conclusosi con la sentenza di una Camera, qualora la questione sollevasse gravi problemi d'interpretazione o di applicazione della CEDU o dei suoi Protocolli. Il giudizio davanti alla Grande Camera, così concepito, non assumeva quindi i caratteri di un vero e proprio riesame, poiché la sua funzione non risiedeva nell'analizzare nuovamente il caso specifico, bensì nel trovare soluzione a particolari problemi di diritto, tali da mettere a rischio l'unitarietà giurisprudenziale di Strasburgo.

Se sino a poco tempo fa l'assegnazione dei casi alle formazioni giudicanti avveniva sostanzialmente secondo l'ordine cronologico, il considerevole aumento dei ricorsi ha spinto la Corte a innovare anche tale prassi. Nel 2009, infatti, la Corte ha modificato l'art. 41 del Regolamento, fissando una serie di criteri di priorità allo scopo di determinare l'ordine di esame dei ricorsi, tenendo conto dell'importanza e dell'urgenza delle questioni sottoposte. A questo proposito la Corte ha individuato sette diverse categorie: nella prima rientrano i ricorsi urgenti, tra i quali rientrano quelli in cui è in pericolo la vita o la salute del ricorrente o quelli rispetto ai quali la Corte adotta una misura provvisoria; nella seconda categoria rientrano i ricorsi che denunciano problemi strutturali o comunque pongono questioni d'interesse generale; nella terza i ricorsi che lamentano la violazione di un diritto che costituisce il nucleo duro della Convenzione (artt. 2, 3, 4 e 5 CEDU); nella quarta i ricorsi potenzialmente fondati; nella quinta i ricorsi ripetitivi; nella sesta i ricorsi che sollevano problemi di ricevibilità; e infine nella settima i ricorsi che appaiono manifestamente irricevibili. Infine bisogna fare menzione di un'ultima modifica di fondamentale importanza apportata dal Protocollo n. 11, ovvero l'abrogazione di entrambe le clausole facoltative: gli Stati parte della Convenzione cioè, per il solo fatto di

giudice eletto in relazione a un'Alta Parte contraente parte alla controversia è membro di diritto della Camera e della Grande Camera. In caso di assenza di tale giudice, o se egli non è in grado di svolgere la sua funzione, siede in qualità di giudice una persona scelta dal presidente della Corte su una lista presentata previamente da quella Parte. 5. Fanno altresì parte della Grande Camera il presidente della Corte, i vice-presidenti, i presidenti delle Camere e altri giudici designati in conformità al regolamento della Corte. Se la controversia è deferita alla Grande Camera ai sensi dell'articolo 43, nessun giudice della Camera che ha pronunciato la sentenza può essere presente nella Grande Camera, a eccezione del presidente della Camera e del giudice che ha partecipato alla stessa Camera in relazione all'Alta Parte contraente in causa.»

aver ratificato il Protocollo n. 11, si sottoponevano in modo automatico e obbligatorio alla giurisdizione della Corte e consentivano di essere convenuti davanti ad essa sia in seguito all'iniziativa di un altro Stato firmatario, sia per mezzo di ricorso individuale.

Tuttavia, nonostante le radicali innovazioni apportate con il Protocollo n. 11, l'adesione di nuovi membri al Consiglio d'Europa e l'aumentare del numero di ricorsi, costrinsero a un ulteriore ripensamento della procedura. Nuove modifiche furono pertanto apportate con un altro Protocollo di emendamento, il n. 14, entrato in vigore nel 2010⁵².

Il Protocollo n.14 ha novellato numerose disposizioni e ha introdotto ulteriori significative novità procedurali tra le quali ricordiamo: la creazione del c.d. giudice unico, funzionale a consentire che la Corte si pronunci sulla ricevibilità dei ricorsi in composizione monocratica; l'allungamento del mandato dei giudici da sei a nove anni; l'aggiunta, tra le condizioni di ricevibilità dei ricorsi, del "danno rilevante"⁵³.

Alla luce delle nuove disposizioni introdotte, la Corte continua a essere composta da un numero di giudici corrispondente a quello degli Stati firmatari e, riunita in assemblea plenaria, elegge il proprio Presidente e uno o due Vicepresidenti (che rimangono in carica per tre anni e sono rieleggibili), istituisce le singole sezioni giudicanti, adotta il proprio regolamento ed infine elegge il Cancelliere e i Vice-Cancellieri.

Per quanto riguarda l'iter procedurale seguito dai ricorsi presentati dinanzi alla Corte, è necessario ora distinguere a seconda che si tratti di iniziativa interstatale o individuale.

Nel primo caso il ricorso sarà esaminato, sia per quanto attiene la ricevibilità che per i profili di merito, da una Camera composta da sette giudici; qualora invece si tratti di ricorso individuale, l'esame preliminare è condotto dal Giudice unico, che può dichiararlo irricevibile o stralciarlo dal ruolo quando non sia necessario un esame più approfondito, o trasmetterlo a un Comitato o a una Sezione nel caso l'esame sia indispensabile.

Il Comitato, a sua volta, effettua un'ulteriore opera di scrematura che, a differenza di quella già svolta dal giudice unico, può investire anche i profili di merito. Perché ciò avvenga, è tuttavia richiesta la decisione unanime dei tre giudici che lo compongono; pertanto, il Comitato può con voto unanime: a) dichiarare irricevibile il ricorso e radiarlo dal ruolo quando non necessiti un ulteriore esame; b) dichiararlo ricevibile e decidere contestualmente sul merito quando la questione di diritto che è all'origine del caso è oggetto di giurisprudenza consolidata della Corte. In entrambi i casi, le decisioni e le sentenze pronunciate dal Comitato sono definitive. Qualora invece non si raggiunga un

⁵² Per una completa analisi delle disposizioni del Protocollo 14 si veda: SACCUCCI A., *L'entrata in vigore del Protocollo n. 14 e le nuove regole procedurali per la sua applicazione*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n.4/2010, pp. 319 -343; SALERNO F., *Le modifiche strutturali apportate dal Protocollo n. 14 alla procedura della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n.2/2006, pp. 377 ss.; TANZARELLA P., *Il Protocollo 14, un tentativo per alleggerire la Corte di Strasburgo*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2005, pp. 891-894; SAVARESE E., *Il protocollo n. 14 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 3/2014, pp. 714 ss.

⁵³ PALLADINO R., *Giudice unico e ricorsi irricevibili nel Protocollo 14 alla CEDU*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, n. 40/2012, pp. 96-116.

verdetto unanime o sia necessario un esame ulteriore per dichiarare irricevibile il ricorso o radiarlo dal ruolo, oppure non può essere deciso poiché la questione di diritto che vi è sottesa non trova riscontro immediato nella giurisprudenza consolidata della Corte, il Comitato è obbligato a rimettere il caso alla Camera.

Questa, una volta investita del caso: potrà mettersi a disposizione delle parti per cercare di raggiungere una composizione amichevole; potrà, come si è visto, rimettere il caso alla Grande Camera quando ritenga che ne sussistano i presupposti; e, ancora, potrà decidere sulla ricevibilità ed eventualmente sul merito del ricorso. In ogni caso, l'esame si svolge: in piena evidenza pubblica, salvo casi eccezionali; può contemplare l'intervento di soggetti terzi; può comprendere attività ufficiose d'indagine per lo svolgimento efficace delle quali gli Stati interessati sono tenuti a fornire tutto il contributo necessario; è condotto in contraddittorio con le parti.

La comunicazione del ricorso al governo da parte della Corte, ai sensi degli artt. 53 e 54 del suo Regolamento, determina l'instaurazione del contraddittorio tra le parti (art. 38 CEDU⁵⁴), le quali possono presentare osservazioni scritte e partecipare alle udienze. L'art. 36 c. 2 della CEDU si limita ad attribuire al Presidente della Corte la facoltà di invitare *"ogni alta parte contraente che non sia parte in causa ogni persona interessata diversa dal ricorrente, a presentare osservazioni per iscritto a partecipare alle udienze"*⁵⁵. In genere si tratta dell'intervento dello Stato contraente di cui il ricorrente è cittadino, nei casi in cui non è convenuto in giudizio, oppure dell'intervento di Stati o privati in veste di *Amici Curiae*⁵⁶.

A differenza delle pronunce emesse dal Giudice unico, dal Comitato e dalla Grande Camera, le sentenze della Camera non sono immediatamente definitive: esse lo diventano

⁵⁴ Art. 38 CEDU: *La Corte esamina la causa in contraddittorio con i rappresentanti delle parti e, se del caso, procede a un'inchiesta per il cui efficace svolgimento le Alte Parti contraenti interessate forniranno tutte le facilitazioni necessarie.*

⁵⁵ RANDAZZO B., *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano 2012, pp. 71-103.

⁵⁶ La prassi è particolarmente diffusa negli Stati Uniti dove sulla stampa viene riportato, in molti casi, il deposito di chiarimenti o suggerimenti fatto presso le Corti d'appello da parte di gruppi che non sono coinvolti nel giudizio. Questo avviene specialmente quando un caso potrebbe avere implicazioni non limitate alle sole parti. In questo caso il metodo dell'*amicus curiae* costituisce un modo di prospettare al giudice le possibili ricadute della decisione, in modo che questa non dipenda esclusivamente da quanto portato alla luce dagli avvocati delle parti. Recentemente anche la Corte costituzionale italiana ha annunciato con un comunicato dell'11 gennaio 2020 che si aprirà alla "società civile" grazie alla possibilità di ascoltare i c.d. *amici curiae* ovvero *"qualsiasi formazione sociale senza scopo di lucro e qualunque soggetto istituzionale, se portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione in discussione, potranno presentare brevi opinioni scritte per offrire alla Corte elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso sottoposto al suo giudizio"*. La pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale della delibera col testo della Norma integrativa modificata è intervenuta il 22 gennaio 2020. L'articolo introdotto così recita: Art. 4-ter: *"1. Entro venti giorni dalla pubblicazione dell'ordinanza di rimessione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, le formazioni sociali senza scopo di lucro e i soggetti istituzionali, portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione di costituzionalità, possono presentare alla Corte costituzionale un'opinione scritta. 2. L'opinione non può superare la lunghezza di 25.000 caratteri, spazi inclusi, ed è inviata per posta elettronica alla cancelleria della Corte, che ne comunica l'avvenuta ricezione con posta elettronica. 3. Con decreto del Presidente, sentito il giudice relatore, sono ammesse le opinioni che offrono elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso, anche in ragione della sua complessità. 4. Il decreto di cui al comma 3 è trasmesso a cura della cancelleria per posta elettronica alle parti costituite almeno trenta giorni liberi prima dell'udienza o della adunanza in camera di consiglio ed è pubblicato nel sito della Corte costituzionale. 5. Le formazioni sociali e i soggetti istituzionali le cui opinioni sono state ammesse con il decreto di cui al comma 3 non assumono qualità di parte nel giudizio costituzionale, non possono ottenere copia degli atti e non partecipano all'udienza"*.

se le parti rinunciano espressamente a chiedere il riesame del caso dinanzi alla Grande Camera o non lo facciano entro il termine dei tre mesi a partire dal deposito della sentenza di prima istanza, oppure nel caso in cui la Grande Camera si sia pronunciata sulla richiesta di riesame escludendo che ne sussistessero i presupposti⁵⁷.

Quella appena descritta, dunque, è la cornice entro la quale si colloca l'attuale meccanismo di protezione dei diritti dell'uomo in vigore nel sistema CEDU.

4.2. La tutela sussidiaria della Corte di Strasburgo

Nonostante le novità procedurali introdotte dai due protocolli, ciò che si riconferma "prepotentemente" della "vecchia" Corte è il carattere sussidiario della tutela che essa garantisce ai diritti dell'uomo. Con le riforme attuate, cioè, si è provveduto soltanto ad una riconsiderazione dell'equilibrio tra la responsabilità della Corte e quella degli Stati membri al fine di garantire una sempre più ampia tutela dei diritti e delle libertà convenzionali.

Pertanto, si esclude con convinzione che la giurisdizione di Strasburgo possa rappresentare un ulteriore grado di giudizio rispetto a quelli garantiti dalle vie di ricorso interne, affermando ancora una volta la necessità che una tutela efficace dei diritti dell'uomo sia operata in primo luogo a livello nazionale, chiedendo agli Stati membri uno sforzo concreto per evitare che la Corte sia chiamata ad adempiere alla loro preventiva responsabilità.

Nello specifico, e sul piano pratico, ciò si traduce in un invito per gli Stati ad impegnarsi maggiormente nel: dare piena esecuzione alle sentenze della Corte, adottando le misure necessarie per prevenire violazioni già accertate; seguire l'evoluzione della giurisprudenza di Strasburgo, prestando particolare attenzione a quelle sentenze che, se pure emesse a carico di un altro Stato, accertino violazioni che potrebbero verificarsi anche nei loro ordinamenti; garantire, a coloro che affermano di essere vittime di una violazione, l'opportunità di far valere le proprie pretese, anche risarcitorie, in prima battuta dinanzi a un giudice nazionale. La Corte, invece, è invitata soprattutto a operare in coerenza con il proprio ruolo sussidiario, e a garantire la chiarezza e l'unitarietà della propria giurisprudenza, così da facilitare il compito alle autorità nazionali nell'applicazione delle norme convenzionali⁵⁸.

A implementare il principio di sussidiarietà, sono intervenuti diversi strumenti, fra i quali: a) l'introduzione della "*pilot-judgement procedure*"; b) la previsione di un meccanismo di

⁵⁷ Per un approfondimento sulle formazioni della Corte di Strasburgo v. CARDAMONE D., *Assegnazione a formazioni giudiziarie nei procedimenti dinanzi alla Corte EDU* in BUFFA F., CIVININI M.G. (a cura di), *La Corte di Strasburgo*, op. cit., pp. 71-76.

⁵⁸ TOSCANO M., *Il fattore religioso nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, op. cit., pp. 42-64.

rinvio pregiudiziale consultivo alla Corte da parte dei giudici nazionali⁵⁹; c) le procedure e i criteri seguiti dal Comitato dei ministri nella supervisione della fase esecutiva delle sentenze della Corte; d) e infine campagne informative e di sensibilizzazione⁶⁰.

La valorizzazione della sussidiarietà, alla quale stiamo assistendo soprattutto negli ultimi anni, ha consentito di dedurre che la Corte europea accetti che vi sia una certa difformità nei livelli nazionali di tutela dei diritti umani⁶¹; in effetti, nei paragrafi che precedono, è emerso chiaramente che la funzione della Corte non sia quella di operare una unificazione del diritto, quanto piuttosto quella di portare a sintesi le diverse realtà nazionali, cercando di sviluppare standard minimi e comuni di protezione⁶². La Corte, cioè, si trova a dover mediare tra le prerogative nazionali e lo scopo ultimo della CEDU, quello di costruire un sistema volto alla salvaguardia e allo sviluppo dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, con il fine ultimo di realizzare un'unione stretta tra tutti gli Stati membri del Consiglio d'Europa⁶³. Alla Corte cioè si richiede di agire consapevolmente per evitare ingiustificate interferenze nelle prerogative nazionali⁶⁴.

4.3. Il duplice diritto di azione sovranazionale: i ricorsi interstatali e i ricorsi individuali.

Il diritto di ricorso interstatale costituisce una vera e propria breccia nel "dominio riservato" degli Stati, i quali sono tenuti a rispondere, dinanzi alla Comunità degli Stati europei, del grado di tutela garantito internamente ai diritti fondamentali, nella

⁵⁹ La prima indicazione ufficiale in tal senso è rinvenibile nella Dichiarazione finale di Izmir, nella quale si sottolineava l'opportunità di dotarsi di un'apposita procedura per consentire alle più alte giurisdizioni nazionali di adire la Corte, interpellandola su questioni particolari concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione; a quello spunto ha fatto seguito il parere del 2013 dell'Assemblea parlamentare e, da ultimo, l'introduzione della procedura per mezzo del già citato Protocollo aggiuntivo n. 16

⁶⁰ Queste campagne erano orientate da una parte, all'interno delle articolazioni pubblicistiche dei singoli Stati, per diffondere la percezione di un obbligo condiviso tra tutte le istituzioni avente ad oggetto l'esecuzione delle pronunce della Corte; dall'altra parte, nei riguardi dei cittadini per far conoscere meglio sul fronte processuale i requisiti di ricevibilità e sul fronte sostanziale i contorni oggettivi e soggettivi dei diritti tutelati dalla Convenzione, onde evitare la presentazione di ricorsi destinati all'inammissibilità

⁶¹ LEGG A., *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law*, op. cit., p. 63

⁶² SPANO R., *Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity*, in *Human Rights Law Review*, Vol. 14, n. 3, 2014, p. 493; si veda anche LORD REED, *The Common Law and the ECHR*, discorso tenuto presso Inner Temple, 11 Novembre 2013, disponibile al link https://www.innertemple.org.uk/downloads/members/lectures_2013/lecture_reed_2013.pdf

⁶³ CEDU, Preambolo, "il fine del Consiglio d'Europa è quello di realizzare un'unione più stretta tra i suoi membri [...] uno dei mezzi per conseguire tale fine è la salvaguardia e lo sviluppo dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali"; RINELLA A., *Diritti e libertà fondamentali*, in MORBIDELLI G., PEGORARO L., RINELLA A., VOLPI M., *Diritto pubblico comparato*, op. cit., pp. 348 ss.

⁶⁴ Questa tensione tra diversità e universalità, vedremo, sarà amplificata nel contesto della libertà religiosa dove differenti sono le dinamiche a livello europeo. In questo settore, la Corte si trova in equilibrio precario: da una parte non può ignorare la profonda diversità dei modelli di relazione tra stato e chiesa esistenti in Europa ma dall'altra non può neppure venir meno all'obiettivo di garantire uguale livello di protezione della libertà religiosa, individuale e collettiva, libertà che la Corte ha ripetutamente definito indispensabile per l'esistenza di una società democratica.

prospettiva di un comune progetto d'integrazione e cooperazione. L'incisività del ricorso statale rispetto alle prerogative sovrane di ciascuna Parte contraente si evince dalle esigue limitazioni cui esso è soggetto: ogni Stato contraente ha sia la facoltà di allegare l'inosservanza delle disposizioni della Convenzione e dei protocolli, sia il diritto, ai sensi dell'art. 33 CEDU, di agire nei confronti di un altro contraente per la tutela dei diritti degli individui sottoposti all'autorità dello Stato convenuto, indipendentemente dalla loro cittadinanza, e dunque anche nel caso di cittadini di tale Stato o di apolidi⁶⁵.

Le condizioni di ricevibilità per il ricorso interstatale sono esclusivamente due: il previo esaurimento dei ricorsi interni e il rispetto del termine di sei mesi dalla data della decisione interna definitiva⁶⁶.

La chiave di volta del meccanismo di salvaguardia dei diritti e delle libertà enunciati nella Convenzione è rappresentata in particolare dalla possibilità di presentare ricorso individuale, che ha consentito alla Corte di Strasburgo di produrre una copiosa giurisprudenza a presidio dell'effettività della garanzia collettiva dei diritti in parola. Senza il ricorso individuale, infatti, gli organi di Strasburgo si sarebbero dovuti occupare esclusivamente degli sporadici ricorsi interstatali e, dunque, sarebbero rimasti in ombra, confinati in un «angolo della realtà istituzionale europea»⁶⁷.

L'art. 34 della Convenzione⁶⁸, così come modificato dal Protocollo n. 11, disciplina il ricorso individuale introducendo due rilevanti novità di sostanza e di procedura: da un lato il diritto di azione individuale non risulta più subordinato alla previa accettazione da parte di uno Stato contraente, dall'altro il Segretario generale del Consiglio d'Europa non assolve più alla funzione di destinatario dei ricorsi. L'art. 34, insomma, si limita ad affermare in modo conciso che «*la Corte può essere investita di un ricorso da parte di una persona fisica, un'organizzazione non governativa o un gruppo di privati che si sostenga vittima di una violazione da parte di una delle alte parti contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione e nei suoi protocolli. Le Alte Parti contraenti si impegnano a non ostacolare con alcuna misura l'esercizio effettivo di tale diritto*».

⁶⁵ STARACE V., *Ricorsi interstatali*, in BARTOLE S., CONFORTI B., RAIMONDI G. (a cura di), *Commentario*, op. cit., pp. 555 ss.

⁶⁶ Una trattazione diffusa dell'argomento in parola, si trova, fra i tanti, in JACOBS F.G., WHITE R.C.A. (a cura di), *The European Convention on Human Rights*, Oxford 1996, pp. 355 ss.

⁶⁷ In generale RAIMONDI G., *Ricorsi individuali*, in BARTOLE S., CONFORTI B., RAIMONDI G. (a cura di), *Commentario*, op. cit., pp. 559 ss. L'entusiasmo ed i toni trionfalistici con cui gran parte della dottrina ha salutato il diritto di azione individuale dinanzi alla Corte di Strasburgo, sono stati attenuati da taluni autori i quali hanno lamentato l'insufficienza del ricorso individuale difficilmente praticabile senza un'adeguata assistenza legale e, dunque, inaccessibile alle persone indigenti. Cfr. PETTITI, *Réflexion sur les principes et les mécanisme de la Convention*, in DECAUX E., IMBERT P.H., PETTITI L.E. (a cura di), *La Convention Européenne des droits de l'homme- Commentaire article par article*, Parigi 1999, pp. 28 ss.; ZWAAK L., *The reform of the supervisory Mechanism under the european covention on Human rights: does it really matter?* in BULTERMANN M., HENDRIKS A., SMITH J. (a cura di), op cit., pp. 206 ss.

⁶⁸ Art. 34 CEDU: «*la Corte può essere investita di un ricorso da parte di una persona fisica, un'organizzazione non governativa o un gruppo di privati che si sostenga vittima di una violazione da parte di una delle alte parti contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione e nei suoi protocolli. Le Alte Parti contraenti si impegnano a non ostacolare con alcuna misura l'esercizio effettivo di tale diritto*».

Avuto riguardo alle persone fisiche due osservazioni s'impongono: da un canto, come già precisato, né la cittadinanza né la residenza del ricorrente rilevano ai fini di legittimare la presentazione del ricorso, pertanto ogni individuo, sottoposto alla giurisdizione di uno degli Stati membri della Convenzione, che si pretenda vittima di una lesione da parte del suo o di altro Stato di appartenenza, è legittimato a lamentare tale doglianza dinanzi alla Corte di Strasburgo; dall'altro, perfino gli individui la cui capacità di agire è limitata o esclusa hanno facoltà di proporre ricorso individuale, anche senza il concorso del loro rappresentante legale (tutore o curatore).

Infine, per quanto attiene alle condizioni di ricevibilità dei ricorsi individuali, l'art. 35 della Convenzione prevede che: 1) deve essere previamente esaurita la tutelabilità giurisdizionale interna ai rispettivi Stati; 2) il ricorso non può essere anonimo; 3) il medesimo giudizio non deve pendere contemporaneamente presso un'altra istanza Internazionale di Giustizia; 4) non può esservi insussistenza del carattere abusivo del ricorso per l'impiego di terminologia scurrile o offensiva; 5) le violazioni denunciate devono risalire a epoca posteriore all'entrata in vigore della Convenzione nello Stato convenuto; 6) le violazioni denunciate devono collocarsi nell'ambito territoriale di competenza, cioè nel territorio degli Stati aderenti; 7) deve sussistere la titolarità del diritto d'azione da parte di persone fisiche e giuridiche in grado di rivendicare il godimento del diritto presuntivamente violato; 8) il diritto violato deve risultare nel novero delle libertà garantite dalla Convenzione⁶⁹.

4.4. L'interpretazione della Convenzione

I diritti fondamentali hanno una struttura aperta, generale ed astratta, e il loro preciso significato richiede sempre di essere definito. Di conseguenza, la loro applicazione è intrinsecamente legata a un lavoro di continua e costante interpretazione da parte dei giudici interessati. Obiettivo della Corte diviene così la ricerca dell'interpretazione più idonea a raggiungere lo scopo e a realizzare l'oggetto del trattato.

Per adempiere a questa funzione la Corte di Strasburgo fa sempre più ricorso al c.d. "diritto straniero", con la quale espressione si ricomprende: il diritto degli Stati membri della Convenzione, sentenze di altre corti sorelle o di altre corti nazionali influenti, convenzioni internazionali, e atti di organi internazionali che abbiano peso sul piano delle relazioni internazionali.

⁶⁹ Un'analisi esaustiva sulle singole condizioni di ricevibilità si può trovare in GRANATA S., MAZZESCHI PISILLO R., RAIMONDI G., *Condizioni di ricevibilità*, in BARTOLE S., CONFORTI B., RAIMONDI G. (a cura di), *op. cit.*, pp. 579 ss.

Laddove queste fonti si dimostrino pertinenti all'interpretazione della Convenzione e funzionali alla risoluzione di articolate vicende, i giudici europei possono avvalersene per dirimere singoli casi, contribuendo così sia alla creazione di nuova giurisprudenza, che alla evoluzione o alla difesa di quella già esistente. Questo vale soprattutto in materia di diritti fondamentali, dove la Corte, con sempre più frequenza, si confronta e utilizza materiale normativo mutuato da altre corti internazionali o da altri sistemi.

In effetti il confronto e il dialogo con la dottrina sono sempre più importanti per adeguare il prodotto giurisprudenziale alle c.d. "condizioni attuali", ovvero alla realtà normativa e politico-sociale dei singoli Paesi.

In un sempre crescente numero di casi si osserva che la Corte ricorre a soluzioni suggerite dai diritti nazionali. Le ragioni di queste scelte sono molteplici, ma due sono le più convincenti: prima di tutto la Corte di Strasburgo non può fare a meno di conoscere il diritto nazionale, perché ciò le consente innanzitutto di stabilire se il ricorrente abbia o no esaurito tutti i rimedi nazionali, e poi di capire se il trattamento giuridico riservato al ricorrente da parte degli organi che esercitano il potere su di lui sia stato applicato coerentemente con le norme giuridiche dello Stato coinvolto; in secondo luogo, si tratta di scelte coerenti con una delle funzioni che la Corte riconosce alla Convenzione, quella cioè di "strumento vivente" che richiede interpretazioni attente alle condizioni attuali di vita e all'evoluzione delle norme di diritto nazionale e internazionale (cosiddetta interpretazione evolutiva o dinamica), al fine di rendere effettiva, e non meramente teorica, la protezione dei diritti, riconoscendo un particolare rilievo sia al progresso scientifico, sia all'evoluzione dei costumi sociali che si producono all'interno delle società dei singoli Stati membri.

La conoscenza del diritto straniero, fra l'altro, consente di esprimere un giudizio più equo e imparziale rispetto al diritto vivente della parte attrice e di quella convenuta. Il dialogo tra dottrina e Corte, insomma, che si dispiega sotto forma di interazione intellettuale, finisce spesso con l'agire come fonte d'ispirazione per i giudici che vi ricorrono per superare, in via interpretativa, interpretazioni del diritto ormai obsolete, poco chiare o addirittura contraddittorie⁷⁰.

È pur vero che manca nel sistema CEDU il principio del "rinvio pregiudiziale", tuttavia l'art. 46 della Convenzione⁷¹ prevede la forza vincolante delle pronunce dell'organo giurisdizionale del Consiglio d'Europa.

⁷⁰ DE VERGOTTINI G., *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, op. cit., p. 87.

⁷¹ Art. 46 CEDU: "Le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti. 2. La sentenza definitiva della Corte è trasmessa al Comitato dei Ministri che ne controlla l'esecuzione. 3. Se il Comitato dei Ministri ritiene che il controllo dell'esecuzione di una sentenza definitiva sia ostacolato da una difficoltà di interpretazione di tale sentenza, esso può adire la Corte affinché questa si pronunci su tale questione di interpretazione. La decisione di adire la Corte è presa con un voto a maggioranza dei due terzi dei rappresentanti che hanno il diritto di avere un seggio in seno al Comitato. 4. Se il Comitato dei Ministri ritiene che un'Alta Parte contraente rifiuti di conformarsi a una sentenza definitiva in una controversia cui essa è parte, può, dopo aver messo in mora tale Parte e con una decisione adottata con voto a maggioranza dei due terzi dei rappresentanti che hanno il diritto di avere un seggio in seno al Comitato, adire la Corte sulla questione dell'adempimento

Per quanto riguarda le fonti cui la Corte di Strasburgo si ispira per la sua attività interpretativa, alcune sono classiche, altre più moderne. Tra le classiche, il diritto comparato costituisce indubbiamente una fonte d'ispirazione essenziale e primaria: sono numerosi infatti i casi in cui la Corte europea ricerca l'esistenza di un denominatore comune tra gli Stati o, più precisamente, un comune sentire a livello europeo. Si tratta, però, di una nozione che non sfugge ad una certa critica: alcuni autori non esitano a ricondurre proprio alla costante ricerca di consenso europeo, messa in atto dalla Corte EDU, il vero problema dell'evoluzione o dell'erosione dei diritti umani⁷².

Tuttavia, la Corte di Strasburgo si è munita anche di altri strumenti per adempiere al ruolo di garante dell'interpretazione uniforme della Convenzione: innanzitutto la Corte ritiene necessario il superamento della logica della semplice reciprocità tra gli Stati contraenti, tipica dei trattati internazionali, perché la Convenzione non crea mere obbligazioni bilaterali ma obbligazioni obiettive; in secondo luogo, per la Corte tutti i diritti e le libertà devono essere interpretati alla luce dello spirito della Convenzione, destinata a salvaguardare e promuovere gli ideali e i valori di una società democratica. La Corte, cioè, ha assunto la Convenzione come strumento dell'ordine pubblico europeo per la protezione dei diritti umani, riservando a sé, in virtù dell'art. 19 CEDU, il compito di vigilare sul rispetto degli impegni discendenti dalla Convenzione a carico degli Stati contraenti⁷³. Esistono poi anche dei veri e propri principi d'interpretazione di cui il giudice europeo si serve: il principio evolutivo, il principio di autonomia, e il principio di effettività⁷⁴.

Il principio evolutivo riflette la specificità della Convenzione quale strumento internazionale di garanzia dei diritti dell'uomo: nel noto caso *Tyler c. Regno Unito*, la Corte ha statuito che «la Convenzione è uno strumento vivo da interpretare alla luce delle condizioni di vita attuali»⁷⁵ e, nella sentenza *Soering c. Regno Unito*, la Corte ha aggiunto che «la Convenzione deve essere letta in funzione del suo carattere specifico di trattato di garanzia collettiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali»⁷⁶. In una prospettiva di continuità

degli obblighi assunti dalla Parte ai sensi del paragrafo 1. 5. Se la Corte constata una violazione del paragrafo 1, rinvia il caso al Comitato dei Ministri affinché questo esamini le misure da adottare. Se la Corte constata che non vi è violazione del paragrafo 1, rinvia il caso al Comitato dei Ministri che ne chiude l'esame."

⁷² TULKENS F., *Questioni teoriche e metodologiche sulla natura e l'oggetto delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in MAZZOLA R. (a cura di), *Diritto e religione in Europa*, op. cit., pp. 88-102.

⁷³ RANDAZZO B., *Giustizia costituzionale sovranazionale*, op. cit., pp. 71-103.

⁷⁴ Per una disamina approfondita dei metodi di interpretazione della Convenzione da parte della Corte si rinvia a PUSTORINO P., *L'interpretazione della CEDU nella prassi della Commissione e della Corte di Strasburgo*, Napoli 1998; JACOT-GUILLARMOUD O., *Règles, méthodes et principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in DECAUX E., IMBERT P.H., PETTITI L.E. (a cura di), *La Convention Européenne des droits de l'homme-Commentaire article par article*, op. cit.

⁷⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, Sentenza del 18 gennaio 1978, caso *Tyler c. Regno Unito*, Ricorso n°. 5856/72; Tale orientamento giurisprudenziale è stato ribadito dalla Corte nel caso *Guzzardi v. Italia*, Seconda sezione, sentenza del 6 ottobre 1980, ricorso n. 7367/76, «la Convenzione deve essere interpretata alla luce delle concezioni che prevalgono ai giorni nostri negli Stati democratici».

⁷⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 7 luglio 1989, Caso *Soering c. Regno Unito*, Ricorso n°. 14038/88.

con tale orientamento giurisprudenziale, e a suggello dello stesso, nel caso *Loizidou c. Turchia* la Grande Camera ha nuovamente stabilito che «la Convenzione è uno strumento vivente che deve essere interpretato alla luce delle condizioni di vita attuali. Un tale approccio non si limita alle disposizioni sostanziali della Convenzione, ma vale anche per quelle, come gli artt. 25 e 46 CEDU (oggi 34) che regolano il meccanismo sulla messa in opera»⁷⁷. Tuttavia, occorre precisare che la funzione nomofilattica della Corte non è illimitata ma vi è una soglia oltre la quale il principio evolutivo non può essere di sussidio alcuno: ciò accade quando la Corte è chiamata a interpretare una norma della Convenzione il cui contenuto era stato chiaramente delimitato dagli Stati in sede di stesura della CEDU.

Il principio di autonomia rappresenta una sorta di presidio della indipendenza, della qualificazione e della portata delle norme della Convenzione rispetto agli *interna corporis acta* nazionali: la Corte, infatti, tende ad attribuire ai diritti e alle libertà il significato che emerge dal contesto della Convenzione e non da quello dei singoli ordinamenti nazionali, in coerenza con l'esigenza di elaborare un diritto europeo comune in materia. Al principio di autonomia fa da contraltare il c.d. margine di apprezzamento, che attribuisce agli Stati contraenti una certa discrezionalità nella possibilità di scegliere se restringere o meno l'esercizio di un diritto o di una libertà al fine di soddisfare un bisogno sociale imperativo, e alla quale dottrina dedicheremo un paragrafo nel seguito della trattazione.

Per completare l'analisi dei criteri d'interpretazione di cui si avvale la Corte occorre menzionare, infine, il principio di effettività, espressione dello spirito innovativo che permea l'intera Convenzione, e sulla base del quale è necessario interpretare le disposizioni convenzionali in modo da renderle concrete ed effettive.

Bisogna a questo punto precisare però che: la competenza interpretativa della Corte non comprende solo il testo della Convenzione ma anche i relativi Protocolli addizionali e di emendamento, i quali, rispettivamente, estendono la sfera dei diritti protetti dalla Convenzione (con la possibilità di entrare in vigore anche tra un numero limitato di Parti contraenti), e modificano il meccanismo procedurale della Convenzione (questi ultimi richiedono come *conditio sine qua non* per la loro entrata in vigore la ratifica da parte di tutti gli Stati parte della Convenzione).

4.5. La struttura e gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo negli ordinamenti degli Stati membri

Il procedimento giurisdizionale dinanzi alla Corte si conclude con l'adozione di una sentenza della Camera o della Grande Camera, il cui valore, in caso di accertamento di una

⁷⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 23 marzo 1995, Caso *Loizidou c. Turchia*, Ricorso n°. 15318/89

violazione della Convenzione, è formalmente dichiarativo⁷⁸. In altri termini, la Corte non ha il potere di pronunciarsi *in abstracto* sulla compatibilità di una normativa interna con la Convenzione ma è tenuta ad accertare esclusivamente se l'applicazione di una determinata disposizione nazionale al caso di specie sia in contrasto o meno con il testo convenzionale o con i Protocolli.

Ciononostante, la dottrina, in sintonia con la prassi giurisprudenziale, ha interpretato in modo ampio l'incisività delle sentenze della Corte rispetto agli ordinamenti degli Stati convenuti: emblematico in tal senso appare *l'obiter dictum* della Corte nel caso *Irlanda c. Regno Unito*, nel quale il giudice di Strasburgo si è espresso nei seguenti termini: «*le sentenze in effetti non servono solo per decidere i casi portati dinanzi alla Corte, ma, più in generale, per chiarire, salvaguardare e sviluppare le regole poste dalla Convenzione così contribuendo all'osservanza da parte degli Stati degli impegni da loro assunti in quanto Parti contraenti*»⁷⁹. La portata innovativa di tale affermazione è stata ridimensionata da una successiva pronuncia della Corte nella quale essa ha ribadito che se da un canto «*è inevitabile che la decisione della Corte avrà effetti che si estendono al di là dei confini di questo specifico caso*», dall'altro «*la decisione non può essa stessa annullare o abrogare queste disposizioni: la sentenza della Corte possiede un carattere essenzialmente dichiarativo*»⁸⁰. Di fronte a tale orientamento giurisprudenziale, tendenzialmente ambiguo, è lecito interrogarsi sugli obblighi che incombono agli Stati membri della Convenzione rispetto alle pronunce della Corte europea⁸¹.

Anzitutto essi sono chiamati, in prima battuta, a dare esecuzione alle sentenze della Corte pronunciate nei casi che li riguardano direttamente e, in una prospettiva più ampia, essi sono tenuti a prendere atto delle potenziali implicazioni che sentenze pronunciate in altri casi potrebbero avere all'interno dei loro ordinamenti e con riguardo alle loro prassi giuridiche. In altri termini, su tutte le Parti contraenti della Convenzione incombe l'obbligo di garantire la conformità dei propri *interna corporis acta* ai diritti e alle libertà

⁷⁸ A norma degli artt. 42 e 44 della Convenzione, le sentenze delle Camere divengono definitive quando le parti dichiarano di non voler chiedere il rinvio della controversia alla Grande Camera; decorsi tre mesi dalla data della sentenza, senza che sia stato richiesto il rinvio alla Grande Camera, quando il collegio della Grande Camera respinge la domanda di rinvio formulata ai sensi dell'art. 43. *A contrario*, le sentenze della Grande Camera sono definitive, come disposto dal primo comma dell'art. 44. Occorre, tuttavia, precisare che alla sentenza possono seguire ulteriori decisioni: il Regolamento della Corte conferisce a questa ultima la facoltà di pronunciare una sentenza interpretativa di una sua pronuncia precedentemente resa (art. 79 del Regolamento); di iniziare una procedura di revisione su richiesta di una parte entro sei mesi dalla data in cui la parte ha acquisito conoscenza di un elemento decisivo di cui l'interessato ignorava, senza colpa, l'esistenza (art. 80 del Regolamento); infine, entro un mese dalla pronuncia di una sentenza la Corte può procedere, sia *motu proprio* che su istanza di parte, alla rettifica di errori di redazione o di evidenti inesattezze (art. 81 del Regolamento). Per una trattazione diffusa degli argomenti sopra evocati, si rinvia, *inter alia*, a BULTRINI A., *Sentenze delle Camere, Rinvio dinanzi alla Grande Camera, Sentenze definitive*, in BARTOLE S.; CONFORTI B., RAIMONDI G. (a cura di), *op. cit.*, pp. 674 ss.

⁷⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, *caso Irlanda c. Regno Unito*, *op. cit.*, par. 154.

⁸⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, Sentenza del 13 giugno 1979, caso *Marckx c. Belgio*, par. 58.

⁸¹ Cfr. DRZEMCZEWSKI A., *Commento all'articolo 46 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, (traduzione di RAIMONDI G.), in BARTOLE S., CONFORTI B., RAIMONDI G. (a cura di) *Commentario, op. cit.*, pp. 686 ss.

tutelati dalla Convenzione e dai suoi protocolli così come interpretati dalla Corte. Difatti ai sensi dell'art. 46 c. 1 della Convenzione: «*Le Alti Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti*».

Una volta constatata una violazione da parte della Corte, lo Stato convenuto ha il dovere di compiere tutto quanto è in suo potere per interrompere la violazione ed eliminarne le conseguenze al fine di ristabilire, per quanto possibile, la situazione anteriore alla stessa violazione. Il dovere di eseguire la sentenza della Corte delinea un obbligo di risultato, di conseguenza, lo Stato è libero di scegliere i mezzi per realizzarlo⁸².

A seconda dell'origine della violazione constatata, poi, lo Stato interessato è obbligato, da una parte, ad adottare misure inerenti al caso individuale, dall'altra, se le circostanze lo richiedono, a servirsi di misure di carattere generale che oltrepassano i confini del caso specifico. Quanto alle misure individuali, la constatazione di una violazione della Convenzione da parte di uno Stato membro richiede che quest'ultimo intraprenda un'azione riparatrice che può consistere sia nell'accelerazione di procedimenti che si siano protratti troppo a lungo, sia nella rimozione di un'iscrizione dal casellario giudiziale, sia una vera e propria *restitutio in integrum* che impone l'eliminazione di tutti gli effetti e le conseguenze, di fatto e di diritto, della decisione interna o della misura in contrasto con la Convenzione. Solo in via suppletiva, per l'eventualità che nel caso concreto non sia realizzabile una perfetta rimessione in pristino, l'art. 41 della CEDU prevede un rimedio risarcitorio, consentendo alla Corte di accordare alla vittima della violazione una "equa soddisfazione"⁸³ attraverso due canali: le autorità nazionali oppure la Corte. Si tratta di un rimedio residuale che presuppone l'impossibilità di perseguire l'obiettivo primario della Convenzione, vale a dire la tutela effettiva (preventiva o restitutoria) del diritto conteso.

L'equa soddisfazione deve essere intesa in termini monetari e può comprendere il risarcimento del danno materiale e morale e delle spese degli onorari sostenuti dal ricorrente anche per le procedure davanti alle giurisdizioni interne. Tuttavia, bisogna rilevare che nella maggior parte dei casi la Corte non riconosce al ricorrente il diritto all'equa soddisfazione, ritenendo che l'accertamento della violazione costituisca di per sé una sufficiente misura risarcitoria e, quand'anche uno Stato sia condannato a risarcimento, quest'ultimo si caratterizza quasi sempre per un ammontare simbolico.

Occorre precisare, inoltre, che la Corte potrà accordare un'equa soddisfazione solo a condizione che il diritto interno dello Stato convenuto non consenta di eliminare

⁸² Sugli effetti delle sentenze nelle giurisdizioni nazionali si veda diffusamente PIRRONE P., *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano 2004; ROLLA G. (a cura di), *Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali e i rapporti tra giurisdizioni*, Milano 2011; RANDAZZO B., *Interpretazione delle sentenze della Corte europea dei diritti ai fini dell'esecuzione (giudiziarica) e interpretazione della sua giurisprudenza ai fini dell'applicazione della CEDU*, in *Rivista AIC*, n. 2/2015.

⁸³ Sulla materia della equa soddisfazione si rinvia a SUNDERBERG F., *Articolo 41, Equa soddisfazione* (traduzione di RAIMONDI G.), in BARTOLE S., CONFORTI B., RAIMONDI G., *Commentario, op. cit.*, pp. 661 ss.

totalmente le conseguenze della decisione o della misura oggetto del contendere. Ferma restando la buona prova della pratica dell'equa soddisfazione, il sistema, così concepito, potrebbe consentire che rimanga ferma una decisione interna, magari gravida di conseguenze anche su interessi particolarmente sensibili come la libertà personale, che la Corte ha condannato in quanto contraria alla Convenzione. In ragione di ciò, in seguito all'esame di alcuni casi che avevano dato luogo a gravi problemi di esecuzione a causa dell'assenza di adeguati strumenti nazionali di riparazione, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, responsabile della corretta implementazione delle sentenze della Corte da parte degli Stati destinatari, il 19 gennaio 2000 ha adottato la nota Raccomandazione n. R (2000) relativa al riesame e alla riapertura di alcuni casi a livello interno in seguito a pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo. In particolare, sembra opportuno riportare due importanti passaggi della risoluzione in parola: il Comitato dei Ministri rileva, da un verso, che il dovere di adeguarsi alle sentenze della Corte, può comportare per lo Stato convenuto «l'adozione di misure, diverse dall'equa soddisfazione accordata dalla Corte in conformità all'art. 41 della Convenzione e/o delle misure generali, affinché la parte lesa si ritrovi, nella misura del possibile, nella situazione in cui essa si trovava prima della violazione della Convenzione (*restituito in integrum*)». Per altro verso, il Comitato ha affermato all'interno della Raccomandazione che «vi sono delle circostanze eccezionali nelle quali il riesame di un caso o la riapertura di un procedimento è apparso essere il mezzo più efficace, se non il solo, per realizzare la *restituito in integrum*». Sebbene la Raccomandazione in discorso, sul piano giuridico-formale, non goda di nessuna forza vincolante, alla stregua di quanto accade per gli altri analoghi atti del Comitato, è d'obbligo riconoscerne l'impatto positivo, in termini di efficienza, nella tutela dei diritti dell'uomo da parte di quegli Stati refrattari ad adeguarsi alle sentenze della Corte.

L'equa soddisfazione e la *restituito in integrum* costituiscono, dunque, le misure individuali cui lo Stato deve ricorrere al fine di eseguire la *voluntas* del giudice europeo, ma, come osservato in precedenza, spesso lo Stato condannato è tenuto a porre in essere anche misure generali richieste dalla Corte. Tale ipotesi si verifica quando la violazione della Convenzione da parte di uno Stato non costituisce la conseguenza di un occasionale e sporadico caso di cattivo funzionamento dell'ordinamento giuridico dello Stato convenuto, bensì è determinata dalla struttura complessiva e originaria dello stesso, che può risultare viziata a livello di legislazione primaria, secondaria o anche amministrativa⁸⁴.

In simili casi si parla solitamente di "violazioni strutturali" o "violazioni fotocopia", destinate cioè a riprodursi fino a quando la causa che le origina non sia eliminata. In presenza di questo tipo di violazioni, allo Stato è richiesto qualcosa di più della semplice

⁸⁴ POLLICINO O., *Unione Europea e CEDU: analisi comparata della genesi e dei primi sviluppi della rispettiva azione, con particolare riferimento alla tutela dei diritti fondamentali*, in *Quaderni costituzionali*, 31 gennaio 2012, pp. 15-17.

restitutio nel caso concreto: dall'impegno di conformarsi alla sentenza discende l'obbligo di adottare tutte le misure necessarie per prevenire il ripetersi di analoghe violazioni. Si tratta di misure che, se pure adottate come risposta all'esito di una determinata controversia, finiscono per avere portata generale e astratta, e producono effetti *erga omnes*⁸⁵.

L'art. 41 della CEDU prevede che «*se la Corte dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi Protocolli e se il diritto interno dell'Alta Parte contraente non permette se non in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, se del caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa*». Ebbene, fino a non molto tempo fa, la prassi della Corte e del Comitato dei ministri era orientata nel senso della pressoché esclusiva valorizzazione dell'equa soddisfazione in denaro, trascurandosi – anche nei casi in cui sarebbe stata possibile una riparazione delle conseguenze per così dire “in forma specifica” – quest'ultima soluzione.

Più di recente, invece, a partire dagli anni novanta e ancor più nel decennio successivo, l'approccio degli organi di Strasburgo si è ribaltato, giungendo non solo a preferire la riparazione delle conseguenze “in forma specifica”, allorché questa risultasse agevole o comunque possibile secondo il diritto nazionale, ma addirittura (almeno in alcuni casi) a richiedere la “conformazione” degli Stati alle statuizioni della Corte anche attraverso una modifica del loro diritto interno, più o meno espressamente censurato proprio perché tale da non consentire la piena riparazione delle conseguenze della violazione e tale da non impedire il verificarsi di analoghe violazioni.

A questo punto può essere utile dedicare almeno qualche cenno agli sviluppi della prassi, inaugurata già nel 2004, delle c.d. sentenze pilota, secondo cui la Corte di Strasburgo, al fine di conferire alle proprie pronunce un valore più generale e penetrante, e incrementare al contempo le responsabilità degli attori nazionali, sospende l'esame di una moltitudine di “ricorsi seriali” (ovvero di ricorsi provenienti da soggetti diversi ma tra loro sostanzialmente analoghi) e pronuncia per un unico caso tra questi (appunto il “caso pilota”) una sentenza, la quale, da un lato, individua le carenze strutturali dello Stato responsabile delle “violazioni seriali” (spesso in conseguenza del proprio impianto legislativo) e, dall'altro, indica le misure di riforma strutturale da realizzare a livello statale per porre termine alla violazione sistematica⁸⁶. Se inizialmente tali “direttive giurisprudenziali” hanno avuto natura generica, lasciando cioè alle autorità nazionali

⁸⁵ Sia la *restitutio in integrum* che interessa il ricorrente, sia la prevenzione di nuove violazioni, hanno sempre costituito obbligazioni di risultato che incombono sullo Stato responsabile: questo rimane pertanto libero di decidere a quali misure ricorrere per conformarsi alla sentenza della Corte, salvo ovviamente l'obbligo di corrispondere al ricorrente l'equa soddisfazione eventualmente disposta dalla Corte.

⁸⁶ Sul tema: PIRAS L., “Sentenze pilota” della Corte EDU: Quando conformarsi ad esse?, in *Diritto e Giustizia*, n.2/2014, pp. 10 ss.; GRECO R., Le sentenze “pilota” della Corte europea dei diritti dell'uomo: efficacia ultra partes?, in *Processo penale e giustizia*, n.3/2015, pp. 105 ss.; VANNUCCINI S., Lineamenti essenziali sull'efficacia delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e sulle modalità di espletamento dell'attività in ordine alla c.d. “post-judgements phase”, in *Federalismi.it*, 22 gennaio 2016.

coinvolte la scelta delle specifiche modalità attraverso cui raggiungere il risultato, talvolta la Corte si è spinta oltre, indicando espressamente misure puntuali e prive di alternative. Merita di essere ricordato che la “procedura di sentenza pilota” è stata poi formalmente recepita nel 2011 attraverso una modifica del regolamento interno della Corte EDU, con la quale si prevede che a tale procedura si faccia ricorso «quando i fatti posti a base di un ricorso rivelano l'esistenza nelle Parti Contraenti interessate di un problema sistemico o strutturale o altre simili disfunzioni che hanno dato origine o possano dare origine ad analoghi ricorsi»⁸⁷.

Tuttavia è bene chiarire che le “sentenze pilota” (che hanno variegata natura e struttura) non presentano una speciale forza, ma si caratterizzano semplicemente per il fatto che decidono un caso in vista delle decisioni di altri numerosi casi identici (seriali) già pendenti, la cui trattazione viene sospesa in modo da consentire al governo interessato di introdurre soluzioni nazionali riparatorie e preventive di violazioni ripetute o strutturali. Pertanto, dal punto di vista giurisprudenziale le sentenze pilota sono spesso di scarso interesse poiché si rifanno a precedenti non contestati.

Passando ora ad analizzare la struttura delle sentenze della Corte di Strasburgo, innanzitutto è bene ricordare in premessa che sebbene essa possa adottare sia sentenze che decisioni, le pronunce sul merito dei ricorsi sono tutte adottate con sentenze.

Pertanto, mentre le decisioni sono utilizzate per dichiarare i casi di irricevibilità del ricorso, di cancellazione dal ruolo o per inoltrare domanda di interpretazione, le sentenze sono invece adottate quando la Corte si deve pronunciare sul merito del caso, in caso di domanda di revisione o di interpretazione di una sentenza, o in caso di domanda del Comitato dei ministri sull'inadempimento dello Stato nell'esecuzione di una sentenza.

La sentenza è solitamente redatta seguendo tale schema: dapprima troviamo la descrizione dell'introduzione del ricorso, del fatto e dei motivi di ricorso; seguono le indicazioni della normativa interna, di quella internazionale e del diritto comparato pertinente; dopodiché sono esposti gli argomenti sviluppati dal ricorrente, dal governo e dagli eventuali terzi intervenuti; abbiamo poi la motivazione della sentenza, che è articolata attraverso l'indicazione dei precedenti relativi alle questioni poste dal ricorso e la loro applicazione al caso; troviamo, infine, la conclusione cui perviene la Corte, nella quale viene constatata la propensione da parte del governo nei confronti di una o più disposizioni della Convenzione, e nella quale si esamina l'applicazione dell'art. 41 CEDU⁸⁸ e si indicano le misure che si ritiene necessario siano assunte dal governo ai sensi dell'art. 46 CEDU⁸⁹.

⁸⁷ SCIARABBA V., *La tutela dei diritti fondamentali nella Costituzione, nella Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, in *RivistaAic.it*, n. 1/2017, p. 20.

⁸⁸ Art. 41 CEDU: “Se la Corte dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi Protocolli e se il diritto interno dell'Alta Parte contraente non permette se non in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, se del caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa.”

⁸⁹ CHENAL R., TOMASI L., ZAGREBESLKY V., *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, op. cit., p. 437.

Sia le sentenze che le decisioni devono essere motivate, e quando le sentenze non sono assunte in tutto o in parte all'unanimità (ai sensi dell'art. 23 del Regolamento della Corte le decisioni e le sentenze della Grande Camera e delle Camere devono essere adottate a maggioranza dei giudici effettivi), i giudici hanno diritto di esporre un'opinione separata, dissenziente o concorrente, che farà parte integrante della pronuncia.

Relativamente invece alla struttura delle pronunce, questa segue uno schema fisso: vi è da prima l'esposizione della procedura seguita davanti alla Corte, poi l'esposizione dei fatti e delle vicende giudiziarie svoltesi davanti al giudice interno, comprendente l'esposizione del diritto e della pratica interni pertinenti al caso, segue, nella parte in diritto della motivazione, l'analisi delle questioni che la Corte si trova a dover dirimere e dunque l'esame delle condizioni di ricevibilità e, se superate, l'esame delle diverse questioni di merito.

In ogni questione la Corte espone la tesi di tutte le parti in gioco: quella del ricorrente, quella del governo dello Stato membro convenuto, nonché quella dei soggetti intervenuti; dopodiché espone le proprie argomentazioni. Questa è la parte principale della motivazione, in cui la Corte dà conto delle ragioni per le quali perviene alle sue conclusioni sul merito del ricorso. Quando viene lamentata la violazione di più norme della Convenzione, la Corte discute singolarmente le diverse questioni talvolta soltanto per stabilire che non ritiene necessario esaminare alcune delle violazioni lamentate perché le valutazioni svolte su altri profili considerati sono esaustivi.

Nella motivazione in diritto gli argomenti più interessanti sono invece quelli con i quali la Corte ricostruisce i principi generali applicabili alla fattispecie. Qui si misurano anche la continuità e il consolidamento degli indirizzi giurisprudenziali precedenti: infatti è a partire dai principi generali affermati nella giurisprudenza precedente che, di solito, si sviluppano le tecniche di uso dei precedenti e del *distinguishing*⁹⁰, al fine di pervenire alle conclusioni del caso o, addirittura, pervenire a dei veri e propri *overruling*⁹¹, cioè ribaltamenti degli orientamenti giurisprudenziali consolidati.

⁹⁰ Attraverso lo strumento del *distinguishing* la vincolatività dal precedente può essere superata perché si consente ai giudici di escludere l'applicabilità di uno specifico precedente al caso di specie dimostrando che l'identità tra la fattispecie portata al suo esame e quella del precedente è solo apparente.

⁹¹ Il fenomeno del c.d. *overruling* ricorre quando si registra una svolta inopinata e repentina rispetto ad un precedente diritto vivente consolidato che si risolve in una compromissione del diritto di azione e di difesa di una parte. Elementi costitutivi sono quindi: l'aver a oggetto una norma processuale, il rappresentare un mutamento imprevedibile, il determinare un effetto preclusivo del diritto di azione o difesa. Per un inquadramento generale sulla tecnica di *overruling*, cfr. CALZOLAIO E., *Mutamento giurisprudenziale e overruling*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. 67, n. 3/2013, 899; CONTI R., *Overruling giurisprudenziale e tutela della certezza del diritto*, in AA. VV., *Dialogando sui dei diritti fondamentali in Europa*, cit., 437- 445. D'altra parte, secondo VIGANÓ, bisognerebbe assumere un atteggiamento di *self-restraint* nell'uso dello strumento dell'*overruling*. Secondo l'A., infatti, si tratterebbe di uno strumento prezioso per correggere orientamenti passati della giurisprudenza che si ritengono ormai inadeguati rispetto alla mutata sensibilità contemporanea, ma al quale si dovrebbe ricorrere soltanto in casi eccezionali per evitare di fornire l'immagine di una giurisprudenza costituzionale ondivaga, immagine che nuocerebbe gravemente al prestigio e alla credibilità complessiva di una corte chiamata al compito delicatissimo, di sovrapporsi alle decisioni della maggioranza. Si rinvia a VIGANÓ F.,

Sebbene la Corte non sia formalmente vincolata ai propri precedenti, nell'interesse della sicurezza legale e dell'ordinato sviluppo della sua giurisprudenza, essa li segue e li applica abitualmente. Gli schemi argomentativi impiegati dalla Corte nelle sue decisioni, dunque, si fondano sostanzialmente sui suoi precedenti: i giudici, cioè, vanno alla ricerca del precedente più rilevante in materia e, quando non ne esista uno specifico, si avventurano negli interstizi lasciati aperti tra quei precedenti giurisprudenziali pertinenti ma non specifici.

È bene mettere in chiaro però che spesso i richiami ai precedenti non individuano una soluzione incontrovertibile, lo dimostra la presenza di opinioni separate che i giudici possono allegare alla sentenza della Corte, ciononostante, nell'argomentazione dei giudici, il complesso dei precedenti assume piuttosto la funzione di guida al fine di individuare quelle soluzioni cui non si può giungere senza produrre necessariamente un mutamento di giurisprudenza. Difatti, quando con la procedura del ricorso alla Grande Camera la Corte procede a un *revirement* giurisprudenziale, essa ne indica la ragione nel fatto che ha riscontrato un mutamento nel quadro normativo europeo o internazionale o nelle tendenze socioculturali nel frattempo emerse in tema di diritti fondamentali⁹².

Sempre nella motivazione della sentenza, la Corte deve verificare anche che la violazione lamentata dal ricorrente sia valida e, per giungere a rispondere a tale quesito, il percorso che la motivazione deve seguire è logicamente obbligato: prima di tutto si tratta di stabilire se i fatti, così come denunciati dal ricorrente, segnalano una ingerenza concreta dello Stato convenuto nel diritto fatto valere dal ricorrente, in secondo luogo occorre poi definire l'ambito del diritto e mettere a confronto con esso le condotte, commissive o omissive, dell'autorità dello Stato convenuto delle quali il ricorrente si duole.

L'ingerenza può manifestarsi in modi diversi: può trattarsi di azioni fisiche che incidono sul diritto alla vita o sul diritto a non essere assoggettati a trattamenti inumani o degradanti, di provvedimenti amministrativi o giudiziari che pregiudicano un diritto, ad esempio il diritto alla libertà di religione o alla libertà di espressione del pensiero, ma può trattarsi anche di un'ingerenza omissiva, che riguarda il non adempimento di obblighi positivi gravanti sullo Stato in forza della Convenzione.

Tuttavia non basta che si affermi il sussistere di un'ingerenza affinché le misure limitative repressive possano legittimamente essere adottate dagli Stati: la Corte, infatti, deve valutare se l'ingerenza denunciata sia o meno rispettosa dei limiti e dei criteri stabiliti dalla Convenzione e, a tal fine, deve chiedersi innanzitutto se sussiste una sufficiente base legale

Indipendenza delle Corti e judicial review della legislazione, in BASSINI M., PITRUZZELLA G., POLLICINO O. (a cura di), *Corti europee e democrazia. Rule of law, indipendenza e accountability*, Milano 2019.

⁹² ZAGREBELSKY V., *La giurisprudenza casistica della Corte europea dei diritti dell'uomo: fatto e diritto alla luce dei precedenti*, in BISCOTTI B., BORSELLINO P., POCAR V., PULITANÓ D. (a cura di), *La fabbrica delle interpretazioni, Atti del 7° Convegno della Facoltà di Giurisprudenza Bicocca (Milano, 19-20 novembre 2009)*, Milano 2012, pp. 61-71.; PIN A., *Precedente e mutamento giurisprudenziale. La tradizione anglo-americana e il diritto sovranazionale europeo*, Padova 2017.

che giustifichi l'ingerenza, poiché le misure restrittive dei diritti convenzionalmente garantiti devono essere previsti dalla legge; deve verificare poi che la norma di riferimento sia sufficientemente conoscibile o accessibile, nonché sufficientemente univoca, e quindi tale da consentire la prevedibilità della condotta delle autorità.

La Corte, ancora, deve valutare se l'ingerenza lamentata possa avere un fine legittimo, cioè se quest'ultima fosse diretta a perseguire uno degli scopi per i quali la Convenzione ammette che possono essere limitati i diritti (ad esempio nel caso dell'art. 9 CEDU è considerato fine legittimo la pubblica sicurezza, la protezione dell'ordine, della salute o della morale pubblica, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui). Infine, una volta stabilito la legittimità del fine perseguito, la Corte EDU deve chiedersi se la misura restrittivo-sanzionatoria adottata dalle autorità nazionali sia "necessaria in una società democratica" per il perseguimento di quel fine. Su questo terreno la più tipica valutazione della Corte si esplica attraverso l'impiego del criterio generale di proporzionalità: secondo questo criterio è possibile dichiarare legittima la restrizione del diritto solo se questa risulti proporzionata all'esigenza che si persegue, e non ecceda, dunque, quanto necessario per la tutela degli interessi che la giustificano. Si possono individuare tre componenti della proporzionalità: la verifica dell'adeguatezza della misura rispetto al raggiungimento dello scopo legittimo; la necessità di tale misura; la proporzionalità in senso stretto, ossia il vero e proprio bilanciamento tra gli interessi contrapposti. In linea di principio, affinché si possa considerare legittima l'ingerenza deve superare ciascun "test" ed essere quindi contemporaneamente adeguata, necessaria e proporzionata allo scopo perseguito. Nella pratica, tuttavia, la Corte raramente analizza il caso alla luce di tutte e tre gli elementi citati⁹³. Si tratta della condizione più difficile da superare, non a caso nella maggior parte dei casi in cui la Corte dichiara una violazione della Convenzione, l'ingerenza denunciata, pur superando il vaglio della base legale e del fine legittimo, viene sicuramente censurata quando non riconosciuta come misura necessaria in una società democratica per il raggiungimento del fine medesimo.

Infine, anche laddove la Convenzione non indichi espressamente i motivi che possono giustificare restrizioni al diritto considerato, la Corte europea ammette la legittimità delle giustificazioni fornite dallo Stato solo a condizioni che esse siano compatibili con le esigenze della democrazia e dello stato di diritto, e dunque che vi sia uno scopo legittimo a giustificare l'interferenza. Tra questi ricordiamo: l'integrità territoriale, la sicurezza nazionale, la sicurezza pubblica, l'ordine e la prevenzione delle violazioni della legge penale, il benessere economico del paese, l'esigenza di protezione della salute, la difesa della morale, i diritti e le libertà altrui.

⁹³ CHENAL R., TOMASI L., ZAGREBESLKY V., *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, op. cit., pp.131-139.

È solo al termine di questo complesso itinerario argomentativo che la Corte può pervenire alla conclusione, che può essere raggiunta all'unanimità dei componenti della Camera o della Grande Camera oppure a maggioranza. In quest'ultimo caso il numero dei giudici che hanno condiviso la conclusione e la relativa motivazione viene espressamente indicato, ai restanti giudici, invece, viene riconosciuta la possibilità di esprimere la propria opinione individuale, dissenziente o concordante, che verrà pubblicata in calce al testo della sentenza⁹⁴. Tali opinioni si fondano su una ricostruzione e un'interpretazione dei precedenti della Corte diverse rispetto a quelle adottate dalla maggioranza, attraverso le quali tentano di dimostrare che anche le soluzioni avanzate nei precedenti richiamati sono suscettibili di essere messe in discussione. Quanto detto non dimostra necessariamente che vi sia un nesso fra una sentenza della Corte europea resa a maggioranza, e quindi accompagnata da opinioni dissenzienti, e una sua minore rilevanza nella definizione degli orientamenti della giurisprudenza Europea⁹⁵. Sull'uso e sulla valenza delle opinioni dissenzienti nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo ci si soffermerà nel capitolo dedicato⁹⁶.

Il criterio adottato dalla Corte per realizzare il bilanciamento degli interessi in gioco è quello del *ad hoc balancing*, con il quale si tengono in considerazione le esigenze del caso specifico. La principale critica mossa nei riguardi di questo approccio concerne l'imprevedibilità della giurisprudenza che ne deriva. In effetti, sviluppare una giurisprudenza sulla base del metodo casistico, e dunque sulla scorta della contingenza delle vicende, conduce inevitabilmente a un certo grado di incertezza, che investe tanto la portata esatta di ogni sentenza quanto il contenuto preciso della giurisprudenza della Corte. Infatti l'apporto e il significato della giurisprudenza della Corte EDU sono talvolta imprecisi e contraddittori: mancano di chiarezza, vi è incoerenza tra alcune decisioni e le procedure nazionali sono soggette a un controllo di carattere sempre più minuzioso e puntiglioso⁹⁷.

⁹⁴ RANDAZZO B., *Giustizia costituzionale sovranazionale*, op. cit., pp. 71-103.

⁹⁵ CHENAL R., TOMASI L., ZAGREBESLKY V., *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, op. cit., pp. 49-53

⁹⁶ Per un approfondimento sul tema dell'utilizzo dell'opinione dissenziente nella Corte di Strasburgo si rinvia a MORTATI C. (a cura di), *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, Milano 1964; NOVARESE F., "Dissenting opinion e Corte europea dei diritti dell'uomo", in ANZON A. (a cura di), *L'opinione dissenziente. Atti del seminario svoltosi in Roma nei giorni 5-6 Novembre 1993, Palazzo della Consulta*, Milano 1995, pp. 367 ss.; PETTITI S., *Le opinioni separate, dissenzienti e concordanti dei giudici della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'Uomo*, pp. 416 ss.; CASSESE S., *Lezione sulla cosiddetta opinione dissenziente*, in *Quaderni di diritto costituzionale*, n. 4/2009; KELEMEN K., *Judicial dissent in European constitutional Courts. A comparative and Legal perspective*, Oxfordshire-New York 2018, pp. 102 ss.; DI MARTINO A., *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali. Uno studio comparativo*, Napoli 2016; GALLIANI D. (a cura di), *I diritti umani in una prospettiva Europea. Opinioni concorrenti e dissenzienti (2011-2015)*, op. cit.; CARDAMONE D., PINTO DE ALBUQUERQUE P., *Efficacia della dissenting opinion*, in BUFFA F., CIVININI M.G. (a cura di), *La Corte di Strasburgo*, op. cit., pp. 148-155.

⁹⁷ TULKENS F., *Questioni teoriche e metodologiche sulla natura e l'oggetto delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in MAZZOLA R. (a cura di), *Diritto e religione in Europa*, op. cit., pp. 88-102.

È possibile apprezzare la complessità della questione in un passo dell'opinione parzialmente concorrente e parzialmente dissenziente del giudice Pinto De Albuquerque alla sentenza *Hermann v. Germania*⁹⁸: «è nell'interesse della certezza del diritto, della prevedibilità e dell'uguaglianza dinanzi alla legge che la corte non si discosti dalla sua precedente giurisprudenza senza valide ragioni se le circostanze nella nuova causa non sono materialmente distinte da quelle della causa precedente. Un precedente consolidato della Corte può essere accantonato quando vi è un consenso emergente, negli ordinamenti giuridici interni degli Stati membri del Consiglio d'Europa, nell'ordinamento giuridico interno dello Stato convenuto o in base a strumenti internazionali specializzati, a favore di uno standard giuridico diverso, o quando vi sono nuove conoscenze scientifiche che incidono sulla questione in esame. Tuttavia, una precedente sentenza della Corte non possiede la forza della regola dello *stare decisis* [...]. infatti, la corte è pronta a rivedere la propria giurisprudenza quando quest'ultima è incerta o ha bisogno di "ulteriore sviluppo" [...]»⁹⁹.

4.6. Le competenze *ratione materiae*, *ratione temporis*, *ratione loci*, *ratione personae* della Corte di Strasburgo

L'art. 32 della Convenzione, così come modificato dal Protocollo n. 11, istituisce una competenza *ratione materiae* della Corte, con la quale stabilisce che essa è competente a decidere «tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli». A differenza del precedente sistema, nel quale la competenza *ratione materiae* era applicabile soltanto nei confronti degli Stati che ne accettavano la giurisdizione, nel sistema ristrutturato tutti gli Stati parte della Convenzione vi si sottopongono. Inoltre, mentre nel sistema originario gli Stati contraenti avevano la possibilità di limitare la durata dell'obbligo di giurisdizione nonché la durata della competenza della Corte, nel sistema novellato l'obbligo giurisdizionale ha la medesima efficacia temporale della Convenzione stessa.

Tuttavia, sebbene la competenza della Corte sembra applicarsi con una indubbia uniformità, è comunque possibile individuare alcune deroghe che si applicano in particolari circostanze in cui la Convenzione cede alla determinazione unilaterale degli Stati. Rilevano in tal senso due disposizioni della Convenzione: l'art. 56 e l'art. 57 CEDU¹⁰⁰.

⁹⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 26 giugno 2012, Caso *Herrmann v. Germania*, Ricorso n°. 9300/07.

⁹⁹ CIVININI M.G., *Il valore del precedente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in BUFFA F., CIVININI M.G. (a cura di), *La Corte di Strasburgo*, op. cit., pp. 128 -129.

¹⁰⁰ Art. 56 CEDU: "1. Ogni Stato, al momento della ratifica o in ogni altro momento successivo, può dichiarare, mediante notifica indirizzata al Segretario generale del Consiglio d'Europa, che la presente Convenzione si applicherà, con riserva del paragrafo 4 del presente articolo, su tutti i territori o su determinati territori di cui esso cura le relazioni internazionali. 2. La Convenzione si applicherà sul territorio o sui territori designati nella notifica a partire dal trentesimo giorno successivo alla data in cui il Segretario generale del Consiglio d'Europa avrà ricevuto tale notifica. 3. Sui detti territori le disposizioni della presente Convenzione saranno

Il primo attribuisce ad ogni Stato la facoltà di stabilire con riserva se la Convenzione possa applicarsi o meno a particolari territori all'interno dei quali esso si interessa di curare le relazioni internazionali; dal canto suo, l'art. 57 consente che gli Stati, a certe condizioni, possano apporre riserve a particolari disposizioni della Convenzione e dei suoi Protocolli. Alla competenza *ratione materiae* fa pendant la competenza *ratione personae*: l'art. 32 c. 1, dispone che alla Corte possano sottoporsi questioni che rispettino «le condizioni previste dagli articoli 33 e 34», che riguardano la qualità del ricorrente, che può essere uno Stato contraente, una persona fisica, una organizzazione non governativa o un gruppo di privati, e la qualità del soggetto contro cui il ricorso è proposto, che deve necessariamente essere uno Stato contraente. Riguardo alle persone fisiche due osservazioni s'impongono: innanzitutto bisogna specificare che la protezione della Corte EDU non è accordata ai solo cittadini degli Stati membri del Consiglio d'Europa, né la cittadinanza né la residenza del ricorrente rilevano ai fini della legittimazione alla presentazione del ricorso, in altre parole ogni individuo sottoposto alla giurisdizione di uno Stato parte della Convenzione, che si pretenda vittima di una lesione da parte di quest'ultimo è legittimato a lamentare tale doglianza dinanzi alla Corte¹⁰¹; infine è bene ricordare che anche gli individui la cui capacità di agire è limitata o esclusa, hanno facoltà di proporre il ricorso individuale anche senza il concorso del loro rappresentante legale (tutore o curatore). Qui rileva il tema della qualità di vittima: per essere considerato vittima di una violazione il ricorrente deve dimostrare, in primo luogo, l'esistenza di un'ingerenza nell'esercizio del diritto invocato, in secondo luogo, di essere il soggetto che esercita completamente, o avrebbe l'intenzione di esercitare, tale diritto. La Corte, fra l'altro, ha anche formulato la nozione di vittima indiretta, legittimando la presentazione dei ricorsi anche da parte di quegli individui che hanno un legame stretto e personale con la vittima.

Con riguardo alla competenza *ratione temporis*, la Corte può esprimersi esclusivamente in merito a controversie sorte dopo l'entrata in vigore della Convenzione, in ossequio al noto principio di diritto internazionale dell'irretroattività dei trattati. È pur vero però che l'applicazione di tale principio ha creato notevoli *impasses* alla Corte, soprattutto con riferimento alle controversie che discendevano da avvenimenti verificatisi in un'epoca anteriore alla ratifica della Convenzione, e che furono risolte dalla Commissione elaborando il concetto di «situazione continua», generatrice di una condizione di perpetua

applicare tenendo conto delle necessità locali. 4. Ogni Stato che abbia presentato una dichiarazione conformemente al primo paragrafo del presente articolo può, in qualunque momento, dichiarare, relativamente a uno o a più territori indicati in tale dichiarazione, di accettare la competenza della Corte a esaminare ricorsi di persone fisiche, organizzazioni non governative o gruppi di privati a norma dell'articolo 34 della Convenzione»; Art. 57 CEDU: "1. Ogni Stato, al momento della firma della presente Convenzione o del deposito del suo strumento di ratifica, può formulare una riserva riguardo a una determinata disposizione della Convenzione, nella misura in cui una legge in quel momento in vigore sul suo territorio non sia conforme a tale disposizione. Le riserve di carattere generale non sono autorizzate ai sensi del presente articolo. 2. Ogni riserva emessa in conformità al presente articolo comporta una breve esposizione della legge in questione".

¹⁰¹ CASSESE A., *I diritti umani oggi*, op. cit., pp. 107-115.

violazione della CEDU, e in ragione del quale se la violazione lamentata è iniziata prima della data di entrata in vigore della Convenzione ed è proseguita oltre la data di origine della stessa, solo il secondo periodo sarà preso in considerazione ai fini dell'esame del ricorso¹⁰².

Infine alle limitazioni *ratione temporis* considerate si aggiungano i limiti *ratione loci* della competenza della Corte. La dottrina non concorda sull'individuazione della norma di riferimento per la competenza in questione: taluni ritengono che la competenza territoriale della Corte sia fissata dall'art. 56 della Convenzione, altri, invece, indicano l'art. 1 quale norma chiave in materia. Tuttavia, senza entrare nel merito della diatriba dottrinale, si consideri che mentre l'art. 56 statuisce che ciascuno «*Stato al momento della ratifica o in un altro momento successivo, può dichiarare, mediante notifica indirizzata al Segretario Generale del Consiglio d'Europa, che la presente Convenzione troverà applicazione salvo quanto previsto al paragrafo 4 del presente articolo in tutti i territori o in determinati territori di cui assicura le relazioni internazionali*», l'art. 1 invece prevede che «*le Alte Parti contraenti riconoscono ad ogni persona soggetta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà definiti al titolo primo della presente Convenzione*». Qui bisognerebbe porre l'accento sulla nozione di «giurisdizione», che andrebbe intesa *latu sensu*: essa cioè dovrebbe ricomprendere non solo gli avvenimenti accaduti sul territorio dello Stato, ma anche quelli che si sono verificati al di fuori dello stesso, purché ascrivibili a pubblici funzionari dello Stato contro il quale il ricorso è diretto. In effetti la Corte di Strasburgo ha più volte sostenuto che lo Stato continua a esercitare la sua giurisdizione anche quando una porzione del territorio non sia sotto l'effettivo controllo della sua autorità (ad esempio nel caso in cui la zona interessata sia sottoposta al controllo di movimenti separatisti)¹⁰³.

4.7. Il ruolo della Corte di Strasburgo dopo l'allargamento ad est

Le profonde innovazioni introdotte dal protocollo n. 11 e l'allargamento ad est del Consiglio d'Europa che negli ultimi anni ha portato a raddoppiare il numero degli Stati contraenti, hanno contribuito a rimettere in discussione il ruolo di custode secondario e residuale dei diritti fondamentali che la Corte aveva assunto sino a quel momento. Infatti, la reazione dei giudici di Strasburgo alle due novità di cui si è appena fatta menzione è stata quella di assegnare una maggiore incisività alla propria giurisprudenza, che si è

¹⁰² Per una diffusa disamina sull'argomento in questione si rinvia a STARACE V., *Competenze della Corte*, in BARTOLE S., CONFORTI B., RAIMONDI G. (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e della libertà fondamentali*, op. cit., pp. 544 ss.; TAVERNIER P., *L'actualité du principe de non rétroactivité dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme*, in DE SALVIA M., FLAUSS J. F. (a cura di), *La Convention européenne des droits de l'homme : développements récents et nouveau défis*, Bruxelles 1997, pp. 113 ss.

¹⁰³ CHENAL R., TOMASI L., ZAGREBESKY V., *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, op. cit., pp. 108-114.

caricata di un nuovo “tono costituzionale”¹⁰⁴, e che ha messo in discussione, nel dibattito più recente, tanto l’asserita efficacia soltanto *inter-partes* delle decisioni della Corte, quanto, più in generale, il modello di *individual justice* su cui si fonderebbe il sistema CEDU, che deve occuparsi, cioè, solo del caso concreto.

Come già accennato, l’aumento dei membri del Consiglio d’Europa che si è avuto a partire dagli anni ’90 del secolo scorso, oltre ad aver mutato l’assetto geo-politico dello stesso Consiglio – triplicando il numero dei suoi membri – ha favorito l’introduzione di questioni politiche (anche a rilevanza culturale, etnica e religiosa) profondamente diverse da quelle precedentemente affrontate, che hanno progressivamente prodotto conseguenze anche sulle questioni giuridiche più spinose sottoposte all’esame della Corte EDU.

La Corte di Strasburgo è passata dall’aver una mera funzione interpretativa e implementativa di standard già preesistenti e ampiamente condivisi, a quella diretta a definire *ex novo* percorsi in grado di fungere da punto di riferimento anche per i Paesi di recente ingresso nel sistema CEDU¹⁰⁵.

Il ruolo della Corte europea si è andato trasformando anche sotto un profilo ulteriore, che ha prodotto anche un maggiore attivismo degli stessi giudici di Strasburgo: questi ultimi, infatti, trovandosi spesso di fronte a procedure giurisdizionali istituite nei nuovi Stati membri, che si sono rivelate del tutto inadeguate a garantire un effettivo esercizio dei diritti dei ricorrenti, hanno iniziato a dichiarare ricevibili ricorsi rispetto ai quali non erano stati esauriti tutti i rimedi giurisdizionali interni. In altri termini, la Corte cessa di essere garante secondario dei diritti umani e si ritrova invece in una posizione più cruciale ed esposta.

Pertanto: la difficoltà degli organi politici del Consiglio d’Europa di promuovere, *ex post*, ovvero una volta avvenuta l’adesione dei nuovi Stati membri, un’efficace azione di pressione per favorire le riforme istituzionali promesse prima dell’ingresso; l’aumento

¹⁰⁴ Una delle caratteristiche proprie delle Corti costituzionali è la possibilità che le proprie interpretazioni del parametro costituzionale vengano superate attraverso revisioni costituzionali (salvi soltanto eventuali limiti sostanziali ed assoluti alla revisione). Questa possibilità è di fatto esclusa per la Corte europea dei diritti dell’uomo, soprattutto stante la necessità, per poter procedere ad una revisione dei propri parametri CEDU, di raggiungere l’unanimità, che diventa sempre più improbabile da raggiungere visto l’altissimo numero di Paesi Contraenti. Ciò costituisce dunque una situazione che fuoriesce dal modello di Corte costituzionale classicamente inteso ed è per questo che la Corte di Strasburgo può soltanto dotarsi di un “tono costituzionale”.

¹⁰⁵ Si consideri, infatti, che se fino agli inizi degli anni ’90 gli Stati contraenti erano accomunati da un background culturale e politico più o meno omogeneo, con l’allargamento ad est sono entrati nel Consiglio d’Europa Stati le cui esperienze totalitarie precedenti rimarcavano un profondo divario soprattutto nel campo della tutela dei diritti fondamentali rispetto ai Paesi di più lunga data del sistema CEDU. Pertanto alla Corte di Strasburgo è stato richiesto un impegno supplementare al fine di mantenere alto il precedente standard qualitativo della protezione dei diritti fondamentali. La Corte, cioè, ha dovuto affiancare al suo ruolo originario di custode della Convenzione, anche quello di “esportatore” di principi democratici all’interno di quei Paesi che si stavano adattando per la prima volta ad nuovo un regime di tutela e garanzia delle libertà fondamentali. Sul punto TOSCANO M., *Il fattore religioso nella Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo*, op. cit., pp. 194-195; POLLICINO O., SCIARABBA V., *La Corte europea dei diritti dell’uomo e la Corte di giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale*, op. cit., pp. 17-19; CIMBALO G., *Confessioni e comunità religiose nell’Europa dell’Est. Pluralismo religioso e politiche legislative degli stato*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 8/2019, pp. 5-10.

della concorrenza sul terreno della protezione dei diritti fondamentali; e infine il rischio che con l'ingresso nel sistema CEDU di Paesi con tradizioni poco rispettose dei diritti fondamentali si potesse produrre una pericolosa asimmetria nell'applicazione della Convenzione, con conseguente compromissione di uno degli obiettivi principali perseguito dalla Corte di Strasburgo, la realizzazione di uno *ius publicum europeum* nel campo dei diritti fondamentali, sono tutti fattori che hanno spinto la Corte di Strasburgo a rivedere il proprio orientamento circa l'impatto della sua giurisprudenza nei confronti degli ordinamenti degli Stati membri.

A partire dagli anni '90, infatti, le tendenze giurisprudenziali della Corte si rivelano più innovative rispetto a quelle pregresse, e fra queste si possono distinguere due "percorsi" paralleli¹⁰⁶: a) il primo che amplifica "l'effetto diretto" delle decisioni, vale a dire l'efficacia delle pronunce della Corte nei confronti dello Stato convenuto; b) il secondo (che potremmo definire "effetto indiretto"), invece, che sembra supportare la primazia interpretativa della giurisprudenza della Corte EDU anche nei confronti di tutti quegli Stati contraenti non destinatari legittimi della decisione della Corte. Le due tipologie anzidette hanno in comune il fatto che, oltre alla riduzione dell'abuso del margine di apprezzamento da parte degli Stati, sembrano determinare lo sgretolarsi delle certezze circa l'effetto esclusivamente dichiarativo e *inter partes* delle decisioni della Corte di Strasburgo.

Passando adesso alla seconda tipologia di decisioni cui si è fatto riferimento, vale a dire quelle con cui i giudici di Strasburgo "invitano" lo Stato parte in causa ad adottare delle misure generali per rimediare a problemi strutturali che portano a violazioni sistematiche della Convenzione, deve subito notarsi come tali pronunce, le già citate sentenze-pilota, in misura ancora maggiore rispetto alle altre ipotesi prima passate in rassegna, portino a mettere in dubbio non soltanto l'effetto esclusivamente dichiarativo delle decisioni della CEDU, ma anche l'asserita attenzione privilegiata della sua giurisprudenza al caso concreto. Tali pronunce, cioè, hanno, almeno nelle intenzioni della Corte, un effetto sempre meno mediato e sempre più diretto e generalizzato all'interno dello Stato membro coinvolto. Sempre più spesso, infatti, è la stessa Corte di Strasburgo, a "suggerire" allo Stato quali misure (individuali o di portata generale) adottare¹⁰⁷.

Vi è però un'altra tendenza nella quale sembra prendere forma la nuova incisività post-allargamento della giurisprudenza della Corte europea. La questione è quella relativa

¹⁰⁶ Tale differenziazione è operata ad esempio da DE SHUTTER O., *La cooperation entre la Cour europeenne des droits de l'homme et le juge national*, in *Revue belge du droit international*, 1997, pp. 21 ss.; e da GARDINO CARLI A., *Stati e Corte europea di Strasburgo nel sistema di protezione dei diritti dell'uomo. Profili processuali*, Milano 2005, p. 138.

¹⁰⁷ Vedi ESPOSITO V., *La liberta degli Stati nella scelta dei mezzi attuativi delle sentenze della corte europea dei diritti umani*, testo della relazione predisposta per il tirocinio in materia ordinamentale riservato agli uditori giudiziari, Roma, settembre 2002.

all'esistenza, in capo ai Paesi contraenti (e in particolare ai giudici di questi ultimi), di un dovere di rispettare il *dictum* della Corte anche ove non fossero parti in causa¹⁰⁸.

4.8. La dottrina del margine di apprezzamento

Uno degli elementi più interessanti del modo di operare della Corte di Strasburgo, è quello della c.d. dottrina del "margine di apprezzamento"¹⁰⁹.

La Corte ha riconosciuto che il buon funzionamento del sistema convenzionale non implica necessariamente l'imposizione di uniformità assoluta nell'applicazione della Convenzione, ed è per questo che ha riconosciuto agli Stati lo strumento del margine di apprezzamento, che permette agli stessi di derogare ad alcuni obblighi.

Come già detto, la Corte esercita la propria giurisdizione secondo il principio di sussidiarietà, rispettando, dunque, la democrazia e la legittimità delle istituzioni nazionali. Tuttavia la deferenza verso quest'ultime non può essere tale da escludere l'operare concreto del controllo internazionale.

Il principio di sussidiarietà che opera nella Corte di Strasburgo, serve dunque a introdurre l'idea fondamentale secondo cui tra il giudice nazionale e il giudice internazionale sussiste, in materia dei diritti dell'uomo, una chiara responsabilità comune: le autorità nazionali si assumono la responsabilità primaria, mentre la Corte di Strasburgo si assume la responsabilità ultima. Ad ogni modo la Corte di Strasburgo non è una quarta istanza di giudizio, né una giurisdizione superiore, ossia posta in una posizione gerarchicamente sovraordinata alle giurisdizioni interne. Essa, cioè, non è chiamata a sostituirsi alle autorità nazionali nel garantire i diritti umani, bensì a rafforzare la protezione di questi ultimi a livello nazionale. L'obiettivo, dunque, dovrebbe essere quello di instaurare

¹⁰⁸ Cfr. a questo riguardo la risoluzione n. 122 del 28-9-2000, ove si giunge alla conclusione che «gli Stati contraenti devono non solo eseguire le sentenze pronunciate dalla Corte nelle cause in cui sono parte, ma devono egualmente tener conto delle eventuali incidenze che le sentenze pronunciate in altri casi possono avere sui loro sistemi e sulle loro prassi giuridiche». In molti casi degli ultimi anni si è giunti a richiedere la "conformazione" degli Stati alle statuizioni della Corte anche attraverso una modifica del loro diritto interno, più o meno espressamente censurato proprio perché tale da non consentire la piena riparazione delle conseguenze della violazione e/o perché tale da non impedire il verificarsi di nuove, analoghe violazioni. Cfr. su tali aspetti anche RANDAZZO B., *Giudici comuni e Corte europea dei diritti*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2002, pp. 1303-1383 e ID., *Le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo: effetti ed esecuzione nell'ordinamento italiano*, in ZANON N. (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli, 2006; POLLICINO O., SCIARABBA V., *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale*, op. cit., pp. 6-31.

¹⁰⁹ Sulla questione si rinvia a TANZARELLA P., *Il margine di apprezzamento*, in CARTABIA M. (a cura di), *I diritti in azione*, op. cit., pp. 148 ss.; BUFFA F., *La giurisprudenza Cedu tra progresso sociale e conservazione dello status quo*, in BUFFA F., CIVININI M.G. (a cura di), *La Corte di Strasburgo*, op. cit., pp. 188-189. POLLICINO O., SCIARABBA V., *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale*, op. cit., pp. 13-16; DONATI F., MILAZZO P., *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, in FALZEA P., SPADARO A., VENTURA L. (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, pp. 70 ss.

un'imprescindibile complementarità tra l'ordinamento interno e l'ordinamento internazionale, ai fini della concreta attuazione dei diritti fondamentali¹¹⁰.

Relativamente allo strumento della *deference*, ovvero di quel determinato grado di rispetto da riconoscere agli Stati nazionali, esso viene spesso utilizzato dalle corti sovranazionali per destreggiarsi nel complesso meccanismo del sistema multilivello di tutela dei diritti fondamentali, così da assicurare il rispetto opportuno alle tradizioni costituzionali nazionali e alle scelte legislative e di policy per prevenire potenziali situazioni di conflitto¹¹¹.

La Corte di Strasburgo bilancia la "deferenza" con il principio di proporzionalità, che permette di verificare in concreto le specifiche misure adottate dai diversi Stati per valutarne la loro compatibilità con il dettato costituzionale¹¹².

La dottrina del margine di apprezzamento, pertanto, si configura come lo strumento con cui la Corte traccia il confine tra la propria competenza e quella riservata agli Stati, in una logica di divisione "verticale" del potere che ben si confà al sistema multilivello in cui si esplica, e di bilanciamento tra esigenze di uniformità applicativa e di rispetto delle singole diversità nazionali¹¹³.

Con il concetto di "margine di apprezzamento", insomma, si allude a quello spazio di discrezionalità che gli organi di Strasburgo riconoscono alle autorità nazionali nell'onorare gli impegni assunti con la Convenzione¹¹⁴. Questa discrezionalità riguarda, in primo luogo, la scelta dei mezzi più idonei per l'attuazione dei diritti e delle libertà convenzionali e in

¹¹⁰ Si veda LEGG A., *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law Deference and Proportionality*, Oxford University Press, Oxford 2012; CAROZZA P. G., *Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law*, in *American Journal of International Law*, Vol. 97, 2003.

¹¹¹ GERARDS J., *Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine*, in *European Law Journal*, Vol. 17, n. 1 2011, pp. 81-82

¹¹² ANNICCHINO P., *Tra margine di apprezzamento e neutralità: il caso «Lautsi» e i nuovi equilibri della tutela europea della libertà religiosa*, in MAZZOLA R. (a cura di), *Diritti e religione in Europa*, op. cit., p. 182.

¹¹³ Nei casi che attengono alla libertà religiosa (come avremo modo di valutare nel prosieguo), forse in maggior misura rispetto ad altre disposizioni convenzionali, questa dottrina ha assunto un ruolo fondamentale, per non dire principale, scatenando ampie critiche rispetto all'efficacia della garanzia dei diritti fondamentali della CEDU.

¹¹⁴ GREER S., *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion Under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, Human Rights files, n. 17 2000, p. 5; la bibliografia straniera sul margine di apprezzamento è vasta, si vedano tra gli altri YOUROW H. C., *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, *Connecticut Journal of Int'l Law*, Vol. 3, 1987; BENVENISTI E., *Margin of appreciation, Consensus and Universal Standards*, in *International Law and Politics*, Vol. 31, 1999; ARAI-TAKAHASHI Y., *Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Antwerpen, 2002; BRAUCH J.A., *The margin of appreciation and the jurisprudence of the European Court of Human Rights: threat to the rule of law.*, in *Columbia Journal of European Law*, Vol. 11, 2004; GALLAGHER P., *The European Convention on Human Rights and the Margin of Appreciation*, in <http://ssrn.com/abstract=1982661>, *UCD Working Papers in Law, Criminology & Socio-Legal Studies*, n. 52, 2011; GERARDS J., *Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine*, op. cit.; GREER S., *The interpretation of the European Convention On Human Rights: Universal Principle or Margin of Appreciation?*, in *UCL Human Rights Review*, Vol. n. 3, 2010; KRATOCHVÍL J., *The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 29, n. 3, 2011; LEGG A., *The margin of appreciation in international human rights law: Deference and Proportionality*, Oxford University Press, Oxford, 2012; LETSAS G., *A theory of interpretation of the European convention on human rights*, Oxford University Press, Oxford, 2007; LETSAS G., *Two concepts of the margin of appreciation*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, n. 4, 2006;

secondo luogo la determinazione di quanto una eventuale limitazione o restrizione degli stessi sia necessaria nel bilanciamento con altri diritti o interessi confliggenti in una data circostanza – ovvero quanto una restrizione possa dirsi *necessary in a democratic society*¹¹⁵.

Relativamente al contesto di sviluppo di tale dottrina, non vi sono dubbi sul fatto che quella del margine di apprezzamento sia di creazione giurisprudenziale. Questa nozione si origina, infatti, a partire dal particolare contesto della deroga agli obblighi convenzionali in situazioni di emergenza per la sicurezza nazionale, prevista dall'art. 15 della Convenzione¹¹⁶.

La Corte Europea fa menzione della dottrina del margine di apprezzamento per la prima volta nel caso *Irlanda c. Regno Unito*, nel quale dichiarò quale fosse il fattore determinante per l'attribuzione della suddetta discrezionalità. Agli Stati contraenti la Corte riconosce un ampio margine di discrezionalità in ragione del fatto che essi si trovano in una *"better position"* per affrontare situazioni sensibili a livello politico che possono pregiudicare la sicurezza nazionale. Si legge infatti: *"in ragione del loro contatto diretto e continuo con le pressanti esigenze del momento, le autorità nazionali sono in linea di principio in una posizione migliore rispetto al giudice internazionale per decidere sia sulla presenza di una tale emergenza sia sulla natura e la portata delle deroghe necessarie per scongiurarla. In questa materia l'articolo 15 comma 1 lascia a dette autorità un ampio margine di apprezzamento"*¹¹⁷.

Tuttavia vi è chi ha osservato che in certi casi le autorità interne sono lungi dall'essere *"meglio posizionate"* rispetto al giudice internazionale, poiché in realtà si trovano in una posizione di maggiore esposizione alle pressioni di gruppi politici e sociali di maggioranza. Si tratta di una condizione dalla quale derivano tutti una serie di rischi legati alla loro indipendenza e autonomia.

Difatti sarebbe meglio riconoscere una, per così dire, *"best position"* alle Corti costituzionali, che sembrano invece i soggetti più idonei a mediare tra le peculiarità e le esigenze sociali, politiche, giuridiche nazionali, da una parte, e le istanze di tutela dei diritti fondamentali, dall'altra: ciò perché tanto le une quanto le altre appaiono – per motivi connessi al ruolo istituzionale, e, più concretamente, alle loro caratteristiche *"strutturali"* e *"funzionali"* – meglio comprese dai giudici che compongono queste ultime. Infatti i giudici di Strasburgo, da una parte rischierebbero di non poter adeguatamente

¹¹⁵ Si veda FOKAS E., *Directions in Religious Pluralism in Europe: Mobilizations in the Shadow of European Court of Human Rights Religious Freedom Jurisprudence*, in *Oxford Journal of Law and Religion*, n. 4, 2015, p. 58; ZAGREBELSKY V., *Pace sociale e margine di apprezzamento dei Governi nelle questioni di natura religiosa e morale*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 1, aprile 2013, p. 300; GERARDS J., SENDEN H., *The Structure of Fundamental Rights and the European court of human rights*, in *International journal of constitutional law*, Vol. 7, n. 4, ottobre 2009, p. 645.

¹¹⁶ Il primo comma dell'Art. 15 recita: *"In caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, ogni Alta Parte contraente può adottare delle misure in deroga agli obblighi previsti dalla presente Convenzione, nella stretta misura in cui la situazione lo richieda e a condizione che tali misure non siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale"*. V. CATALDI G., art. 15 in BARTOLE S., DE SENA P., ZAGREBELSKY V. (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova 2012, pp. 554-564.

¹¹⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Caso Irlanda v. Regno Unito*, op. cit., par. 207.

conoscere e valorizzare le prime (le peculiarità nazionali), mentre gli attori nazionali “politici”, dall’altra, potrebbero essere facilmente portati a trascurare le seconde (le istanze di tutela dei diritti). Ovviamente, il riconoscimento di una simile “*best position*” delle Corti costituzionali nazionali non escluderebbe l’intervento del giudice europeo qualora le garanzie offerte da tali Corti dovessero apparire in concreto insufficienti¹¹⁸.

In ogni caso la dottrina del margine di apprezzamento, partendo dal contesto emergenziale, si è progressivamente estesa fino a riguardare la totalità dei diritti e delle libertà protette dalla Convenzione e dai suoi Protocolli. Questo passaggio in contesti privi della caratteristica emergenziale riflette il fatto che il margine di apprezzamento cerca di farsi portavoce di quel desiderio, comune ad ogni comunità nazionale, di preservare i propri peculiari valori e le proprie caratteristiche culturali dinanzi al pericolo di essere travolti dal processo di standardizzazione che l’attività della Corte di Strasburgo potrebbe produrre¹¹⁹.

Altro aspetto da considerare riguardo l’utilizzo che la Corte di Strasburgo ha fatto della dottrina del margine di apprezzamento è che essa lo ha impiegato prevalentemente nell’ambito delle c.d. libertà fondamentali di una società democratica, garantite in particolare dagli artt. 8-11 CEDU, che prevedono: il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8), la libertà di pensiero, coscienza e religione (art. 9), la libertà di espressione (art.10) e la libertà di riunione e di associazione (art. 11).

La ragione di questa “scelta” risiede nella constatazione del fatto che quelle appena citate non sono libertà assolute e ciò consente allo Stato di poter discrezionalmente limitarne il godimento, se pure in considerazione di alcuni limiti solitamente delineati nel secondo comma delle relative disposizioni: stiamo parlando delle c.d. *limitation clauses*. Queste libertà fondamentali, cioè, possono subire limitazioni ai fini della tutela di altri diritti o interessi della collettività generale, purché siano rispettati i requisiti richiesti dalla Convenzione e il bilanciamento raggiunto sia reputato proporzionato.

Pertanto non saranno considerate violazioni quelle limitazioni: previste dalla legge; volte al perseguimento di obiettivi legittimi espressamente indicati dalle *limitations clauses*; necessarie e proporzionate in una società democratica.

Tuttavia è bene specificare che godere di un ampio margine di apprezzamento non si significa necessariamente beneficiare di uno spazio di manovra illimitato: la discrezionalità statale, cioè, è sempre accompagnata, almeno in linea teorica, dalla

¹¹⁸ POLLICINO O., SCIARABBA V., *La Corte europea dei diritti dell’uomo e la Corte di giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale*, op. cit., pp. 1-32.

¹¹⁹ BENVENISTI E., *Margin of Appreciation, Consensus, And Universal Standards*, op. cit., p. 846.

supervisione della Corte europea circa la legittimità della *policy* nazionale e il rispetto dei requisiti di proporzionalità e necessità¹²⁰.

In ultimo, è bene ricordare che l'ampiezza del margine di apprezzamento non è sempre identica: nel corso degli anni la Corte di Strasburgo ha elaborato una serie di criteri che, nel determinare la portata del margine di apprezzamento, tengono in considerazione, prima di tutto, il tipo di controversia sulla quale la Corte è chiamata a esprimersi: infatti nel caso di deroghe agli obblighi della Convenzione per "stato di urgenza" e nel caso di questioni che implicino delle valutazioni di tipo tecnico, economico, finanziario e sociale, o ancora nei casi riguardanti la proprietà privata, il margine di apprezzamento riconosciuto è piuttosto ampio¹²¹; a seconda poi dell'importanza del diritto in questione, il controllo della Corte è più rigoroso e il margine di apprezzamento dello Stato è più limitato quando l'interferenza riguarda un diritto che concerne la sfera privata e intima dell'individuo; ancora, il controllo della Corte aumenta e il margine di apprezzamento degli Stati è ridotto alla sua forma più essenziale, quando ad essere in gioco sono i valori essenziali di una società democratica.

Anche la qualità del processo decisionale nazionale influisce sull'ampiezza del margine di apprezzamento: se la Corte sostiene che non sia intervenuto un appropriato dibattito sociale per giungere a soluzioni giuridiche adeguatamente motivate, allora minor "deferenza" sarà concessa agli organi decisionali¹²²; la *deference* sarà maggiore invece nel caso in cui una *policy* sia stata preceduta e sorretta da un adeguato dibattito parlamentare e sociale; quest'ultima circostanza, infatti, permette di confidare nel fatto che nel dibattito sulla questione si sarà opportunamente tenuto conto delle posizioni dei gruppi di minoranza, e dunque che uno sforzo idoneo è stato compiuto per raggiungere un equilibrio tra gli interessi confliggenti¹²³.

Infine, il criterio forse più rilevante utilizzato da Strasburgo per determinare sia l'attribuzione del margine di apprezzamento, sia l'intensità del controllo, è il c.d. *consensus*.

La Corte fa spesso riferimento al consenso europeo come insieme non solo di dati normativi vigenti ma anche di tendenze sociali. Quella del consenso europeo tuttavia è una nozione generica, di difficile accertamento in concreto: in ragione di ciò, la Corte non ricerca a tutti i costi l'unanimità di tutti gli Stati europei, ma assegna rilevanza ai segni,

¹²⁰ Corte europea dei diritti umani, Grande Camera, Caso Leyla Sahin v. Turchia, Ricorso n°. 44774/98, 2005, par. 110: "This margin of appreciation goes hand in hand with a European supervision embracing both the law and the decisions applying it. The Court's task is to determine whether the measures taken at national level were justified in principle and proportionate".

¹²¹ Si vedano ad esempio il caso James e altri v. Regno Unito, sentenza del 21 febbraio 1986, Ricorso n°. 8793/79; caso Scollo v. Italia, sentenza del 28 settembre 1995, Ricorso n°. 19133/91.

¹²² LEGG A., *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law*, op. cit., p. 96

¹²³ Si veda SAUL M., *The European Court of Human Rights' Margin of Appreciation and the Processes of National Parliaments*, in *Human Rights Law Review*, Vol. 15, n. 4, 2015

non sempre inequivoci, di tendenze significative verso il più ampio riconoscimento dei diritti umani¹²⁴.

Pertanto, quando la Corte ravvisa una certa uniformità negli approcci a particolari materie degli Stati Parte del Consiglio d'Europa, il margine di apprezzamento, di norma, si restringe e con esso anche la discrezionalità accordata alle autorità nazionali. L'esistenza di una certa somiglianza nelle soluzioni normative adottate per una certa materia o nelle prassi vigenti nei vari Stati, sarà normalmente accompagnata da un margine di apprezzamento più ristretto che esce dal modello regolatorio delineato dal fattore del *consensus*. Al contrario, l'assenza di *consensus* è solitamente accompagnata dal riconoscimento di un più ampio margine di apprezzamento¹²⁵.

Non possiamo esimerci dal precisare che tale dottrina, proprio per il suo utilizzo nell'ambito di un sistema di protezione di diritti umani, non manca di critiche. In effetti alla luce di quanto espresso nel Preambolo, ovvero che l'obiettivo della Convenzione è quello di "garantire il riconoscimento e l'applicazione universali ed effettivi dei diritti che vi sono enunciati", il margine di apprezzamento è stato ampiamente criticato proprio in quanto strumento che comprometterebbe tale applicazione universale dei diritti umani, favorendo piuttosto un certo relativismo culturale a danno delle istanze minoritarie.

In una situazione di conflitto tra maggioranza e minoranza a livello nazionale, infatti, il ricorso al margine di apprezzamento sarebbe inopportuno in quanto si rimetterebbe una certa decisione nelle mani di organi sì democraticamente eletti ma governati dalle forze maggioritarie che solitamente si avvalgono del potere politico per far valere i loro interessi. Per le posizioni di minoranza, cioè, gli organi giudiziari e di controllo internazionale sono spesso l'ultima risorsa e l'unica via di ricorso affidabile¹²⁶, pertanto abusare dello strumento del margine di apprezzamento andrebbe a discapito delle loro istanze, che così non verrebbero opportunamente prese in considerazione.

Esiste però anche una posizione intermedia che stabilisce che il giudice internazionale dovrebbe partire da una posizione di *deference*, riconoscendo il maggior favore delle autorità nazionali per prendere certe decisioni o scelte legislative, e limitarsi a intervenire solo qualora risultasse lampante che a certi interessi fondamentali non sia dato sufficiente peso nel processo decisionale¹²⁷.

Il margine di apprezzamento e il principio di sussidiarietà entrano nel testo della Convenzione a seguito delle Conferenze di Alto Livello tenutesi a Interlaken nel 2010, a

¹²⁴ WILDHABER L., *No consensus on consensus? The practice of the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Journal- HRLJ*, vol. 33, 2013, pp. 248 ss.

¹²⁵ Sul tema vedi anche: BUFFA F., *La giurisprudenza Cedu tra progresso sociale e conservazione dello status quo*, in BUFFA F., CIVININI M.G. (a cura di), *La Corte di Strasburgo*, op. cit., pp. 187-191.

¹²⁶ BENVENISTI E., *Margin of Appreciation, Consensus*, op. cit., p. 848.

¹²⁷ Come vedremo in seguito, è forse a questa impostazione che la Corte europea si sta avvicinando recentemente nei casi che attengono alla libertà religiosa individuale.

Izmir nel 2011 e a Brighton nel 2012, cioè quando l'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa ha adottato il Protocollo n. 15 alla Convenzione che va a modificarne il Preambolo per dichiarare che “[...] spetta in primo luogo alle Alte Parti contraenti, conformemente al principio di sussidiarietà, garantire il rispetto dei diritti e delle libertà definiti nella presente Convenzione e nei suoi protocolli e che, nel fare ciò, esse godono di un margine di apprezzamento, sotto il controllo della Corte europea dei Diritti dell’Uomo istituita dalla presente Convenzione”¹²⁸.

Il Protocollo n. 15¹²⁹ è stato enfatizzato come strumento di impulso che ha permesso il passaggio della responsabilità della protezione dei diritti fondamentali dalla CEDU agli Stati membri.

Alla luce di ciò anche la recente giurisprudenza della Corte europea avrebbe assorbito la necessità di far defluire verso il basso la protezione dei diritti. Infatti, fermo restando il margine di apprezzamento, sembra assistersi a un certo mutamento nel controllo che la Corte opera per assicurare, da parte delle Alte Parti contraenti, il rispetto degli impegni derivanti dalla Convenzione e dai suoi Protocolli¹³⁰. Nello specifico, si sarebbe assistito ad un passaggio da un controllo definito di tipo *sostanziale* ad uno di tipo *procedurale*. L’approccio classico, quello sostanziale, si concretizza nell’elaborazione *in astratto* di una certa interpretazione dei diritti e delle libertà convenzionali, per poi procedere all’applicazione di quei principi, *in concreto*, ai fatti del caso; l’applicazione di questi principi si manifesta nella valutazione di proporzionalità che la Corte opera rispetto a ogni interferenza con un diritto fondamentale, al fine di determinare se questa possa tradursi o meno in violazione della Convenzione; la Corte cioè esegue un controllo che penetra nella sostanza della limitazione del diritto convenzionale, per vagliarne ragionevolezza, proporzionalità e adeguatezza.

Negli ultimi anni invece, la Corte sembra aver mostrato maggiore interesse verso la correttezza e la diligenza dei processi nazionali che hanno determinato e vagliato una limitazione di un certo diritto¹³¹, quindi, anziché adottare l’approccio che verifica la sostanza delle giustificazioni di una certa limitazione, la Corte ha ideato un criterio di *self-restraint* rinviando quella valutazione alle autorità nazionali: se nel processo decisionale

¹²⁸ CEDU, Protocollo n. 15 recante emendamento alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà fondamentali Strasburgo, 24.VI.2013, disponibile al link: http://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_15_ITA.pdf

¹²⁹ Sul Protocollo 15 v. NALIN E., *I protocolli n. 15 e 16 alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Studi sull’integrazione europea*, n.1/2014 pp.117-145; ZANGHÌ C., *I progetti di Protocolli 15 e 16 alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, n. 43/2014, pp. 24 ss.; CRIVELLI E., *I protocolli n. 15 e 16 CEDU: nel futuro della Corte di Strasburgo un rinvio pregiudiziale di interpretazione?* In *Quaderni costituzionali*, n.4/2013, pp. 1021-1023.

¹³⁰ Ruolo che è attribuito alla Corte dall’art. 19 della Convenzione: “Per assicurare il rispetto degli impegni derivanti alle Alte Parti contraenti dalla presente Convenzione e dai suoi Protocolli, è istituita una Corte europea dei Diritti dell’Uomo, di seguito denominata «la Corte». Essa funziona in modo permanente”.

¹³¹ GERARDS J., *Procedural Review by ECtHR: A Typology*, in GERARDS J., BREMS E. (a cura di), *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases*, Cambridge 2017, p. 128

nazionale è già stata fatta accurata e scrupolosa applicazione dei principi da essa enucleati, e dunque tutti gli interessi sono stati soppesati alla luce della proporzionalità, la Corte non procederà ad una ulteriore valutazione di proporzionalità, confidando in quella già svolta a livello nazionale¹³². In qualche modo il controllo della Corte diventa un controllo *astratto* sul controllo *concreto* svolto primariamente dalle autorità nazionali: se esse sono state sufficientemente accurate nell'applicare correttamente gli standard della Convenzione, la Corte sarà pronta ad accettare con più facilità le scelte operate. Questa nuova modalità di controllo della Corte è stata definita controllo procedurale¹³³.

L'enfasi, che durante le Conferenze di Alto Livello, è stata posta sulla sussidiarietà e sull'imprescindibilità del margine di apprezzamento, sembra dare conferma al fatto che ad una stessa domanda di protezione dei diritti umani vi possono essere delle differenti risposte a livello nazionale. Questo potrebbe provare l'idea emersa ormai da qualche anno secondo cui i diritti umani sarebbero universali a livello dell'astrazione, ma nazionali al momento della loro applicazione: in effetti l'applicazione di un diritto in un caso concreto, cioè la preferenza tra un diritto individuale e un interesse generale o tra un diritto individuale e un altro, spesso varia da Stato a Stato a seconda delle circostanze fattuali e giuridiche¹³⁴. Il controllo procedurale descritto potrebbe rispondere, dunque, proprio a questa richiesta di diversità nell'applicazione dei diritti, nel senso che ogni Stato potrebbe applicare da sé i principi generali elaborati nel sistema della Convenzione Europea, permettendo, al contempo, di dare la giusta rilevanza al contesto nazionale, evitando spiacevoli attriti con la Corte di Strasburgo.

Negli ultimi anni la Corte sembra essere più propensa ad adottare questo nuovo approccio nei casi più problematici o con alto grado di sensibilità, nei confronti dei quali era già solita concedere agli Stati un ampio margine di apprezzamento¹³⁵.

4.9. La disciplina della nomina dei giudici e la dimensione della “indipendenza”

“Una magistratura indipendente è indispensabile per la protezione dei diritti umani e le libertà fondamentali. Al fine di assicurare che la Corte di Strasburgo continui a ispirare fiducia, è essenziale che anche il procedimento mediante il quale i giudici sono selezionati e nominati ispiri

¹³² ARNADÖTTIR O. M., *Organised Retreat? The Move from Substantive to Procedural Review in the ECtHR's Case Law on the Margin of Appreciation*, in *European society of international law*, 4/2015, p. 12.

¹³³ GERARDS J., *Procedural Review by ECtH*, op. cit., p. 128

¹³⁴ SPIELMANN D., *Allowing the Right Margin: the European Court of Human Rights and the national margin of appreciation doctrine: waiver or subsidiarity of european review?*, in *Cambridge Yearbook of european legal studies*, vol. 14, ottobre 2017, pp. 23-24

¹³⁵ Tali sono quelli che comportano delle scelte difficili, o delle divergenze già a livello nazionale, come le questioni relative alle unioni omosessuali o alla genitorialità genetica, o ancora all'espressione religiosa individuale nella sfera pubblica. In casi di questo genere difficilmente la Corte devia da quelle che sono le risultanze al livello nazionale, se ritiene soddisfatti i requisiti del controllo procedurale. GERARDS J., *Procedural Review by ECtHR*, op. cit., p. 147.

fiducia. L'assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa insiste affinché la procedura di nomina rifletta i principi di democraticità della procedura, dello stato di diritto, della non discriminazione, dell'affidabilità e della trasparenza"¹³⁶. Così si esprime l'assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa in merito alla rilevante questione della indipendenza dei giudici di Strasburgo. Nella Corte europea dei diritti dell'uomo vi è un rapporto indissolubile che lega i singoli giudici agli Stati membri di provenienza, pertanto bisogna prestare particolare attenzione alla dimensione della loro "indipendenza". È giusto, cioè, che si tenga in considerazione l'eventuale margine di condizionamento che il governo, chiamato a proporre la candidatura, potrebbe esercitare sul giudice, tenendo presente, inoltre, che nel corso del mandato dello stesso, più schieramenti politici possono avvicinarsi al governo del Paese di provenienza¹³⁷.

Esiste, insomma, una componente politica nella nomina di questi giudici, e se pure quest'ultima è riscontrabile nelle corti costituzionali di tutto il mondo, tuttavia, nel caso del sistema CEDU, l'insieme delle politiche di 47 Stati, inseriti in un panorama europeo in costante mutazione, crea un quadro che è di gran lunga più intricato rispetto alle politiche puramente nazionali¹³⁸. Questa circostanza, fra l'altro, produce una giurisprudenza della Corte nella quale non è sempre facile individuare uno schema logico ed orientamenti o indirizzi giurisprudenziali stabili, specie perché essa spesso dichiara, formalmente e solennemente, la propria adesione ad alcuni principi generali che sono sì immutabili ma la cui interpretazione o applicazione varia in considerazione della composizione della Corte del momento¹³⁹.

Ciò detto si rivela necessario assicurare delle garanzie a presidio dell'indipendenza dei giudici, che è possibile suddividere in due tipologie: la "garanzia iniziale", legata alle

¹³⁶ Raccomandazione APCE n. 1649 (2004) "on candidates for the ECHR" consultabile al link: <https://pace.coe.int/pdf/14aa8852d9a5347d5188756aecb216100d9e59313326667a8259ffe25682ae848428feba12/recommendation%201649.pdf>

¹³⁷ Di particolare importanza è la testimonianza di Vladimiro Zagrebelsky, giudice della Corte di Strasburgo dal 2001 al 2010; v. ZAGREBELSKY V., *Nove anni come giudice italiano a Strasburgo*, in BUFFA F., CIVININI M.G. (a cura di), *La Corte di Strasburgo*, op. cit., pp. 25-27.

¹³⁸ VOETEN E., *The impartiality of international judges: evidence from the European Court of Human Rights*, in *American Political Science Review*, 102, 4, 2008, pp. 417-433. Voeten sottolinea come all'interno della Corte, in quanto organismo sovranazionale, siano presenti varie culture giuridiche capaci, nella loro interazione, di influenzarne la giurisprudenza. Oltre al dato di carattere meramente culturale, è possibile però ipotizzare anche un'influenza degli Stati che sono dotato del potere di nomina dei giudici: "l'idea che la cultura politica o giuridica interiorizzata può influenzare il comportamento giudiziario ha radici salde nello studio del comportamento giudiziario comparato. La Corte di Strasburgo è un eccellente terreno di prova per valutare se giudici appartenenti a culture giuridiche differenti assegnano sistematicamente differenti significati alle stesse regole. Dalla prospettiva dell'imparzialità, particolarmente preoccupante è se i giudici sono più "comprensivi" nei confronti delle argomentazioni avanzate dagli Stati rispondenti e con sistemi giuridici simili [...] sebbene vi sia scarso sostegno all'ipotesi che i giudici siano più indulgenti nei confronti dei governi rispondenti con culture giuridiche simili, nella letteratura empirica esistente riceve un riconoscimento istituzionale nella Corte di Strasburgo e in molte altre Corti internazionali. Per esempio, la composizione delle sezioni della Corte di Strasburgo tengono conto esplicitamente dei differenti sistemi giuridici degli stati contrenti." (p. 420)

¹³⁹ MARTÍNEZ-TORRÓN J., *LA (non) protezione dell'identità religiosa dell'individuo nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in MAZZOLA R. (a cura di), *Diritto e religione in Europa*, op. cit., pp. 56-68.

modalità di reclutamento del giudice, e la “garanzia funzionale”, che riconosce ai giudici l’opportunità di stesura di opinioni separate¹⁴⁰.

Relativamente alle modalità di reclutamento dei giudici, è bene innanzitutto chiarire che l’art. 20 della CEDU dispone che la Corte sia composta da un giudice per parte contraente, e dunque da 47 Giudici, e che ad indicare le candidature siano i governi degli Stati membri¹⁴¹.

La selezione dei giudici comporta due fasi: la prima si svolge a livello nazionale e consiste nella presentazione da parte del governo all’assemblea parlamentare del Consiglio d’Europa di una lista di tre candidati; la seconda fase, invece, si svolge a livello europeo, dove due commissioni, e l’assemblea parlamentare in un secondo momento, esaminano i candidati indicati nella lista presentata dal governo.

Al fine di garantire la più completa indipendenza dei giudici, il Consiglio d’Europa ha espresso una serie di raccomandazioni e risoluzioni, che contengono la previsione di elementi cruciali volti ad arricchire di significato la prescrizione della Convenzione sulla questione della selezione dei giudici. Tali indicazioni sono maturate in seno al sistema CEDU, in particolare modo nel corso degli ultimi anni, che hanno segnato per il giudice della Convenzione un periodo di complesso rinnovamento, a causa della scomparsa della Commissione e dell’istituzione della Corte unica, nonché dell’allargamento a est della Corte.

Quest’ultima trasformazione, nello specifico, ha determinato l’inserimento nel sistema CEDU di giudici che presentavano un profilo professionale profondamente differente (e per alcuni aspetti problematico) rispetto a quello di altri candidati provenienti dalle c.d. “democrazie occidentali”. E, proprio al fine di ovviare a questa problematica, e rendere più uniformi i criteri e le modalità di presentazione dei candidati nei diversi Stati parte, sono stati tratteggiate una serie di condizioni delle quali, prima di procedere alla selezione degli stessi, è necessario verificare la presenza: è necessario che le procedure di selezione nazionali siano eque, trasparenti e il più omogenee possibile; bisogna formulare bandi aperti e pubblici; si rende necessario descrivere chiaramente le modalità secondo le quali i

¹⁴⁰ Indipendenza e imparzialità consentono che l’attività interpretativa sia pure intrisa di discrezionalità non sia piegata a interessi di parte, con la conseguenza che i suoi Risultati sono visti dai destinatari e dalle società non come prodotto dell’arbitrio. Ma come risultato dell’applicazione di regole tecniche virgole che presiedono all’esercizio della giurisdizione. per questo, e sistemi giudiziari pongono l’accento sulla competenza professionale dei giudici, fin dalla loro selezione iniziale, e per Questo c’è un obbligo di motivazione delle loro decisioni particolarmente intenso che serve a garantire che esse non siano il frutto di una scelta Politica ma dell’applicazione di una specifica competenza professionale, il cui possesso è condizione indispensabile affinché la decisione non appaia arbitraria. per le suddette ragioni le costituzioni degli stati europei insistono sulla garanzia dell’Indipendenza e dell’imparzialità, oltre a prevedere la particolare competenza Professionale dei giudici e l’obbligo di motivazione delle loro sentenze. Cfr. PITRUZZELLA G., Stato di diritto, indipendenza delle corti e sovranità popolare: armonia o conflitto?, in BASSINI M., PITRUZZELLA G., POLLICINO O. (a cura di), Corti europee e democrazia. Rule of law, indipendenza e accountability, Milano 2019;. Fusco A., *L’indipendenza dei custodi*, op. cit., pp. 42-44.

¹⁴¹ Per maggiori dettagli sulla procedura di nomina dei giudici e sulla durata del loro mandato, si rinvia a RAIMONDI G., *Il Consiglio d’Europa e la Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, op. cit., pp. 102 ss.

candidati proposti saranno selezionati; occorre trasmettere all'assemblea i nomi dei candidati nell'ordine alfabetico; e infine bisogna vigilare affinché i candidati abbiano una conoscenza attiva di una delle due lingue ufficiali del Consiglio d'Europa e una conoscenza almeno passiva dell'altra.

Per la stessa ragione, nella dichiarazione di Brighton sono state adottate delle *guidelines of the committee of ministers on the Selection of the candidates for the post of Judge at the European Court of Human Rights*¹⁴², che si prefiggono l'obiettivo di orientare le procedure selettive dei candidati che si svolgono a livello nazionale. Queste sono accompagnate da un "explanatory memorandum", nel quale dopo il richiamo alle previsioni convenzionali in tema di selezione dei giudici (il riferimento è alle previsioni contenute negli artt. 20, 21, 22 e 23 CEDU¹⁴³), si annoverano, a titolo esemplificativo, esempi di *good practice* che fanno riferimento ad alcune prassi già presenti in alcuni Stati, cui ci si può attenere per la scelta dei candidati sul piano interno: il possesso di un *high moral character*; di un'adeguata preparazione giuridica relativa alla conoscenza dei sistemi giuridici nazionali e del diritto internazionale pubblico; di un livello di *proficiency* nella conoscenza della lingua francese o inglese; dell'idoneità a coprire almeno metà del mandato (che ammonta a 9 anni complessivi) prima che i giudici decadano (al compimento dei 70 anni di età); della redazione di una lista da parte di ciascun Stato contraente che deve contenere almeno un candidato di ciascun sesso.

Sono diverse insomma le norme che disciplinano i requisiti e le procedure necessarie per eleggere i giudici della Corte EDU¹⁴⁴, ma il ruolo fondamentale continua ad essere giocato dai diversi Stati membri, nei quali, però, esiste una ampia (se non eccessiva) discrezionalità sulla scelta delle modalità con cui procedere alla designazione interna¹⁴⁵,

¹⁴² Di seguito il link di riferimento delle Linee Guida: <https://rm.coe.int/16805cb1ac>

¹⁴³ Art. 20 CEDU: "La Corte si compone di un numero di giudici pari a quello delle Alte Parti contraenti"; Art. 21 CEDU: "1. I giudici devono godere della più alta considerazione morale e possedere i requisiti richiesti per l'esercizio delle più alte funzioni giudiziarie, o essere dei giureconsulti di riconosciuta competenza. 2. I giudici siedono alla Corte a titolo individuale. 3. Per tutta la durata del loro mandato, i giudici non possono esercitare alcuna attività incompatibile con le esigenze di indipendenza, di imparzialità o di disponibilità richieste da una attività esercitata a tempo pieno. Ogni questione che sorga in applicazione di questo paragrafo è decisa dalla Corte."; Art. 22 CEDU: "I giudici sono eletti dall'Assemblea parlamentare in relazione a ciascuna Alta Parte contraente, a maggioranza dei voti espressi, su una lista di tre candidati presentata dall'Alta Parte contraente"; Art. 23 CEDU: "1. I giudici sono eletti per un periodo di nove anni. Essi non sono rieleggibili. 2. Il mandato dei giudici termina al raggiungimento dell'età di 70 anni. 3. I giudici continuano a restare in carica fino alla loro sostituzione. Tuttavia essi continuano a trattare le cause di cui sono già stati investiti. 4. Un giudice non può essere sollevato dalle sue funzioni a meno che gli altri giudici decidano, a maggioranza dei due terzi, che egli non soddisfa più i requisiti richiesti."

¹⁴⁴ Oltre alle norme previste dalla Convenzione esistono numerose risoluzioni dell'Assemblea parlamentare. Ad esempio la Raccomandazione, *Candidates for the European Court of Human Rights*, 1649/2004 contribuisce ad aggiungere ulteriori requisiti per l'elezione rispetto a quelli previsti dalla Convenzione. Il testo della raccomandazione è disponibile al seguente link: <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17193&lang=en>

¹⁴⁵ Cfr. Comitato per l'elezione dei giudici alla Corte EDU, *Nomination of Candidates and Election of Judges to the European Court of Human Rights*, Part B of the Appendix to Assembly Doc 11767: Overview of the Member States' Replies to a Questionnaire (1/12/2008), disponibile su: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17704&lang=en>

che può condurre a procedure poco trasparenti e dunque potenzialmente dannose per l'indipendenza e l'imparzialità dell'intero impianto della Corte e del sistema CEDU¹⁴⁶.

È innegabile, infatti, che le selezioni nazionali per i candidati alla Corte europea dei diritti dell'uomo hanno importanti conseguenze sulla qualità, l'efficacia e l'autorevolezza generale della Corte. Come ha sottolineato un rapporto dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa: *“la procedura di selezione per i candidati riveste particolare importanza per due ragioni: prima di tutto, ha un impatto diretto sull'indipendenza e sull'imparzialità dei giudici, elemento fondamentale per garantire la fiducia nell'indipendenza di qualsiasi istituzione giudiziaria. Le procedure di nomina devono per questo essere in conformità rispetto agli standard internazionali che garantiscono l'indipendenza dei giudici. In secondo luogo, eventuali difetti nelle procedure di selezioni nazionali e internazionali possono comportare il rischio che i giudici non siano qualificati in maniera adeguata per il ruolo che andranno a ricoprire”*¹⁴⁷.

Oltre a ciò, stante la schiacciante egemonia degli esecutivi nella formulazione delle stesse candidature, sono stati attivati ulteriori meccanismi per evitare il rischio di abuso di potere da parte degli Stati: ad esempio, nel 2010 è stato istituito un organo volto ad valorizzare il peso dei profili tecnici nella selezione dei giudici, il *Panel consultatif d'Experts*, composto da sette membri provenienti da differenti Stati contraenti, scelti nel rispetto di un equilibrio geografico e del principio di parità fra i sessi e nominati dal Comitato dei ministri. Tale Comitato assiste e consiglia gli Stati nella scelta dei candidati, e valuta se quelli proposti rispettano i criteri stabiliti dalla Convenzione. Gli Stati, a loro volta, sono tenuti a inviare la lista dei tre candidati al Comitato, indicandone nomi e curricula. Il Panel valuta se i candidati soddisfano i requisiti previsti all'art. 21 della CEDU e procede, dopo una prima scrematura, a un'audizione dei candidati. Nel caso in cui il Comitato ritenga che uno o più candidati non siano adatti a ricoprire il ruolo di giudice, può richiedere allo Stato ulteriori informazioni e, in caso di conferma del giudizio negativo, informa in via confidenziale lo Stato fornendo adeguate motivazioni sul giudizio.

Una volta stilata la lista “definitiva”, il Comitato può formulare un *ranking* dei candidati in base al loro grado di idoneità, che verranno poi selezionati dall'Assemblea parlamentare. Essa esamina il parere del Comitato di esperti e i curricula dei candidati, per procedere poi a sostenere dei colloqui orali con ciascuno di essi. In caso di giudizio negativo sull'idoneità di anche solo alcuni dei tre candidati, la Commissione può proporre all'assemblea parlamentare di rigettare l'intera lista. In caso di voto negativo anche da parte dell'assemblea il governo deve presentare una nuova lista.

¹⁴⁶ Cfr. Comitato per l'elezione dei giudici alla Corte EDU, Procedure for Electing judges to the European Court of Human Rights, 26/8/2009, disponibile su: http://assembly.coe.int/CommitteeDocs/2010/20100504_ajdoc12rev.pdf

¹⁴⁷ Cfr. Comitato per l'elezione dei giudici alla Corte EDU, Nomination of Candidates and Election of Judges to the European Court of Human Rights, op. cit., p. 5.

Il procedimento si conclude con il voto dell'assemblea che eleggerà il giudice a maggioranza assoluta e, in caso di secondo scrutinio, a maggioranza relativa dei voti espressi (art. 22 CEDU¹⁴⁸).

Il Panel e l'Assemblea parlamentare nel sistema CEDU, insomma, agiscono come veri e propri filtri nella selezione dei giudici europei, al fine di sottoporre le candidature avanzate dagli Stati contraenti a un severo vaglio, attento a verificare il possesso dei requisiti di professionalità necessari per ambire alla carica di giudice in seno alla Corte di Strasburgo.

Questi organi stanno influenzando i processi di selezione nazionali, non solo armonizzando *de facto* i criteri di selezione attraverso l'introduzione di un nucleo minimo di criteri standard, ma andando alla radice del problema, ovvero cercando di assicurare la trasparenza dei processi di selezione¹⁴⁹.

A questo punto, però, è bene anche mettere in risalto che la scelta di garantire a ogni Stato membro l'opportunità di esprimere la candidatura di un giudice, a differenza di quanto accade in altre corti internazionali la cui composizione prevede un numero fisso di giudici eletti a nome di tutta la comunità degli Stati membri, oltre a riflettere la concezione intergovernativa del sistema CEDU, che era prevalsa all'epoca della redazione della Convenzione, voleva anche dare risalto alla (quasi) impossibilità di instaurare un rapporto di rappresentanza fra giudice e Stato di provenienza, sia in ragione della durata fissa del mandato del giudice, sia in ragione della sua partecipazione alla trattazione dei casi a titolo individuale¹⁵⁰, sia in conseguenza del pluralismo culturale delle società europee, ma soprattutto in ragione della tendenza a candidare giudici anziani, giunti alle ultime fasi della loro carriera (un orientamento che, in teoria, dovrebbe presentare meno rischi, in termini di indipendenza, rispetto ai giudici "giovani", i quali, al termine del proprio mandato, torneranno presumibilmente ad assumere nuovi ruoli¹⁵¹).

Per salvaguardare l'indipendenza del giudice esistono anche delle garanzie *ratione temporis* che comprendono la durata della carica, la rinnovabilità del mandato e l'istituto della

¹⁴⁸ Art. 22 CEDU: "I giudici sono eletti dall'Assemblea parlamentare in relazione a ciascuna Alta Parte contraente, a maggioranza dei voti espressi, su una lista di tre candidati presentata dall'Alta Parte contraente."

¹⁴⁹ FUSCO A., *L'indipendenza dei custodi*, op. cit., pp. 74-94.

¹⁵⁰ Art. 21 CEDU, par. 2: "i giudici siedono alla Corte a titolo individuale"

¹⁵¹ Si attua cioè il meccanismo delle c.d. *revolving doors*, termine che nel dizionario politico sta a significare lo scambio di personale tra settore pubblico/politico e privato. Il fenomeno è nato, ed è maggiormente frequente, negli Stati Uniti – dove si è sviluppata una consistente letteratura in materia – ma anche in Europa è innegabile l'esistenza di tale dinamica, seppur con numeri più contenuti. Questo meccanismo può celare una serie di rischi di natura politica, economica e giuridica. Tra tutti ricordiamo i potenziali conflitti d'interesse che possono sfociare in abusi d'ufficio e nell'influenza tramite attività di *lobbying*. Uno sguardo alla normativa in materia di *revolving doors* mostra come in tutti gli Stati europei esista una regolamentazione che supporta il passaggio da impieghi pubblici/cariche pubbliche a impieghi privati. La *ratio* di un vincolo sulla libertà di esercizio di un impiego privato da parte di chi svolgeva, precedentemente, un incarico pubblico risiede nel fatto che la possibile vicinanza del soggetto uscente al suo recente settore potrebbe essere sfruttata dal nuovo datore di lavoro, specie se operante in settori vicini o addirittura strettamente dipendenti dall'attività dell'organismo pubblico precedente.

prorogatio. Sul piano di queste garanzie: il giudice europeo di Strasburgo ha oggi un mandato novennale che non prevede possibilità di rielezione; indipendentemente dal mandato effettivamente espletato, il giudice cessa dalla sua carica al compimento del settantesimo anno di età¹⁵²; e infine anche per il giudice di Strasburgo è previsto l'istituto della *prorogatio*, regola che impone che un giudice mantenga il proprio incarico finché il suo successore abbia prestato giuramento.

Ulteriore garanzia di indipendenza è riscontrabile ai sensi dell'art. 3 del Protocollo n. 6¹⁵³ addizionale alla Corte sui privilegi e le immunità del Consiglio d'Europa. Tale articolo stabilisce che: *"al fine di assicurare ai giudici una totale libertà di parola e una totale indipendenza nell'esercizio delle loro funzioni, i giudici continuano a beneficiare dell'immunità giurisdizionale per le parole, gli scritti o gli atti da essi emanati nell'adempimento delle loro funzioni anche dopo la conclusione del loro mandato chiuse"*. All'art. 4 dello stesso protocollo, invece, si prevede che: *"i privilegi e le immunità sono accordati e giudici non a loro vantaggio personale, ma per garantire la totale Indipendenza nell'esercizio delle loro funzioni. La Corte, riuniti in assemblea plenaria, e la sola legittimata a pronunciare la revoca dell'immunità; essa ha non solo il diritto, ma anche il dovere di revocare l'immunità di un giudice in tutti i casi in cui a suo parere, l'immunità impedirebbe che giustizia sia fatta e in cui l'immunità può essere revocata senza pregiudicare lo scopo per il quale è accordata"*.

Dopo aver analizzato la normativa che disciplina la nomina dei giudici della Corte di Strasburgo, è possibile ora fare un cenno su quei fattori che possono influenzare la nomina dei giudici¹⁵⁴, anche al fine di una migliore comprensione del contesto politico-giuridico in cui s'inserisce la giurisprudenza della Corte.

Se in alcuni casi vi sono ovvie motivazioni di carattere politico che accompagnano una certa scelta, tuttavia la correlazione diretta fra il sistema di nomina dei giudici, le preferenze degli attori nazionali deputati alla loro nomina e il successivo risultato dell'attività giudiziale dei giudici, non è sempre di facile identificazione. In effetti, nel caso dei giudici della Corte di Strasburgo, la diversità delle procedure interne dei singoli Stati e i differenti contesti politici di riferimento, non consentono di tracciare coordinate uniformi a riguardo. Fra l'altro il sistema giudiziario dei Paesi europei si presenta (o almeno dovrebbe presentarsi) particolarmente indipendente dal processo politico e pertanto è

¹⁵² Quest'ultimo aspetto è stato previsto dal protocollo 11 è confermato dal protocollo 14, al quale si deve anche la fissazione del limite novennale per il mandato dei Giudici.

¹⁵³ Il testo del Protocollo in lingua originale è consultabile al seguente link: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/114>

¹⁵⁴ VANONI L.P., *La nomina dei giudici supremi tra scontro politico e diritto costituzionale: il caso americano*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3/2017, p. 838 : "[...] In prospettiva Europea, dove-almeno teoricamente-al potere giudiziario si chiede di esprimersi passivamente come la "bouche de la Loi" esercitando il proprio mandato con una certa distanza ideologica. In realtà, il mito del giudice come bocca della legge è forse oggi in crisi anche da questo lato del dell'oceano, dal momento che i giudici sono sempre, in qualche misura, orientati nei loro giudizio da premesse ideali e culturali che incidono (talvolta in modo significativo), sulle loro decisioni".

difficile individuare un nesso immediato fra l'elemento politico e la nomina dei giudici. Ciò concorre a rendere impossibile l'identificazione di tutte quelle variabili che sarebbe interessante analizzare per comprendere il grado di influenza che gli Stati esercitano sul processo di nomina dei giudici della Corte di Strasburgo¹⁵⁵.

In ultimo bisogna fare delle considerazioni anche sulla dipendenza culturale di ciascun giudice dal proprio *background* di provenienza. Questa ha come conseguenza la comparazione "forzata" tra diverse culture, che in realtà si delinea come situazione che apre interessanti prospettive sulla funzione che le Corti hanno nel processo di integrazione europea e che rende meno automatici e prevedibili gli orientamenti giurisprudenziali. Infatti la polifonia delle diverse voci nazionali che si ritrovano nella Corte di Strasburgo dà misura del quadro interculturale che le connota, ovvero di quanto l'intercultura, al di là delle difficoltà che produce nel tentativo di individuare standard di tutela più o meno omogenei, sia contemporaneamente dimensione fondativa e costruttiva del processo di integrazione europea in seno al sistema CEDU¹⁵⁶.

Della "garanzia funzionale", ovvero della possibilità riconosciuta ai giudici di poter esprimere le proprie opinioni separate, si dirà, più approfonditamente, nel capitolo successivo.

¹⁵⁵ ANNICCHINO P., *La religione in giudizio tra Corte Suprema degli Stati Uniti e Corte europea dei diritti dell'uomo*, Bologna 2018, Bologna 2018, pp. 20-29.

¹⁵⁶ FUSCO A., *L'indipendenza dei custodi*, op. cit., pp. 146-157.

Capitolo secondo

La libertà religiosa nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo

1. La genesi dell'articolo che tutela la libertà religiosa nel dibattito interno alla CEDU

La geopolitica contemporanea non è pienamente comprensibile se non si prende in considerazione la dimensione religiosa. Negli ultimi decenni stiamo assistendo ad un processo di evoluzione attraverso il quale si sta passando da una società secolarizzata ad una de-secolarizzata che prelude ad un nuovo protagonismo delle religioni (e di alcune Chiese in particolare) nello spazio politico delle relazioni internazionali¹⁵⁷.

Se fino a qualche tempo fa il tema delle interazioni tra religioni e sistemi sociali, nel più ampio contesto del fenomeno della globalizzazione, ci proiettava immediatamente nel campo della secolarizzazione, in altre parole verso quell'idea che la modernità si accompagni a un certo declino della religione, oggi invece assistiamo a una serie di circostanze che paiono supportare piuttosto la tesi opposta¹⁵⁸, e cioè che con la modernizzazione anziché proiettarci verso una crescita del pluralismo religioso e dei principi di neutralità e tolleranza – che avrebbero dovuto escludere (o quanto meno "contenere") la religione all'interno della scena pubblica, "privatizzandola" – si è assistito, piuttosto, ad un inasprimento identitario delle posizioni religiose e a un generalizzato ritorno della fede nello spazio sociale¹⁵⁹, da cui il noto fenomeno definito in ambito sociologico come "deprivatizzazione della religione"¹⁶⁰. Il fattore religioso, dunque, non solo non è espulso dalla sfera sociale, ma anzi riemerge come bisogno di un'etica del dialogo in una società complessa e pluralista. A tal proposito diviene di particolare importanza la dimensione religiosa dell'interculturalità¹⁶¹, ovvero la capacità di relazione tra

¹⁵⁷ Sul tema del nuovo protagonismo delle religioni si rinvia, tra i tanti, a DESSÌ U., *Religioni e globalizzazione. Un'introduzione*, Roma 2019; ALDRIDGE A., *La religione nel mondo contemporaneo*, Bologna 2005, 15 ss.

¹⁵⁸ Con l'espandersi del fenomeno della globalizzazione, infatti, cresce in maniera esponenziale la mobilità delle persone e con essa la mobilità delle credenze religiose. Questa circostanza, se da un lato ha favorito la tolleranza religiosa, dall'altra ha spinto le diverse organizzazioni religiose ad avanzare richieste nei confronti dei poteri statali accentuando forme di concorrenza e rivalità nei confronti delle religioni storicamente dominanti. Vedi DESSÌ U., *Religioni e globalizzazione. Un'introduzione*, Roma 2019, pp. 73-74.

¹⁵⁹ CASANOVA J., *Oltre la secolarizzazione. Le religioni alla riconquista della sfera pubblica*, Bologna, 2000, pp. 77 ss.

¹⁶⁰ Sul terreno propriamente giuridico, questa deprivatizzazione della religione ha avuto manifestazioni complesse, diversificate e non univoche, che vanno dall'ampliamento delle forme di collaborazione tra Chiese e Stati al riemergere di spinte verso la confessionalizzazione degli appalti pubblici, dal recupero di autonomia delle istituzioni religiose nei confronti delle controparti statali alla richiesta di restituire efficacia vincolante, nell'ordinamento dello stato, a parte più o meno ampie dei diritti religiosi. Sul tema, svolge alcune riflessioni McCRUDDEN C., *Quando i giudici parlano di Dio. Fede, pluralismo e diritti umani davanti alle Corti*, Bologna 2019, pp. 31-32; ROY O., *L'Europa è ancora cristiana? Cosa resta delle nostre radici religiose*, Milano, 2019.

¹⁶¹ Sul tema dell'interculturalità e del dialogo interreligioso si rinvia, tra i tanti, a CONSORTI P., *Dialogo interreligioso e laicità*, in CONSORTI P., PELLECCIA E., *Diritti, tolleranza, memoria. Una città per la pace*, Pisa 2005, pp. 273-286; CONSORTI P.,

le persone di culture e religioni diverse. In una società come quella attuale cioè lo Stato non può pensare di “imporre” una convinzione religiosa particolare, ma deve farsi portavoce delle istanze dei cittadini credenti o non credenti, indipendentemente dalle loro fedi, e creare spazi di deliberazione democratica in cui tutti i “particolarismi” possano confrontarsi¹⁶².

Date queste considerazioni, è ancora più apprezzabile la lungimiranza con la quale il sistema CEDU, in tempi non sospetti, si è dotata di una norma *ad hoc* posta a tutela della libertà di religione.

In effetti, durante i lavori preparatori che avrebbero portato alla nascita della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali dell'uomo¹⁶³, in assemblea consultiva era emerso chiaramente un sostanziale accordo sulla necessità di includere tra i diritti e le libertà fondamentali anche il diritto alla libertà religiosa; la formula che si diede a questa norma ricalcava quella dell'art. 18 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo¹⁶⁴, o anche quella di altri strumenti internazionali di protezione dei diritti, quali l'art. 18 dell'*International Covenant on Civil and Political Rights*¹⁶⁵ o l'art. 12 dell'*American Convention on Human Rights*¹⁶⁶. Insomma l'idea che tutti gli individui dovessero poter godere di un diritto alla libertà di religione o credo e della

Inter-religious dialogue: a secular challenge, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), giugno 2007, pp. 1-6.

¹⁶² SANTERINI M., *Educazione, religioni e cittadinanza*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, fascicolo n. 1, aprile 2016, pp. 41-46.; HABERMAS J., TAYLOR C., *Multiculturalismo. Lotta per il riconoscimento*, Milano 2008.

¹⁶³ CEDU, Lavori Preparatori alla Convenzione (Art. 9) disponibili al link [http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART9-DH\(56\)14-EN1338892.pdf](http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART9-DH(56)14-EN1338892.pdf); In generale per una ricostruzione dei lavori preparatori che hanno portato all'adozione dell'articolo 9 confronta: MARGIOTTA BROGLIO F., *La protezione internazionale della Libertà religiosa nella convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, Milano 1967.

¹⁶⁴ Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, Art. 18: “Ogni individuo ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione; tale diritto include la libertà di cambiare di religione o di credo, e la libertà di manifestare, isolatamente o in comune, e sia in pubblico che in privato, la propria religione o il proprio credo nell'insegnamento, nelle pratiche, nel culto e nell'osservanza dei riti”.

¹⁶⁵ International Covenant on Civil and Political Rights: Art. 18: “1. Everyone shall have the right to freedom of thought, conscience and religion. This right shall include freedom to have or to adopt a religion or belief of his choice, and freedom, either individually or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief in worship, observance, practice and teaching. 2. No one shall be subject to coercion which would impair his freedom to have or to adopt a religion or belief of his choice. 3. Freedom to manifest one's religion or beliefs may be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary to protect public safety, order, health, or morals or the fundamental rights and freedoms of others. 4. The States Parties to the present Covenant undertake to have respect for the liberty of parents and, when applicable, legal guardians to ensure the religious and moral education of their children in conformity with their own convictions.”

¹⁶⁶ 10 American Convention on Human Rights: Art. 12: “1. Everyone has the right to freedom of conscience and of religion. This right includes freedom to maintain or to change one's religion or beliefs, and freedom to profess or disseminate one's religion or beliefs, either individually or together with others, in public or in private. 2. No one shall be subject to restrictions that might impair his freedom to maintain or to change his religion or beliefs. 3. Freedom to manifest one's religion and beliefs may be subject only to the limitations prescribed by law that are necessary to protect public safety, order, health, or morals, or the rights or freedoms of others.” 4. Parents or guardians, as the case may be, have the right to provide for the religious and moral education of their children or wards that is in accord with their own convictions”.

libertà di manifestare la scelta religiosa, costituiva un fine comune per gran parte del diritto internazionale pattizio¹⁶⁷.

Tornando al sistema CEDU, dai lavori preparatori della Convenzione Europea è possibile evincere chiaramente l'importanza che la religione assumeva anche a livello personale per ogni singolo delegato presente. Infatti, sebbene vi fossero alcuni delegati che avevano mostrato preoccupazioni nel difendere le loro prerogative nazionali in materia, quella di dotare tutti gli individui della libertà religiosa, era una posizione ampiamente condivisa.

Erano i delegati di Svezia e Turchia a temere che la nuova disposizione potesse andare ad inficiare leggi nazionali già esistenti nei rispettivi Stati, le quali contenevano norme restrittive in materia di istituzioni, sovvenzioni o appartenenza a determinate fedi, e che apparentemente sembravano essere opposte alla nascente disposizione sulla libertà di religione¹⁶⁸, tanto da fare richiesta di introduzione di una disposizione che garantisse una *"relativa immunità alle politiche ecclesiastiche statali"*¹⁶⁹.

Il delegato della Turchia, in particolare, unico Stato a maggioranza musulmana ma costituzionalmente laico, propose di inserire una clausola di riserva per salvaguardare sia le misure legislative nazionali necessarie al mantenimento della sicurezza e dell'ordine pubblico, sia quelle che prevedendo limitazioni, imprescindibili per ragioni storiche, nei confronti di alcuni gruppi religiosi: *"la libertà religiosa in Turchia è sempre stata rispettata nel modo più ampio possibile; si deve, tuttavia, rilevare che nel corso della nostra storia tentativi di riforma e modernizzazione sono stati frustrati dalla resistenza tenace da parte di determinate persone o gruppi di persone che desideravano mantenere, per i loro scopi, la popolazione nell'ignoranza. Nella sua determinazione a procedere con le riforme che hanno appena guadagnato la simpatia di tutto il mondo, la Repubblica di Turchia ha quindi dovuto avviare l'abolizione degli ordini musulmani e delle loro istituzioni arcaiche. Se avesse trascurato di compiere questo passo necessario, i suoi sforzi sarebbero stati senza dubbio destinati al fallimento, ancora una volta, e il mio paese non avrebbe avuto il diritto di prendere il suo posto tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa e condividere con loro la loro concezione fondamentale della moderna civiltà europea"*¹⁷⁰.

Il delegato svedese, dal canto suo, era mosso dalla necessità di difendere la Chiesa di Stato; egli, infatti, sottolineava che la posizione privilegiata occupata dalla fede luterana nell'ordinamento svedese aveva origini radicate nel tempo, sebbene si trattasse di una circostanza che non aveva impedito al Paese di riconoscere ai propri cittadini il diritto di praticare liberamente una fede religiosa diversa da quella luterana. La Svezia, insomma, cercava di difendere la sua posizione facendo leva sul principio di sussidiarietà e sul fatto

¹⁶⁷ EVANS C., *Religious Freedom in European Human Rights Law: The Search for a Guiding Conception*, in JANIS M.W., EVANS C. (a cura di), *Religion and International Law*, Boston-London 2004, p. 387.

¹⁶⁸ EVANS M.D., *Religious Liberty and International Law in Europe*, Cambridge 1997, p. 264

¹⁶⁹ BARTOLE S., DE SENA P., ZAGREBELSKY V., *Commentario breve alla Convenzione Europea*, op. cit., p. 370.

¹⁷⁰ CEDU, *Lavori Preparatori alla Convenzione (art. 9)*, op. cit, [http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART9-DH\(56\)14-EN1338892.pdf](http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART9-DH(56)14-EN1338892.pdf)

che, nell'elaborazione di un progetto di Convenzione, l'Assemblea consultiva non avesse inteso derogare alle istituzioni o alle tradizioni secolari dei Paesi firmatari.

In considerazione di tali richieste, una clausola volta a salvaguardare alcune particolarità nazionali fu concretamente prevista all'interno della Convenzione, e presentava una portata generale, dunque non limitata alla sola libertà religiosa¹⁷¹. Questa clausola è oggi contenuta nell'art. 57 CEDU¹⁷².

Il sistema CEDU, insomma, ha dovuto sin da subito riconoscere che nel panorama europeo coesistono una pluralità di modelli costituzionali che disciplinano i rapporti tra lo Stato e le confessioni religiose e, a tal proposito, ha da sempre ritenuto questa diversità meritevole di rispetto. Per cui, sia lo Stato laico sia, all'opposto, lo Stato confessionale, e anche lo Stato "concordatario", sono tutti regimi compatibili con la Convenzione¹⁷³, purché ovviamente in essi sia rispettata la libertà religiosa di tutti, sia nella sua dimensione individuale che collettiva. Pertanto, ai fini della tutela consacrata nell'art. 9 CEDU si permette ad uno Stato di professarsi confessionista, senza però obbligare tutti i cittadini a conformarsi a questa confessione, né tantomeno produrre violazioni nei confronti dei fedeli di religioni minoritarie o degli atei, così come uno Stato può professarsi invece laico senza che ciò obblighi i cittadini a tenere un atteggiamento di neutralità o imparzialità in materia di libertà religiosa¹⁷⁴.

Attestata quindi questa diversità di partenza, l'obiettivo iniziale dell'articolo 9 non fu quello di imporre un criterio di libertà religiose uniforme e valevole per tutti i membri del Consiglio d'Europa anzi, la Corte ha ripetutamente affermato che quando *"sono in gioco questioni riguardanti il [delicato] rapporto tra Stato e religioni, per le quali le idee in una società democratica possono variare notevolmente, al ruolo di un organo decisionale nazionale deve essere data particolare importanza"*¹⁷⁵. In altre parole, sebbene nella sostanza il diritto in parola protende verso una visione comune della libertà religiosa, vi possono legittimamente essere delle differenze nel suo esercizio concreto: gli Stati hanno a disposizione un certo margine per "adattare" il godimento della libertà religiosa alle specifiche circostanze nazionali, purché siano rispettati i requisiti minimi imposti dall'articolo 9¹⁷⁶.

¹⁷¹ BARTOLE S., DE SENA P., ZAGREBELSKY V., *Commentario breve alla Convenzione Europea*, op. cit., p. 370.

¹⁷² CEDU, Art. 57, *Riserve*: "1. Ogni Stato, al momento della firma della presente Convenzione o del deposito del suo strumento di ratifica, può formulare una riserva riguardo a una determinata disposizione della Convenzione, nella misura in cui una legge in quel momento in vigore sul suo territorio non sia conforme a tale disposizione. Le riserve di carattere generale non sono autorizzate ai sensi del presente articolo. 2. Ogni riserva emessa in conformità al presente articolo comporta una breve esposizione della legge in questione."

¹⁷³ MARTÍNEZ TORRÓN J., *Freedom of Religion in the European Convention on Human Rights under the influence of different European*, in *Pontifical academy of social sciences, acta* 17, 2012, p. 331

¹⁷⁴ DI GREGORIO L., RODRÍGUEZ BLANCO M., *Fede, identità religiosa e formazione universitaria nel caso "Leyla Şahin c. Turchia"*, in MAZZOLA R. (a cura di), *Diritto e religione in Europa*, op. cit., pp. 259-290.

¹⁷⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Caso Leyla Şahin v. Turchia*, op. cit., par. 109.

¹⁷⁶ MARTÍNEZ TORRÓN J., *Freedom of Religion in the European Convention on Human Rights*, op. cit., p. 332-333.

Tuttavia, oltre al nascente art. 9 CEDU¹⁷⁷, che rappresenta la disposizione centrale a tutela della libertà di pensiero, coscienza e religione, la Convenzione contiene anche tutta una serie di altre disposizioni che sono correlate al fattore religioso. In effetti l'importanza che la libertà di religione riveste nel contesto della complessiva attività della Corte EDU è ben più ampia di quanto possa apparire a prima vista, poiché va ben al di là degli interventi che assumono ad oggetto principale, o esclusivo, l'art. 9 CEDU.

Non sempre decisioni della Corte che hanno avuto riguardo alla questione della libertà di religione affrontano, in via diretta e immediata, profili di violazione della disposizione espressamente dedicata, ma sono spesso incentrate su altre disposizioni della Convenzione, che assumono il compito di specificare i contenuti dello stesso art. 9. Stiamo parlando: dell'art. 2 del Primo Protocollo addizionale alla CEDU¹⁷⁸, nel quale è statuito il diritto dei genitori di educare i figli secondo le loro convinzioni personali religiose o filosofiche; dell'art. 14 CEDU¹⁷⁹, che inserisce la religione tra quei fattori sui quali si può opporre il divieto di discriminazione; dell'art. 10 CEDU¹⁸⁰, relativo alla libertà di espressione; e dell'art. 11 CEDU¹⁸¹, dedicato, invece, alla libertà di riunione e associazione.

¹⁷⁷ Per un esame accurato dell'articolo 9 CEDU si rimanda a D'ANGELO G., *Diritto ecclesiastico e legalità convenzionale. laicità e libertà religiosa tra Italia e Corte di Strasburgo. Casi e questioni*, Torino 2016, pp. 109 ss.; ID., *La libertà di religione (Art 9 CEDU)*, in DI STASI A. (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano, op. cit.*, pp. 853 ss.; DURISOTTO D., *Istituzioni europee e libertà religiosa. CEDU e UE tra processi di integrazione Europea e rispetto delle specificità nazionali*, Napoli 2016, pp. 93 ss.; PARISI M., *Linee evolutive dell'interpretazione giurisprudenziale dell'art 9 della convenzione di Roma. Sviluppi e prospettive per il diritto di libertà religiosa nello spazio giuridico europeo*, in FIORITA N., LOPRIENO D. (a cura di), *La libertà di manifestazione del pensiero e la libertà religiosa Nelle società multiculturali*, Firenze 2009, pp. 247 ss.; GARDINO A., *La libertà di pensiero di coscienza e di religione nella giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo*, in ROLLA G. (a cura di), *Libertà religiosa e laicità. Profili di Diritto Costituzionale*, Napoli 2009, p. 3 ss.; LOPRIENO D., *La libertà religiosa*, Milano 2009, pp. 237 ss.; LUGLI M., PASQUALI CERIOLI J., PISTOLESI I., *Elementi di diritto ecclesiastico europeo. Principi, modelli, Giurisprudenza*, Torino 2008, pp. 69 ss.; CONFORTI B., *La tutela internazionale della libertà religiosa*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 2002, II, 269 ss.; LARCCIA S., *Art 9. Libertà di pensiero di coscienza e di religione*, in BARTOLE S., CONFORTI B., RAIMONDI G. (a cura di), *Commentario alla convenzione Europea, op. cit.*, pp. 319-325; PASQUALI CERIOLI J., *La tutela della libertà religiosa nella convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, in *Stato chiese e pluralismo confessionale*, 2011, p. 1 ss.; TURCHI V., *Libertà religiosa e libertà di educazione di fronte alla Corte di Strasburgo*, in *Stato chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica (www.statochiese.it)*, 2012, 29, p. 1 ss.

¹⁷⁸ CEDU, Art. 2 Protocollo addizionale, *Diritto all'istruzione*: "Il diritto all'istruzione non può essere rifiutato a nessuno. Lo Stato, nell'esercizio delle funzioni che assume nel campo dell'educazione e dell'insegnamento, deve rispettare il diritto dei genitori di provvedere a tale educazione e a tale insegnamento secondo le loro convinzioni religiose e filosofiche".

¹⁷⁹ CEDU, Art. 14, *Divieto di discriminazione*: "Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve 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 a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione".

¹⁸⁰ CEDU, ART 10, *Libertà di espressione*: "1. Ogni persona ha diritto alla libertà d'espressione. Tale diritto include la libertà d'opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. Il presente articolo non impedisce agli Stati di sottoporre a un regime di autorizzazione le imprese di radiodiffusione, cinematografiche o televisive. 2. L'esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all'integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario."

¹⁸¹ CEDU, Art. 11, *Libertà di associazione*: "1. Ogni persona ha diritto alla libertà di riunione pacifica e alla libertà d'associazione, ivi compreso il diritto di partecipare alla costituzione di sindacati e di aderire a essi per la difesa dei propri interessi. 2. L'esercizio di questi diritti non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalla legge e che costituiscono misure necessarie,

La disposizione dell'articolo 9 così recita:

“Ogni persona ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione; tale diritto include la libertà di cambiare religione o credo, così come la libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti.

La libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla pubblica sicurezza, alla protezione dell'ordine, della salute o della morale pubblica, o alla protezione dei diritti e della libertà altrui.”

Analizzandola, notiamo che nel suo comma 1, dopo aver posto la regola generale la disposizione ne specifica i contenuti servendosi di un'elencazione (non tassativa) dei diritti tutelati: la libertà di cambiare religione o credo, la libertà di manifestare la propria religione individualmente o collettivamente, in pubblico che in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza di riti.

Il secondo comma, invece, definisce le restrizioni specifiche che possono legittimamente limitare la libertà di pensiero, coscienza e religione. Tali restrizioni, come vedremo dopo nel dettaglio, sono applicabili alla sola libertà di manifestare la religione, e non anche quella della coscienza¹⁸².

È importante che gli ordinamenti giuridici, a tutti i livelli, si dotino di una norma che tuteli la libertà della religione, tenendo a mente, però, come sostenuto da autorevole dottrina che: *“bisogna guardarsi dall'illusione dell'universale concordia sul contenuto di questo diritto. Il modo di intendere la libertà religiosa, le sue spiegazioni e l'ampiezza di essa, dipende essenzialmente dal modo di concepire il rapporto tra politica e religione e quindi dalle forme di Stato che condizionano l'interpretazione di quel rapporto”*¹⁸³. Bisogna prendere atto, cioè, che sebbene possa esservi una certa convergenza tra le differenti versioni della libertà religiosa che si muovono all'interno di un'area sufficientemente omogenea (come quella europea), ciò non equivale a riconoscere l'esistenza di una vera e propria coincidenza tra di esse.

Con queste premesse, è ragionevole ipotizzare che ciò a cui si vuole tendere non è un'improbabile ricomposizione ad unitarietà delle differenti specificità nazionali relative alla materia in esame, quanto piuttosto all'individuazione, con un'azione di costante e mai

in una società democratica, alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale e alla protezione dei diritti e delle libertà altrui. Il presente articolo non osta a che restrizioni legittime siano imposte all'esercizio di tali diritti da parte dei membri delle forze armate, della polizia o dell'amministrazione dello Stato.”

¹⁸² DE SALVIA M., *Compendium della CEDU*, op. cit., pp. 230-233.

¹⁸³ Cfr. VITALE A., *Corso di diritto ecclesiastico. Ordinamento giuridico e interessi religiosi*, Milano 1998.

definitiva indagine, di un accettabile punto di equilibrio tra gli interessi e le istanze delle differenti forme di organizzazione religiosa esistenti¹⁸⁴.

2. La duplice dimensione dell'art. 9 CEDU

La norma sulla libertà religiosa è una disposizione complessa, che prevede al suo interno una duplice dimensione: da un lato la libertà di pensiero, coscienza e religione, che rappresentano l'aspetto *passivo* della norma in questione, dall'altro il diritto di manifestare una religione o un credo, che delinea invece il suo aspetto *attivo*¹⁸⁵.

Tuttavia, prima di analizzare queste due dimensioni della libertà religiosa, è bene precisare che l'art. 9 CEDU, oltre alla libertà di religione, contiene delle nozioni che sono disposte in ordine di crescente specificità e che sono legate tra loro da un rapporto *genus-specie*: in primis abbiamo la libertà di pensiero, che è volta preservare la determinazione di ogni forma di convincimento personale (politico, filosofico, sociale, economico, etc.) riconoscendo loro pari rilievo e dignità; a seguire abbiamo la libertà di coscienza, ovvero la facoltà di autodeterminarsi, di indirizzare il proprio agire secondo una precisa e personale visione dell'essere e della realtà; quest'ultima si declina a sua volta in diverse specie, tra le quali troviamo la libertà di avere credenze di natura religiosa, la libertà di non avere credenze religiose e, persino, di averne di tipo anti religioso, tutte meritevoli del medesimo grado di tutela¹⁸⁶.

Tornando ora ai due aspetti che caratterizzano la terza, e più specifica, di queste nozioni, la libertà religiosa, il suo aspetto passivo, che si rinviene nella prima parte del comma 1, e che ricomprende al suo interno il diritto di abbracciare o meno una fede religiosa o un certo credo, il diritto di cambiare religione o credo e il diritto di essere atei, indifferenti o agnostici, può essere annoverato fra i c.d. diritti assoluti, ovvero quelle libertà che non possono essere suscettibili di limitazioni poiché collocate nella dimensione più intima della persona, che va oltre la sfera di giurisdizione dello Stato e che per questo attiene al c.d. "*forum internum*"¹⁸⁷.

Nello stesso comma 1, però, è prevista anche una dimensione esterna del diritto in esame, il c.d. "*forum externum*", allorquando la disposizione riconosce il diritto di esercitare concretamente la propria fede religiosa, o un diverso credo, manifestandolo

¹⁸⁴ D'ANGELO G., *Ordinamenti giuridici e interessi religiosi. Argomenti di diritto ecclesiastico comparato e multilivello*. Volume I, *Il diritto ecclesiastico nel sistema CEDU*, Bologna, pp. 135-136

¹⁸⁵ EVANS M.D., *Religious Liberty and International Law in Europe*, op. cit., p. 284.

¹⁸⁶ GIANNUZZO L., *Laicità europea e libertà religiosa alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in tema di simboli religiosi: ipotesi ricostruttive*, Tricase 2017, pp. 19 - 23

¹⁸⁷ L'espressione "foro interno" è stata utilizzata per la prima volta dalla Commissione Europea dei diritti dell'uomo nel caso C. c. Regno Unito, Commissione EDU, sentenza del 15 dicembre 1983, Ricorso n°. 10358/ 83

“individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l’insegnamento, le pratiche e l’osservanza dei riti”.

Le forme di manifestazione religiosa indicate sono quelle tradizionalmente più conosciute e diffuse (il culto, l’insegnamento, le pratiche e le osservanze di riti), ma non si tratta di un’elencazione tassativa, bensì di un indice suscettibile di integrazioni giurisprudenziali, da valutarsi in base alle circostanze concrete (la giurisprudenza di Strasburgo prende in esame anche la macellazione rituale, il digiuno durante il Ramadan, la preghiera, la partecipazione a funzioni religiose, etc.), e solo queste, ritenuti alla stregua di diritti relativi, possono legittimamente subire le limitazioni previste dal comma 2 dell’articolo 9¹⁸⁸.

Ed è proprio la dimensione esterna della libertà in oggetto a sollevare i problemi di maggior rilievo. A questo proposito è bene riportare le parole del giudice Tulkens: *“per quanto riguarda l’art. 9 CEDU, la libertà che è qui in causa non è quella di avere una religione ma di manifestare la propria religione. Se la corte si è spinta molto in là nella protezione dei sentimenti religiosi [...], si è mostrata più restrittiva in ciò che concerne le pratiche religiose, che paiono essere protette in maniera sussidiaria [...]. In effetti, si tratta di un aspetto della libertà di religione col quale la corte si è finora poco confrontata e che non le ha ancora permesso di prendere posizione rispetto ai segni esteriori delle pratiche religiose, come ad esempio il fatto di indossare un abbigliamento, la cui portata può variare secondo le confessioni”.*

La giurisprudenza delle Corti di Strasburgo, cioè, non ha definito parametri chiari e certi nel riconoscimento, nell’estensione della tutela di questa dimensione esterna della libertà di religione, il che implica una sua minore efficacia su questa particolare estrinsecazione della libertà. Fra l’altro, l’affermazione della Corte nella quale si stabilisce che l’art. 9 CEDU non protegge qualsiasi atto motivato o ispirato da una religione o una convinzione, ha prodotto solo più confusione a riguardo, perché obbliga la Corte a decidere quali siano i comportamenti meritevoli di tutela e quali invece ne restano esclusi, con il rischio di attuare discriminazioni ai danni di gruppi minoritari o pratiche religiose poco diffuse nello spazio occidentale europeo.

Pertanto, se pure è vero che *“nelle società democratiche, in cui diverse religioni convivono all’interno di una stessa popolazione, possa essere necessario porre restrizioni alla libertà [di manifestare il sentimento religioso], al fine di conciliare gli interessi dei vari gruppi e di garantire che le convinzioni di tutti siano rispettate”*¹⁸⁹, allo stesso tempo è dovere dello Stato mostrare un certo atteggiamento neutrale, in quanto *“il diritto alla libertà di religione, come garantito*

¹⁸⁸ Questo è un tratto che differenzia tale disposizione dalle altre con struttura simile; secondo la Corte *“il carattere fondamentale dei diritti di cui all’articolo 9 comma 1 si riflette anche nella formulazione del [secondo] comma che prevede le limitazioni ad essi. A differenza del secondo comma degli articoli 8, 10 e 11 che copre tutti i diritti di cui al primo comma di tali articoli, quello dell’articolo 9 si riferisce solo alla libertà di manifestare la propria religione o credo”*; Corte Europa dei Diritti dell’Uomo, Sentenza del 25 Maggio 1993, Caso Kokkinakis c. Grecia, ricorso n° 14307/88.

¹⁸⁹ Caso Kokkinakis v. Grecia, op. cit., par. 33

dalla Convenzione, esclude qualsiasi potere discrezionale da parte dello Stato nel determinare se le convinzioni religiose o i mezzi utilizzati per esprimere tali convinzioni siano legittimi”¹⁹⁰.

Fra l'altro, dalla lettura di insieme dei due commi dell'art. 9 CEDU, si evince il ricorso ad espressioni generiche e dalla portata concettuale molto ampia: ciò trova la sua primaria ragion d'essere nella volontà delle Alte parti contraenti di garantire la più estesa garanzia possibile al diritto di libertà religiosa, di coscienza e di pensiero, senza porre a monte limitazioni che potrebbero scaturire, in via interpretativa, da concetti che si presentano invece più circoscritti e definiti. Si è preferito cioè, preso atto della varietà di approcci che i Paesi membri del Consiglio d'Europa hanno nei riguardi del fenomeno religioso, non escludere nessuna di esse, purché rientrante nella tradizione democratica occidentale. Così facendo, si è rinunciato alla pretesa di protendere verso una uniforme modalità di gestione del fenomeno religioso, a vantaggio piuttosto di una variegata realtà europea rispettosa delle singole tradizioni nazionali. Questo punto di vista è stato esposto dal Comitato dei diritti dell'uomo anche nel quadro del Patto internazionale sui diritti civili e politici, attraverso l'osservazione generale n. 22 sull'art. 18¹⁹¹.

2.1. Le limitazioni alla libertà religiosa previste dall'art. 9 CEDU

L'art. 9 CEDU presenta una struttura identica a quella degli altri articoli della Convenzione che rientrano nelle c.d. “libertà fondamentali” di una società democratica: il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU¹⁹²), la libertà di espressione (art. 10 CEDU) e la libertà di riunione e di associazione (art. 11 CEDU).

Come abbiamo già detto, mentre nel primo comma di tali disposizioni si esprime la necessità di tutelare la libertà fondamentale che vi è sottesa, nel secondo comma si tracciano i criteri per una sua possibile limitazione.

¹⁹⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 26 ottobre 2000, caso Hasan e Chausch v. Bulgaria, Ricorso n°. 30985/96

¹⁹¹ “Il fatto che una religione sia riconosciuta come religione di Stato o che sia posta come religione ufficiale o tradizionale, ovvero che i suoi fedeli rappresentino la maggioranza della popolazione, non deve portare a violare in nessun modo il godimento di un qualsiasi diritto garantito dal Patto, in particolare non deve comportare violazione degli articoli da 18 a 27, né implicare una qualunque discriminazione nei confronti dei fedeli di altre religioni o contro i non credenti. In particolare, certe misure di carattere discriminatorio nei confronti di questi ultimi, quelle per esempio che limitano l'accesso all'impiego pubblico ai soli membri della religione dominante, accordando loro privilegi economici o imponendo restrizioni speciali alla pratica di altre religioni, non sono conformi al divieto di discriminazione fondata sulla religione o sul credo, né alla garanzia dell'uguale tutela davanti alla legge affermata dall'articolo 26. Le misure considerate al paragrafo 2 dell'articolo 20 costituiscono importanti misure di protezione contro le minacce ai diritti delle minoranze religiose e di altri gruppi religiosi dal punto di vista dei diritti tutelati dagli articoli da 18 a 27 del Patto, nonché contro gli atti di violenza o persecutori indirizzati contro tali gruppi”, ONU, Comitato dei diritti umani: Osservazione generale n. 22 (48) (1993), https://unipd-centrodirittiumani.it/public/docs/92_03_193.pdf

¹⁹² CEDU, Art. 8, Diritto al rispetto della vita privata e familiare: “1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.”

Le “libertà fondamentali” della Convenzione, infatti, non sono assolute: esse possono subire delle restrizioni ad opera delle autorità statali nell’ottica del perseguimento di un giusto bilanciamento fra la tutela dell’interesse generale della comunità e la richiesta di protezione dei diritti fondamentali dei singoli individui. È la Convenzione stessa ad indicare i parametri attraverso i quali vagliare la ragionevolezza di queste eventuali misure restrittive statali, delineate, appunto, nel secondo comma delle relative disposizioni, e che vengono definite *accommodation clauses*¹⁹³.

Nel caso dell’articolo che rileva ai fini del presente lavoro, secondo quanto prescritto dal comma 2 dello stesso, a limitare la portata della libertà di manifestare la propria religione o credo possono intervenire solo quelle restrizioni che siano stabilite dalla legge, che costituiscano misure necessarie in una società democratica per la tutela della pubblica sicurezza, della protezione dell’ordine pubblico, della salute o della morale pubblica, o in funzione della protezione dei diritti e delle libertà altrui, e che siano proporzionate all’obiettivo che si vuole perseguire.

Per verificare la presenza di questi criteri, la Corte europea opera un controllo attraverso il c.d. test di proporzionalità (di cui abbiamo già detto nel precedente capitolo), che le permette, esercitando il suo ruolo di supervisore, di determinare la compatibilità della limitazione del diritto con gli obblighi convenzionali, oppure prepararsi ad affermare l’intervenuta violazione della Convenzione europea.

Tuttavia, a limitare la tutela apprestata dall’art. 9 CEDU non operano solo le limitazioni contemplate al comma 2 della disposizione, ma intervengono anche dei correttivi impliciti già nel comma 1, che stabiliscono che la tutela alla libertà religiosa opera solo a vantaggio di quelle convinzioni religiose e non che raggiungano un sufficiente livello di coerenza, serietà, coerenza e importanza, non garantendo, pertanto, ogni atto motivato o ispirato da ragioni di coscienza¹⁹⁴.

Tutte queste restrizioni non sono illimitate ma sono ridimensionate su tre fronti:

1) in primo luogo la limitazione deve perseguire un obiettivo legittimo quale la protezione della sicurezza pubblica, dell’ordine pubblico, della salute o della morale pubblica, o ancora la protezione dei diritti e delle libertà altrui, secondo un’elencazione che deve ritenersi tassativa;

2) in secondo luogo vi è un requisito che discende direttamente dalla rilevanza della *rule of law* all’interno del sistema del Consiglio d’Europa, e più in particolare nel quadro della CEDU, che stabilisce che affinché una misura ristrettiva possa considerarsi legittima è necessario che la stessa sia “prevista da legge”¹⁹⁵. Questo requisito è stato interpretato in

¹⁹³ BRIBOSIA E., RINGELHEIM J., RORIVE I., *Reasonable Accommodation for Religious Minorities: a promising concept for European antidiscrimination law?*, in *Maastricht journal of European and comparative law*, ottobre 2010, p. 15

¹⁹⁴ TOSCANO M., *Il fattore religioso nella Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo*, op. cit., pp. 205-206.

¹⁹⁵ IBIDEM, pp. 157 -187.

modo ampio dalla Corte di Strasburgo, che si è soffermata più sul significato sostanziale di “*law*”, che non sul suo aspetto formale. Il termine “legge”, cioè, non deve essere inteso in senso stretto quale atto normativo prodotto dagli organi politici, ma deve includere anche quelle “leggi” che si generano per il tramite dei precedenti giurisprudenziali, tipiche dei sistemi di *common law*, nonché i regolamenti o altre convenzioni internazionali applicabili nel sistema interno. Fra l’altro, si tratta di un criterio che ha a che fare anche con la “qualità della legge”, secondo la Corte, cioè, la “legge” deve essere adeguatamente accessibile per il cittadino e formulata in modo sufficientemente preciso e chiaro, così che l’individuo possa facilmente venire a conoscenza delle regole applicabili al caso concreto e, di conseguenza, regolare la propria condotta¹⁹⁶;

3) in ultimo si esige che lo scopo di tutelare uno di questi interessi sia contestualizzato in un sistema istituzionale e ordinamentale caratterizzato in senso democratico. Le misure restrittive, cioè, non solo devono poggiare su una legittima esigenza di protezione, ma devono altresì costituire misure necessarie in una società democratica, il che richiede la sussistenza di un *pressing social need* che giustifichi quella limitazione. Insomma, una volta che la Corte abbia constatato la presenza della base normativa e della finalità legittima, la fase più delicata del controllo riguarda proprio il requisito della “necessarietà in una società democratica”, in quanto con esso la Corte dovrebbe appurare, in primo luogo, se la limitazione è idonea e appropriata a proteggere l’interesse legittimo ritenuto minacciato, e in secondo luogo, se le modalità scelte sono le meno invasive per il diritto che è stato limitato, ed infine se sussiste un certo equilibrio – o proporzione - tra tutti gli interessi coinvolti¹⁹⁷. Come già anticipato nel precedente capitolo, si tratta di una fase particolarmente delicata, perché si viene ad intrecciare con il potere discrezionale di cui godono gli Stati membri alla luce del carattere internazionale e sussidiario della protezione convenzionale. Non a caso, come avremo modo di meglio valutare nel prosieguo, la presenza del margine di apprezzamento influenza l’intensità del controllo di proporzionalità, in modo particolare nei casi attinenti alla libertà religiosa, nei quali si assiste ad una forte rivendicazione da parte degli Stati membri del loro potere decisionale.

2.2. La definizione del concetto di religione nella Convenzione Europea

Un aspetto critico nell’approccio seguito dalla Corte di Strasburgo in materia di libertà religiosa è quello di non essersi sufficientemente apprestata a cercare una definizione del concetto di religione che fosse il più esaustiva possibile, ricomprendendo le numerose

¹⁹⁶ ARAI-TAKAHASHI Y., *Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerpen, 2002, p. 10

¹⁹⁷ TSAKYRAKIS S., *Proportionality: An assault on human rights?*, in *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 7, n. 3, 2009, p. 476

declinazioni di questo complesso fenomeno. L'importanza di trovare dei confini precisi alla questione del religioso risiede nella necessità di delimitare un'area entro la quale una persona sia libera di credere e agire in conformità con le sue convinzioni, senza il rischio subire alcuna limitazione da parte dell'ordinamento.

Si tratta, tuttavia, di un compito non privo di rischi, in quanto delineare un'unica definizione di religione potrebbe, da un lato, escludere a priori certi gruppi religiosi meritevoli invece di protezione, preferendogli quelli più diffusi, o maggioritari, dall'altro, proprio mossi dalla consapevolezza di questo rischio, si potrebbe propendere per una definizione così vaga da rendere il concetto privo di un qualsiasi concreto significato¹⁹⁸.

Le stesse corti nazionali delle società moderne, che si caratterizzano per un sempre maggiore pluralismo religioso, hanno difficoltà ad identificare una nozione condivisa di religione o di approccio al fenomeno religioso, pur collocandosi all'interno di un ambito territoriale più ristretto, nel quale la comunità condivide medesime origini storiche e identità culturali.

Ciò considerato, si comprende ancora di più la difficoltà di riuscire a pervenire ad un approccio condiviso sulla religione in un contesto sovranazionale europeo come quello del Consiglio d'Europa che, seppur composto per la maggior parte da Paesi caratterizzati da un innegabile comune *background* cristiano, mostrano in realtà profonde differenze circa la gestione del rapporto tra potere secolare e potere temporale, nonché sul ruolo spettante alla religione nello spazio pubblico¹⁹⁹.

La Corte di Strasburgo vive queste difficoltà: essa non può rivolgersi ad un ordine costituzionale per valutare quali siano le forme di relazione tra Stato e Chiesa preferibili o quali siano i culti meritevoli di protezione, ed è per questo che ha preferito adottare un atteggiamento più neutrale, che le permette di operare un bilanciamento più adeguato tra la protezione dei diritti individuali e le peculiari caratteristiche dei vari Stati membri²⁰⁰.

È per queste ragioni che la Corte di Strasburgo ha preferito sottrarsi dal fornire una definizione univoca di cosa debba costituire la "religione", decidendo piuttosto di affidarsi al termine *belief*²⁰¹. In effetti è lo stesso testo dell'art. 9 a ricomprende nel suo ambito di

¹⁹⁸ ADHAR R., LEIGH I., *Religious Freedom in the Liberal State*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 141

¹⁹⁹ Non bisogna scordare che fino agli anni Novanta il Consiglio d'Europa era costituito in grande maggioranza da paesi cattolici e protestanti con soli due stati di religione ortodossa e la sola Turchia a maggioranza musulmana; si veda BARTOLE S., DE SENA P., ZAGREBELSKY V., *Commentario breve alla Convenzione Europea*, op. cit., p. 371; FERRARI S., *La Corte di Strasburgo e l'articolo 9 della Convenzione europea*, in MAZZOLA R., *Diritto e religione in Europa*, op. cit. pp. 28-29; BRATZA N., *The precious asset: Freedom of religion under the European Convention on Human Rights*, in *Religion and Discrimination Law in the European Union*, in HILL M. (a cura di), *European Consortium for Church and State Research*, Tier 2012, p. 10; FUMAGALLI CARULLI O., *Costituzione Europea, radici cristiane e Chiese*, in www.olir.it, disponibile al link http://www.olir.it/areetematiche/83/documents/Fumagalli_Carulli_RadiciCristiane_Europa.pdf

²⁰⁰ BRATZA N., *The precious asset: Freedom of religion under the European Convention*, op. cit., p.10.

²⁰¹ IDEM, p. 11; si veda anche TULKENS F., *Freedom of Religion under the European Convention on Human Rights: A Precious Asset*, in *BYU Law Review*, Vol. 2014, n. 3, Art. 3, disponibile al link <http://digitalcommons.law.byu.edu/lawreview/vol2014/iss3/3>, p. 509.

tutela non solo il concetto di religione ma più in generale le convinzioni personali – *beliefs* appunto.

Così facendo, oltre alle religioni tradizionali – Cristianesimo, Ebraismo, Islam, Buddismo, Religione Sikh, Induismo – la Corte riesce a far rientrare nella tutela ex art. 9 CEDU anche religioni minoritarie, come quella dei Testimoni di Geova, o religioni più controverse, come quella della Chiesa di *Scientology*. Allo stesso modo si garantiscono anche la “libertà dalla religione” e la libertà di non credere, ricomprendendo, dunque, anche convinzioni di natura non religiosa o filosofica, quali il pacifismo, il veganismo, le convinzioni anti abortiste e anche ideologie politiche come il comunismo²⁰².

La Corte di Strasburgo insomma stabilisce che affinché una convinzione possa vantarsi della tutela dell’art. 9 deve avere una certa coerenza, rilevanza e serietà e non deve essere incompatibile con la dignità umana.

3. Lo sviluppo della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di libertà religiosa

La dottrina che si è occupata dell’analisi giurisprudenziale del diritto di cui all’art. 9 CEDU ha potuto osservare quanto sia complesso individuare un orientamento lineare ed uniforme in materia di “libertà di pensiero, di coscienza e di religione”²⁰³, nonché stabilire delle periodizzazioni utili a facilitare l’interpretazione giuridica delle questioni legate alla manifestazione pubblica del sentimento religioso, il quale, investendo la sfera della soggettività in tutte le sue declinazioni, si rivela una materia tanto complessa quanto delicata.

Quella di Strasburgo è una giurisprudenza per lo più casistica, che si fonda sul caso concreto, e pertanto poco incline a fornire principi di portata generale, capaci di delineare perimetri argomentativi efficaci sotto il profilo prescrittivo²⁰⁴. Nella maggioranza dei casi sarebbero piuttosto rinvenibili soluzioni fondate su elementi contingenti, in larga misura dettate dalla peculiarità delle fattispecie giudicande e pertanto poco idonee a individuare principi di portata generale, capaci di reale efficacia prescrittiva o quantomeno orientativa.

²⁰² EVANS M. D., *Religious Liberty and International Law in Europe*, op. cit., p. 290.

²⁰³ Per un approfondimento sul tema della giurisprudenza di Strasburgo in materia di libertà religiosa si rinvia tra i lavori esplorativi sull’argomento a MARTINÉZ-TORRÓN J., *La giurisprudenza degli organi di Strasburgo sulla libertà religiosa*, in *Rivista internazionale dei diritti dell’Uomo*, 2, 1993, pp. 341 ss.; LARICCIA S., *A cinquant’anni dalla Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo: l’art. 9*, in *Studi in onore di Francesco Finocchiaro*, vol. II, Padova 2000, pp. 1069 ss. Diffusamente a PARISI M., *Orientamenti della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo in tema di libertà religiosa*, in *Annali dell’Università del Molise*, 4, 2002, pp. 273 ss.; si veda diffusamente: TOSCANO M., *Il fattore religioso nella Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo. Itinerari giurisprudenziali*, op. cit.; MORINI C., *La tutela dei diritti dei gruppi religiosi nel contesto regionale europeo*, op. cit.; GIANNUZZO L., *Laicità europea e libertà religiosa alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in tema di simboli religiose: ipotesi ricostruttive*, op. cit.; BLANDO G., *Secolarizzazione e laicità. Pratiche argomentative della CEDU*, Napoli 2019, pp. 157 ss.

²⁰⁴ TOSCANO M., *Il fattore religioso nella Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo*, op. cit., p. 191.

Tuttavia, in relazione ad alcune questioni specifiche o ad alcune tematiche, è possibile individuare dei veri e propri percorsi di sviluppo, spesso orientati nel senso di una progressiva espansione delle tutele²⁰⁵.

Per apprendere al meglio l'evoluzione della tutela apprestata in materia religiosa dalla Corte europea nel corso degli anni, è utile rivolgersi verso i primi orientamenti giurisprudenziali che hanno riguardato l'art. 9 CEDU.

Innanzitutto è bene chiarire che, diversamente da quanto accaduto per altri diritti, la giurisprudenza sull'art. 9 è relativamente recente: in effetti, diciassette anni dopo la firma della Convenzione, la libertà religiosa non era ancora stata oggetto né di una decisione della Commissione, né tantomeno di una pronuncia della Corte di Strasburgo²⁰⁶.

La giurisdizione di Strasburgo, infatti, sembrava essere persuasa dalla convinzione che non vi fosse alcun bisogno di intervenire nei conflitti della materia religiosa, probabilmente perché era diffusa l'idea che al momento dell'entrata in vigore della Convenzione europea, il livello di tutela garantito alla libertà religiosa era più ampio rispetto agli *standard* vigenti nei vari Stati nazionali. Si tratta di una constatazione ancora più palese se si pensa che quando la Convenzione è stata firmata *"un gesuita non poteva mettere piede in Norvegia, un prete apostata non poteva insegnare nelle scuole pubbliche italiane e i fedeli di una religione diversa dalla cattolica non potevano celebrare pubblicamente in Spagna alcuna cerimonia religiosa"*²⁰⁷.

Fino al 1993, dunque, la giurisprudenza della Corte EDU è stata caratterizzata da pronunce di inammissibilità rispetto ai casi sollevati ex art. 9, circostanza che non ha favorito il formarsi di una giurisprudenza più o meno coerente sul diritto in parola. Al di là di quanto detto sopra, si poteva ritenere che questa tendenza dei giudici di Strasburgo fosse indotta sia dalla naturale complessità del diritto in questione, sia dal fatto che, sebbene la Corte abbia il compito precipuo di espandere la portata giuridica dei diritti di cui all'art. 9 CEDU (come di ogni altro diritto fondamentale), questa sua funzione spesso viene ostacolata da resistenze interne ad alcuni sistemi nazionali che hanno fatto sì che la Corte optasse per un bilanciamento dei diritti in gioco teso (nella maggior parte dei casi) ad accettare modalità e strumenti di regolamentazione delle relazioni con confessioni, comunità e gruppi religiosi, non conformi alle disposizioni convenzionali, con un conseguente restringimento dei margini di tutela per il diritto di libertà religiosa²⁰⁸.

²⁰⁵ PARISI M., *Linee evolutive dell'interpretazione giurisprudenziale dell'articolo 9 della convenzione di Roma. sviluppi e prospettive per il diritto di libertà religiosa nello spazio giuridico europeo*, in FIORITA N., LOPRIENO D. (a cura di), op. cit., pp. 247 ss.

²⁰⁶ FERRARI S., *La Corte di Strasburgo e l'articolo 9 della Convenzione europea. Un'analisi quantitativa della giurisprudenza*, in MAZZOLA R. (a cura di), *Diritto e religione in Europa*, op. cit., p. 27.

²⁰⁷ IDEM, p. 40.

²⁰⁸ PARISI M., *Il fenomeno religioso di fronte agli organi giurisdizionali europei*, in MACRÌ G., PARISI M., TOZZI V., *Diritto ecclesiastico europeo*, Roma-Bari 2006, p. 163. Ad incidere negativamente su una evoluzione di matrice europea del diritto fondamentale di libertà religiosa insistono, ove presenti, le c.d. dinamiche concordatarie tra Stati e confessioni religiose.

Il mutamento di prospettiva ha inizio a partire proprio dal 1993, quando le religioni, come segnalato in premessa, mostrano nello spazio pubblico inaspettati segni di vitalità e una maggiore visibilità sul fronte politico-confessionale, che generano facilmente tensioni e conflitti. Di conseguenza, ignorare la problematica connessa al fenomeno religioso diventa per la Corte sempre meno agevole²⁰⁹. Da qui una fase di maggiore attivismo della Corte sul diritto di libertà religiosa.

Anche dal punto di vista delle tradizioni religiose rappresentate nel Consiglio d'Europa la situazione cambia profondamente: se fino agli inizi degli anni Novanta esso era stato costituito da 11 Paesi cattolici, 5 Paesi protestanti, 2 ortodossi, 1 musulmano e 4 Paesi misti, l'ingresso dei Paesi post-comunisti segna un netto rafforzamento della componente ortodossa e cattolica e il declino, in percentuale, dei Paesi a maggioranza protestante. La nuova demografia religiosa del Consiglio d'Europa non è priva di conseguenze: molte chiese ortodosse infatti non condividono la nozione di libertà religiosa adottata dalla Corte di Strasburgo e in particolare l'idea che, per rispettare questa libertà, le istituzioni pubbliche non debbano avere nessuna qualificazione religiosa²¹⁰.

Le stesse funzioni della Corte, come già anticipato, hanno subito un mutamento necessario per fronteggiare il nuovo assetto che stava delineandosi²¹¹.

È pur vero però che l'iniziale resistenza nell'assicurare una vasta tutela alla libertà religiosa poteva essere letta come una sorta di anticipazione implicita della dottrina del margine di apprezzamento. Gli Stati membri, infatti, sebbene avessero consapevolmente aderito ad un sistema che ha la funzione di portare a sintesi i differenti livelli nazionali di tutela apprestata ai diritti fondamentali, avevano una propria idea di tutela della libertà religiosa, allineata alle proprie politiche nazionali, ed erano forse ancora lontani

Si tratta di un lascito di quella fase storica caratterizzata in senso nazionalistico che per trascinamento ritroviamo anche in alcune Costituzioni democratiche del secondo dopoguerra (art. 7 c. 2 Costituzione italiana).

²⁰⁹ Con l'espandersi del fenomeno della globalizzazione, infatti, cresce in maniera esponenziale la mobilità delle persone e con essa la mobilità delle credenze religiose. Questa circostanza, se da un lato ha favorito la tolleranza religiosa, dall'altra ha spinto le diverse organizzazioni religiose ad avanzare richieste nei confronti dei poteri statali accentuando forme di concorrenza e rivalità nei confronti delle religioni storicamente dominanti.

²¹⁰ FERRARI S., *La Corte di Strasburgo e l'articolo 9 della Convenzione europea. un'analisi quantitativa della giurisprudenza*, in MAZZOLA R. (a cura di), *Diritto e religione in Europa*, op. cit., pp. 27-30; ZAGREBELSKY V., *Aspetti della transizione alla democrazia dei paesi dell'ex blocco sovietico nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in BALDINETTI A., MANEGGIA A. (a cura di), *Processi politici nel Mediterraneo: dinamiche e prospettive*, Perugia 2009, pp. 101 ss., FERRARI S., *La Corte di Strasburgo e l'articolo 9 della Convenzione europea. Un'analisi quantitativa della giurisprudenza*, in MAZZOLA R. (a cura di), *Diritto e religione in Europa*, op. cit., pp. 27-29.

²¹¹ Considerato che gli Stati di nuovo ingresso nel Consiglio d'Europa presentavano dei livelli di protezione dei diritti umani non del tutto soddisfacenti o comunque non in linea con un'applicazione rigorosa della Convenzione EDU, alla Corte di Strasburgo è stato richiesto un impegno supplementare al fine di mantenere alto il precedente standard qualitativo della protezione dei diritti fondamentali. La Corte, cioè, ha dovuto affiancare al suo ruolo originario di custode della Convenzione, anche quello di "esportatore" di principi democratici all'interno di quei Paesi che si stavano adattando per la prima volta ad un nuovo regime di tutela e garanzia delle libertà fondamentali. Sul punto TOSCANO M., *Il fattore religioso nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, op. cit., pp. 194-195; POLLICINO O., SCIARABBA V., *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale*, op. cit., pp. 17-19; CIMBALO G., *Confessioni e comunità religiose nell'Europa dell'Est. Pluralismo religioso e politiche legislative degli stato*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 8/2019, pp. 5-10.

dall'immaginare un sistema giurisdizionale sovraordinato caratterizzato da un forte attivismo, così come si stava delineando l'attività della Corte EDU a partire dagli anni '90 del secolo scorso.

Ciononostante, l'analisi delle dinamiche giurisprudenziali della Corte di Strasburgo si rende ancora più necessaria se si considera che tale giurisprudenza rappresenta una "lente" attraverso cui poter osservare le diverse modalità di estrinsecazione pratiche della libertà religiosa in Europa, le cui forme di protezione rilevano soprattutto in ragione del persistere di forti resistenze da parte degli Stati a riconsiderare le modalità interne di governo dei rapporti tra apparati confessionali e apparati pubblici alla luce della normativa europea²¹².

Dunque è a partire dagli anni '90 che i giudici di Strasburgo hanno concretamente intrapreso il compito di assicurare la più ampia tutela possibile del diritto in oggetto²¹³. Se, infatti fino ad allora, nella materia inerente il contenzioso religioso, la Corte di Strasburgo aveva quasi sempre assunto un atteggiamento di *self-restraint*²¹⁴, dichiarando inammissibili la maggior parte dei ricorsi in materia, è solo nel 1993, come si è detto, che ha emesso la prima sentenza accertativa della violazione dell'art. 9 CEDU, condannando la Grecia a risarcire i danni causati da un'applicazione restrittiva del principio fondamentale di pluralismo culturale e religioso sancito nella Convenzione. Si tratta del noto caso

²¹² In materia di tutela della libertà religiosa nel sistema CEDU, tra gli altri, si segnala CASUSCELLI G., *Convenzione europea, giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo e sua incidenza sul diritto ecclesiastico italiano. Un'opportunità per la ripresa del pluralismo confessionale?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), settembre 2011, pp. 13 ss.; PASQUALI CERIOLI J., *La tutela della libertà religiosa nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), gennaio 2011, pp. 9 ss.; ALICINO F., *Libertà religiosa*, in BUFFA F., CIVININI M.G. (a cura di), *La Corte di Strasburgo*, op. cit., pp. 458-467; TOZZI V., *La libertà religiosa in Italia e nella prospettiva Europea*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 10 novembre 2014, pp. 24 ss.; si rinvia, in generale, anche ai volumi MUSSELLI L., *Diritto e religione in Italia ed in Europa. Dai concordati alla problematica islamica*, Torino 2017; IBÁN I.C., *Europa, diritto, religione*, Bologna 2010.

²¹³ Per una ricognizione generale sulla Corte di Strasburgo e sulla CEDU si rinvia a BATES E. *The Evolution of the European Convention*, Oxford (NY), 2010, pp. 319 ss.; VAN DIJK P., VAN HOOFF G.J.K., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, op. cit., pp. 25-29; PEGORARO L., *Giustizia costituzionale comparata*, Torino, 2007, pp. 90 ss.; GENNUSA M.E., *La CEDU e l'Unione europea*, in CARTABIA M. (a cura di), *I diritti in azione*, op. cit., pp. 91-144; DI STASI A. (a cura di), *CEDU e Ordinamento italiano*, op. cit.; DE SALVIA M., *Compendium della CEDU*, op. cit.; DE SALVIA M., *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo* op. cit.; SCJARABBA V., *Il giudicato e la CEDU: profili di diritto costituzionale, internazionale e comparato*, Padova 2013; POLLICINO O., SCJARABBA V., *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale*, op. cit., pp. 1-32.; RAIMONDI G., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e le corti costituzionali e supreme europee*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 24 marzo 2018; RAIMONDI G., *Il Consiglio d'Europa e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, op. cit.; BULTRINI A., *Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Agg. IV, (2000), 149-151; DE GAETANO V.A., *Alcune chiavi di lettura del sistema Cedu*, in BUFFA F., CIVININI M.G. (a cura di), *La Corte di Strasburgo*, op. cit., pp. 17- 22.

²¹⁴ Sulla questione della libertà religiosa la Corte ha dapprima riconosciuto agli Stati un ampio margine di autonomia, soprattutto per quanto riguarda la regolamentazione dei rapporti tra Stato e organizzazioni religiose. Tuttavia è evidente che il principio del "margine di apprezzamento", se applicato troppo generosamente, finisce per vanificare lo scopo stesso della supervisione internazionale riducendola ad una "inutile" adesione alle scelte nazionali. Questa consapevolezza ha permesso di intraprendere il mutamento giurisprudenziale avviato nel 1993 che, se pure con qualche battuta d'arresto, ha permesso alla Corte di Strasburgo di farsi promotrice della più ampia tutela della libertà religiosa.

*Kokkinakis c. Grecia*²¹⁵, che offre ai giudici di Strasburgo la possibilità di iniziare a fornire anche ai nuovi membri del Consiglio d'Europa, le linee-guida cui attenersi nel cammino verso una garanzia sempre più ampia della libertà religiosa, specie in materia di proselitismo religioso²¹⁶.

Da questo caso in avanti il tema della violazione della libertà religiosa assumerà sfaccettature sempre più diverse, sulle quali basi i giudici di Strasburgo saranno chiamati a valutare con maggiore attenzione il peso politico delle Chiese all'interno di molti Paesi, rendendo anche una mole di pronunciamenti tale che consente di esaminare un campione giurisprudenziale molto ampio, da cui è stato possibile ricavare orientamenti sempre più originali²¹⁷.

3.1. Il caso *Kokkinakis v. Grecia*: la prima sentenza accertativa di violazione dell'articolo 9

La prima sentenza che accerta una violazione dell'art. 9 CEDU viene pronunciata nel 1993, esattamente 34 anni dopo la creazione della Corte di Strasburgo. Come già detto questo deludente risultato è dovuto alla grande esitazione della Corte nel fare applicazione di questo articolo, probabilmente dovuta, da un lato, alla riluttanza ad occuparsi di questioni religiose e dall'altro alla convinzione che il processo di secolarizzazione interno a gran

²¹⁵ Corte Europa dei Diritti dell'Uomo, Sentenza del 25 Maggio 1993, *Caso Kokkinakis c. Grecia*, ricorso n° 14307/88.

²¹⁶ Quando la Corte affronta il caso greco, altre situazioni più o meno analoghe risultano pendenti davanti ai giudici di Strasburgo. Così la Corte utilizza l'esperienza greca per inviare ai Paesi di nuovo ingresso nel Consiglio d'Europa, suggerimenti finalizzati a migliorare la qualità dei diritti e delle libertà così come tutelate dalle rispettive Costituzioni. Nel 2000 la Grecia "esce dal mirino della Corte EDU" e il suo posto viene preso da uno Stato di nuova accessione che è la Bulgaria (v. caso *Hasan e Chaush v. Bulgaria* del 2000). Si rinvia ancora a FERRARI S., *La Corte di Strasburgo e l'articolo 9 della Convenzione europea. Un'analisi quantitativa della giurisprudenza*, in MAZZOLA R., *Diritto e religione in Europa*, op. cit., pp. 33 ss.: "La Corte non può ancora intervenire sulle norme dei loro ordinamenti giuridici che erano più problematiche in materia di libertà religiosa (questi paesi erano entrati da poco tempo nel Consiglio d'Europa ed i casi che li riguardavano erano ancora nella fase istruttoria) e dunque parla alla Grecia per farsi capire (anche) dai paesi a maggioranza ortodossa situati al di là della cortina di ferro che era appena caduta. Questa conclusione appare giustificata da un esame cronologico delle sentenze pronunciate contro la Grecia. Sei delle otto condanne che colpiscono questo paese si concentrano tra il 1993 e il 2000, anno in cui la Corte dichiara per la prima volta la violazione dell'art. 9 da parte di uno Stato di nuova accessione (la Bulgaria): da allora in poi la Grecia esce dal mirino della Corte e il suo posto viene preso dai paesi post-comunisti di religione ortodossa (prima la Bulgaria, poi la Moldavia, poi via via tutti gli altri)".

²¹⁷ La prudenza, ancora più doverosa se si guarda ad alcune evidenti battute d'arresto nell'apparente cammino lineare della Corte verso l'espansione delle tutele, impone spesso di arrestare la ricerca al compito scientificamente onesto di individuare semplici linee di tendenza o, appunto, orientamenti (senza farsi contagiare dagli entusiasmi contingenti talvolta suscitati dal sostegno fornito dalla Corte a soluzioni giuridiche particolarmente "avanzate"): così CANNONE A., *Gli orientamenti della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia religiosa*, Bari 1997; PARISI M., *Orientamenti della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in tema di libertà religiosa*, in *Annali dell'Università del Molise*, 4, 2002, ID., *Linee evolutive dell'interpretazione giurisprudenziale dell'articolo 9 della convenzione di Roma. sviluppi e prospettive per il diritto di libertà religiosa nello spazio giuridico europeo*, in FIORITA N., LOPRIENO D. (a cura di), op. cit.; ID., *Affermazione di principi in materia religiosa nella giurisprudenza delle Corti di Strasburgo e del Lussemburgo*, in MACRÌ G., PARISI M., TOZZI V., *Diritto civile e religioni*, pp. 109 ss.; TOSCANO M., *Il fattore religioso nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, op. cit., p. 195.

parte dei sistemi giuridici dei Paesi occidentali avrebbe risolto molti dei problemi relativi alla libertà religiosa senza dover richiedere il suo intervento.

Questo primo caso in cui la Corte sancisce una violazione della libertà religiosa riguarda, forse proprio come monito ai nuovi Paesi firmatari, un paese ortodosso di vecchia accessione – la Grecia appunto - che criminalizzava l'attività di proselitismo. Il caso *Kokkinakis c. Grecia* del 1993, infatti, costituisce la prima occasione in cui la Corte EDU ha finalmente avuto modo di enucleare quale fosse il suo approccio alla fattispecie religiosa: cioè se fino ad allora lo schema di protezione dell'art. 9 era stato costruito sulla relazione individuo-Stato e sull'assunto che la libertà religiosa della persona dovesse essere protetta da tentativi di indottrinamento, il caso *Kokkinakis* pone la libertà religiosa in una nuova prospettiva che richiede di conciliare il diritto alla libertà di religione di un individuo con lo stesso diritto di un altro individuo²¹⁸.

Va subito ricordato che l'ordinamento giuridico greco conteneva (e contiene) una norma che non ha corrispondenza in nessun altro Paese del Consiglio d'Europa: il divieto di proselitismo religioso. I termini generali e assoluti con cui è formulata questa norma nella Costituzione greca e nelle leggi ordinarie (art. 13 Cost.; d. l. n. 1672/1939²¹⁹) costituiscono una limitazione della libertà religiosa difficilmente giustificabile ai sensi dell'art. 9 CEDU, ed è per questo che la Corte di Strasburgo decise di inaugurare la giurisprudenza sull'articolo in esame con una condanna che sarebbe stata incontestabile. Fra l'altro la Corte era consapevole del fatto che le decisioni concernenti la Grecia avrebbero avuto una eco immediata in molti Paesi post-comunisti (che con la Grecia avevano in comune la tradizione religiosa ortodossa), sulle norme dei quali la Corte di Strasburgo non poteva ancora intervenire (sebbene si presentassero particolarmente problematiche in materia di libertà religiosa), poiché, essendo Paesi di recentissimo ingresso, i casi che li riguardavano erano ancora nella fase istruttoria.

Nel caso di specie, la vicenda prende le mosse dall'arresto e dalla condanna per atti di proselitismo del Signor Kokkinakis, Testimone di Geova, che nel 1986 fece ricorso alla Corte di Strasburgo lamentando che la condanna per proselitismo violava, tra gli altri, anche l'art. 9 CEDU, nonché il divieto di discriminazione ex art. 14 CEDU in connessione con lo stesso art. 9. A questo proposito la Corte di Strasburgo si esprime sì riconoscendo che il divieto di proselitismo costituiva una restrizione del diritto di manifestare la fede, ma nello stesso tempo ammette anche che nelle società democratiche, in cui convivono

²¹⁸ EVANS M. D., *Religious Liberty and International Law in Europe*, op. cit., p. 284.

²¹⁹ Art. 13 comma 2, Costituzione greca: "Tutte le religioni riconosciute sono libere; le pratiche del proprio culto si esercitano senza intralci sotto la protezione delle leggi. L'esercizio del culto non può portare pregiudizio all'ordine pubblico o al buon costume. Il proselitismo è vietato."; D.l. n. 1672/1939, attualmente in vigore. Nel 1844, nel tentativo di opporsi all'attività di proselitismo compiuta da una società biblica nei confronti di allievi ortodossi delle scuole IJer conto della Chiesa evangelica, la Chiesa greco-ortodossa riuscì a far introdurre nella Costituzione una disposizione secondo cui erano vietate queste attività. Le Costituzioni del 1864, 1911 e 1952 hanno ripresentato la stessa formulazione, mentre la Costituzione attuale proibisce il proselitismo in generale.

diverse religioni, può essere necessario porre limitazioni a tale libertà, al fine di conciliare gli interessi dei vari gruppi e garantire che le convinzioni di tutti siano rispettate.

Secondo la Corte, cioè, la restrizione lamentata poteva dirsi compatibile con l'art. 9 CEDU se la stessa avesse presentato i requisiti della prescrizione normativa, della legittimità dell'obiettivo e della necessità in una società democratica. Una volta riscontrata la presenza dei soli primi due criteri, la Corte conclude accertando la violazione dell'art. 9 poiché il governo greco non aveva dimostrato che la condanna del ricorrente si era resa necessaria per la presenza di un "*pressing social need*". Il provvedimento impugnato, pertanto, non sembrava né essere proporzionato allo scopo legittimo perseguito né, di conseguenza, necessario in una società democratica per la protezione dei diritti e delle libertà altrui.

La Corte di Strasburgo, poi, fa un passaggio ulteriore: pur riconoscendo che il ricorrente fosse vittima di una violazione, essa in realtà avalla la norma greca che sanziona il proselitismo, a condizione però che si applichi ai soli casi di proselitismo abusivo: in altre parole, anziché ritenere illegittima *ex se* una condanna penale per proselitismo, la Corte si è avventurata nel tentativo di applicare al caso di specie una capziosa distinzione tra "proselitismo legittimo" e "proselitismo illegittimo", al fine di escludere che gli estremi del secondo fossero ravvisabili nella condotta del ricorrente. Si tratta di una soluzione che, poiché l'art. 9 CEDU non opera alcuna distinzione tra una modalità di propaganda e l'altra, risulta difficilmente difendibile sul piano teorico; tuttavia, una lettura realistica della pronuncia non può non considerare che si trattava della prima sentenza accertativa di una violazione dell'art. 9 e che la sanzione comminata al ricorrente era in applicazione di una disposizione normativa interna, per di più costituzionale, pertanto, se la Corte avesse seguito un approccio diverso, più accusatorio, avrebbe inevitabilmente dovuto pronunciarsi sulla legittimità convenzionale di una norma costituzionale greca, assumendo un atteggiamento da Corte costituzionale sovranazionale che, se oggi può essere tema di discussione, all'epoca era senz'altro da escludersi.

La soluzione raggiunta dalla Corte, insomma, si presenta senza dubbio compromissoria e, ciononostante, ha fornito la base di partenza anche per la giurisprudenza successiva. In effetti l'orientamento emerso nella sentenza *Kokkinakis* è quello da adottare ancora oggi in materia di propaganda religiosa. Come vedremo più avanti, però, c'è chi ha criticato quest'atteggiamento "compromissorio".

Insomma la Corte, dopo questa prima sentenza accertativa in materia di libertà religiosa, appariva ancora tecnicamente imprecisa, politicamente condizionata e scarsamente autorevole in materia di libertà religiosa, ma con un ampio margine di miglioramento.

3.2. La giurisprudenza di Strasburgo e alcune manifestazioni del sentimento religioso: la dimensione individuale e collettiva

In materia di tutela della libertà religiosa, inizialmente la Corte di Strasburgo si mosse escludendo perentoriamente che ai sensi dell'art. 9 CEDU potessero ritenersi garantite le formazioni sociali connotate in senso religioso: la tutela dell'individuo, cioè, secondo un primo orientamento, era sufficiente ad assicurare in via riflessa anche la tutela della collettività.

La Corte, insomma, affrontava il tema della libertà religiosa "organizzata" con esclusivo riferimento alle fasi preliminari dell'adesione al gruppo, e a quelle conclusive, relative cioè al suo abbandono: pertanto, mentre il gruppo religioso rimane libero di disciplinare come crede le modalità di adesione e di espulsione dei propri membri, sugli Stati contraenti incombeva l'obbligo di vigilare affinché l'opzione individuale, nelle fasi di transizione durante le quali si costituisce o viene meno il rapporto associativo, non sia impedita. Ciò che ne risulta è che nel conflitto tra la volontà del singolo e quella del gruppo prevale talvolta la prima, come nel caso del recesso unilaterale da parte del fedele, talaltra la seconda, come nel caso della sua espulsione.

Nel 1979²²⁰, però, si posero le basi per un chiaro mutamento di indirizzo, che portò a riconoscere anche in capo ai gruppi organizzati con finalità religiose la legittimazione a esercitare in proprio i diritti enunciati dall'articolo in esame. Si trattò di un autentico *revirement*, con il quale si è affermato che la distinzione tra una Chiesa (intesa quale formazione sociale) e i suoi membri è artificiosa, perché nel momento in cui una Chiesa presenta un ricorso fondato sulla Convenzione, lo fa in nome, per conto o in rappresentanza dei propri membri. In quella occasione, dunque, si stabilì che alle comunità religiose deve essere riconosciuta la capacità autonoma di possedere ed esercitare i diritti ex art. 9 in qualità di rappresentanti delle istanze dei propri fedeli.

Tuttavia anche questo cambio di rotta della giurisprudenza della Corte trova effettiva conferma solo a partire dagli anni '90, in particolare con la sentenza della *Grand Chambre* sul caso *Hasan e Chausch*²²¹ c. *Bulgaria*, nella quale si è affermato che qualora la vita organizzativa di una comunità religiosa si ritenesse esclusa dall'ambito materiale di protezione dell'art. 9 CEDU, allora anche tutti gli altri aspetti della libertà religiosa individuale diverrebbero vulnerabili. In capo alle organizzazioni, insomma, si inizia a riconoscere in maniera concreta una sfera di tutela propria, concepita quale presupposto

²²⁰ Il riferimento è a: Commissione EDU, sentenza del 5 maggio 1979, X e Chiesa di Scientology c. Svezia, Ricorso n°. 7805/77.

²²¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 26 ottobre 2000, caso Hasan e Chausch v. Bulgaria, Ricorso n°. 30985/96,

per l'effettività della garanzia che la lettera dell'art. 9 sembrerebbe riservare al singolo individuo.

La Convenzione europea, cioè, sostiene che gli Stati non dovrebbero sottovalutare l'importanza della dimensione collettiva del diritto, anche perché questa va oltre la salvaguardia della singola comunità religiosa in questione, ma la ritiene preziosa risorsa anche per atei agnostici, scettici e indifferenti. L'esistenza autonoma delle comunità religiose, cioè, è indispensabile per garantire il pluralismo in una società democratica, ed è quindi una questione che tocca il cuore profondo della tutela offerta dall'art. 9 CEDU.

Quest'approccio avvicina l'art. 9 alla libertà di associazione consacrata nell'art. 11 CEDU: in effetti la Corte ha affermato che laddove l'organizzazione della comunità religiosa è a rischio, l'art. 9 deve essere interpretato alla luce dell'art. 11 della Convenzione, che protegge la vita associativa contro le ingiustificate interferenze dello Stato.

I casi più significativi in cui la Corte EDU ha rintracciato una violazione di questa dimensione collettiva della libertà religiosa sono generalmente legati al divieto imposto dalla Corte agli Stati membri di interferire nella scelta dei rappresentanti di particolari comunità religiose²²². In effetti, in una serie di sentenze, i giudici hanno sostenuto che lo Stato deve assicurarsi che le organizzazioni religiose presenti sul proprio territorio mantengano la propria autonomia in relazione alla selezione dei propri rappresentanti: in caso contrario lo Stato convenuto incorrerebbe in una violazione dell'art. 9 CEDU.

È il caso della menzionata vicenda *Hasan e Chausch*, nella quale la Corte, avendo accertato che la Bulgaria aveva interferito con l'organizzazione interna della comunità musulmana (*Hasan*), stabilì la sussistenza della violazione dell'art. 9 CEDU²²³.

Le tensioni, in altri casi analoghi, erano esplose anche in relazione alle dispute sorte in merito alla scelta della *leadership* del gruppo religioso, nelle quali lo Stato decideva di schierarsi per l'uno o per l'altro gruppo, nominandone direttamente il rappresentante. In tali circostanze la Corte ha affermato che il compito delle autorità nazionali non è quello di rimuovere la causa della tensione eliminando il pluralismo, o imponendo una visione o un rappresentante all'intera comunità religiosa, ma piuttosto quello di operare affinché i gruppi religiosi concorrenti si tollerino reciprocamente²²⁴.

In sintesi, nel corso del tempo la giurisprudenza della Corte ha ampliato la portata soggettiva dell'art. 9 CEDU, fino a comprenderne anche i diritti delle organizzazioni e delle istituzioni di carattere religioso o filosofico, avendo accertato che la distinzione tra

²²² Le prime sentenze nelle quali l'aspetto istituzionalizzato delle organizzazioni a base religiosa emerge con nitidezza sono quelle relative ai casi (molto simili, poiché entrambi muovevano dal divieto per una comunità musulmana di eleggere autonomamente il proprio mufti) *Serif c. Grecia* e *Hasan Chausch c. Bulgaria*, rispettivamente del 1999 e del 2000.

²²³ TOSCANO M., *La libertà religiosa "organizzata" nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: prime linee di lettura, in Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), marzo 2008, pp. 10 ss.

²²⁴ McCRUDDEN C., *Quando i giudici parlano di Dio, op. cit.*, pp.112-114.

una confessione e i suoi membri si riveli artificiosa. Tuttavia, nel bilanciamento fra diritti individuali e diritti istituzionali, in alcuni casi la Corte tende ancora oggi a far prevalere i secondi, probabilmente a “causa” della propensione ad assecondare le ragioni degli Stati e a non oltrepassare eccessivamente i confini della loro sovranità, soprattutto quando quelle ragioni coincidano con un certo consenso a livello europeo²²⁵.

3.3. La manifestazione religiosa nel particolare contesto lavorativo

Un ambito in cui si assiste ad una estesa richiesta di pretese derivanti da motivazioni religiose è senza dubbio quello lavorativo, sia privato che pubblico²²⁶. Ma, quando la manifestazione religiosa si viene ad intrecciare con un contesto particolare, come quello delle relazioni contrattuali nell’ambiente di lavoro, l’approccio degli organi di Strasburgo non è sempre stato particolarmente garantista nei confronti delle libertà dell’individuo.

Con sempre maggiore frequenza capita che i lavoratori credenti vogliano condividere, manifestare, mostrare i loro sentimenti religiosi anche nel loro contesto lavorativo, e in ragione di ciò chiedono di poter ottenere un regime particolare che permetta loro di conciliare gli obblighi lavorativi o civili con quelli di fede. A questo proposito, ci si chiede se possa sussistere un diritto a ottenere “soluzioni ragionevoli” per accomodare particolari richieste determinate da esigenze religiose. Consentire l’adozione di soluzioni ragionevoli significherebbe eliminare quelle barriere che impediscono la piena partecipazione di tutti alla vita della società e l’equo accesso all’occupazione e ai servizi²²⁷.

Il tradizionale approccio di Strasburgo, in caso di conflitto tra la libertà religiosa dell’individuo e i rispettivi obblighi lavorativi, è stato quello di negare che queste difficoltà comportassero una effettiva restrizione della libertà religiosa. La Corte, cioè, negava che se

²²⁵ TOSCANO M., Il fattore religioso nella Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo, *op. cit.*, p. 154.

²²⁶ Sul tema si rimanda a PACILLO V., *Il divieto di discriminazione religiosa nel rapporto di lavoro subordinato*, in www.olir.it, 2014, p. 211; a proposito della giurisprudenza di Strasburgo circa le organizzazioni di tendenza si vedano tra gli altri: TOSCANO M., *La libertà religiosa “organizzata” nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo: prime linee di lettura*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, *op. cit.*, marzo 2008; LEIGH I., *Balancing Religious Autonomy and Other Human Rights under the European Convention*, in *Oxford Journal of Law and Religion*, gennaio 2012; VALERO ESTARELLAS M. J., *El Derecho De Los Profesores De Religión Católica Al Respeto De Su Vida Privada y Familiar*, in *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n. 33, 2013; ANNICCHINO P., *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 *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 1, 2013; CROCE M., *Il “Caso Lombardi Vallauri” dinanzi alla C.e.d.u.: una riscossa della libertà nella scuola?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale Rivista telematica (www.statoe_chiese.it)*, ottobre 2010; RAGONE G., *Enti confessionali e licenziamento ideologico. Uno sguardo alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Ephemerides Iuris Canonici Nuova Serie*, Vol. 54, n. 1, 2014; BETTETINI A., *Identità religiosa del datore di lavoro e licenziamento ideologico nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, n. 2, 2011.

²²⁷ HENRARD K., *A Critical Appraisal of the Margin of Appreciation Left to States Pertaining to ‘Church–State Relations’ Under the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in FOBLETS M.C., ALIDADI K., VRIELINK J. (a cura di), *Test of Faith? Religious Diversity and Accommodation in the European Workplace (Cultural Diversity and Law in Association with RELIGARE)*, Aldershot, Ashgate, 2012, disponibile al link SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2307845> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.230784>, p. 79.

un lavoratore non fosse riuscito a far valere le sue pretese religiose, si potesse attestare un'interferenza con il suo diritto di manifestare il sentimento religioso.

Numerosi sono i casi riguardanti le *religious accommodations*²²⁸ che la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha affrontato nel contesto applicativo dell'ambiente di lavoro.

In particolare possiamo delinearne tre tipologie: la prima riguarda le richieste di modulare l'orario di lavoro per poter rispettare doveri religiosi connessi alla preghiera diurna o alle festività religiose; la seconda attiene alle pretese di indossare particolari simboli religiosi nel luogo di lavoro; la terza riguarda le richieste di esenzione rispetto allo svolgimento di particolari mansioni contrarie ai dettami della fede e della coscienza, ossia l'obiezione di coscienza in senso stretto.

È bene sottolineare subito che accompagnando il concetto di accomodamento con l'aggettivo ragionevole se ne definisce il confine: il dovere di accomodamento, dunque, non è assoluto, esso può sussistere purché non comporti delle soluzioni eccessivamente gravose e sproporzionate nei confronti di tutti coloro che ne possono essere coinvolti.

Anche in questo caso la giurisprudenza CEDU ha sicuramente subito un'evoluzione in merito: da un atteggiamento decisamente restrittivo, che escludeva in *toto* una qualsiasi limitazione della libertà religiosa in queste circostanze, si è passati ad un atteggiamento più conciliante, volto a soppesare tutti gli interessi in gioco, sia individuali che generali, nella valutazione di proporzionalità della restrizione.

Secondo l'approccio tradizionale, quando un lavoratore stipula un contratto di lavoro accetta di attenersi a un certo codice di abbigliamento aziendale, rinunciando ai suoi diritti religiosi, almeno in relazione agli indumenti da indossare. Quest'argomentazione, strettamente correlata alla c.d. garanzia della "libertà di dimettersi", ovvero la possibilità di lasciare il posto di lavoro qualora fosse venuto a crearsi un inconciliabile conflitto tra doveri religiosi e obblighi lavorativi, e la conseguente opportunità di cercare una diversa occupazione in cui sia possibile godere di entrambi i diritti in gioco (diritto al lavoro e diritto alla libertà religiosa), è stata più volte utilizzata nella giurisprudenza della Commissione prima, e della Corte poi, per escludere, in prima battuta, l'esistenza di una limitazione della libertà religiosa del ricorrente.

Tuttavia questo primo approccio impediva qualsiasi valutazione sulla *ragionevolezza* del rifiuto del datore di lavoro di accomodare le richieste del dipendente, dato che esclude una qualsiasi considerazione del merito del ricorso²²⁹.

²²⁸ Vere e proprie soluzioni ragionevoli attraverso le quali il datore di lavoro prende provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze di situazioni concrete, per consentire ai propri lavoratori di svolgere la propria attività lavorativa senza subire discriminazioni o limitazioni in ragione della propria religione di appartenenza. Sul tema si rimanda a PAGOTTO T., ERVAS E., *Achbita v. Eweida, Libertà religiosa e libertà d'impresa a confronto*, in *Federalismi.it Focus Human Rights*, n. 2, 2017; HENRARD K., *Duties of Reasonable Accommodation in Relation to Religion and the European Court of Human Rights: A Closer Look at the Prohibition of Discrimination, the Freedom of Religion and Related Duties of State Neutrality*, in *Erasmus Law Review*, Vol. 5, n. 1, 2012, p. 62

Punto di svolta nella giurisprudenza CEDU è rappresentato dal caso *Eweida e altri c. Regno Unito*²³⁰, nel quale la Corte riconosce che la volontà di indossare simboli religiosi nel luogo di lavoro o il rifiuto di svolgere certe mansioni agli antipodi con i dettami della propria fede, ricadono nell'ambito di protezione dell'art. 9 CEDU in quanto forme di espressione religiosa. La Corte, insomma, ridimensiona quella serie di regole che avevano contraddistinto la giurisprudenza precedente e afferma che, considerato il rilievo assunto della libertà di religione in una società democratica, laddove un individuo lamenti una restrizione del suo diritto in un luogo di lavoro, piuttosto che valutare la possibilità di cambiare occupazione come ipotesi di conciliazione (la succitata libertà di dimettersi), il migliore approccio da seguire sarebbe quello di introdurre la possibilità valutare la proporzionalità del rifiuto del datore di lavoro²³¹.

Nella vicenda menzionata, la Corte di Strasburgo decide assieme quattro ricorsi: per i ricorrenti *Eweida* e *Chaplin* la questione riguardava la pretesa di indossare un simbolo esprimente l'appartenenza ad una fede religiosa nel luogo di lavoro, mentre i ricorrenti *Ladele* e *McFarlane* erano stati licenziati perché si erano rifiutati, per motivi di coscienza e religione, di svolgere delle mansioni loro affidate.

La prima ricorrente, la Sig.ra *Eweida*, è una donna inglese di origini egiziane e di religione cristiano-copta che prestava servizio come hostess di terra presso la *British Airways*. La società aveva richiesto ai dipendenti in contatto con il pubblico di indossare una particolare uniforme, consentendo ad alcuni di loro di indossare quei simboli religiosi considerati obbligatori per certe religioni o che non potevano, per la loro dimensione, essere nascosti sotto l'uniforme²³². La società, insomma, mostrava una certa sensibilità per le necessità religiose del suo personale. Tuttavia il ricorso dinanzi la Corte di Strasburgo ha avuto origine a seguito del rifiuto da parte della società nei riguardi della richiesta della Sig.ra *Eweida* di indossare una collana con un crocifisso sopra l'uniforme.

La Corte EDU, riconoscendo che l'insistenza della richiesta della donna era determinata dal suo desiderio di essere testimone della fede cristiana, appresta a tale comportamento la più generale tutela ex art. 9 CEDU della manifestazione dei sentimenti religiosi. Nel valutare se il rifiuto della *British Airways* di consentire alla ricorrente di mostrare il simbolo religioso durante l'orario lavorativo fosse una limitazione del diritto di manifestare la sua religione, e soprattutto nel valutare se lo Stato, pur non direttamente responsabile

²²⁹ MAHER J., *Eweida and others: a new era for article 9?*, in *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 63, n. 1, 2014, p. 8

²³⁰ Caso *Eweida e altri v. Regno Unito*, ricorsi n. 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, 2013

²³¹ HILL M., *Religious Symbolism and Conscientious Objection in the Workplace: An Evaluation of Strasbourg's Judgment in Eweida and Others v. United Kingdom*, in *Ecclesiastical Law Journal*, 15, 2013, p. 199

²³² Il regolamento relativo alla divisa femminile prevedeva anche che "Any accessory or clothing item that the employee is required to have for mandatory religious reasons should at all times be covered up by the uniform. If however this is impossible to do given the nature of the item and the way it is to be worn, then approval is required through local management as to the suitability of the design to ensure compliance with the uniform standards, unless such approval is already contained in the uniform guidelines".

dell'eventuale ingerenza, avesse sufficientemente adempiuto ai suoi doveri di assicurare il rispetto dei diritti in gioco attraverso la ricerca di un ragionevole bilanciamento, la Corte si è espressa accertando una restrizione del diritto di manifestare la fede della ricorrente. Tuttavia rimaneva da valutarne ancora la proporzionalità: la *policy* della misura contestata della compagnia aerea mirava a un obiettivo che poteva ritenersi legittimo, ovvero quello di trasmettere una certa immagine aziendale e favorire il facile riconoscimento del brand e dello staff; eppure, secondo la Corte, non era stato operato il giusto bilanciamento tra il desiderio di proteggere l'immagine aziendale e il diritto fondamentale di libertà religiosa, favorendo il primo a discapito del secondo.

La Corte EDU argomenta il suo ragionamento con tre ordini di considerazioni: in primo luogo la croce indossata dalla donna era piccola e discreta e non poteva aver compromesso l'aspetto professionale della ricorrente; in secondo luogo non vi era alcuna prova che coloro che erano stati autorizzati a indossare indumenti come gli *hijabs* avessero prodotto un impatto negativo sull'immagine della società; infine la società stessa aveva, in un secondo momento, modificato le regole di abbigliamento richieste, consentendo al proprio staff di indossare in modo visibile simboli religiosi e dimostrando in tal modo che il precedente divieto non era poi così necessario.

Il terzo e quarto ricorso riguardavano invece due ricorrenti che avevano rifiutato per motivi religiosi di svolgere le mansioni cui erano stati preposti. La Signora *Ladele*, in particolare, era impiegata presso il *London Borough of Islington* e deputata ai registri di stato civile che riportavano nascite, decessi e matrimoni. Nel 2005 era entrato in vigore nel Regno Unito il *Civil Partnership Act* che aveva introdotto l'istituto delle unioni civili per le coppie dello stesso sesso e riconosciuto loro gli stessi diritti e obblighi delle coppie unite in matrimonio. L'ufficio di *Islington* aveva quindi deciso di designare tutti gli ufficiali deputati al registro di nascite, decessi e matrimoni, anche al registro delle unioni civili. Per la ricorrente, di religione cristiano-ortodossa, partecipare alla registrazione di una unione tra persone dello stesso sesso, significava contraddire la volontà di Dio e, rifiutandosi di officiarle, era stata sottoposta a sanzioni disciplinari, culminate nel licenziamento. La signora *Ladele*, però, diversamente dagli altri ricorrenti, aveva presentato ricorso solo in nome dell'art. 14 CEDU letto in connessione con l'art. 9, poiché la donna riteneva di essere stata discriminata per motivi religiosi²³³.

In questo caso, al fine di determinare se la decisione delle autorità locali di non prevedere una deroga per la richiedente costituisse una discriminazione indiretta, la Corte doveva valutare se la *policy* dell'ufficio perseguisse uno scopo legittimo e se fosse presente una ragionevole relazione di proporzionalità tra i mezzi utilizzati e le finalità che si volevano raggiungere. Quanto al primo aspetto, non viene messo in dubbio che le finalità perseguite

²³³ MC CREA R., *Religion in the Workplace, Religion in the Workplace: Eweida and others v. United Kingdom*, in *The modern law review*, marzo 2014, p. 282

dalle autorità locali fossero legittime: l'obiettivo era quello di garantire l'accesso ad un servizio, indipendentemente dall'orientamento sessuale, e comunicare quindi un chiaro impegno verso una politica di non discriminazione. Rimaneva quindi da considerare se i mezzi utilizzati per raggiungere tale obiettivo fossero stati proporzionati. Qui la Corte esclude una violazione dell'art. 14 CEDU limitandosi a constatare che le autorità nazionali non avevano oltrepassato il margine di apprezzamento loro garantito²³⁴. Accertando la violazione dell'art. 14, a parere della Corte EDU, cioè, si sarebbe riconosciuto in capo alla donna il diritto a discriminare in nome delle sue convinzioni personali²³⁵.

Più recentemente la Corte europea ha affrontato un nuovo caso relativo all'uso di un simbolo religioso nel luogo di lavoro pubblico: il caso *Ebrahimian c. Francia*²³⁶. Il ricorso era stato presentato da una ex assistente sociale di un reparto psichiatrico del centro di accoglienza e assistenza ospedaliera di Nanterre, di religione islamica, che era solita indossare un "semplice copricapo" che le copriva capelli, orecchie e collo, durante l'attività lavorativa. Il ricorso aveva avuto origine dalla decisione del centro di non rinnovare il contratto di lavoro della donna in seguito al suo rifiuto di rimuovere il copricapo nonostante le lamentele dei pazienti e le pressioni da parte di colleghi e superiori.

La ricorrente sosteneva che il mancato rinnovo del contratto violasse il suo diritto alla libertà di manifestare la religione così come previsto dall'art. 9 della Convenzione. Le autorità statali, dal canto loro, invocavano la salvaguardia dei principi di laicità dello Stato e neutralità dei servizi pubblici: i dipendenti pubblici non avevano il diritto di manifestare le loro convinzioni religiose attraverso il servizio pubblico, pertanto l'uso di un segno per marcare un'appartenenza religiosa costituiva una violazione degli obblighi di neutralità.

Per la Corte, però, la decisione dello Stato, in qualità di datore di lavoro, di non rinnovare il contratto e di avviare un procedimento disciplinare nei confronti della ricorrente, costituiva un'interferenza con il suo diritto alla libertà di manifestare il proprio credo. Era necessario dunque determinare se tale limitazione fosse giustificata, proporzionata e necessaria in una società democratica.

In altre circostanze la Corte aveva già accettato che gli Stati potessero invocare i principi di laicità e neutralità per giustificare divieti al porto di indumenti di carattere religioso da parte dei dipendenti pubblici che, in qualità di rappresentanti dello Stato, si distinguevano dal comune cittadino²³⁷. Pertanto anche nel caso in esame, la Corte, considerato altresì il contesto di particolare vulnerabilità degli utenti, accetta che l'obbligo di neutralità religiosa nel contesto lavorativo fosse volto a preservare il rispetto di tutte le credenze religiose e degli orientamenti spirituali di pazienti e personale, garantendo

²³⁴ Caso *Eweida e altri v. Regno Unito*, ricorsi n. 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, 2013, par. 106

²³⁵ MC CREA R., *Religion in the Workplace*, op. cit., p. 288.

²³⁶ Caso *Ebrahimian v. Francia*, ricorso n. 64846/11, 2015; MARCHEI N., *Ebrahimian c. Francia: una nuova vittoria per il principio di neutralità dello stato*, in *Quaderni costituzionali*, 2016, 1, pp. 143-146.

²³⁷ In particolare per gli insegnanti nelle istituzioni pubbliche si veda il caso *Dahlab v. Svizzera*, ricorso n. 42393/98, 2001.

un'uguaglianza rigorosa e parità di trattamento a prescindere dalla religione²³⁸. Secondo la Corte, cioè, la salvaguardia del principio di laicità era un obiettivo coerente con i valori alla base della Convenzione, pertanto accetta che la restrizione fosse volta a perseguire un obiettivo legittimo. Rimaneva da verificare se la limitazione fosse o meno proporzionata e se lo Stato avesse oltrepassato il suo margine discrezionale nel decidere di non rinnovare il contratto della richiedente. Ad avviso della Corte di Strasburgo, il rifiuto era direttamente determinato dall'uso del velo, considerato una manifestazione ostentata della religione, incompatibile con lo spazio di neutralità richiesto in un servizio pubblico, nonostante non si fossero registrati, da parte della ricorrente, atti di pressione, di provocazione o proselitismo. Pertanto, considerata la particolare importanza riconosciuta al principio di laicità nel contesto francese, secondo la Corte lo Stato, nel vietare alla dipendente di manifestare i suoi sentimenti religiosi nel luogo di lavoro, in nome della difesa di tale principio non aveva oltrepassato il suo margine di apprezzamento²³⁹.

La più recente giurisprudenza della Corte, sembra quindi riconoscere un ruolo centrale al bilanciamento e al principio di proporzionalità quando si tratta di affrontare le forme di manifestazione religiosa nel contesto lavorativo. Di fatto però, dalla disamina di questi casi, da un lato la valutazione di proporzionalità pare sia eccessivamente debole, dall'altro il ruolo del margine di apprezzamento, invece, pare sia eccessivamente penetrante. Spesso infatti, la Corte di Strasburgo è solita limitarsi ad accettare la ricostruzione avanzata dallo Stato convenuto, nonché le sue motivazioni, senza verificare se tutti gli interessi, e in particolare quelli individuali del lavoratore, siano stati realmente considerati.

Sempre in questo particolare contesto, la Corte di Strasburgo si è interessata anche della tutela della libertà religiosa da garantire al datore di lavoro quando questo si qualifichi come "organizzazione di tendenza", ovvero formazioni e organizzazioni sociali che svolgono un'attività ideologicamente orientata.

In particolare, la Corte europea ha riconosciuto che un'organizzazione di tendenza può imporre, a coloro che si trovino a stipulare con essa un contratto di lavoro, dei particolari obblighi di fedeltà e lealtà all'ideologia di cui si fa portatrice, purché tali obblighi siano liberamente accettati dalla persona interessata. La fedeltà ideologica diventa quindi determinante per il corretto adempimento della prestazione lavorativa nonché per determinare i criteri di giustificazione causale di un eventuale licenziamento²⁴⁰.

²³⁸ Caso *Ebrahimian v. Francia*, ricorso n. 64846/11, 2015, par. 53

²³⁹ La Corte rileva che la maggioranza degli Stati del Consiglio d'Europa non disciplina l'uso di simboli o abbigliamento religiosi nei luoghi di lavoro; su 26 stati oggetto di analisi, solo 5 ne vietano l'uso, tra i quali la Francia. Tuttavia, poiché quello delle relazioni tra legge e religione è un ambito in cui si deve tenere conto dei contesti nazionali e dei diversi approcci Stato-Chiesa, allo Stato viene riconosciuto un ampio margine di apprezzamento.

²⁴⁰ BELLOCCHI P., *Pluralismo religioso, discriminazioni ideologiche e diritto del lavoro*, in *ADL Argomenti di diritto del lavoro*, 2003, n. 1, p. 181; VIZIOLI M., *Il diritto comunitario tra principio di non discriminazione e tutela delle differenze*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, Vol. 3, 2004, p. 982

Il rischio però è che questi doveri di lealtà finiscano per incidere sull'esercizio di altri diritti fondamentali: ad esempio la libertà di opinione, la libertà di religione e, nel campo scolastico, la libertà di insegnamento del prestatore di lavoro.

Anche in questo caso quindi si rende necessario un bilanciamento tra gli interessi privati contrapposti, volto a evitare che vengano imposti dei doveri di fedeltà ideologica inaccettabili. Lo Stato è chiamato a garantire entrambi i diritti e se la protezione di uno porta a un'interferenza con l'altro, è chiamato a scegliere i mezzi adeguati per rendere questa interferenza proporzionata allo scopo perseguito.

Nel corso degli anni, la Corte ha affermato una serie di principi chiave per risolvere le controversie religiose all'interno dell'organizzazione di tendenza: da un lato, dato il principio di autonomia dell'organizzazione religiosa, la Corte ha affermato che lo Stato non può intromettersi nella valutazione sostanziale operata dalla Chiesa; dall'altro, all'autonomia di cui essa gode, non può corrispondere una presunzione di legittimità del licenziamento intimato in violazione degli obblighi di fedeltà.

3.4. La manifestazione religiosa nell'ambito dell'insegnamento pubblico

Un ambito a sé stante è quello dell'insegnamento pubblico, che è uno dei contesti in cui si è più manifestata la controversia tra doveri religiosi e obblighi lavorativi.

In quest'ambito, nel primo caso più rilevante, ovvero la sentenza *Dahlab c. Svizzera*²⁴¹, la Corte ha sì riconosciuto nel divieto all'uso del velo una limitazione della manifestazione della religione ai sensi dell'art. 9 CEDU ma, nel valutarne necessità e proporzionalità alla luce degli obiettivi vantati dallo Stato, ha infine sostenuto che gli insegnanti, in considerazione della loro funzione pubblica, devono tenere un comportamento religiosamente neutrale.

Nel caso citato la ricorrente, un'insegnante elementare svizzera, che dopo un periodo di ricerca spirituale aveva lasciato la fede cattolica e si era convertita all'Islam, aveva deciso di indossare il velo islamico nella quotidianità e anche durante l'attività di insegnamento. Se per circa tre anni questa nuova abitudine era passata indisturbata, a un certo punto le autorità scolastiche le chiesero di non indossare più il velo durante lo svolgimento delle lezioni, poiché considerato simbolo religioso forte, che avrebbe potuto causare ripercussioni importanti nei riguardi dell'istituzione scolastica.

Chiamata ad esprimersi, la Corte ricorda che in una società democratica, in cui varie religioni si trovano a coesistere, può essere necessario porre delle limitazioni alla manifestazione religiosa al fine di conciliare gli interessi dei vari gruppi, e far sì che i

²⁴¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Caso Dahlab v. Svizzera* (decisione), ricorso n. 42393/98, 2001

sentimenti di tutti siano rispettati²⁴². Lo Stato convenuto difendeva la misura limitativa attuata affermando la necessità di preservare i diritti e le libertà altrui, in particolare i diritti dei bambini, i quali, considerata la giovane età, potevano essere influenzati nel vedere l'insegnante, modello di riferimento, portare un "*powerful external symbol*" (simbolo religioso forte)²⁴³. La Corte, considerando che l'obbligo di indossare il velo difficilmente si poteva conciliare con i principi di tolleranza, rispetto, eguaglianza e non discriminazione che gli insegnanti avrebbero dovuto trasmettere agli studenti, stabilisce che le autorità nazionali non avevano oltrepassato il margine di apprezzamento a loro disposizione nell'operare il bilanciamento tra il diritto della donna di manifestare la sua fede e il bisogno di garantire ai giovani studenti un ambiente di armonia religiosa.

Una simile impostazione però, solleva alcune critiche, in quanto la scelta di indossare il velo, anche se effettuata da un insegnante, resta pur sempre una decisione di carattere personale e quindi non in grado di per sé di pregiudicare la laicità della scuola pubblica, né costituisce indebita ingerenza nella libertà di coscienza degli studenti, i quali si troverebbero soltanto dinanzi ad un segno della fede prescelta del docente, da interpretarsi come una delle forme espressive del pluralismo religioso²⁴⁴.

3.5. *La materia dell' abbigliamento connotato in senso religioso*

Come si evince anche dai casi appena citati, la gestione della simbologia religiosa ha da sempre rappresentato una questione particolarmente problematica, che, soprattutto negli ultimi anni, ha messo a dura prova gli Stati e le loro modalità di relazione con il fenomeno religioso, mettendo in discussione anche le loro concezioni di laicità, democrazia, pluralismo e libertà di espressione²⁴⁵.

²⁴² Caso *Dahlab v. Svizzera* (decisione), ricorso n. 42393/98, 2001 [citando il caso *Kokkinakis v. Grecia*, ricorso n. 14307/88, 1993]

²⁴³ Si parla di simbolo religioso forte in quanto immediatamente riconoscibile dai non aderenti alla confessione religiosa. Un simbolo religioso non noto, magari perché appartenente ad una confessione religiosa di minoranza, passerebbe inosservato. I simboli di religione di maggioranza pagano lo scotto di essere troppo noti per passare inosservati ed i loro aderenti vedrebbero limitata la loro libertà religiosa. Lo stesso non accadrebbe, viceversa, per i simboli per le confessioni religiose meno conosciute, i quali sarebbero tollerati poiché non così noti da essere ricondotti ad una specifica religione. Una simile impostazione interpretativa conduce ad una conseguenza paradossale, ovvero ad un trattamento differenziato tra simboli religiosi diffusamente riconoscibili, passibili di restrizione, e simboli religiosi non riconoscibili, di cui non viene limitato il porto o l'esposizione. Si arriva così ad un differente trattamento delle confessioni religiose di maggioranza rispetto a quelle di minoranza, che non pare compatibile con lo stesso principio di non discriminazione sancito dalla Convenzione.

²⁴⁴ CIRAVEGNA M., *La nozione di "segno esteriore forte" tra problemi di definizione e presunzione di lesività: la sentenza "Dahlab c. Svizzera"*, in MAZZOLA R. (a cura di), *Diritto e religione in Europa*, op. cit., pp. 141-145.

²⁴⁵ GIANNUZZO L., *Laicità europea e libertà religiosa alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in tema di simboli religiosi: ipotesi ricostruttive*, op. cit., pp. 26-30; CAVANA P., *I simboli religiosi nello spazio pubblico nella recente esperienza Europea*, in *Stato chiese e pluralismo Confessionale*, 28,12, 2012,

In particolare, nella giurisprudenza che si è occupata della materia di abbigliamento connotato in senso religioso, sembra possibile individuare alcune pronunce che fungono da discriminine temporale, in occasione delle quali la Corte ha dovuto compiere scelte di fondo che ne hanno poi orientato l'atteggiamento.

La prima di queste sentenze è quella emessa dalla Grande Camere nel 2005 nel caso *Leyla Şahin c. Turchia*²⁴⁶, prima del quale la giurisprudenza in materia risultava essere scarna e poco significativa.

La ricorrente del caso è una studentessa musulmana traferitasi all'Università di Istanbul, alla quale le autorità universitarie impongono il divieto di utilizzare il velo, al fine di ridurre la visibilità dell'Islam all'interno dell'università e garantirne lo spirito laico. La Corte, investita della questione, ha applicato la tradizionale dottrina del margine di apprezzamento con particolare indulgenza, accogliendo la posizione del governo turco. Secondo la Corte, infatti, le autorità turche vietando l'uso di indumenti religiosi all'interno del contesto universitario, per ragioni di tutela e difesa dell'ordine democratico, avevano agito in modo pienamente legittimo, poiché si trattava di un divieto giustificato dall'esigenza di proteggere il principio di laicità, posto a garanzia della democrazia e quale strumento di salvaguardia contro ogni possibile espansione del fondamentalismo islamico in Turchia. La Corte, insomma, condivide l'argomento proposto dal governo turco, per il quale il divieto di portare simboli religiosi serve a creare un clima di tolleranza ed evitare pressioni sociali nei confronti di quelle studentesse che invece rifiutavano di indossarlo.

Tuttavia, l'iter logico seguito dalla Corte EDU, ha fatto ricorso ad argomenti ipotetici e non sempre condivisibili: fra tutti l'impatto che l'utilizzo del velo, presentato o percepito come dovere religioso, può avere nei riguardi di coloro che scelgono di non portarlo, senza però applicare lo stesso ragionamento in senso inverso, ossia incentrandosi sull'impatto che un tale divieto possa avere nei confronti di coloro che invece scelgono liberamente di indossarlo.

La Corte, cioè, sembra aver dato per acquisito il fatto che la neutralità della sfera pubblica è maggiormente garantita quando la religione è assente, o almeno invisibile, quando in realtà, in particolare nel caso in esame, non vi erano prove evidenti per dimostrare il nesso

²⁴⁶ Leyla Şahin c. Turchia, n. 44774/98, CEDU 2005. Per alcuni commenti alla sentenza in questione confronta D'AMICO M., *Laicità costituzionale e fondamentalismi tra Italia ed Europa: considerazioni a partire da alcune decisioni giurisprudenziali*, in *Rivista AIC*, 2015, 2, pp. 26 ss., VANONI L.P., *I simboli religiosi e la libertà di educare in Europa: Uniti nella diversità o Uniti dalla neutralità punto interrogativo*, in *Rivista AIC*, 2 luglio 2010, pp. 26 ss., BRANDOLINO E., *La Corte europea dei diritti dell'uomo e l'annosa questione del velo islamico*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2006, pp.97ss., CAROBENE G., *La libertà di religione, di manifestazione del credo religioso e il rispetto dell'ordine pubblico. Riflessioni in margine all'affaire Leyla Sahin davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritto e religione*, 2006, pp. 625 ss., TEGA D., *La Corte di Strasburgo torna a pronunciarsi sulla questione del velo islamico. Il caso Sahin c. Turchia*, in *Quaderni costituzionali*, 2004, 4, pp. 846 ss.; FERRARI S., *Il "burqa" e la sfera pubblica in Europa*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2012, 1, pp. 3-11; MANICNI S., ROSENFELD M., *Sotto il velo della tolleranza. Un confronto tra il trattamento dei simboli religiosi di maggioranza e di minoranza nella sfera pubblica*, in *Ragion Pratica*, 2012, n. 39, pp. 432 ss.

fra utilizzo del velo e il generarsi di un clima di intolleranza all'interno dell'ambiente universitario.

La provvisoria conclusione che se ne può trarre è la seguente: la libertà di indossare un simbolo religioso forte come il velo islamico (così come è stato definito in questa particolare sentenza), in un contesto istituzionale (come l'università pubblica) può subire quelle compressioni che lo Stato, nell'esercizio della propria ampia discrezionalità in questa materia, ritenga necessarie a garantire la convivenza pacifica e il rispetto reciproco. Quest'approdo, che riposa sull'idea che a certe condizioni il rispetto del principio della laicità possa essere imposto con esiti "sterilizzanti" anche all'individuo, ha trovato puntuale conferma in tutta la successiva giurisprudenza della Corte.

Ciò che emerge è che la nozione di laicità proposta dalla concezione turca (e anche francese), esclude la religione da certe sfere della vita pubblica, in particolare il comparto scolastico (vedi anche il caso *Dahlab* citato prima), applicando così un pluralismo, che anziché essere inclusivo, riflettendo la varietà delle posizioni religiose e non esistenti nella società, potrebbe piuttosto essere definito "mutilato"²⁴⁷. Si tratta di un concetto di pluralismo che non sembra essere compatibile con la vera neutralità, ma piuttosto con una deformazione della neutralità che la rende sinonimo di "laicissimo"²⁴⁸.

Una simile nozione di neutralità ha ispirato anche altri casi, nei quali a rilevare in quanto simbolo religioso non sono indumenti, ma l'esposizione di un certo segno religioso. Uno su tutti è il noto caso *Lautsi*²⁴⁹, nel quale l'organizzazione neutrale del sistema scolastico

²⁴⁷ Il principio del pluralismo è per sua natura inclusivo, e tende a riflettere la varietà delle posizioni, religiose e non, concretamente esistenti nella società. Nel caso citato, invece, si propone un pluralismo che esclude la religione da certe sfere della vita pubblica, in particolare nelle istituzioni scolastiche, e che per tale ragione viene, appunto, definito "mutilato". Sul punto si rinvia a ANNICCHINO P., *La religione in giudizio*, op. cit., pp. 158-163; MARTÍNEZ-TORRÓN J., *La (non) protezione dell'identità religiosa dell'individuo nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in MAZZOLA R. (a cura di), *Diritto e religione in Europa*, op. cit., pp. 72-84.

²⁴⁸ Il laicismo è una concezione volta ad affermare e valorizzare l'indipendenza della società civile e politica da ogni forma di condizionamento o ingerenza da parte della Chiesa, e si differenzia dalla laicità (che allude alla distinzione tra Stato e Chiesa) per la presenza di una componente anticlericale e per la tendenza a considerare la religione un fatto esclusivamente privato, che non deve in alcun modo influire sulle decisioni pubbliche.

²⁴⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 18 marzo 2011, Caso *Lautsi e altri c. Italy*, Ricorso n.°30814/06; Per una più approfondita disamina del caso *Lautsi* si rinvia a ELEFANTE C., *Libertà religiosa e diritto all'istruzione (Passando dalla laicità): il caso Lautsi*, in D'ANGELO G., *Diritto ecclesiastico e legalità convenzionale*, op. cit., pp. 187 ss., ANNICCHINO P., *Tra margine di apprezzamento: il caso "Lautsi" e i nuovi equilibri della tutela Europea della libertà religiosa*, in MAZZOLA R., *Diritto e religione in Europa*, op. cit., pp. 179-193; TURCHI V., *La pronuncia della grande chambre della Corte di Strasburgo sul caso Lautsi c. Italia: post nubila Phoebus*, in *Stato, chiese e pluralismo confessionale*, ottobre 2011, pp. 3 ss., BARTOLE S., *Simbolo religioso, simbolo passivo, simbolo civile: le metamorfosi forensi del Crocifisso*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, vol. 4, n. 1, pp. 65-73., FIORILLO V., *Il crocifisso a Strasburgo: l'Italia non è la Francia*, in *Quaderni costituzionali*, 2010, 1, pp. 145-148; RICCA M., *Chi vuole il crocifisso? Domande semplici, democrazia interculturale, fede personale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, vol. 4, n. 1, pp. 5-39; SPADARO A., *La sentenza "Lautsi" sul Crocifisso: summum ius, summa iniura?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2010, I, pp. 198ss., MANCINI S., *La supervisione Europea presa sul serio: la controversia sul crocifisso tra margine di apprezzamento e ruolo contro-maggioritario delle corti*, in *giurisprudenza costituzionale*, 2009, 5, pp. 4056 ss.; MANCINI S., *La sentenza della grande camera sul crocifisso: è corretta solo l'opinione dissenziente*, in *Quaderni costituzionali*, 2011, 2, pp. 425 ss.

pubblico suggerisce allo Stato di eliminare tutti i simboli religiosi visibili nel rispetto delle convinzioni laiche di alcuni genitori e studenti.

In una prima decisione sul caso, i giudici europei hanno delineato i caratteri necessari di ogni sistema pubblico di istruzione: la scuola, lungi dal diventare il teatro di attività di proselitismo, predicazione e indottrinamento, deve essere luogo di incontro delle differenti credenze e convinzioni e, a presidio del pluralismo educativo, si pone il dovere di neutralità e di imparzialità dello Stato nel campo religioso e filosofico, che gli impedisce l'esercizio di ogni potere di valutazione circa la legittimità delle convinzioni religiose e delle relative modalità di espressione. Ciò vale, a maggior ragione, in un settore sensibile qual è l'istruzione dei bambini, poiché in questo caso l'insegnamento è indirizzato a coscienze particolarmente influenzabili che mancano ancora della capacità critica necessaria per prendere le distanze da un'eventuale opzione manifestata dallo Stato in materia religiosa.

La Corte poi sulla questione dell'esposizione di un simbolo religioso prende atto che le concrete modalità di esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche italiane rendono, nella maggior parte dei casi, pressoché impossibile non osservarlo, così che lo stesso è necessariamente percepito come parte integrante dell'ambiente scolastico, e determina la percezione, da parte degli scolari, di trovarsi ad essere istruiti all'interno di un ambiente scolastico influenzato da una religione specifica.

Alla luce di queste premesse, la Corte afferma il dovere statale di attenersi a una rigorosa neutralità confessionale nell'ambito del sistema pubblico di istruzione, a prescindere da ogni considerazione che possa far apparire conveniente o necessario il compromesso con determinate componenti sociali, per quanto maggioritarie. Qualora lo Stato venisse meno a quest'obbligo, esprimendo la propria adesione a questa o quella convinzione religiosa, si produrrebbe una violazione del diritto alla libertà religiosa degli alunni e, contestualmente, del diritto dei genitori a educarli nel rispetto delle proprie convinzioni religiose e filosofiche.

In questa sentenza, dunque, la Corte sembra suggerire un divieto assoluto di esposizione dei simboli religiosi nelle aule scolastiche²⁵⁰. Essa eleva a principio cardine della decisione una particolare concezione della neutralità dei poteri pubblici, che andrebbe però coordinata con l'altrettanto importante principio di pluralismo democratico.

La nozione di neutralità fatta propria dalla Corte in questa pronuncia, dunque, è quella dell'*assertive secularism*²⁵¹ riconducibile alla tradizione francese o turca e, per questo

²⁵⁰ MANCINI S., *La supervisione europea presa sul serio*, op. cit., p. 10, che legge nella sentenza Lautsi l'abbandono da parte della Corte della propria "tradizionale deferenza nei confronti degli stati nella sfera della libertà religiosa".

²⁵¹ Cfr. HIRSCHL R., *Comparative law and religion*, in DIXON R., GINSBURG T. (a cura di), *The research handbook in comparative constitutional law*, Edward Elgar, 2011

motivo, potenzialmente in contrasto con la nozione di laicità propria dell'ordinamento italiano.

Pertanto i giudici accolgono il ricorso e riconoscono all'unanimità che vi è stata una violazione dell'art. 9 e dell'art. 2 Prot. n. 1 CEDU, ritenendo che l'esposizione obbligatoria di un simbolo religioso riconducibile a una data confessione sia (quando si realizza all'interno delle aule scolastiche pubbliche) lesiva dei diritti sopracitati. Fra l'altro, la lesione qui prodotta ha una particolare rilevanza perché a esporre il simbolo è lo Stato, vale a dire un ente alla cui autorità l'individuo è sempre subordinato e che dovrebbe garantire il rispetto e la promozione del pluralismo, ergendosi a rappresentante di tutto il plesso sociale, non solo di una sua parte, sia essa maggioritaria o minoritaria. Ciò che lede la libertà di coscienza non è allora il simbolo in sé, ma il messaggio che lo Stato si sia schierato: la violazione del principio di neutralità determina la lesione della libertà dell'individuo.

Da questo approccio seguito dalla seconda sezione, prende nettamente le distanze la Grande Camera, che un anno e mezzo dopo, in un clima inedito per la Corte (l'aperta ostilità con la quale le autorità italiane avevano accolto la sentenza della II Sezione, il risalto istituzionale che l'ha caratterizzata e l'ampiezza delle reazioni che aveva suscitato nel più ampio contesto europeo), rovescia il giudicato di prima istanza, eludendo il principio di laicità che lì aveva assunto importanza centrale, considerando "simbolo passivo"²⁵² quel simbolo che invece nella precedente decisione era stato considerato simbolo forte, depotenziando il principio di neutralità prima portato alla sua massima espressione, e infine considerando in modo ridondante il margine di apprezzamento che prima, invece, era stato liquidato in poche parole.

La Corte si richiama all'idea che il divieto di indottrinamento e proselitismo costituisca il limite che non può essere oltrepassato dallo Stato nell'esercizio delle funzioni che assume nel campo dell'istruzione e, pur ammettendo che l'esposizione del crocifisso garantisca alla religione maggioritaria in Italia una particolare visibilità, esclude, in ragione della passività del simbolo, che sia ravvisabile un tentativo di indottrinamento da parte dello Stato e, pertanto, una violazione dell'art. 2 Prot. n. 1, né tantomeno dell'art. 9 CEDU.

In effetti, secondo la Corte il simbolo in questione "*si vede a malapena*"²⁵³ e pertanto la sua presenza può essere ritenuta innocua, nonostante la percezione soggettiva dei singoli possa divergere in modo sensibile, a maggior ragione se si considera che all'esposizione

²⁵² La nozione di "simbolo passivo" sembra assumere una "duplicità di significato, intendendo registrare, in prima battuta, il dato esteriore del suo non comportare nell'ipotetico destinatario alcuna attività e, in un momento successivo, volendo indicare la riconducibilità del simbolo stesso a valutazioni storico-sociologiche piuttosto che a una reale volontà di establishment", così D'ANGELO G., *Spazio pubblico e presenza simbolica della religione: l'approccio statunitense nella più recente giurisprudenza della Corte suprema*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, pp. 841 e ss.

²⁵³ Nel corso del giudizio della II Sezione il Governo italiano affermava che in Italia la libertà religiosa è pienamente garantita e che la semplice esposizione del crocifisso non può considerarsi tale da integrarne una compressione, posto che a nessuno è richiesto di prestare attenzione al simbolo religioso.

del crocifisso non si accompagna alcun insegnamento obbligatorio avente ad oggetto la religione cattolico-cristiana, che agli alunni di qualsiasi religione è consentito indossare simboli religiosi e capi d'abbigliamento con connotazione religiosa, che l'inizio e la fine del Ramadan è spesso celebrata nelle scuole e che insegnamenti religiosi opzionali possono essere organizzati per tutti i culti riconosciuti.

La Corte di Strasburgo, insomma, in questa sua seconda pronuncia del caso, nonostante le fondate giustificazioni esposte, fa un evidente passo indietro, inerendosi nel solco di un multiculturalismo attenuato, che avalla la pericolosa idea che in materia di diritti fondamentali le minoranze possano essere costrette, in alcuni casi ed entro certi limiti, a tollerare ciò che la maggioranza impone loro, secondo un modello che pone l'adesione alla cultura ospitante quale condizione per l'integrazione.

Queste considerazioni, però, fortunatamente non sono sufficienti ad accertare un irreversibile riposizionamento del livello di tutela di tale libertà verso il basso: è certo che la sentenza della Grande Camera abbia aperto uno strappo nella trama della giurisprudenza della Corte in materia di libertà religiosa, ma alcuni principi e regole fissati in precedenza possono comunque darsi per acquisiti.

Ciò detto, al di là dell'idea prevalente sulla questione, da un punto di vista puramente tecnico entrambe le sentenze sul caso Lautsi mostrano sostanziali debolezze: la prima perché, non prendendo in considerazione la consolidata giurisprudenza della Corte sul margine di apprezzamento, era arrivata ad imporre una nozione di neutralità potenzialmente confliggente con la nozione italiana di laicità; la seconda, invece, nel tentativo di porre rimedio alle carenze argomentative della pronuncia precedente, finisce per avere il risultato opposto, appiattendo il suo schema argomentativo sulle ragioni del governo italiano e fornendo spiegazioni poco condivisibili.

In questa complessa vicenda, la Corte europea avrebbe dovuto piuttosto optare per una soluzione capace di valorizzare concretamente il principio pluralista, dichiarando la violazione del dettato convenzionale nel caso di affissione del simbolo religioso imposta dallo Stato, e consentendone invece legittimamente l'esposizione su richiesta di genitori o studenti; o ancora, avrebbe potuto scegliere la strada che le avrebbe permesso di accertare una violazione della CEDU nel caso in cui lo Stato non avesse previsto un meccanismo di esenzione posto a tutela della libertà di credere o non credere di tutti i soggetti coinvolti.

La questione del crocifisso, insomma, è diventata il *casus belli* del rapporto tra diritti nazionali e diritti convenzionale ed europeo, non a caso, le vicende giurisprudenziali relative il ruolo dei simboli religiosi negli spazi pubblici rappresentano oggi il test attraverso il quale la nuova società europea prende forma e s'interroga sulla sua identità e sul ruolo della religione nella costruzione di questa identità²⁵⁴.

²⁵⁴ ANNICCHINO P., *Tra margine di apprezzamento e neutralità: il caso "Lautsi" e i nuovi equilibri della tutela europea della libertà religiosa*, in MAZZOLA R. (a cura di), *Diritto e religione in Europa, op. cit.*, pp. 182-193.

Ritornando ora alla questione dell'abbigliamento inteso quale simbolo di espressione della propria religiosità, l'impianto argomentativo maturato dalla Corte nella sua giurisprudenza fino a questo momento, ovvero l'equilibrio tra neutralità statale, tutela dei diritti fondamentali e difesa della democrazia (raggiunto a tutto vantaggio di una visione combattiva di laicità e a detrimento del diritto di libertà dei singoli) inizia a scricchiolare con la sentenza *Ahmet Arslan e altri c. Turchia* del 2010²⁵⁵. La novità non è riconducibile solo alla circostanza che per la prima volta in materia di abbigliamento religioso sia stata dichiarata la violazione dell'art. 9 CEDU, ma soprattutto nel fatto che la Corte abbia inteso limitare sensibilmente il margine di apprezzamento degli Stati fino ad ora molto ampio in questo particolare ambito applicativo. Come dimostra il caso appena citato, al di fuori del contesto scolastico, la Corte ha evitato di legittimare politiche strettamente laiche, che fossero volte a eliminare la visibilità della religione negli spazi pubblici²⁵⁶.

Nello specifico, i ricorrenti della vicenda *Ahmet Arslan*, membri di un gruppo islamico, si erano riuniti per partecipare ad una cerimonia religiosa in una moschea. Essi furono arrestati perché passeggiavano per la città indossando gli indumenti caratteristici della loro comunità e perché durante il processo di cui erano ricorrenti, la maggior parte di essi si rifiutò di togliersi il copricapo davanti al giudice. Mentre per il governo turco, l'arresto e la sottoposizione a processo dei ricorrenti erano azioni giustificate dall'esigenza di salvaguardare l'ordine pubblico ed evitare condotte religiosamente provocatorie o atti di proselitismo; la Corte di Strasburgo, pur conoscendo la rilevanza del principio di laicità per la democrazia turca²⁵⁷, si pronuncia in favore dei ricorrenti, ritenendo che l'interferenza dello Stato nella loro libertà religiosa non era proporzionata.

In effetti, secondo la Corte EDU, poiché qui i ricorrenti non stavano agendo in qualità di funzionari pubblici, né stavano rappresentando una minaccia per l'ordine pubblico o compiendo atti di proselitismo esercitando pressione sui passanti, tale restrizione non poteva dichiararsi legittima.

In questa particolare vicenda, insomma, il criterio della proporzionalità sembra recuperare la sua funzione di contrappeso rispetto margine di apprezzamento, perché si è reso necessario a bilanciare il rapporto fra le libertà individuali e gli interessi pubblici. Nell'ottica della Corte, insomma, il governo turco, non potevano provare la presunta esistenza di un concreto pericolo per il principio democratico e per l'ordine pubblico,

²⁵⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, seconda sezione, sentenza del 23 febbraio 2010, Caso Ahmet Arslan e altri c. Turkey, Ricorso n°. 41135/98.

²⁵⁶ MARTÍNEZ-TORRÓN J., *La (non) protezione dell'identità religiosa dell'individuo nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in MAZZOLA R. (a cura di), *Diritto e religione in Europa, op. cit.*, pp. 72-84.

²⁵⁷ In tale ordinamento il principio di laicità, assurge a ideologia e filosofia di vita, e risulta propulsivo fattore di coesione sociale contro pericolosi influssi destabilizzanti. In questo specifico orizzonte, l'abbigliamento religiosamente caratterizzato assurge spesso a espressione simbolica di un potere (quello religioso-islamico-fondamentalista) potenzialmente sovversivo del regime democratico-secolare, la cui influenza deve essere neutralizzata da uno Stato che risulta, in definitiva, solo in modo molto discutibile autenticamente secolare e democratico.

poiché i ricorrenti del caso erano cittadini ordinari, che non rivestivano alcuna specifica pubblica posizione di rappresentanza o responsabilità, e che avevano solamente indossato i loro indumenti religiosi nelle pubbliche vie.

Pertanto, l'indicazione proveniente da Strasburgo sembrerebbe stabilire che, al di fuori del contesto istituzionale, la condotta individuale non corre il rischio di essere confusa con un atteggiamento statale di propensione per questo o quell'orientamento nel campo del religioso, pertanto, il potere di limitare la manifestazione del proprio credo a mezzo dell'abbigliamento si restringe, con correlata riespansione dei diritti dell'individuo. In questo stesso senso sembrano orientate sentenze anche recenti, anche se da ultimo la Corte è sembrata concedere qualcosa in meno al margine di apprezzamento degli Stati in questa materia²⁵⁸.

La Corte, dunque, con la sentenza *Ahmet Arslan*, non solo detta precise indicazioni sulla possibilità di limitare il margine di apprezzamento statale ma, allo stesso tempo, esclude implicitamente la conformità alla Convenzione di qualsiasi normativa interna che preveda un divieto assoluto e generale di indossare un abbigliamento religioso: indossare un abito religioso non può essere ritenuto, di per sé e in ogni situazione, indipendentemente dall'accertamento di specifiche ragioni di pericolo, un comportamento che metta a rischio l'ordine pubblico o la sicurezza pubblica²⁵⁹.

Un terzo, e ad oggi ultimo, caso significativo in materia è rappresentato dalla vicenda *S.A.S c. Francia*²⁶⁰, nella quale si poneva in discussione la legittimità della legge francese c.d. "anti-burqa"²⁶¹.

Il Governo francese per giustificare il divieto contenuto nella legge suddetta faceva valere due obiettivi: la sicurezza pubblica e il rispetto per la piattaforma valoriale minima di una società aperta e democratica. La Corte, chiamata ad esprimersi, ripercorre i precedenti in materia e identifica nel caso *Ahmet Arslan* la fattispecie più simile a quella giudicanda,

²⁵⁸ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, Quarta sezione, sentenza del 5 dicembre 2017, caso *Hamidovic c. Bosnia-Erzegovina*, Ricorso n°. 57792/15, nel quale caso il ricorrente era stato condannato per essersi rifiutato di togliere il copricapo (indossato per motivi religiosi) prima di rendere testimonianza in giudizio. La Corte, come di consueto, riconosce in linea di principio un ampio margine di apprezzamento statale; tuttavia, valutate tutte le circostanze della fattispecie, si sofferma in particolare, sul fatto che le convinzioni religiose del ricorrente appaiono sincere e che lo stesso non abbia in alcun modo dato segno di disprezzo per le istituzioni democratiche, ritiene pertanto che il margine sia stato oltrepassato e accerta una violazione dell'art. 9.

²⁵⁹ MADERA A., MARCHEI N., *Simboli religiosi "sul corpo" e ordine pubblico nel sistema giuridico turco: la sentenza "Ahmet Arslan e altri c. Turchia" e i confini del principio di laicità*, in MAZZOLA R. (a cura di), *Diritto e religione in Europa, op. cit.*, pp. 118-140.

²⁶⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 1° luglio 2014, caso *S.A.S. c. Francia*, Ricorso n°. 43835/11; PAROLARI P., *Velo integrale e rispetto per le differenze nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: il caso SAS c. Francia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, 9,1, pp. 85-100. VACCARI A., *La Corte europea dei diritti dell'uomo e il diritto di "vivere ensemble"*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 2015 pp. 1-11; OLIVITO E., *Egalité de combat e "vivere ensemble". La Corte di Strasburgo e il divieto francese del velo integrale nei luoghi pubblici*, in *Diritti comparati*, 30 luglio 2014; RUGGIU I., *SAS vs. France punto Strasburgo conferma il divieto francese al burqa con l'argomento del "vivere insieme più di virgolette*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 2014.

²⁶¹ LOI n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public. <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2010/10/11/IUSX1011390L/jo/texte>

distinguendola però da quest'ultima in ragione della circostanza che il caso precedente non concerneva un abbigliamento idoneo a coprire interamente il volto (nella sentenza in esame l'abito religioso pone obiettivi problemi di riconoscibilità del soggetto, mentre nel caso *Ahmet Arslan* costituiva una nota più folcloristica). È questo il discrimine in forza del quale la Corte ritiene possibile discostarsi dal precedente e, in ossequio all'ampio margine di apprezzamento statale, escludere una violazione dell'art. 9 CEDU.

Si tratta certamente di una pronuncia che non si muove nel segno dell'espansione delle tutele e che fa emergere l'elevato carattere politico di questa sentenza, sebbene la Corte non abbia comunque rinunciato a esprimere perplessità per la soluzione legislativa adottata dalla Francia.

Successivamente, anche altri Stati hanno seguito l'esempio francese, dando origine a ulteriori contenziosi dinanzi alla Corte Europea, che quest'ultima ha sempre risolto in linea con il precedente *S.A.S.*²⁶².

Ciò che preme rilevare nella sentenza *S.A.S.*, nonostante si tratti di una pronuncia che ha determinato una battuta di arresto nella tutela della più ampia libertà religiosa possibile in materia di abbigliamento religioso, è innanzitutto la non stigmatizzazione dei capi religiosi quali pericolosi strumenti politici nelle mani di un Islam fondamentalista. La Corte, cioè, in essa si focalizza sull'analisi dell'effettiva incidenza che il loro divieto potrebbe avere sul diritto di libertà religiosa di quei soggetti che, invece, optano volontariamente di portarli, e, a tal riguardo, "condanna" la Francia per aver scelto una misura così estrema anziché preferire una serie di divieti più particolareggiati e meno lesivi della libertà religiosa dei singoli. Allo stesso tempo, però, la Corte non può non prendere atto di agire in un campo, quello del "*vivre ensemble*", nel quale la sensibilità dei singoli Stati deve essere preservata²⁶³.

²⁶² Si pensi a Corte europea dei diritti dell'uomo, seconda sezione, sentenza del 11 luglio 2017, caso *Belcacemi e Oussar c. Belgio*, Ricorso n°. 37798/13. Il ricorso concerneva il divieto all'utilizzo del velo integrale nello spazio pubblico, imposto dallo stato belga con la legge 1° giugno 2011. Il caso, fa notare la Corte Europea, ricorda molto il precedente *SAS c. Francia*, sia per le circostanze fattuali sia per le implicazioni giuridiche: la legge belga si allineava a quella francese nel pretendere il bando del velo integrale non solo per motivi di sicurezza e difesa dell'ordine pubblico ma anche perché la creazione di relazioni personali, essenziali per la vita sociale, diveniva impossibile se un individuo nei luoghi di incontro della comunità celava il volto, elemento essenziale della propria individualità. Di nuovo veniva richiamato quel concetto, reso celebre proprio dalla sentenza *SAS c. Francia*, del "*living together*". Anche in questo caso, come nel precedente, la Corte di Strasburgo ricorda l'ampio margine di apprezzamento goduto dallo Stato nel valutare la necessità di una limitazione alla manifestazione religiosa, il ruolo fondamentalmente sussidiario del sistema di controllo della Convenzione e il ruolo particolarmente importante delle autorità nazionali dotate di legittimazione democratica diretta. La questione dell'accettazione o meno del velo integrale in Belgio viene di nuovo liquidata dalla Corte di Strasburgo come una scelta della società, e la Corte ricorda che essa deve mostrare un certo riserbo nel controllo di decisioni assunte democraticamente nella società belga; in particolare, la Corte evidenzia che la decisione era stata preceduta da un ampio e lungo dibattito parlamentare nonché era stata sottoposta da parte della Corte costituzionale ad un esame attento e completo di tutti gli interessi coinvolti. La Corte costituzionale belga aveva ritenuto che la legislazione perseguisse degli obiettivi – pubblica sicurezza, eguaglianza tra i sessi e difesa di una certa concezione del vivere in società – che potevano rientrare nelle categorie enumerate dall'art. 9 della Convenzione.

²⁶³ GIANNUZZO L., *Laicità europea e libertà religiosa alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in tema di simboli religiosi: ipotesi ricostruttive*, op. cit., pp. 158- 162.

3.6. La connotazione religiosa nelle obiezioni di coscienza

Nel campo delle obiezioni di coscienza, così come negli altri settori già esaminati, è possibile applicare alcune chiavi di lettura capaci di dare una spiegazione (più o meno) sistematica alle soluzioni adottate dalla Corte.

Si è già avuto modo di rilevare che la Corte tutela la posizione degli obiettori opponendosi con fermezza all'imposizione di atti a contenuto o con connotazioni religiose da parte dello Stato; ma quando ad essere imposto non sia un atto o un comportamento con intrinseche connotazioni religiose, come il servizio militare obbligatorio, la posizione degli obiettori perde di rilevanza nel bilanciamento tra interessi contrapposti, e la sfera di garanzia costruita sull'art. 9 tende a restringersi.

Anche in queste ipotesi, tuttavia, l'intervento della connotazione religiosa può essere determinante, poiché in alcuni casi la giurisprudenza è sembrata ricorrere a una sorta di "presunzione di meritevolezza" della convinzione personale, che ha applicato solo quando fossero coinvolte le opinioni personali nel campo del religioso. L'attributo religioso incide cioè sulle convinzioni poste a fondamento del rifiuto di adempiervi e, contribuisce a ricondurre la posizione dell'obiettore all'interno della tutela convenzionale ex art. 9.

Nello specifico, in materia di obiezione di coscienza al servizio militare, nel 2009 la Corte ha operato un'applicazione incisiva dell'art. 9 con tre "sentenze gemelle": *Gütl c. Austria*, *Löffelmann c. Austria*, *Lang c. Austria*²⁶⁴. In tutti e tre i casi i ricorrenti, che svolgevano funzioni di ministri di culto in comunità religiose dei Testimoni di Geova, lamentavano violazioni del divieto di discriminazione per motivi religiosi per essere stata negata loro l'esenzione del servizio militare di leva, in quanto appartenenti a organizzazioni religiose registrate quali semplici "religious community".

Da quel momento in poi la giurisprudenza in materia di obiezioni di coscienza al servizio militare si compone esclusivamente di provvedimenti che accertano violazioni dell'art. 9 CEDU.

Nella sentenza *Bayatan c. Armenia*²⁶⁵, in cui si accerta la violazione dell'art. 9 CEDU in ragione del rifiuto di accettare un'obiezione di coscienza al servizio militare, la Grande Camera della Corte, richiamando la dottrina del "living instrument"²⁶⁶, afferma la necessità

²⁶⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenze del 12 marzo 2009, casi *Gütl c. Austria* e *Löffelmann c. Austria*, ricorsi n. 49686/99, n. 42967/98, 12 marzo 2009; sentenza del 19 marzo 2009, caso *Lang c. Austria*, ricorso n. 28648/03.

²⁶⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 7 luglio 2011, caso *Bayatyan c. Armenia*, Ricorso n°. 23459/03

²⁶⁶ L'idea che l'interpretazione convenzionale debba svolgersi in chiave evolutiva è alla base della dottrina del c.d. *living instrument*, secondo la quale, come stabilito dalla stessa Corte nelle due sentenze *Bayatan v. Armenia* rispettivamente del 2009 e del 2011, «la Convenzione è uno strumento vivente che deve essere interpretato alla luce delle condizioni attuali e delle idee prevalenti negli Stati democratici di oggi [...]. La Corte deve avere riguardo delle condizioni mutevoli nei suoi Stati contraenti e rispondere, ad esempio, a qualsiasi consenso emergente in merito agli standard da raggiungere». Cfr. BILANCIA P., *The Dynamic of the EU Integration and the Impact on the National Constitutional Law. The European Union After The Lisbon Treaties*, Milano 2012, pp. 141 ss.

di riconsiderare la giurisprudenza precedente in ragione dell'ormai stabilizzato consenso europeo in materia. La giurisprudenza *Bayatan* non è rimasta senza seguito: anche in successive occasioni, infatti, la Corte ha ribadito come l'art. 9 (non preveda espressamente, ma) fondi il diritto di essere esentati dal servizio militare per ragioni di coscienza, rendendo così necessario accertare caso per caso, secondo il test che opera per la tutela convenzionale della libertà religiosa negativa, se le convinzioni addotte dall'individuo siano sufficientemente serie e coerenti per fondare quella pretesa, come nei casi *Bukharatyan c. Armenia* e *Tsaturyan c. Armenia*²⁶⁷.

L'esame della giurisprudenza della Corte in questa materia consente, insomma, di individuare alcuni punti fermi, e al contempo solleva qualche perplessità. Tra i punti fermi ricordiamo che ad oggi è certo che lo standard vincolante che permetta agli Stati di entrare legittimamente a far parte del sistema CEDU imponga loro di prevedere il diritto di obiezione di coscienza al servizio militare e suggerisca di disciplinarlo secondo modalità non eccessivamente discriminatorie per chi scelga il servizio civile sostitutivo. A destare perplessità, invece, troviamo i larghi margini di indeterminatezza che la Corte ha inteso mantenere: non è chiaro, per esempio, quali siano i criteri per svolgere l'operazione di *balancing*, il che comporta che l'unica certezza sembra essere ancora una volta il riconoscimento agli Stati di un margine di apprezzamento la cui ampiezza si determina in maniera inversamente proporzionale alla larghezza del consenso esistente nella singola materia.

4. I principi di laicità, neutralità e pluralismo nella giurisprudenza di Strasburgo

Il principio di laicità non rientra tra le norme espressamente enunciate nello Statuto del Consiglio d'Europa, né nella Convenzione o nei successivi protocolli. Quando compare, infatti, tale principio è sempre richiamato quale contenuto importato, esterno all'impianto della Convenzione. In altre parole, l'approccio della Corte al tema della laicità non è mai diretto ma sempre mediato attraverso gli ordinamenti e le giurisprudenze costituzionali nazionali che, trasferendo l'analisi del principio dal piano nazionale a quello convenzionale, verificano se fra i due livelli possa esservi (coincidenza o semplice) non contraddizione.

Questo approccio si fonda sulla constatazione che sono diverse le concezioni di Stato laico esistenti, e che la definizione di una nozione di laicità convenzionale rappresenterebbe una forzatura che creerebbe contrasti fra la giurisprudenza di Strasburgo e quegli Stati che applicano nozioni differenti di laicità. Tuttavia è possibile ricercare una "sorta" di "laicità europea" sforzandosi di individuazione quelle regole e quelle estrinsecazioni comuni (o

²⁶⁷ *Bukharatyan c. Armenia*, n. 37819/03, 10 gennaio 2012; *Tsaturyan c. Armenia*, n. 37821/03, 10 gennaio 2012

almeno simili) alle differenti forme di laicità statali, che potrebbero interpretarsi alla stregua di minimo comune denominatore della laicità europea²⁶⁸.

In questo contesto di laicità, il ruolo dello Stato deve caratterizzarsi soprattutto per la neutralità e l'equidistanza di fronte a tutte le credenze, neutralità che assurge al rango di principio-chiave che definisce la forma dello Stato democratico e che va necessariamente letto in combinato disposto con il principio di laicità statutale.

In applicazione del principio di neutralità, cioè, lo Stato ha l'obbligo di assicurare in modo imparziale l'esercizio delle diverse religioni, garantendo il mantenimento dell'ordine pubblico e della pacifica convivenza religiosa all'interno della società e impedendo che a prevalere siano le ragioni del più forte. È chiaro, dunque, che il principio di non ingerenza si è affermato nella giurisprudenza della Corte in stretta connessione con quello di neutralità²⁶⁹.

Sul piano giurisprudenziale la laicità è sempre richiamata al fine di giustificare le restrizioni applicate ai diritti fondamentali (e mai invece per accertarne violazioni), tuttavia lo Stato non può abusare della portata della laicità per fare salva qualsiasi misura restrittiva comminata delle libertà convenzionali.

Tuttavia, l'unico tentativo effettuato dalla Corte per superare questa abusata applicazione del principio di laicità non ha prodotto i risultati sperati: il riferimento è al già citato caso Lautsi, e in particolare alla pronuncia della II Sezione, nella quale la Corte sembrava per la prima volta smentire l'idea che a Strasburgo il principio di laicità venga adoperato solo per negare l'esistenza di violazioni convenzionali e mai per affermarle. Tuttavia la successiva decisione della Grande Camera ha riportato in asse il tradizionale approccio giurisprudenziale alla laicità²⁷⁰.

In ogni caso, la protezione del carattere laico dell'entità statale è considerata dalla Corte di Strasburgo così tanto indispensabile per il rispetto dei diritti dell'uomo e la conservazione della democrazia, che essa non ha esitato a statuire che un atteggiamento non rispettoso di questo principio non sarebbe stato accettato come facente parte della libertà di manifestare

²⁶⁸ Ancora oggi su scala europea si riscontrano oggettive difficoltà a pervenire ad una visione unitaria del diritto di libertà religiosa e del principio di laicità. Non bisogna dimenticare che il giudice della Corte di Strasburgo opera in un contesto internazionale estremamente eterogeneo dal punto di vista delle tradizioni sociali, culturali e giuridiche; differenze, che si accentuano alla luce delle questioni riguardanti i profili pratici della libertà religiosa e che, specie per la delicatezza della materia, suscitano una particolare attenzione da parte delle diverse confessioni religiose chiamate in gioco. Queste circostanze non fanno altro che alimentare nella Corte EDU (la cui funzione si sostanzia principalmente in interventi sussidiari di tutela dei diritti su singoli casi), quella tensione fra la necessità di garantire, da un lato, la sussidiarietà europea e, dall'altro, l'universalità dei diritti umani, che non permette, appunto, di elaborare un progetto organico sulla tutela della libertà religiosa ma pure sugli altri diritti consacrati nella CEDU. Vedi anche TEGA D., *Cercando un significato europeo di laicità: la libertà religiosa nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti*, in *Quaderni costituzionali*, XXX, 4, 2010, pp. 810-811.

²⁶⁹ TOSCANO M., *Il fattore religioso nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, op. cit., pp. 132 - 136.

²⁷⁰ IBIDEM, pp. 265 - 272.

la religione e non avrebbe beneficiato, dunque, della protezione assicurata dallo stesso art. 9 della Convenzione.

Così facendo, però, una eccessiva attenzione verso la difesa dei diritti altrui e della democrazia sembrava aver preso il sopravvento su una più ponderata valutazione dei fattori in gioco, producendo un'azione della Corte che non esita, se necessario, a ridurre i livelli minimi di protezione delle libertà personali. Si tratta di una visione della laicità che tende al laicismo e che molto aveva ereditato dall'elaborazione della laicità "*de combat*"²⁷¹ dall'esperienza francese e turca, la quale, in tema di manifestazioni esteriori del sentire religioso, lasciava molto spazio alle iniziative statali, ricorrendo, in alcuni casi, a un ampliamento forse eccessivo del margine di apprezzamento, la cui applicazione censurava le proiezioni esterne della propria identità religiosa e valoriale, indipendentemente da un'accertata e attuale pericolosità. Una sorta di laicità "sulla difensiva", che preferisce uno spazio pubblico completamente immune dal religioso, per perseguire il quale adotta forme sempre più accentuate di compressione della sfera privata dell'individuo. Una laicità, insomma, disposta a rinunciare a priori al pluralismo pur di non faticare nel ricercare, di volta in volta, la soluzione migliore per conciliare le difficoltà di un mondo plurale.

Con molta probabilità le ragioni di un simile approccio devono essere individuate in un particolare sentire dei tempi, caratterizzato dalla sfiducia verso l'altro e dalla paura per il diverso, a cui hanno certamente contribuito il processo di globalizzazione e l'inarrestabile flusso migratorio che ha coinvolto l'occidente, mettendo in crisi le sue certezze etnico-identitarie e generando più che un pluralismo, una "*pluralità di monoculturalismi*"²⁷².

La conseguenza di un simile approccio alla laicità è l'indebolimento stesso della democrazia perché, come è stato più volte affermato dalla Corte di Strasburgo stessa, non può esserci democrazia senza pluralismo. Per la Corte, infatti, il pluralismo, la tolleranza e lo spirito di apertura sono principi caratterizzanti per una società democratica e, sebbene in alcuni casi si richiede la subordinazione degli interessi individuali a quelli collettivi di un gruppo, la democrazia, in generale, rifugge dalla convinzione che l'opinione espressa dalla maggioranza debba sempre necessariamente prevalere e respinge ogni soluzione che possa portare a una sorta di dittatura della maggioranza. Gli ordinamenti democratici, cioè, dovrebbero tendere ad un continua ricerca di equilibrio fra maggioranza e minoranza che possa garantire, soprattutto agli individui appartenenti a gruppi minoritari, un pari trattamento che scongiuri ogni possibile forma di abuso proveniente da una posizione dominante e privilegiata.

²⁷¹ V. ALICINO F., *Costituzionalismo e diritto europeo delle religioni*, Padova 2011, pp. 39 ss.; v. anche diffusamente OLIVITO E., *Égalité de combat et "vivre ensemble"*. *La Corte di Strasburgo e il divieto francese del velo integrale nei luoghi pubblici*, op. cit.

²⁷² GIANNUZZO L., *Laicità europea e libertà religiosa alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in tema di simboli religiosi: ipotesi ricostruttive*, op. cit., pp. 108-113; V. anche CAROBENE G., *Identità religiose e modelli di protezione dei minori. La Kafala islamica*, Napoli 2017, pp. 187 ss.

L'idea sottesa alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, dunque, è che l'attitudine neutra dello Stato nei confronti delle confessioni religiose (che non sfoci in laicismo) consente di rafforzare il pluralismo religioso.

La Corte europea, cioè, è consapevole che fra confessioni religiose conviventi possano sorgere tensioni interne, tuttavia ritiene che ciò debba essere accettato e compreso in quanto assolutamente fisiologico in un sistema democratico e pluralista. In un siffatto scenario, ruolo delle autorità statali non è quello di eliminare la causa delle tensioni fra gruppi soffocando il pluralismo, ma, al contrario, quello di intervenire per rimuovere gli ostacoli che potrebbero impedire l'esercizio del diritto di libertà religiosa, assicurando, allo stesso tempo, la tolleranza e il rispetto reciproco fra differenti gruppi confessionali²⁷³.

5. La dottrina del margine di apprezzamento e del consenso nel contesto della libertà religiosa.

La necessità di una continua ricerca di un equilibrio tra universalità e rispetto delle diversità nella definizione dei diritti umani, è particolarmente avvertita nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo sulla libertà religiosa.

Infatti, come abbiamo avuto modo di constatare dalla disamina di alcune sentenze, il margine di apprezzamento da un lato e il fattore del *consensus* dall'altro, hanno assunto un ruolo fondamentale, per non dire preponderante, nella tutela accordata dall'art. 9 CEDU.

Tuttavia è interessante notare come nel caso *Kokkinakis c. Grecia*, caso fondamentale che ha permesso di enucleare i principi cardine per la costruzione della libertà religiosa protetta dalla Convenzione europea, il rimando al margine di apprezzamento è quasi completamente assente: non a caso solo in un punto della sentenza si fa menzione di un "certo" margine di apprezzamento subordinato, fra l'altro, alla supervisione europea, il che non permette certo di immaginare il ruolo preponderante che questa dottrina acquisirà nelle sentenze sulla libertà religiosa che seguiranno .

Con il caso *Otto-Preminger Institut c. Austria*²⁷⁴, invece, entrerà in gioco il secondo grande fattore che caratterizzerà la tutela accordata alla libertà religiosa convenzionale, il c.d. *consensus*. In questa sentenza la Corte europea si è espressa affermando che, poiché non è possibile discernere in tutta Europa una uniforme concezione del significato della religione nella società, un certo margine di discrezionalità, per valutare la necessità della misura restrittiva da applicare, deve essere lasciato alle autorità nazionali.

Nella materia della libertà religiosa, insomma, solitamente la Corte europea consente agli Stati di ricorrere allo strumento del margine di apprezzamento, la cui ampiezza sarà

²⁷³ VOYATZIS P., *Pluralismo e libertà di religione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in MAZZOLA R. (a cura di), *Diritto e religione in Europa, op. cit.*, pp. 104-114.

²⁷⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 20 settembre 1994, caso *Otto-Preminger-Institut c. Austria*

determinata dal livello di consenso europeo che si raggiunge in materia e dalla complessità della questione in esame. Ad esempio, in materia di simboli religiosi nei luoghi di lavoro, privati o pubblici, o nel contesto educativo, nei quali la Corte ha riscontrato profonde differenze di approccio nei diversi Stati membri, che variano a seconda delle singole tradizioni nazionali, dei requisiti imposti dalla necessità di proteggere i diritti e le libertà degli altri e mantenere l'ordine pubblico, essa è pronta a riconoscere una particolare rilevanza alle scelte operate dagli organi decisionali nazionali. Come anticipato, per determinare l'ampiezza da riconoscere alla discrezionalità statale, la Corte ha più volte fatto riferimento alla nozione di "consenso" che si giustifica in ragione dei quadri politici e giuridici all'interno dei singoli Paesi e della prevalenza di alcune confessioni rispetto ad altre. Tutto ciò, però, ha condotto alcuni Stati ad abusare dello strumento del margine di apprezzamento, costringendo la Corte a trovare soluzioni più di natura accomodante che di vera e propria integrazione dei diritti fondamentali consacrati nella CEDU. In effetti, "costretta" ad avallare le scelte poste in essere dalle autorità statali in quanto ritenute più rispondenti ai bisogni della società e degli interessi in essa prevalenti, in alcuni casi l'atteggiamento della Corte non è sempre stato proporzionato rispetto alle violazioni lamentate dai ricorrenti²⁷⁵. Nei casi che coinvolgono la libertà di coscienza, per esempio, o quelli concernenti la religione o il ruolo dei gruppi religiosi nello spazio pubblico, la Corte EDU, probabilmente consapevole della sua scarsa legittimazione presso buona parte delle opinioni pubbliche europee, ha preferito tenere un atteggiamento di *self-restraint*.

Ma, in generale, in quei casi che hanno riguardato vicende particolarmente sensibili dal punto di vista religioso o etico-morale, la Corte ha sempre deciso in maniera del tutto contingente e imprevedibile, talvolta applicando la dottrina del consenso, talaltra decidendo in maniera discrezionale di restringere o allargare la sfera decisionale riservata agli Stati membri. Da qui si evince un suo andamento alquanto schizofrenico, che non segue una univoca traiettoria, e che si pone in netto contrasto con l'obiettivo ultimo della sua azione, quello di dare vita a un sistema di criteri e di principi uguali per tutti, che sia in grado di fungere da garante "minimo" per tutti gli Stati aderenti alla CEDU²⁷⁶.

6. Sintetizzando: una analisi qualitativa e quantitativa sulla giurisprudenza CEDU ex art. 9

Come si è avuto modo di ricordare più volte, è ormai chiaro che la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo si caratterizza per la sua natura casistica, a tratti

²⁷⁵ RANDAZZO B., *Giustizia costituzionale sovranazionale*, op. cit., p. 84.

²⁷⁶ ANNICCHINO P., *La religione in giudizio*, op. cit., pp. 76-95.

ondivaga, se non proprio contraddittoria; una giurisprudenza che è difficile riuscire a ricondurre a unità, perché si fonda sulle peculiarità delle fattispecie giudicande.

Ciononostante, nell'evoluzione della giurisprudenza in materia di libertà religiosa è stato possibile individuare alcune fasi ben definite. Nello specifico, autorevole dottrina è riuscita a distinguere cinque differenti fasi di sviluppo: una prima fase nella quale si attuava una difesa del diritto ecclesiastico nazionale fondato sul privilegio di alcune confessioni; seguono, la fase relativa al venticinquennio successivo, in cui gli organi di Strasburgo continuano a difendere le prerogative nazionali, iniziando ad individuare, però, quei criteri su cui si sarebbero fondate le condanne per violazione della libertà religiosa emanate dagli anni '90 in poi, e l'ulteriore fase caratterizzata dal contrasto, post avvenimenti del 1989, tra le prime violazioni della libertà religiosa rilevate dalla Corte e la persistente difesa delle prerogative nazionali; in ultimo abbiamo la fase successiva al 2001, nella quale la Corte è impegnata in un'azione volta a delineare uno Stato neutro e imparziale, e quella più recente, invece, che si caratterizza, nuovamente, per il contrasto fra supervisione europea e identità nazionali, e che esploderà con la sentenza del caso *Lautsi* del 2009²⁷⁷.

Quello della giurisprudenza di Strasburgo, insomma, è un percorso evolutivo che, pur nella discontinuità di taluni passaggi, consente, come avremo modo di verificare nel prosieguo, di individuare nella materia religiosa un approccio più forte delle tradizionali resistenze domestiche

Interessanti sono anche i risvolti di carattere quantitativo: ad esempio, l'improvvisa implementazione del numero di interventi della Corte in tema di libertà religiosa, che si ha a partire dal 1993, va letta alla luce degli inaspettati segnali di vitalità nello spazio pubblico e la nuova visibilità che le religioni acquistano in quegli anni; in secondo luogo, come più volte emerso, poiché i Paesi post-comunisti, che entrarono nel Consiglio d'Europa solo dopo il 1989, erano chiamati a rifondare i loro precedenti sistemi di relazioni tra Stato e religioni, la Corte di Strasburgo ha avuto l'opportunità di collaborare a questa ricostruzione, inviando loro le linee-guida da seguire per essere in linea con il contenuto dell'articolo 9 CEDU²⁷⁸.

Tornando alle fasi di attività della Corte europea, merita approfondimento la quarta fase giurisprudenziale, nella quale l'incremento della presenza della Corte nelle questioni di libertà religiosa, è ancora più significativo dal momento che si evidenzia un progressivo mutamento nei compiti che la Corte assegna a sé stessa. In particolare, l'analisi ha mostrato che, a partire dalla decisione del caso *Hasan* del 2000, si è avuta una sempre maggiore

²⁷⁷ VENTURA M., *Conclusioni. La virtù della giurisdizione europea sui conflitti religiosi*, in MAZZOLA R. (a cura di), *Diritto e religione in Europa*, op. cit., p. 293 ss.

²⁷⁸ FERRARI S., *La Corte di Strasburgo e l'articolo 9 della Convenzione europea. Un'analisi quantitativa della giurisprudenza*, in MAZZOLA R., *Diritto e religione in Europa*, op. cit., p. 27 ss.

attenzione al profilo collettivo della libertà religiosa, sino a quel momento rimasto ampiamente sullo sfondo; di conseguenza la Corte passa dal terreno della libertà religiosa a quello dei rapporti tra Stati e religioni, andando a massimizzare quella tensione di fondo tra giurisdizione sovranazionale e sovranità statali.

Si tratta di un approccio che, a partire dal 2007, tende sempre più a consolidarsi, culminando nel 2009 con il celebre accoglimento del ricorso Lautsi. Le sentenze che si susseguirono in quegli anni, sebbene non avessero molto in comune (i casi riguardavano Paesi diversi, conflitti diversi, diverse strategie legali e richiami a vari articoli della CEDU), avevano assunto un medesimo atteggiamento nei confronti degli Stati: erano, cioè, meno deferenti verso i governi e gli riconoscevano limitatamente il margine di apprezzamento²⁷⁹.

È bene evidenziare, inoltre, che nella prima fase, corrispondente al periodo compreso tra il 1993 e il 1998, la Corte interviene sette volte sull'articolo 9 della CEDU, pronunciandone cinque volte la violazione, sempre nei confronti del medesimo Stato: la Grecia. Fra l'altro, sei delle otto condanne totali che colpiscono la Grecia, si concentrano tutte tra il 1993 e il 2000, anno in cui la Corte dichiara per la prima volta la violazione dell'art. 9 da parte di uno Stato di nuova accessione, la Bulgaria. Da quel momento in poi la Grecia esce dal mirino della Corte e il suo posto viene preso dai Paesi post-comunisti di religione ortodossa. Con ciò si vuole dimostrare che la Grecia era stata usata dalla Corte di Strasburgo quale mezzo per rivolgersi ai nuovi Paesi aderenti al Consiglio d'Europa, i quali presentavano profili di particolare intolleranza religiosa, ma che non potevano essere condannati fintantoché le questioni sollevate contro di loro erano ferme alla fase istruttoria.

Il 2000, insomma, può essere assunto quale "anno zero" della storia evolutiva della giurisprudenza di Strasburgo in materia religiosa. È a partire da quell'anno, infatti, che si riscontra il più notevole incremento delle condanne per violazione dell'art. 9.

Due sono i principi prevalenti che guidarono la giurisprudenza della Corte: il divieto di interferenze arbitrarie statali nell'ambito dell'autonomia delle comunità religiose (es. art. 8, comma 2 Cost. italiana) e l'obbligo per lo Stato di mantenere un atteggiamento di neutralità e imparzialità verso *tutte* le religioni.

Tuttavia, anche quest'ultima sembra non essere una tendenza lineare e definitiva. Basti pensare, per esempio, alla resistenza che la Corte ha mostrato nel dichiarare le violazioni dell'art. 9 in quelle particolari fattispecie che riguardano l'uso di simboli religiosi nelle

²⁷⁹ VENTURA M., *Conclusioni. La virtù della giurisdizione europea sui conflitti religiosi*, in MAZZOLA R. (a cura di), *Diritto e religione in Europa, op. cit.*, pp. 337- 345.

istituzioni scolastiche o in altri luoghi pubblici, e che si sono tutte verificate nel periodo compreso fra il 2005 e il 2018²⁸⁰.

Ciononostante, in linea generale è comunque possibile mettere in rilievo che, mentre nei quarant'anni precedenti la Corte aveva pronunciato solo cinque condanne relative all'art. 9 e tutte nei confronti dello stesso Paese (Grecia), negli anni successivi la Corte pronuncia 25 condanne nei confronti di dieci Paesi diversi e in relazione a religioni molto differenti. A questo notevole incremento dell'attività della Corte corrisponde un' altrettanto rilevante trasformazione dei contenuti delle sue decisioni. Si ricordi infatti che il punto di svolta si ha con la più volte citata sentenza *Hasan and Chausch c. Bulgaria* (2000) che riguarda una fattispecie del tutto diversa rispetto alle precedenti, ovvero il riconoscimento statale di uno tra due gruppi religiosi rivali, pertanto in gioco non è più la libertà religiosa del singolo, ma quella dell'intera comunità.

In ultimo, è bene fare un rimando anche alle dichiarazioni di non violazione e di inammissibilità nella materia in esame: un numero rilevante di esse riguarda infatti la proibizione di indossare simboli religiosi a scuola e la necessità di rimuoverli in altri luoghi. La Corte, infatti, in diverse occasioni ha ritenuto che queste proibizioni non violassero l'art. 9, e ha mantenuto, per lungo tempo e senza esitazione, questa posizione, risultando molto più pronta a garantire il diritto delle organizzazioni religiose ad ottenere la propria personalità giuridica che quello degli individui ad indossare simboli religiosi in istituzioni pubbliche.

A lasciare sorpresi è, in particolare, l'altissima percentuale di decisioni di inammissibilità e non violazione relative a Francia e Turchia, cioè gli unici due Paesi del Consiglio d'Europa che hanno nella propria costituzione il principio di laicità, relative a vicende, anche qui, riguardanti il divieto di indossare simboli religiosi a scuola: così agendo la Corte di Strasburgo sembra voler trasmettere il messaggio secondo il quale l'assenza di simboli religiosi nelle istituzioni pubbliche è il migliore modo di assicurare la libertà religiosa dei cittadini e, dunque, che la laicità dello Stato suscita minori problemi di compatibilità con l'articolo 9 CEDU rispetto alle forme intransigenti in cui la religione ortodossa talvolta si manifesta nei Paesi dove costituisce religione di maggioranza.

L'indisponibilità della Corte a prendere in considerazione altre strade, potenzialmente capaci di assicurare la libertà religiosa senza escludere la presenza di segni religiosi nello spazio pubblico, ha alimentato le accuse di "fondamentalismo laicista".

Per concludere, è interessante menzionare un altro elemento significativo che si ricava dall'esame della giurisprudenza di Strasburgo: la scarsità di giudizi e l'assenza di condanne relative ai Paesi a maggioranza protestante. Questo dato è particolarmente

²⁸⁰ FERRARI S., *La Corte di Strasburgo e l'articolo 9 della Convenzione europea*, MAZZOLA R. (a cura di), *Diritto e religione in Europa*, op. cit., pp. 30-50.

rilevante se si considera che questi Paesi hanno tutti un sistema di Chiesa di Stato che, stante quanto emerso sino ad ora, potrebbe creare problemi in tema di libertà religiosa. È pur vero, però, che la Corte agisce esclusivamente sulla base dei ricorsi che le vengono sottoposti, pertanto questo dato potrebbe semplicemente indurre a pensare che il sistema giudiziario di questi Paesi offra un sistema di garanzie tale da permettere un'ampia tutela dei diritti individuali e collettivi dei membri delle comunità religiose di minoranza. Per confermare o ribaltare questa ipotesi non rimane che attendere i futuri pronunciamenti della Corte di Strasburgo.

Capitolo terzo

La Corte europea dei diritti dell'uomo e le opinioni dissenzienti

1. Introduzione al concetto di opinione dissenziente

Studi risalenti al diritto medievale hanno evidenziato il peso che in questa tradizione assumevano le procedure giudiziarie e, all'interno di queste, la manifestazione esplicita della motivazione delle sentenze e delle eventuali opinioni dissenzienti dei giudici²⁸¹.

Tutti i passaggi del processo, infatti, e in particolare la decisione finale dei giudici, dovevano essere adeguatamente pubblicizzati: il rifiuto della segretezza delle varie fasi processuali giustificò una concreta presa in considerazione dell'espressione di dissenso da parte di uno o più membri del collegio giudicante.

La predilezione del legislatore bassomedievale per l'espressione del dissenso da parte dei giudici rappresenta la spia dell'emergere dei presupposti storici dell'istituto della *dissenting opinion*: un istituto che oggi sopravvive nei Paesi di *common law* (ma non solo) e, ciò che in questa sede maggiormente interessa, nella Corte europea dei diritti dell'uomo²⁸².

La prassi medievale fu abbandonata solo con l'affermazione del c.d. "modello francese"²⁸³ che marginalizza l'utilità dell'introduzione del dissenso e della pubblicità delle deliberazioni, a vantaggio dell'istituto della segretezza del pronunciato, ritenuto strumento più idoneo a garantire l'elemento della collegialità quale paradigma della uniformità e della generalità del diritto. Su queste basi ha faticato a trovare spazio, nel corso dei secoli, un percorso finalizzato a ricondurre l'azione del giudice nel circuito dialettico della responsabilità e a riconoscere nel dissenso il fattore di connessione tra lo spazio della giustizia e quello della politica, così da far prevalere il pluralismo e la circolazione delle posizioni rispetto a modelli chiusi e autoriflessivi.

Il progressivo avvicinamento tra strutture istituzionali e giudiziarie (Parlamenti e Corti), prodotto dalla proliferazione di organizzazioni finalizzate a garantire la pace e i diritti

²⁸¹ Sul diritto medioevale cfr., almeno, CALASSO F., *Medio Evo del diritto*, Milano 1954; ID., *Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medioevale*, Milano 1965; SANTINI G., *Europa medioevale*, Milano 1986; CANNATA C.A., GAMBARO A., *Storia della giurisprudenza europea. II. Dal Medioevo ai giorni nostri*, Torino 1984.

²⁸² FUSCO A., *L'indipendenza dei custodi*, op. cit., pp. 25-26.

²⁸³ Quello francese era un modello giusprocessualistico fortemente ostile alla divulgazione del voto dissenziente, che si era affermato in maniera dirompente a seguito della corposa codificazione napoleonica d'inizio '800. La Francia, dopo la breve parentesi rivoluzionaria fautrice della piena trasparenza delle deliberazioni giudiziali, optò ben presto per la restaurazione del sistema dei voti segreti, particolarmente caldeggiato e reso effettivo dal legislatore napoleonico nonché materialmente consacrato in apposite norme di procedura, che imponevano ai giudici un "religioso silenzio" in ordine all'*iter deliberandi* seguito. Tale prassi, che deve indubbiamente la sua affermazione e consolidazione proprio al fatto di essere stata codificata, è rimasta sostanzialmente invalsa per oltre un secolo, fin quando con l'avvento della Quinta Repubblica ebbe luce la nuova Carta costituzionale nell'anno 1958. Un'ampia panoramica storica delle vicende della giustizia francese è offerta da ROYER J. P., *Histoire de la justice en France*, Paris 1995.

umani-fondamentali (a livello internazionale e soprattutto europeo: Consiglio d'Europa e Unione europea), ha contribuito, da un lato, a rompere antichi pregiudizi (per esempio tra Corti costituzionali e corti sovranazionali), dall'altro a stimolare lo scambio di esperienze e materiali (sia normativi che giudiziari) utili a rinnovare l'interesse attorno a dispositivi in grado di meglio valutare i punti di sofferenza e di crisi dell'ordine giuridico-politico e di suggerire proposte all'altezza della complessità dei tempi. Tra questi dispositivi figura la previsione dell'opinione dissenziente: uno strumento finalizzato a formalizzare e rendere pubblica la posizione di chi – all'interno di un organo giurisdizionale di natura collegiale – intende esprimere la propria contrarietà rispetto alla posizione della maggioranza²⁸⁴.

L'istituto dell'opinione dissenziente non è, come si è ritenuto fino a qualche tempo fa, un'esperienza che appartiene soltanto ai Paesi afferenti al modello di *common law*. Al contrario, esso risulta ampiamente utilizzato, come avremo modo di vedere, anche nei sistemi di giustizia costituzionale della tradizione di *civil law*, ovviamente secondo modalità e procedure tipiche di questa tradizione giuridica.

Anche in Italia il dibattito ha radici antiche, risalenti ai tribunali preunitari: è stato Costantino Mortati, più di recente, a riproporre il tema²⁸⁵, facendo ricorso alla comparazione e alla possibilità di prendere spunto da altre esperienze per verificare ipotesi concrete di praticabilità domestica di questo innovativo strumento democratico. Il dibattito sull'argomento però è rimasto per molto tempo pressoché circoscritto a livello puramente accademico e nel circuito dei giudici costituzionali²⁸⁶. Alcuni di questi hanno espresso in passato posizioni favorevoli (Valerio Onida, Cesare Ruperto, per esempio), mentre più di recente hanno fatto discutere le tesi del professore (e poi anche giudice della Corte costituzionale) Sabino Cassese, da sempre sostenitore della importabilità in Italia del modello²⁸⁷, a cui si sono contrapposte invece le argomentazioni di un altro studioso e Presidente emerito della Corte, Gustavo Zagrebelsky²⁸⁸.

²⁸⁴ BRICKER B., *Breaking the principle of secrecy. An examination of judicial dissent in european constitutional courts*, in *Law & policy*, 2017, pp. 170-191.

²⁸⁵ Mortati espone chiaramente le ragioni di opportunità circa l'eventuale introduzione della opinione dissenziente all'interno del nostro sistema di giustizia costituzionale (maggiore approfondimento delle questioni sottoposte a decisione, maggiore completezza e organicità della motivazione, spunti fecondi per la redazione di future decisioni, maggiore adeguamento della giurisprudenza all'evolversi dei rapporti sociali, maggiore dinamismo dell'organo), MORTATI C., *Prefazione*, in ID. (a cura di), *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, Milano, 1964, p. III – XI.

²⁸⁶ DE LUCA P., *Che fine ha fatto l'introduzione dell'opinione dissenziente? Suggestioni a partire da un'interessante risposta del Presidente emerito G. Silvestri*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 19 novembre 2014, p. 11.

²⁸⁷ CASSESE S., *Una lezione sulla cosiddetta opinione dissenziente*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, p. 973 ss. Ora ID., *Dentro la Corte*, Bologna, 2015

²⁸⁸ Secondo Zagrebelsky: "La giurisprudenza, per la sua stessa natura, rifugge dall'incostanza. [...] I mutamenti di rotta, gli *overruling*, le contraddizioni giurisprudenziali danno inevitabilmente l'impressione di interferenze inammissibili, per esempio di tipo politico. I cambiamenti del diritto sono propri, per la loro natura, del legislatore, non delle Corti giudiziarie. Quando il legislatore affronta una questione, è per considerarne da capo la disciplina giuridica; quando è il giudice, è per riconfermarla. La continuità della giurisprudenza è tanto importante che, anche laddove non esistano dottrine dello *stare decisis*, come nei paesi europei continentali, le sue costituzioni proclamano, con la soggezione dei giudici solo alla legge, l'autonomia interpretativa di ciascuno di loro e ai

Ma in questo lavoro rileva in particolare la dimensione sovranazionale europea. Ci riferiamo in particolare al ruolo e all'azione della Corte europea dei diritti dell'uomo (Consiglio d'Europa, CEDU) la cui storia giurisprudenziale ruota e riveste (per alcuni aspetti) particolare interesse, più in riferimento alle opinioni dissenzienti di alcuni suoi giudici, che ai pronunciamenti di maggioranza. Si tratta di una giurisprudenza di grande significato politico oltre che giuridico, essendo la materia trattata dalla Corte di Strasburgo tutta riferita ai diritti fondamentali contenuti nella CEDU, e che "scarica" sui sistemi di giustizia costituzionale nazionali sempre elementi di novità, molti dei quali non mancano di alimentare controversie politiche e di accrescere il tasso di conflittualità tra istituzioni politiche statali e apparati europei.

Dal punto di vista terminologico, nel linguaggio giuridico con la locuzione "opinione dissenziente" si intende il dissenso espresso da uno o più giudici nei confronti della deliberazione formulata dalla maggioranza dei suoi membri. Si tratta cioè di una presa di posizione minoritaria da parte di uno dei componenti di un organo giurisdizionale di natura collegiale. Ed infatti, il significato etimologico del termine "dissenso" rimanda alla mancanza di assenso, a una condizione di disaccordo, di divergenza di pareri, e, in definitiva, di assenza di un *idem sentire*. L'"opinione dissenziente", dunque, in quanto manifestazione di questa particolare posizione che risulta essere minoritaria e contrastante rispetto alla decisione adottata al termine della deliberazione, e risultata condivisa dalla maggioranza dei componenti del collegio, si tradurrà in una manifestazione di pensiero, in forma scritta oppure orale, presumibilmente accompagnata da una argomentazione, ma potrà anche tradursi nella mera manifestazione di una volontà di non adesione alla deliberazione, che verrà formalizzata come tale al momento dell'adozione della decisione²⁸⁹. In sintesi, dunque, possiamo dire che la finalità ultima dell'espressione di opinioni che divergono da quella della maggioranza del collegio è di mettere in discussione la portata conoscitiva della disposizione giurisprudenziale, fino a favorirne, in alcuni casi, l'eventuale futuro superamento.

Fatta questa premessa, si rende necessario svolgere alcune ulteriori precisazioni terminologiche, in quanto ciò che chiamiamo opinione dissenziente non è una *opinione* e non sempre è *dissenziante*.

In primo luogo, infatti, bisogna specificare che il termine *opinion*, in inglese, ha due significati: dal momento in cui esso viene attribuito ad un soggetto privato, si parla di parere legale di un privato; quando, invece, il termine viene attribuito ad una Corte si va ad indicare un giudizio o la motivazione di un giudizio, quindi non un'opinione. In secondo luogo, poi, nella espressione "opinione dissenziente" sono racchiuse diverse

precedenti è riconosciuto, nell'esperienza concreta, un grande valore, se non un valore vincolante". ZAGREBELSKY G., La legge e la sua giustizia, Bologna 2008, pp. 289-290.

²⁸⁹ PANIZZA S., *L'introduzione dell'opinione dissenziente nel sistema di giustizia costituzionale*, Torino, 1998, pp. 25-32.

ipotesi: il dissenso, infatti, può essere sulla motivazione o sulla decisione; può riguardare tutta la motivazione o decisione, oppure essere parziale; ed infine può essere individuale, oppure collettivo²⁹⁰.

Nell'uso comune, la suddetta locuzione viene spesso riferita genericamente a due diverse tipologie di opinioni separate: le opinioni dissenzienti (in senso stretto) e le opinioni concorrenti, le quali, oltre a distinguersi su un piano logico, possono formare oggetto di discipline normative distinte. Per cui, se lo scopo dell'opinione è quello di enunciare i motivi per i quali il giudice dissente in tutto o in parte dalla motivazione del provvedimento, si parla di opinione *concorrente*; se, invece, lo scopo risulti essere quello di esporre i motivi per i quali il giudice dissente in tutto o in parte dalla decisione della maggioranza, e cioè dal contenuto stesso del dispositivo, si ha un'opinione *dissenziante*²⁹¹.

È importante, inoltre, fare un'ulteriore puntualizzazione sulla differenza fra le suddette tipologie di opinioni, poiché: mentre le opinioni dissenzienti, che riguardano il *decisum*, prendono vita al momento della sua formazione, le opinioni concorrenti, invece, si determinano non appena si forma la *ratio decidendi*, che si produce, nella sostanza, nello stesso momento in cui si determina il *decisum*, ma solo nei suoi termini sostanziali, dato che la definizione precisa e puntuale dei suoi vari aspetti sarà rimessa ad un momento successivo. Per cui sarà soltanto dopo tale momento che l'opinione concorrente verrà a definirsi ed anche ad emergere²⁹².

Insomma, l'opinione dissenziente si presenta come un riflesso della struttura dialettica del giudizio, rende visibile verso l'esterno la dimensione controversiale del ragionamento giuridico, stimola lo sviluppo del diritto attraverso l'individuazione graduale di principi, e contribuisce a strutturare canoni flessibili come il principio di ragionevolezza e quello di proporzionalità. Inoltre, attraverso un linguaggio più vicino a quello comune, esercita una potente funzione di comunicazione dei contenuti della decisione rispetto a un pubblico più vasto e agevola il controllo esterno sulla motivazione.

In una prospettiva pluralistica, dunque, che tiene in conto, cioè, che le democrazie contemporanee non si identificano in un nucleo assiologico preponderante perché riconoscono al proprio interno una pluralità di valori, non gerarchizzati tra loro, suscettibili di entrare in conflitto e di trovare una composizione diversa attraverso il processo politico e le attività giurisprudenziali, l'opinione dissenziente rappresenta un efficace antidoto contro una demagogica ricerca del consenso, nonché uno strumento di rafforzamento della democraticità dell'ordinamento complessivo²⁹³.

²⁹⁰ CASSESE S., *Una lezione sulla cosiddetta opinione dissenziente*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2009, pp. 973-986.

²⁹¹ KELEMEN K., *Judicial dissent in European constitutional Courts. A comparative and Legal Perspective*, London-New York, 2018, p. 5.

²⁹² SANTOSUOSSO F., *Aspetti procedurali connessi alla eventuale ammissibilità delle opinioni dissenzienti*, in ANZON A. (a cura di), *L'opinione dissenziente*, Milano, 1995, pp. 116-117.

²⁹³ DI MARTINO A., *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali. Uno studio comparativo*, op. cit., p. 436.

Se da un lato, insomma, le opinioni dissenzienti contribuiscono a mantenere vive nel tempo le tradizioni interpretative differenti; dall'altro, però, secondo alcuni critici, le opinioni dissenzienti provocano una maggiore incertezza della linea giurisprudenziale seguita dalla Corte²⁹⁴. Facendosi portatore di una giurisprudenza alternativa, infatti, esse formulano interpretazioni che il legislatore (ordinario o costituzionale) o la maggioranza del tribunale preso in considerazione potrebbero accogliere in futuro, abbandonando così gli orientamenti consolidati; ma potrebbe trattarsi anche di tendenze che rimarranno isolate, producendo un indirizzo "svuotato", inidoneo a provocare conseguenze positive o negative rilevanti.

Qualora, invece, l'opinione dissenziente contribuisse concretamente al consolidamento di una certa interpretazione, perché condivisa dai giudici comuni, dal legislatore, dalla comunità professionale, dagli accademici, dai gruppi sociali e dai singoli individui, essa potrà essere considerata alla stregua di un testo costituzionale in senso ampio, la cui lettura potrà contribuire a comprendere il significato del testo costituzionale in senso stretto.

La virtù principale del dissenso resta dunque quella di dare voce a punti di vista e interpretazioni alternative rispetto a quelle dominanti, istituzionalizzando il conflitto, promuovendo il discorso pubblico sulla Costituzione (o sulle Convenzioni) e contribuendo così indirettamente a riconoscere maggiore legittimazione alle stesse Corti che lo promuovono²⁹⁵.

Nei paragrafi che seguiranno si cercherà di sfatare un mito (frutto certamente di un'elaborazione dottrina alquanto critica verso alcuni aspetti del costituzionalismo liberal-democratico), e cioè che l'opinione dissenziente costituisca il frutto di un'attività messa in pratica con il solo scopo di aumentare il tasso di politicità di un determinato pronunciato giurisprudenziale intorno al quale si è venuta a creare una spaccatura. Si tenterà, cioè, di offrire un punto di vista che si contrappone a quella tesi che sostiene che, anziché favorire la coesione, la corralità, lo stesso *idem sentire* (elementi caratteristici del modello di giustizia costituzionale per esempio vigente in Italia, dove appunto la spersonalizzazione dei giudici, l'impersonalità della Corte, esprimono, secondo alcuni, al meglio il carattere della collegialità), l'opinione dissenziente aumenterebbe piuttosto lo scontro tra personalità (i giudici del collegio) e nella società, all'interno della quale non tutti sono capaci di orientarsi nei meandri dell'argomentazione giuridica, col rischio di farsi trascinare nel circolo vizioso della manipolazione politica²⁹⁶.

²⁹⁴ DI MARTINO A., *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali. Uno studio comparativo*, op. cit., pp. 468-470

²⁹⁵ IBIDEM, pp. 518-520

²⁹⁶ ZAGREBELSKY G., *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Torino, 2005, p. 71.

2. *Ragioni di opportunità e inopportunità dell'introduzione dell'opinione dissenziente*

Le opinioni dissenzienti svolgono almeno quattro diverse funzioni: quella "stimolatrice", quella "comunicativa", quella "dialettica" e quella "trasformativa".

Come già detto, il dissenso si produce in particolare in organi collegiali come i tribunali, nei quali è naturale che i giudici possano essere in disaccordo su argomenti di una certa importanza e complessità. La questione che qui si solleva è se sia ragionevole in questi casi nascondere il dissenso.

È indubbio che discutendo i casi i giudici si influenzano l'un l'altro con le loro opinioni, ma si tratta di discussioni necessarie per convergere su una decisione comune e trovare una soluzione al problema giuridico. Allo stesso tempo è evidente che i giudici possano anche beneficiare dalle argomentazioni espresse da alcuni membri della Corte, ma si tratta di un'opportunità che si concretizza solo se è riconosciuta loro la possibilità di mettere per iscritto "separatamente" queste opinioni.

Le opinioni dissenzienti, dunque, possono essere considerate e costituire una sorta di "mercato delle idee", cioè a dire una risorsa preziosa per possibili interpretazioni alternative: la loro pubblicità potrebbe migliorare la qualità della giurisprudenza stessa poiché, assicurando a tutti i membri dell'organo di essere trattati in maniera eguale e alle loro argomentazioni di essere prese egualmente in considerazione, rafforzerebbe la collegialità stessa dell'organo, anziché, come sostenuto da alcuni, comprometterla. Solo se si permette loro di esplicitarsi in questo modo le opinioni dissenzienti possono svolgere la loro funzione stimolatrice²⁹⁷.

Abbiamo detto poi che le opinioni dissenzienti hanno anche un'importante funzione comunicativa perché permettono ai ricorrenti, e alle altre parti del processo, di comprendere meglio le ragioni che hanno portato a quella decisione e a predire un probabile cambiamento futuro dell'orientamento della Corte. In effetti, in particolar modo le opinioni concorrenti, riescono ad offrire ulteriori spiegazioni a supporto del ragionamento della maggioranza, fornendo dettagli che aiutano ad ottenere un'immagine più completa delle ragioni seguite dalla Corte.

La stessa dottrina giuridica è fra le parti che beneficiano della presenza delle opinioni separate: sono diversi, infatti, gli studiosi che rivolgono la loro attenzione a queste opinioni, che spesso presentano uno stile molto simile a quello degli scritti accademici, e dunque per loro più chiare.

Fra l'altro, l'analisi delle opinioni dissenzienti, ha mostrato come in esse sia particolarmente frequente l'impiego dell'argomento comparativo: all'interno dell'assetto

²⁹⁷ BRENNAN W.J., *In défense of dissent*, in *The hastings law journal*, 1985, pp. 427 - 430.

multilivello europeo, ad esempio, non è difficile incontrare spesso richiami incrociati tra le opinioni dissenzienti dei giudici nazionali e le decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo²⁹⁸. In questo senso le opinioni dissenzienti si mostrano come vettori di una comunicazione tra esperienze costituzionali differenti che operano, nell'esempio riportato, sul terreno dell'interpretazione e dell'argomentazione dei diritti fondamentali²⁹⁹. Ed è bene sottolineare, in ultimo, che se il richiamo a sentenze di corti straniere o europee amplia ulteriormente lo spettro delle soluzioni interpretative e invita alla formazione di un patrimonio comune nell'ambito della protezione dei diritti, ciò non si traduce, necessariamente, in un rifiuto delle differenze (storiche, istituzionali, culturali) proprie di ciascun ordinamento, ma piuttosto si includono per farne tesoro in un più ampio e produttivo processo osmotico³⁰⁰. Le opinioni dissenzienti, insomma, diventano parte di un ampio dialogo tra Corti e tra giudici e studiosi, assumendo pertanto un'importante funzione dialettica.

Infine, le opinioni dissenzienti potrebbero esercitare anche un'importante funzione trasformativa: infatti, gli studiosi del diritto che elogiano le pubblicazioni delle opinioni di dissenzienti, spesso le considerano come un utile veicolo per futuri sviluppi giuridici. Non è raro che un'opinione dissenziente, o più opinioni dissenzienti, rilevando una discordanza all'interno della Corte, diventino anticipatrici di un futuro *overruling*³⁰¹; e poiché non è remota neppure la possibilità di un cambiamento nella composizione della Corte stessa, i dissenzienti, e le loro istanze, potrebbero in tal modo diventare la nuova maggioranza.

Non bisogna sottovalutare, fra l'altro, che le opinioni dissenzienti sono anche descritte come un importante strumento per la tutela del pluralismo e come espressione del principio democratico, pertanto avere la possibilità di manifestare il dissenso pubblicamente garantisce, in generale, una maggiore trasparenza nel processo decisionale giuridico³⁰².

²⁹⁸ La valorizzazione dei dissensi dei giudici nazionali presso la Corte europea dei diritti dell'uomo è agevolata, da un punto di vista formale, dalla struttura delle sentenze, perché, nella parte dedicata allo sviluppo del processo nelle giurisdizioni nazionali, vengono ricostruiti anche le posizioni in dissenso

²⁹⁹ RIDOLA P., *Il "dialogo tra le corti": comunicazione o interazione?*, in *Percorsi costituzionali*, 2012, pp. 273 ss.

³⁰⁰ DI MARTINO A., *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali. Uno studio comparativo*, op. cit., pp. 445-446.

³⁰¹ Il fenomeno del cd. *overruling* ricorre quando si registra una svolta inopinata e repentina rispetto ad un precedente diritto vivente consolidato che si risolve in una compromissione del diritto di azione e di difesa di una parte. Elementi costitutivi sono quindi: l'aver a oggetto una norma processuale, il rappresentare un mutamento imprevedibile, il determinare un effetto preclusivo del diritto di azione o difesa. Per un inquadramento generale sulla tecnica di *overruling*, cfr. CALZOLAIO E., *Mutamento giurisprudenziale e overruling*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. 67, n. 3/2013, p. 899; CONTI R., *Overruling giurisprudenziale e tutela della certezza del diritto*, in AA. VV., *Dialogando sui diritti – Corte di cassazione e CEDU a confronto*, Napoli 2016, pp. 187 ss.; ZAGREBELSKY V., CHENAL R., TOMASI L., *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, op. cit., pp. 437-445; IANNONE M., *Overruling: mutamento improvviso della giurisprudenza in materia di norme regolatrici del processo*, <http://www.neldiritto.it/appdottrina.asp?id=6735#.VqZZclIntMk>.

³⁰² Vedi REYNOLD F., *Disagreement and dissent in judicial decision-making*, London 2013.

Le quattro funzioni appena descritte sono comunemente utilizzate come ragioni sostenute in favore dell'espressione e della pubblicazione delle opinioni dissenzienti. Ma, al di là dei vantaggi, la possibilità di esprimere e pubblicare un dissenso ha anche i suoi costi.

La più potente argomentazione contro la pubblicazione del dissenso è quella che sostiene che essa danneggi la vita giurisprudenziale e, indirettamente, anche l'autorità della Corte stessa, sebbene i sostenitori della pubblicazione dell'opinione dissenziente sostengono sostenere che la sola previsione della sua praticabilità non mette necessariamente a repentaglio la forza della decisione, anzi quest'ultima potrebbe rivelarsi addirittura fortificata rispetto ad un sistema in cui le opinioni dissenzienti siano estromesse e l'unanimità espressa in realtà è solo apparente. Per i sostenitori, cioè, solo la reale unanimità è in grado di poter migliorare l'autorità del giudicato.

Infine, altro argomento sostenuto contro le opinioni separate è quello secondo il quale la loro stesura, richiedendo troppo tempo, distoglie i giudici dai loro principali doveri. Si tratta di un'argomentazione che non deve essere sottovalutata, soprattutto se si tiene in considerazione l'enorme mole di lavoro a cui sono sottoposte le corti, quelle sovranazionali in particolare. Tuttavia si deve rilevare che i giudici di Strasburgo nello specifico, nonostante il carico di lavoro, non si sottraggono alla responsabilità di esprimere il loro disaccordo laddove non condividano la soluzione adottata dalla maggioranza, perché ritengono di fondamentale importanza garantire sempre la tutela della loro indipendenza e della loro libertà di coscienza³⁰³.

2.1. Segue: l'impatto del dissenso sull'indipendenza giudiziaria e la trasparenza del processo decisionale

Le opinioni dissenzienti sono spesso esaminate alla luce del loro impatto sulla legittimità del giudizio. La questione della legittimità democratica è cruciale per un'analisi accurata del fenomeno delle opinioni dissenzienti, e ci sono due principi che entrano in gioco quando se ne discute: l'indipendenza giudiziaria e la trasparenza del processo decisionale, ovvero i principi che stanno alla base della costruzione democratica e che allo stesso tempo sono i più complessi da bilanciare.

Nel dibattito sull'introduzione dell'opinione dissenziente, infatti, una costante è stata la contrapposizione tra due diverse interpretazioni dell'indipendenza del giudice: quella "interna" e quella "esterna"³⁰⁴. La prima si riferisce all'indipendenza dei singoli giudici

³⁰³ KELEMEN K., *Judicial dissent in European constitutional Courts. A comparative and Legal Perspective*, op. cit., pp. 158-161.

³⁰⁴ Vedi MONTANARI L., *Indipendenza della magistratura in Europa: verso un modello comune di garanzie?*, in TONIATTI R., MAGRASSI M (a cura di), *Magistratura, giurisdizione ed equilibri costituzionali*, Milano 2011, pp. 103 ss.; VOLPI M., *L'indipendenza della magistratura nei documenti del Consiglio d'Europa e della rete Europea dei consigli di giustizia*, in *Diritto pubblico comparato europeo 2010*, pp. 1754 e ss., TONIATTI R., *L'indipendenza dei giudici sovranazionali e internazionali*, in *Diritto pubblico comparato europeo 2010*, pp. 1747 ss.

all'interno del collegio e sottolinea come essa risulti rafforzata da un'interpretazione ampia del segreto della deliberazione e del vincolo di riservatezza; in quest'ottica, infatti, il collegio viene messo al riparo da influenze esterne e dalla azione politica dei voti dei suoi componenti. La seconda pone in risalto, invece, la dimensione individuale dell'indipendenza giudiziaria, mostrando come l'opinione dissenziente renda visibile verso l'esterno la personalità del singolo giudice e, contestualmente, ne rafforzi il senso di responsabilità³⁰⁵.

Vi è poi un'ulteriore distinzione da fare relativamente all'indipendenza giudiziaria: quando parliamo di indipendenza delle corti in qualità di istituzione, infatti, si fa riferimento alla "indipendenza istituzionale", mentre, quando si considera l'indipendenza dei giudici in quanto individui, si parla di "indipendenza individuale"³⁰⁶.

La natura composita della nozione di indipendenza rende complicato individuare quale sia il legame con il processo decisionale giuridico e con la pratica delle opinioni dissenzienti, non a caso fra le ragioni elencate sia in favore che contro la possibilità di esprimere opinioni dissenzienti si rintracciano spesso le argomentazioni relative all'indipendenza³⁰⁷. Per questa ragione è ancora più importante essere coscienti di quale sia la precisa interpretazione dell'indipendenza di cui si deve tenere conto quando si discute della questione delle opinioni dissenzienti: ad esempio quando parliamo negativamente della pubblicazione del dissenso, come misura capace di compromettere l'imparzialità del giudice, stiamo valutando l'aspetto esterno dell'indipendenza, che si traduce nel timore da parte della Corte di subire sia pressione politica, sia economica o sociale da parte di influenti gruppi di interesse; invece, nel dibattito a favore della pubblicazione dei dissensi interviene l'aspetto interno della indipendenza giudiziaria, in quanto qui le opinioni dissenzienti sono espressione dell'indipendenza dei giudici rispetto alle posizioni dei colleghi.

La stessa dimensione individuale dell'indipendenza non è meno complessa rispetto a quella istituzionale. Il singolo giudice che siede all'interno di una Corte che permette la pubblicazione del dissenso, nel caso in cui si trovi in minoranza rispetto alla decisione della Corte, ha quattro opzioni di voto: 1- votare con la maggioranza come segno di rispetto e lealtà nei confronti dell'autorità della Corte; 2 - votare contro la maggioranza senza però scrivere separatamente e dunque rimanere silente circa il proprio dissenso agli occhi della opinione pubblica; 3 - votare contro il giudizio senza scrivere separatamente ma condividendo l'opinione separata di un altro giudice; 4 - votare contro la maggioranza e scrivere separatamente la propria opinione.

³⁰⁵ DI MARTINO A., *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali. Uno studio comparativo*, op. cit., pp. 458-464.

³⁰⁶ SHETREET S., *Judicial independence and accountability: core values in liberal democracies*, in LEE H.P. (a cura di), *Judiciaries in Comparative perspective*, Cambridge 2011, pp. 3 ss.

³⁰⁷ LAFFRANQUE J., *Dissenting opinion and judicial independence*, in *Juridica International*, 2003, pp. 162-168.

La questione relativa al rapporto fra indipendenza dei giudici e opinioni dissenzienti, poi, è spesso discussa anche in correlazione alla questione della elezione dei giudici. A tale proposito la Commissione di Venezia, nonché numerosi studiosi, hanno raccomandato il divieto di rielezione dei giudici in quanto prassi potenzialmente “pericolosa” per la loro stessa indipendenza³⁰⁸. In questo ambito le opinioni dissenzienti entrano in gioco poiché, mentre in un sistema dove la pubblicazione del dissenso non è permessa sarebbe più difficile, per i funzionari preposti alla nomina dei giudici, capire la posizione dei membri della Corte, considerato che le loro decisioni appaiono unanimi, e pertanto anonime, nei sistemi in cui invece è permesso esprimere il dissenso, i giudici dissenzienti si trovano in una posizione particolarmente esposta, in cui le loro convinzioni personali sono note e dunque potrebbero più facilmente essere oggetto di indebite pressioni.

Sulla questione della trasparenza del processo decisionale, invece, innanzitutto è bene chiarire in premessa che nelle concezioni tradizionali di democrazia prevale la regola della “collegialità”. Ciononostante, non si può non osservare che in realtà nessun sistema richiede l'unanimità “ad ogni costo”, neppure in quegli apparati in cui la pubblicazione del dissenso è vietata. In questi sistemi, in cui prevale la natura segreta della deliberazione e del voto, l'identità dei giudici rimasti in minoranza potrebbe diventare nota solo se gli venisse riconosciuta la possibilità di allegare in calce alla sentenza il proprio parere separato; in caso contrario, l'opinione pubblica non verrà mai a conoscenza dei nomi di quei giudici che hanno espresso un voto contrario alla decisione presa a maggioranza, in quanto questa risulterà sottoscritta da tutti i giudici presenti durante il processo decisionale.

È chiaro, dunque, che solo applicando lo strumento dell'opinione dissenziente i ricercatori saranno in grado di fugare quel velo di riservatezza che non permette di conoscere le dinamiche e gli eventuali contrasti che si producono all'interno di questi sistemi di giustizia, così da dimostrare che le corti non sono immuni dai dibattiti che si svolgono nella società ma, al contrario, considerato il contesto di pluralismo costituzionale in cui ci troviamo, ne sono ampiamente coinvolti³⁰⁹.

Tuttavia, anche in quei sistemi aperti al dissenso esistono comunque più gradi di trasparenza negli stadi finali del processo decisionale: il primo livello permette ai giudici di pubblicare il loro dissenso e giustificarlo; il secondo concede solamente la possibilità di rivelare il numero dei voti espressi in favore o contro la decisione; mentre nel terzo ed ultimo livello, tipico dei sistemi di giustizia statunitense e anglosassone, viene pubblicato

³⁰⁸ *European Commission for democracy through law* (Venice Commission), *The composition of constitutional courts*, in *Science and Technique of democracy*, n. 20, 1997; disponibile al seguente link: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-STD\(1997\)020-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-STD(1997)020-e)

³⁰⁹ KELEMEN K., *Judicial dissent in European constitutional Courts. A comparative and Legal Perspective*, op. cit., pp. 183-184

il voto di ogni singolo giudice, al di là che essi abbiano autorizzato o meno la pubblicazione in calce alla sentenza del loro dissenso³¹⁰.

Il caso italiano, invece, rappresenta un caso a sé: il sistema di giustizia costituzionale italiano, si basa sul principio della collegialità della decisione, ma, nonostante l'assenza dello strumento dell'opinione dissenziente, in particolari casi è comunque possibile evincere se vi sia stata o meno una discussione all'interno del collegio. Normalmente, ai sensi dell'art. 17, comma 4, delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte Costituzionale³¹¹, a essere incaricato della redazione della sentenza (o dell'ordinanza) è il giudice nominato relatore della causa: nel caso in cui quest'ultimo (come accade, non del tutto raramente) abbia espresso una posizione di minoranza durante la discussione, la prassi vuole che, se pure dissenziente, sia comunque suo dovere scrivere la sentenza, ovviamente esponendo le motivazioni idonee a giustificare il dispositivo. Qualche (non troppo) rara volta, però, accade che il relatore dissenziente, per ragioni di "coscienza costituzionale", preferisca non redigere la sentenza³¹². In questo caso il Presidente della Consulta affida l'incarico di redigerla ad un altro giudice, che verrà scelto fra coloro che hanno condiviso la decisione o, più semplicemente, individuando colui che mostri una maggiore capacità di mediazione.

È solo attraverso questo piccolo espediente che è possibile venire a conoscenza dell'esistenza di un "dissenso" all'interno della nostra Corte Costituzionale³¹³.

Quella italiana, però, secondo autorevole dottrina, è una forma di *dissenting opinion* "dimezzata [...], insoddisfacente, inefficiente, autoreferenziale, fonte di nessuna chiarezza e, soprattutto, di nessun avanzamento delle conoscenze e della discussione. [...] chi sceglie di non

³¹⁰ IBIDEM, pp. 162-168

³¹¹ Art. 17 N.I: "Deliberazione delle ordinanze e delle sentenze. 1. Le ordinanze e le sentenze sono deliberate in camera di consiglio con voti espressi in forma palese. Alla deliberazione devono partecipare i giudici che siano stati presenti a tutte le udienze fino alla chiusura della discussione della causa. 2. Il Presidente, dopo la relazione, dirige la discussione e pone in votazione le questioni. 3. Il relatore vota per primo; votano poi gli altri giudici, cominciando dal meno anziano per nomina; per ultimo vota il Presidente. In caso di parità di voti, il voto del Presidente prevale. 4. Dopo la votazione, la redazione delle sentenze e delle ordinanze è affidata al relatore, salvo che, per indisponibilità o per altro motivo, sia affidata dal Presidente ad altro o a più giudici. 5. La data della decisione è quella dell'approvazione di cui al comma 3. 6. Le ordinanze e le sentenze, il cui testo è stato approvato dal collegio in camera di consiglio, sono sottoscritte dal Presidente e dal Giudice redattore."

³¹² A questo proposito, CARAVITA B., nel suo ultimo lavoro, *Ai margini della dissenting opinion. Lo "strano caso" della sostituzione del relatore nel giudizio costituzionale*, Torino 2021, pp. 7-8, conduce una preliminare indagine di tipo quantitativo sui casi di sostituzione del relatore nell'ampia produzione della Consulta, che realizzano una "nostrana" forma di *dissenting opinion*. Secondo l'A., i casi di sostituzione che si contano dal 1988 sino ad oggi, sono 87. Trattasi di un numero esiguo ma non trascurabile, specie se si considera che si tratta di un fenomeno che negli ultimi decenni si è sempre più stabilizzato. V. anche PANIZZA S., *Could there be an italian way for introducing dissenting opinion? The decision-making process in the Italian Constitutional Court through discrepancies between the rapporteur judge and opinion-writer judge*, in RAGONE G., ZANON N. (a cura di), *The dissenting opinions. Selected essays*, Milano 2019, p. 109.

³¹³ Cfr. CARAVITA B., *Ai margini della dissenting opinion. Lo "strano caso" della sostituzione del relatore nel giudizio costituzionale*, op.cit.; RUGGERI A., SPADARO A., *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino 2019; MARCENÓ V., ZAGREBELSKY G., *Giustizia costituzionale*, Bologna 2012; BIN R., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992.

*redigere la decisione è costretto a questa scelta da un infelice divieto di motivare il proprio dissenso*³¹⁴.

Questa via italiana del dissenso, insomma, necessita di una profonda revisione, che valuti (di nuovo) l'introduzione della *dissenting (e concurring) opinion* nel nostro sistema di giustizia costituzionale³¹⁵, anche perché, nell'ordinamento italiano, la regola che stabilisce la segretezza delle deliberazioni della Corte costituzionale, non si rinviene al livello delle fonti costituzionali; infatti, come affermato anche dalla stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 18 del 19 Gennaio 1989: "(...) nessuna norma costituzionale sancisce il segreto delle deliberazioni degli organi giudiziari quale garanzia della loro indipendenza, né a tal fine impone il segreto sulle opinioni dissenzienti all'interno del collegio". Di fatti, l'unico rimando alla regola della segretezza si rinviene nell'art. 18 delle "Norme Integrative", e pertanto, si potrebbe ipotizzare che solo attraverso l'eventuale modificazione o abrogazione di tale articolo le illiciteità connesse alla pubblicazione di opinioni dissenzienti o concorrenti verrebbero meno nel nostro sistema di giustizia costituzionale. Ciononostante, il dibattito italiano su quale sia la fonte più adeguata per introdurre tale strumento non si è ancora concluso³¹⁶.

Al di là della differente rilevanza riconosciuta al dissenso nell'eterogeneo panorama dei sistemi di giustizia costituzionale europei e non, è parere comune fra studiosi e giudici che il sistema che permetta la pubblicazione del dissenso migliori la qualità stessa dell'intera sentenza³¹⁷, oltre che tutelare la libertà di espressione di tutti suoi giudici³¹⁸.

³¹⁴ CARAVITA B., *Ai margini della dissenting opinion. Lo "strano caso" della sostituzione del relatore nel giudizio costituzionale*, op. cit., p. 86.

³¹⁵ L'eventualità di introdurre l'opinione dissenziente per i giudici della Corte costituzionale si è manifestata a più riprese dal 1948 fino ad oggi (il più recente tentativo risale al 9 giugno 2015 quando è stato presentato al Senato un disegno di legge d'iniziativa parlamentare a firma della senatrice Lanzillotta, numerato come A.S. 1952: *Modifiche alla legge 11 marzo 1953, n. 87, e alla legge 31 dicembre 2009, n. 196, in materia di istruttoria e trasparenza dei giudizi di legittimità costituzionale*, nella relazione di accompagnamento della quale, si cita espressamente la sentenza della Corte Costituzionale 30 aprile 2015, n. 70 in tema di rivalutazioni pensionistiche, strutturando, nelle intenzioni della proponente, una argomentazione legittimante l'introduzione della *dissenting opinion* nelle decisioni della Corte), anche se occorre ricordare e concordare sul fatto che tale tema ha suscitato presso la nostra dottrina costituzionalistica un interesse sostanzialmente sporadico. Tuttavia se pure il dibattito sul possibile inserimento nella nostra giustizia costituzionale dell'opinione dissenziente sia di stringente attualità da più di sessant'anni, alternandosi fra forti critiche e altrettanto intensi elogi, l'introduzione del dissenso si mantiene ancora ad uno stadio "embrionale", o, per meglio dire, le proposte, come abbiamo avuto modo di valutare, non mancano, ma non riesce a raggiungere quell'accordo che consentirebbe la conclusione auspicata dai più.

³¹⁶ Sulla questione v. in particolare PIZZORUSSO A., *Osservazioni sullo strumento normativo richiesto per l'introduzione del dissenso nelle motivazioni della decisione della Corte costituzionale*; ROMBOLI R., *L'introduzione dell'opinione dissenziente nei giudizi costituzionali: strumento normativo, aspetti procedurali e ragioni di opportunità*; RUGGERI A., *Per l'introduzione del dissent nei giudizi di costituzionalità: problemi di tecnica della normazione*, in ANZON A. (a cura di), *L'opinione dissenziente*, op. cit., pp. 57 ss.; PANIZZA S., *L'introduzione dell'opinione dissenziente*, op. cit., pp. 175 ss.

³¹⁷ SCALIA A., *Remarks on dissenting opinion*, in ANZON A. (a cura di), *L'opinione dissenziente*, 1995, p. 422; KELEMEN K., *Judicial dissent in European constitutional Courts. A comparative and Legal Perspective*, op. cit., pp. 175-176.

³¹⁸ L'importanza della libertà di espressione dei giudici è particolarmente sentita nella tradizione giuridica americana, dove il diritto al dissenso è stato generalmente riconosciuto come diritto fondamentale all'interno del primo emendamento della Costituzione federale degli USA. Per una discussione generale circa il ruolo del dissenso in una società democratica vedi SUNSTEIN C., *Why societies need dissent*, Harvard 2005; KELEMEN K., *Judicial dissent in European constitutional Courts. A comparative and Legal Perspective*, op. cit., p. 177

2.2. *Segue: l'impatto del dissenso sui mutamenti giurisprudenziali e sulla legittimità democratica delle Corti (la questione della nomina dei giudici)*

Fra le varie funzioni delle *dissenting opinions* abbiamo menzionato quella di predire probabili futuri cambiamenti negli orientamenti giurisprudenziali e, sebbene non tutte le opinioni dissenzienti presentano la medesima capacità di produrre un mutamento di prospettiva, il solo esprimere un'idea differente, o differenti metodi di analisi, permette alla Corte coinvolta di poter riconsiderare le questioni fondamentali e ripensare i risultati di tutte quelle fattispecie analoghe che sono state decise prima di quel momento³¹⁹.

Non a caso parte della dottrina ha definito l'opinione dissenziente "*an appeal to the brooding spirit of the law, to the intelligence of a future day*"³²⁰, cioè un "pungolo" alla correzione, in un prossimo futuro, dell'errore commesso dalla maggioranza e denunciato dal giudice dissenziente.

Bisogna chiedersi, a questo punto, se la prassi della *dissenting opinion* abbia confermato questa idea. Per rispondere a questo interrogativo è necessario menzionare il caso statunitense, poiché qui i mutamenti giurisprudenziali che hanno seguito un'opinione dissenziente sono molto più numerosi rispetto a quelli degli altri Paesi. Nell'Europa continentale, ad esempio, sebbene possano contarsi alcuni importanti *revirements*, si tratta di casi la cui rilevanza complessiva è relativamente ridotta.

Una prima ragione che spiega questi dati è riconducibile al peso che il rispetto del precedente gioca nella giurisprudenza delle Corti supreme e costituzionali, nel senso che, anche quando innovano, le corti sono sempre attente a non distaccarsi completamente dai loro precedenti. In effetti l'*overruling* esplicito resta ancora un'evenienza piuttosto rara, riservata ai casi in cui viene riconosciuto apertamente l'errore della decisione passata; così come piuttosto raro è il riferimento puntuale, nell'ambito di un *overruling*, all'opinione dissenziente di una sentenza precedente. Ciò si spiega alla luce del delicato compito di cui sono investite le corti, le quali devono costantemente operare un'azione di bilanciamento tra continuità e mutamento del diritto. Ma, al di là degli aspetti quantitativi, ciò che qui rileva è stabilire che sia concreta la possibilità che sopravvenga un mutamento giurisprudenziale e che le opinioni dissenzienti abbiano giocato un ruolo fondamentale nell'orientarlo.

Nell'esperienza statunitense, ad esempio, sono numerosi i casi di opinioni dissenzienti "riscattate" dalla giurisprudenza successiva. Tra questi, un significato del tutto

³¹⁹ KELEMEN K., *Judicial dissent in European constitutional Courts. A comparative and Legal Perspective*, op. cit., pp. 179-180

³²⁰ HUGHES C.E., *The Supreme Court of United States: its foundation, methods and achievements, and interpretation*, Columbia 1928, p. 68.

particolare hanno assunto i c.d. “*canonical dissents*”³²¹, ossia quei dissensi rientranti nel canone del diritto costituzionale americano³²².

Della canonicità di queste opinioni dissenzienti sono un indicatore le numerose citazioni operate dalla giurisprudenza statunitense successiva, che hanno permesso alle *dissenting opinions* di sviluppare lì una reale efficacia normativa nell'inversione degli indirizzi giurisprudenziali³²³.

È difficile immaginare l'introduzione del fenomeno dei “dissensi canonici” negli ordinamenti dell'Europa continentale: infatti per quanto apprezzabile sia stato il tentativo di adeguamento ai mutamenti sociali svolto dalla giurisprudenza costituzionale delle corti europee, questi ordinamenti sono caratterizzati da costituzioni relativamente recenti, dotate di lunghi cataloghi di diritti, e dove il ricorso al procedimento di revisione è particolarmente complesso. Non pare assimilabile all'esperienza statunitense dei dissensi canonici neppure quella del sistema CEDU, dove pure la dimensione evolutiva è stata centrale: anche in questo caso, oltre alla età relativamente giovane della Convenzione, occorre considerare che essa si occupa di una materia settoriale, ovvero quella dei diritti umani, e, ancora, che sotto l'ombrello della sua giurisdizione ricadono una enorme varietà di tradizioni giuridiche e culturali. In un contesto siffatto, l'investimento simbolico di cui può essere destinatario un dissenso è sicuramente attenuato rispetto a quello riconosciuto negli Stati Uniti, tuttavia, ciò non toglie che dalla diversità delle esperienze che interagiscono con l'ordinamento CEDU il dissenso trae comunque la linfa per valorizzare il pluralismo e la tensione verso l'ambito mutamento giurisprudenziale.

Infine, bisogna analizzare l'istituto del dissenso anche rispetto al dibattito relativo al tema della legittimazione democratica delle corti costituzionali, all'interno del quale esso può essere inteso sia quale fattore suscettibile di aggravare le divisioni politico-partitiche e sociali presenti nelle corti, sia quale strumento idoneo a mitigare la questione della legittimazione inducendo ad osservarla da una prospettiva diversa.

Per comprendere quale sia la sua reale tendenza nel dibattito bisogna considerare il rapporto che si instaura fra la Corte, gli organi politici e la società nel suo complesso.

Mentre alcuni sostengono che la pubblicità delle opinioni dissenzienti può soltanto alimentare la polarizzazione politica e la frammentazione della società³²⁴, in tutti quei Paesi europei nei quali si è aperto il dibattito sul dissenso si è notata piuttosto la sua sintonia con i principi della democrazia pluralistica, ed è stato sottolineato anche il

³²¹ Per un approfondimento cfr. KRISHNAKUMAR A.S., *On the Evolution of the Canonical Dissent*, in *St. John's Legal Studies Research*, Paper No. 06-0069, 2000, pp.781 ss.

³²² Il “canone” nel diritto costituzionale deve essere inteso come l'insieme di testi la cui conoscenza appare indispensabile per comprendere l'identità costituzionale di un Paese.

³²³ DI MARTINO A., *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali. Uno studio comparativo*, op. cit., pp. 460-462.

³²⁴ ZAGREBELSKY G., *Principi e voti*, op. cit., pp. 31-34; DI MARTINO A., *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali. Uno studio comparativo*, op. cit., p. 480

contributo che un tale istituto potrebbe offrire alla piena realizzazione del principio di trasparenza, permettendo così una migliore comprensione delle scelte giurisprudenziali da parte di un corpo sociale composito³²⁵.

Sempre in relazione al rapporto che intercorre fra opinioni dissenzienti e legittimazione democratica delle corti, ci si può chiedere se determinati criteri di nomina dei giudici, vagliati alla luce di possibili pressioni da parte dei partiti politici o di altri gruppi sociali, possano favorire la formazione di collegi polarizzati secondo interessi politici, ideologici, economici, religiosi, territoriali o etnico-linguistici. Ci si chiede, cioè, se le opinioni separate in tale ambito possano operare come fattore di ampliamento della frammentazione sociale e politica³²⁶.

Per rispondere a tale quesito è bene prima analizzare alcuni aspetti: nelle corti costituzionali dell'Europa continentale colpiscono alcuni criteri strutturali riguardanti le nomine, che sono volti ad assicurare la legittimazione dei giudici lasciando la loro elezione nelle mani degli organi rappresentativi (in particolare parlamentari). Ad esempio negli ordinamenti federali, la selezione avviene di norma attraverso il coinvolgimento delle camere rappresentative a livello federale, proprio a sottolineare la dimensione nazionale dei principi e dei valori che i giudici sono chiamati a tutelare ed evitare di ridurre le corti a sedi di composizione tra interessi territoriali particolari³²⁷; nella gran parte degli altri Paesi europei, invece, maggioranze qualificate degli organi rappresentativi sono chiamate a costruire un consenso ampio tra le differenti forze politiche, al fine di consentire l'elezione di personalità particolarmente autorevoli, o quantomeno a trovare un accordo tra forze di maggioranza e forze di opposizione per individuare candidati lontani da aree politicamente ed ideologicamente estreme³²⁸.

Elemento che permette di sganciare i componenti delle Corti dalla maggioranza parlamentare è la durata del loro mandato, che normalmente eccede quella di una normale legislatura: ad esempio, accanto al mandato vitalizio, ancora in vigore negli Stati Uniti, ci sono ipotesi di mandati che coprono un arco di tempo più lungo, ovvero di 9 anni (come in Italia, Spagna e Francia); in altri Paesi, invece, il limite della durata del mandato coincide con il raggiungimento dell'età pensionabile, in altri ancora questo criterio si aggiunge alla durata fissata per legge.

Non meno rilevanti sono, infine, anche i requisiti di professionalità tecnico-giuridica che, per legge o per convenzione, i candidati devono possedere.

³²⁵ DI MARTINO A., *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali. Uno studio comparativo*, op. cit., p. 488.

³²⁶ IBIDEM, pp. 493-494

³²⁷ Cfr. FALCON G., *Le corti costituzionali e i loro giudici*, in *forumcostituzionale.it*, maggio 2011

³²⁸ La richiesta di una maggioranza qualificata conferisce un potere di veto alle minoranze, e ciò accentua il peso politico delle nomine in questi paesi. È il caso dell'Italia e dell'elezione dei 5 giudici della Corte Costituzionale per estrazione parlamentare; a norma dell'articolo 135, comma 1 della Costituzione e dell'articolo 3 della l. Cost. numero 2 del 1967 è richiesta la maggioranza dei due terzi dei componenti del Parlamento in seduta comune nei primi tre scrutini ed i 3/5 del quarto scrutinio. In questo senso vedi ZAGREBELSKY G., MARCENÓ, *Giustizia costituzionale*, op. cit., pp. 128-129.

Tuttavia, per avere un quadro chiaro e completo della questione relativa al nesso tra opinioni separate, nomine dei giudici costituzionali e sistema politico, occorre considerare, accanto alla formulazione astratta delle disposizioni sulle nomine dei giudici, anche la loro concreta operatività, perché anche in questo caso, vi sono differenze sostanziali, che sottolineano quanto, in alcuni contesti, l'autonomia di una corte costituzionale rispetto al sistema politico-partitico sia maggiore di altri.

Considerando il caso italiano, ad esempio, si è osservato come la Consulta in questi anni abbia continuato a difendere quella rete protettiva che impedisce la conoscenza all'esterno del disaccordo interno: questa strenua volontà porta a chiedersi se i rapporti tra la Corte Costituzionale italiana e il sistema politico non siano tali da scoraggiare l'introduzione del dissenso o, al contrario, vi sia spazio per un futuro inserimento dell'istituto anche nel nostro ordinamento.

È chiaro che se si considerano le trasformazioni complesse e il processo di ristrutturazione subito dal nostro sistema partitico negli ultimi 25 anni³²⁹, la possibilità di pubblicare i dissensi potrebbe rivelarsi fattore di ulteriore peggioramento delle già esistenti tensioni tra le diverse forze politiche³³⁰. Tale tesi muove da un duplice presupposto: il primo stabilisce che in un sistema di pluripartitismo polarizzato le opinioni dissenzianti potrebbero agire come amplificatore delle fratture ideologiche presenti nella sfera pubblica, svelando la natura profondamente politica di alcune questioni e alimentando, di conseguenza, gli scontri tra la Corte Costituzionale e la maggioranza di governo³³¹; il secondo, invece, osserva che l'eventuale comunicazione all'esterno di tali contrapposizioni, non possa produrre necessariamente una divisione duratura della Corte, né la perdita della sua

³²⁹ CHIARAMONTE A., D'ALIMONTE R., *10 anni di (quasi) maggioritario. Una riforma (quasi) di uscita*, in CECCANTI S., VASSALO S. (a cura di), *Come chiudere la transizione*, Bologna 2004, pp. 105 ss.; CORBETTA P., SEGATTI P., *Un bipolarismo senza radici?*, Bologna 2004, pp. 125 ss.; COTTA M., VERZICHELLI L., *Il sistema politico italiano*, Bologna, 2011, pp. 84 ss.; CECCANTI S., CURRERI S., *I partiti anti-sistema nell'esperienza italiana. Il Movimento 5 Stelle come partito personale autoescluso*, in *Diritto pubblico comparato europeo* 2015, pp. 799 ss.

³³⁰ Non a caso Caravita, nel tentativo di classificare i casi di "sostituzione del relatore", ne individua diversi di rilievo politico-istituzionale (relativi ai conflitti di attribuzione tra poteri) e politico-partitico (relativi all'applicazione dell'art. 68 Cost.), proprio a dimostrare il determinante ruolo che i differenti orientamenti politico-culturali giocano nelle decisioni dei relatori. Cfr. CARAVITA B., *Ai margini della dissenting opinion. Lo "strano caso" della sostituzione del relatore nel giudizio costituzionale*, op. cit., p. 83.; Cfr. DI RENZO VILLATA M.G., *Collegialità/motivazione/voto di scissura. Quali le ragioni storiche della nostra multiforme tradizione?*, in RAGONE G., ZANON N. (a cura di), op. cit., p. 41, l'A. riporta la motivazione con cui fu respinta una delle numerose proposte normative con le quali si voleva introdurre lo strumento del dissenso: "La motivazione della sentenza è espressione del pensiero della maggioranza. Si è esaminata e respinta la proposta che ogni giudice potesse o dovesse esporre i motivi del voto dato. Questo sistema che vige negli Stati Uniti, ma è estraneo alla nostra tradizione giuridica, indubbiamente avrebbe accentuato l'importanza politica dell'attività della Corte, e avrebbe anche contribuito all'evoluzione, più in profondità, della elaborazione degli istituti costituzionali, allargandone la conoscenza per la generalità, ma avrebbe potuto condurre, in paese come il nostro, in cui la vita politica è dominata da organizzazione di partito, in maggioranza di massa, ad una forma di controllo dell'attività dei giudici da parte di forze politiche organizzate, controllo che fatalmente avrebbe potuto incidere sulla indipendenza e sul prestigio della Corte".

³³¹ Il favore di Mortati e lo scetticismo di Zagrebelsky per il dissenso sarebbero riconducibili rispettivamente alla fiducia del primo in una normalizzazione del sistema politico e alla sfiducia del secondo nella situazione italiana del bipolarismo imperfetto caratterizzato dalla persistenza di partiti anti-sistema. Vedi CASSESE S., *Dentro la Corte*, op. cit., pp. 55 ss.

autorità, in quanto essa manterrebbe la sua unità strutturale alla luce di quelle garanzie che assicurano l'indipendenza sua e dei suoi membri. Pertanto, queste garanzie concorrono, da una parte a definire i presupposti capaci di assicurare una relativa autonomia, istituzionale e argomentativa, della Corte Costituzionale rispetto al sistema dei partiti, dall'altra a considerare l'opinione dissenziente non tanto una fonte di delegittimazione, quanto un possibile contributo ad un processo di deliberazione democratica e pluralistica del quale la Consulta è (solo) uno degli attori³³².

Fra l'altro, questa strenua volontà di difendere la collegialità a tutti i costi, contrasta ora con la recente scelta della Corte costituzionale di introdurre la figura dell'*amicus curiae* attraverso la riforma delle Norme Integrative occorsa nel 2020; inoltre, se si considera che sempre del 2020 è il dato che annuncia il superamento del numero annuo dei casi di "sostituzione" del relatore, sembra chiaro che sia arrivato il momento di rivedere quelle scelte che producono effetti contraddittori, nonché individuare e attuare una soluzione quanto più possibile idonea a preservare l'autorevolezza della Corte costituzionale da un lato, e la possibilità per i giudici di minoranza di esprimere il proprio dissenso dall'altro³³³. Insomma, al di là delle ragioni espresse pro e contro l'ammissibilità di esprimere delle opinioni dissenzienti, in esse si nasconde un più profondo contrasto fra due diverse concezioni della Costituzione e della funzione interpretativa ad essa relativa. Da un parte abbiamo l'idea di quella Carta fondamentale intesa quale insieme di dettami chiusi e definiti, di cui il giudice specifica il significato applicandoli ai casi concreti; dall'altra abbiamo invece una sua rappresentazione più fedele, quale organismo vivente, che affida il dinamismo delle sue formule alla loro aderenza alla coscienza sociale, alla loro idoneità ad adeguarsi agli stravolgimenti cui essa è sottoposta, e che dunque riconosce nell'attività del giudice una funzione creativa, di interpretazione e di adattamento dei principi costituzionali. Solo nel momento in cui si accetterà questa sua seconda interpretazione sarà possibile immaginare la concreta adozione del dissenso all'interno del nostro sistema nazionale.

Infine, con riguardo al rapporto fra opinioni dissenzienti e nomina dei giudici nella Corte di Strasburgo, sappiamo che i suoi componenti sono eletti dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa sulla base di una terna presentata da ciascun Stato (articolo 21-23 CEDU)³³⁴. Come stabilito ai sensi dell'art. 26 comma 4 CEDU³³⁵, poi, i giudici di Strasburgo

³³² DI MARTINO A., *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali. Uno studio comparativo*, op. cit., pp. 501-511.

³³³ CARAVITA B., *Ai margini della dissenting opinion. Lo "strano caso" della sostituzione del relatore nel giudizio costituzionale*, op. cit., pp. 86-98.

³³⁴ CEDU, Art. 21 Condizioni per l'esercizio delle funzioni: «1. I giudici devono godere della più alta considerazione morale e possedere i requisiti richiesti per l'esercizio delle più alte funzioni giudiziarie, o essere dei giureconsulti di riconosciuta competenza. 2. I giudici siedono alla Corte a titolo individuale. 3. Per tutta la durata del loro mandato, i giudici non possono esercitare alcuna attività incompatibile con le esigenze di indipendenza, di imparzialità o di disponibilità richieste da una attività esercitata a tempo pieno. Ogni questione che sorga in applicazione di questo paragrafo è decisa dalla Corte»; Art. 22 Elezione dei giudici: «I giudici sono eletti dall'Assemblea parlamentare in relazione a ciascuna Alta Parte contraente, a maggioranza dei voti espressi, su una lista di

devono necessariamente essere membri del collegio che deve esprimersi su una vicenda relativa al proprio Stato di appartenenza: si tratta di una prassi alla quale bisogna prestare una certa attenzione, perché sembra lasciare un varco all'influenza che l'esecutivo nazionale può esercitare sul "suo" giudice di riferimento, sebbene la norma sul divieto di rielezione, contenuta nell'articolo 23 comma 1, si muove nella direzione opposta.

Infatti, l'ordinamento della Convenzione, proprio nella consapevolezza che la maggior parte dei giudici della Corte di Strasburgo vengono scelti dagli esecutivi nazionali, appresta una serie di garanzie che rafforzano la loro indipendenza, specificando peraltro che questi siedono "a titolo individuale" (così l'articolo 21 comma 2 CEDU). Innanzitutto un ruolo centrale occupano, come già detto, i requisiti di elevata capacità professionale e moralità, presupposti necessari per poter essere nominato e per svolgere operazioni valutative complesse³³⁶. Poi bisogna ricordare che i giudici di Strasburgo sono immersi in una rete di vincoli sistemici, che realizzano una barriera per impedire che gli Stati di provenienza esercitino delle indebite pressioni sui loro giudici.

Ciò detto, è inesatto sostenere che i giudici di Strasburgo si fanno portavoce degli interessi o delle volontà degli Stati che li hanno nominati, più corretto è fare riferimento ad una "garanzia di rappresentazione dell'ordinamento giuridico dello Stato parte quale ordinamento costitutivo e soprattutto interattivo", e ciò "non solo con riguardo al formante del diritto positivo, ma anche rispetto alla giurisprudenza e alla cultura giuridica", nonché alla lingua giuridica di quello Stato. E, tuttavia, i giudici europei devono in qualunque caso riuscire a "liberarsi dal peso incombente della propria cultura giuridica nazionale", nella misura in cui essi si trovano a interpretare le tradizioni giuridiche nazionali in vista dell'elaborazione di tradizioni comuni europee³³⁷. Tale attenzione appare particolarmente evidente se si esaminano le opinioni separate della Corte di Strasburgo, opinioni che, laddove concludono in favore dello Stato di appartenenza del giudice che le ha espresse, hanno piuttosto il fine di illustrare le specificità dell'esperienza giuridica nazionale, nel quadro di un ordinamento, quello convenzionale, percepito fortemente come comune. Non tutte le opinioni separate hanno però questo stesso significato: ve ne sono altre, infatti, che hanno il fine di

tre candidati presentata dall'Alta Parte contraente»; Art. 23 Durata del mandato e revoca: 1. «I giudici sono eletti per un periodo di nove anni. Essi non sono rieleggibili. 2. Il mandato dei giudici termina al raggiungimento dell'età di 70 anni. 3. I giudici continuano a restare in carica fino alla loro sostituzione. Tuttavia, essi continuano a trattare le cause di cui sono già stati investiti. 4. Un giudice non può essere sollevato dalle sue funzioni a meno che gli altri giudici decidano, a maggioranza dei due terzi, che egli non soddisfa più i requisiti richiesti».

³³⁵ CEDU, Art. 26 comma 4, Composizione di giudice unico, comitati, Camere e Grande Camera: «4. Il giudice eletto in relazione a un'Alta Parte contraente parte alla controversia è membro di diritto della Camera e della Grande Camera. In caso di assenza di tale giudice, o se egli non è in grado di svolgere la sua funzione, siede in qualità di giudice una persona scelta dal presidente della Corte su una lista presentata previamente da quella Parte.»

³³⁶ TONIATTI R., *L'indipendenza dei giudici*, op. cit., pp. 1735-1750.

³³⁷ Per le citazioni si rimanda a TONIATTI R., *L'indipendenza dei giudici*, op. cit., pp. 1739-1746.

individuare la formazione di un consenso tra gli Stati e orientare l'interpretazione evolutiva³³⁸.

3. *Brevi cenni storici sulle origini delle opinioni dissenzienti: il caso dell'esperienza della Corte Suprema degli Stati Uniti (aspetti generali)*

Affrontare lo studio dell'opinione dissenziente nei sistemi di giustizia costituzionale significa necessariamente ripercorrere le vicende degli Stati Uniti d'America e di un organo in particolare: la Corte Suprema federale.

La pronuncia della Corte Suprema americana in origine non consisteva nella manifestazione di una decisione unitaria e concorde imputata al collegio, ma in una pluralità di opinioni separate espresse *seriatim* (di norma oralmente) da diversi giudici. Questa pratica prendeva spunto dalla prassi settecentesca dei tribunali inglesi, i quali erano costituiti da due organi, il *Privy Council* e la *House of Lords*.

Oltre al modello statunitense, infatti, quello anglosassone – che potremmo definire un po' come l'archetipo della tradizione di *common law* – è un sistema che deve essere tenuto in considerazione per meglio comprendere, nella sua più ampia portata, l'istituto dell'opinione dissenziente³³⁹.

In un primo momento nel sistema anglosassone valeva la regola dell'unanimità, almeno apparentemente: in altre parole la decisione adottata era quella voluta dalla maggioranza e resa pubblica quale decisione di tutto il collegio, senza che fossero espresse opinioni dissenzienti³⁴⁰. Ma dal 1966 la regola è cambiata e il *Privy Council* ha iniziato a pubblicare i dissensi espressi in sede di decisione. Allo stesso modo, anche nella *House of Lords*, inizialmente non era possibile rendere pubblici i resoconti dei procedimenti avvenuti dentro la Camera; la loro divulgazione, infatti fu consentita solo a partire dal 1848. Ancora oggi, nel Regno Unito, in assenza di una vera e propria Corte Costituzionale, gli organi di ultima istanza sono costituiti dalla *House of Lords* e dalla *Court of Appeal*, che continuano a caratterizzarsi per il fatto che ciascun membro può esprimere in successione il proprio giudizio, senza che alla fine emerga una vera e propria *Opinion of the Court*. Non esiste cioè una decisione collegiale o una maggioranza, ma esistono solo convergenze e divergenze, e

³³⁸ DI MARTINO A., *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali. Uno studio comparativo*, op. cit., pp. 498-501.

³³⁹ TORRE A., *Regno Unito*, Bologna, 2013; ID., *Common Law*, Rimini, 2015, *passim*. FERRARI G.F., "Civil law" e "Common law": aspetti pubblicistici, in CARROZZA P., DI GIOVINE A., FERRARI G.F., *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, 2009, pp. 645 ss.

³⁴⁰ Con ordinanza del *Privy Council*, infatti, nel 1627 veniva stabilito che: «Nei casi in cui la decisione richiede l'accordo della maggioranza dei componenti il collegio, non è permesso ad alcuno di rendere pubblico in seguito come furono espresse le opinioni ed i pareri particolari». Cfr. ZO BELL K.M., *L'espressione di giudizi separati nella Suprema Corte: storia della scissione della decisione giudiziaria*, in MORTATI C. (a cura di), *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, op. cit., pp. 63-65.

dunque non poteva ancora parlarsi di opinioni dissenzienti, perchè non vi era una maggioranza alla quale opporsi³⁴¹.

La nascita dell'opinione dissenziente in senso stretto deve essere associata ad un momento successivo, ovvero al momento in cui negli Stati Uniti la pratica dei pareri resi *seriatim* cessò di operare, in concomitanza, fra l'altro, con l'inizio della presidenza di John Marshall, ai principi del XIX secolo³⁴².

L'illustre *Chief Justice* John Marshall, allo scopo di rafforzare il prestigio e l'autorità della Corte, mostrandola unita e compatta, fin dall'inizio del suo mandato impose come metodo la pratica innovativa di comunicare non le opinioni separate dei singoli giudici, ma l'*Opinion of the Court*, e cioè, il giudizio unitario ascrivibile alla Corte nel suo complesso, sul quale era convenuta la maggioranza o persino l'unanimità dei suoi membri³⁴³. Questa metodologia di ricerca del consenso si presta ad essere inquadrata come la "radice" storica dell'uso moderno di trovare sempre e comunque le ragioni dell'unità rispetto alle divisioni. Ben presto, però, vari fattori avrebbero contribuito a correggere la pratica messa a punto da Marshall, caratterizzata da un'apparente e talvolta forzata unanimità. Tra questi non possiamo trascurare, anzitutto, l'evoluzione sociale che il Paese e la popolazione stavano vivendo in quella particolare fase storica³⁴⁴, culminata nell'ascesa alla presidenza di un uomo come Thomas Jefferson, favorevole ad un ritorno all'antica abitudine dei pareri resi *seriatim*.

A questo proposito può essere interessante riportare alcuni passi degli scambi epistolari di Jefferson, nei quali risulta palese il suo giudizio negativo sul funzionamento della Corte Suprema Statunitense sotto la presidenza di Marshall:

«Trattasi di una pratica viziosa, in cui un giudizio viene cucito insieme alla meglio in camera di consiglio, forse con la maggioranza di uno, reso come fosse unanime, e con la silente acquiescenza dei membri pigri o timidi, da un astuto Presidente, che manipola la legge a suo piacimento, a seconda del suo modo di ragionare. Una pratica che certamente conviene al pigro, all'incapace all'incompetente, esonerandoli dal peso di sviluppare con metodo la loro opinione, e persino di svilupparla e basta. Mentre la pratica dei pareri resi seriatim mostra se ciascun giudice si sia fatto questione di capire la controversia, di studiarla con attenzione e di formarsi una propria convinzione, invece di riceverla da qualcun altro»³⁴⁵.

³⁴¹ CASSESE S., *Lezione sulla cosiddetta opinione dissenziente*, op. cit., pp. 973 ss.

³⁴² PANIZZA S., *L'introduzione dell'opinione dissenziente nel sistema di giustizia costituzionale*, op. cit., pp. 87-90.

³⁴³ ANZON A., *Per l'introduzione dell'opinione dissenziente dei giudici costituzionali*, in ANZON A. (a cura di), *L'opinione dissenziente*, op. cit., pp. 432-433.

³⁴⁴ WIEBE R.H., *La democrazia americana*, Bologna, 2015. La citazione è contenuta in un interessante articolo di MIELI P., *I pregiudizi di Lincoln*, sul "Corriere della Sera" del 5 gennaio 2016, pp. 34-35.

³⁴⁵ ZO BELL K.M., *L'espressione dei giudizi separati nella suprema Corte: storia della scissione della decisione giudiziaria*, in MORTATI C. (a cura di), *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali e internazionali*, op. cit., p. 74.

Un punto di equilibrio fra coloro i quali sostenevano la pubblicità delle opinioni dissenzienti dei singoli giudici e coloro, invece, che sostenevano la manifestazione di un'unica opinione concorde della Corte, si è trovato nel momento in cui, specie a seguito della scomparsa di Marshall, è stata data la possibilità a quei giudici in contrasto con la decisione approvata dalla maggioranza, di far emergere la propria opinione dissenziente insieme e accanto a quella della Corte. Ciò avrebbe permesso di mantenere elevato il livello di responsabilità dei giudici, consentire di attribuire alla maggioranza del collegio la decisione presa e, allo stesso tempo, "rinnegare" la formazione precaria di una volontà unica in seno all'organo, così come la segretezza delle eventuali posizioni di minoranza venute fuori nel corso della discussione e della deliberazione.

È solo negli anni Trenta del XX secolo, però, che si è potuto assistere ad un vero e proprio capovolgimento della situazione, arrivando ad un punto in cui solo un terzo delle decisioni della Corte Suprema erano deliberate all'unanimità³⁴⁶

Se l'esperienza americana – per ragioni ascrivibili alle "premesse" storiche ben note relative alla peculiare costruzione di questa società, fortemente incentrata sul ruolo dei gruppi e delle fazioni (così caro a Jefferson)³⁴⁷ – ha segnato la prima apparizione dell'opinione dissenziente nel sistema di giustizia costituzionale, tuttavia, è bene sottolineare che le fortune dell'istituto sono legate anche, e soprattutto, all'approvazione e alla crescita che esso ha trovato in un numero sempre crescente di ordinamenti, grazie soprattutto all'espansione del modello americano di "costituzionalismo" destinato a "integrare" le costituzioni di matrice liberale, secondo un orientamento che sembrerebbe destinato ad avanzare e consolidarsi (tra alterne vicende) nel periodo contemporaneo³⁴⁸.

Quanto detto non può però trascurare un altro fattore centrale del discorso sul potere giudiziario americano che ha avuto riflessi sullo sviluppo della pratica del dissenso: mi riferisco allo *status* di giudice della Corte Suprema e in particolare al ruolo che il "giudice dissenziente", con la sua opinione separata, ricopre a cavallo tra ruolo della maggioranza dei giudici del collegio e contesto politico generale.

La manualistica ci spiega che si diventa giudici per nomina politica e non per concorso pubblico; i giudici federali sono nominati dal Presidente degli Stati Uniti d'America, e la nomina richiede anche l'approvazione da parte del Senato. Tali giudici, oltretutto, rimangono in carica a vita, e il mandato a vita è, in questo contesto, la garanzia costituzionale di indipendenza di ciascun giudice nei confronti del potere esecutivo e del potere legislativo. Questo aspetto esalta il ruolo "politico" di ogni singolo giudice, e da qui

³⁴⁶ PANIZZA S., *L'introduzione dell'opinione dissenziente nel sistema di giustizia costituzionale*, op. cit., pp. 92-96; GREENBAUM J.P., *Osservazioni sul ruolo delle opinioni dissenzienti nella giurisprudenza della Corte Suprema Statunitense*, in ANZON A. (a cura di), *L'opinione dissenziente*, op. cit., p. 185.

³⁴⁷ ABBATTISTA G., *La rivoluzione americana*, Roma-Bari, 2012, pp. 85 ss.

³⁴⁸ BISCARETTI DI RUFFIA P., *Introduzione al diritto costituzionale comparato. Le "forme di governo" e le "forme di Stato". Le Costituzioni moderne*, Milano, 1988, pp. 131 ss.

il “peso” che il suo possibile dissenso – pronunciato rispetto al parere della maggioranza dei suoi colleghi – può avere nell’economia generale della pronuncia. Ciò che si vuole intendere è che l’azione di ogni singolo giudice si presta a essere maggiormente “etichettata” come politica (in senso lato), cioè “di parte”; ma questo fa parte dell’*idem sentire* democratico americano e risulta perfettamente in linea con la forma di governo e di stato statunitense³⁴⁹.

L’art. III della Costituzione americana attribuisce alla Corte Suprema sia competenza in prima istanza (*original jurisdiction*), sia competenza in ultima istanza (*appellate jurisdiction*). Per adire la Corte Suprema occorre presentare una *petition for a writ of certiorari*, in altre parole un’istanza volta a ottenere l’emissione di un ordine di *certiorari*, che si traduce nella trasmissione alla Corte Suprema di atti processuali relativi ad un determinato caso. Una volta ammesso il ricorso di *certiorari*, la Corte fissa la data dell’udienza pubblica, e a seguito del suo svolgimento, il caso viene discusso in camera di consiglio, nella quale si provvede a registrare il voto di ciascun giudice. Il passo successivo consiste nella stesura delle opinioni, cioè le motivazioni della decisione, e, come già detto, nel mentre un giudice redige l’*Opinion of the court*, ognuno degli altri giudici può redigere un’opinione dissenziente o concorrente. È questa la fase in cui i giudici interagiscono cercando di convincersi l’un l’altro della bontà della propria opinione, e infatti non raramente è capitato che un giudice, dopo aver letto le diverse opinioni, abbia cambiato idea rispetto al suo voto iniziale, o addirittura, che attraverso tali opinioni si sia arrivati a un capovolgimento della decisione iniziale³⁵⁰.

³⁴⁹ Ricorda PEGORARO L., *Giustizia costituzionale*, in MORBIDELLI G., PEGORARO L., RINELLA A., VOLPI M., (a cura di), *Diritto pubblico comparato*, op. cit., pp. 570-571, che: «I “serbatoi” cui il Presidente può attingere sono svariati: le alte cariche dello Stato, le Corti inferiori federali e le Corti statali, le Law School. Ulteriori convenzioni concorrono a equilibrare la composizione della Corte suprema, condizionando le scelte del Presidente. Così, nel procedere a nuove nomine egli deve tener conto del criterio geografico (affinché nella Corte siano rappresentati giudici del Nord come del Sud, dell’est come dell’Ovest); sessuale; religioso. Il Presidente non è tuttavia obbligato a seguire criteri di equilibrio politico. Se ha la forza sufficiente, ciascun Presidente cercherà di perpetuare la propria “dottrina” nel tempo, mediante la nomina di giudici ideologicamente a lui vicini (anche confidando che, generalmente, il Senato è incline ad accettare questa prassi). Può dunque accadere che un Presidente abbia la sorte di procedere a più nomine, condizionando in tal modo lo stesso sviluppo delle istituzioni americane, atteso che i giudici o “una certa Corte”, di volta in volta conservatrice o progressista, presumibilmente sopravvivranno al suo mandato». Vedi anche DAHL R.A., *Quanto è democratica la Costituzione americana?*, Roma-Bari 2003.

³⁵⁰ Si tratta di un fattore (quello dialettico) che ritroviamo, sebbene declinato in modo diverso, anche all’interno delle Corti che non prevedono l’opinione dissenziente o concorrente. Facciamo riferimento, a tal proposito, ai sistemi di *civil law*, ed in particolare al sistema italiano, nel quale al fine di evitare che le divisioni interpretative dei giudici possano apparire come una lotta tra parti, ove la Costituzione si ponga come posta del contrasto, si fa il possibile per ricercare, in camera di consiglio, l’unanimità del giudizio, proprio attraverso lunghi e laboriosi confronti dialettici; gli apporti individuali si stemperano, in tal modo, in una decisione unanime che ha la Corte Costituzionale come autrice. La ragione della ricerca del più ampio consenso possibile consiste nella presunzione che una decisione largamente sostenuta dai giudici sia maggiormente accettata dall’opinione pubblica, la quale non avrebbe modo, perciò, di speculare sulle loro opinioni dissenzienti. Cfr. STROPPIANA L., *Stati Uniti*, op. cit., pp. 109 ss.; ZAGREBELSKY G., *Principi e voti*, op. cit., pp. 42-44; GORLANI M., *La dissenting opinion nella giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti: un modello importabile in Italia?*, in *Forum di quaderni costituzionali* (17 maggio 2002) pp. 1-2.

3.1. *L'opinione dissenziente nei sistemi giuridici di common law: considerazioni di carattere generale*

Al di là del fondamentale esempio statunitense, quella dell'esprimere un dissenso è una pratica diffusa in tutti i sistemi appartenenti alla tradizione di *common law*, per cui è importante individuare quelli che sono gli elementi principali che fanno dei sistemi di *common law* il terreno più fertile per l'ammissibilità delle opinioni dissenzienti; in particolare stiamo parlando della loro peculiare struttura normativa, e della funzione che in essi esplicano sia la giurisprudenza che le motivazioni delle sentenze.

Innanzitutto è importante fare un cenno alla "forma" della sentenza dei giudici nei sistemi di *common law*. Essa si caratterizza, a differenza delle sentenze dei sistemi di *civil law*, come avremo modo di vedere nel paragrafo successivo, per essere espressa in forma orale e per consistere nella mera sommatoria delle opinioni espresse una dopo l'altra dai membri del collegio; dunque, si presenta non come atto unitario, ma come il risultato (per "aggregazione") di una disputa fra giureconsulti, in cui ognuno tende ad esprimere una posizione personale e, sovente, contrapposta a quelle degli altri. E, anche a seguito del consolidamento della pratica dell'*Opinion of the Court*, le sentenze né hanno mutato il loro carattere aggregante delle posizioni dei giudici, né hanno mutato la loro natura in quella di atto unitario e collegiale. L'*Opinion of the Court*, infatti, se pure si esplica quale aggregazione di opinioni di più giudici, presenta un forte carattere personale, in quanto, rimane fortemente attaccata all'autore che l'ha prodotta. In tal senso depone la sua stessa formazione, che non viene redatta in sede di conferenza di tutti i giudici, ma viene redatta dal solo giudice a cui il Presidente ha dato il suddetto incarico³⁵¹.

Data l'inesistenza di un sistema codificato di diritto, altro elemento tipico dei sistemi di *common law*, il giudice deve svolgere la funzione delicata e complessa di rilevazione delle norme giuridiche vigenti applicabili alla decisione della fattispecie che gli viene sottoposta. In relazione a ciascun caso concreto, cioè, il giudice crea la legge, svolgendo un lavoro di articolata ricognizione normativa. Questa funzione "creatrice" è peculiare nei sistemi di *common law* in virtù delle particolari caratteristiche dei sistemi giuridici nell'ambito dei quali tale sistema opera. In primo luogo, si pensi al fatto che il giudice di *common law* è costretto ad invocare spesso taluni principi generali che non hanno ancora raggiunto una sistemazione organica e una rigida enunciazione. Si ricordi poi la regola dello *stare decisis*³⁵², attraverso la quale il precedente giudiziario costituito dalla decisione

³⁵¹ ANZON A., *Forma delle sentenze e voti particolari. L'esperienza di giudici costituzionali e internazionali a confronto*, in ANZON A. (a cura di), *L'opinione dissenziente*, op. cit., pp. 174-175.

³⁵² Lo *stare decisis* è un principio generale dei sistemi di *common law*, in forza del quale il giudice è obbligato a conformarsi alla decisione adottata in una precedente sentenza, nel caso in cui la fattispecie portata al suo esame si identifica a quella già trattata nel caso in essa deciso. In questo modo, i precedenti desunti dalle sentenze anteriori operano come fonte di

pronunciata dal giudice esercita una considerevole efficacia vincolante sulle decisioni successive. E ancora, non bisogna sottovalutare il fatto che il potere creativo del giudice di *common law* è limitato alla singola questione della controversia che gli viene sottoposta: ciò evita che il diritto possa cristallizzarsi, e che il giudice successivo abbia la possibilità di distinguere la questione sottopostagli (*distinguish the case*) da quelle precedentemente decise, mantenendo, in tal modo, l'elasticità necessaria per produrre un'evoluzione giurisprudenziale.

Sulla base di queste premesse, emerge che la motivazione della sentenza espressa da un giudice di *common law* non ha tanto la funzione di costituire la base logico-giuridica della decisione, quanto quella di *rilevare il diritto*. Se infatti la sentenza o la motivazione mancassero, il giudice successivo non sarebbe in grado di distinguere la fattispecie a lui sottoposta da quelle precedentemente stabilite, e di ricondurla, se del caso, alle precedenti. Dunque la funzione delle opinioni separate nei sistemi di *common law* non è tanto quella di rivedere l'interpretazione che è stata data a specifiche norme dall'opinione di maggioranza, come potrebbe accadere in sistemi appartenenti alla tradizione di *civil law*, quanto quella di individuare norme diverse da quelle invocate nella motivazione della sentenza alle quali occorre fare capo per decidere della fattispecie. Inoltre, in questi sistemi, le opinioni dissenzienti assurgono alla funzione di indicare una progressiva trasformazione dell'atteggiamento di un dato tribunale rispetto alle questioni che gli vengono sottoposte. Per cui, in sintesi, tre sono le principali funzioni assunte dalle opinioni dissenzienti nei sistemi di *common law*: rilevare il diritto, creare il diritto e infine indicare quella che sarà la probabile evoluzione del diritto nel futuro³⁵³.

Le opinioni dissenzienti, pertanto, sembrerebbero ricoprire un ruolo più utile in quei sistemi giuridici dove le decisioni si fondano su principi e norme giuridiche di carattere generale, dunque di più difficile rilevazione, e nei quali l'evoluzione del diritto si attua soprattutto (o quasi esclusivamente) ad opera del lavoro giurisprudenziale³⁵⁴.

3.2. L'opinione dissenziente nei sistemi giuridici di civil law: considerazioni di carattere generale

Per fare una valutazione sull'utilità dell'istituto dell'opinione dissenziente nei sistemi di *civil law*, può essere utile prendere le mosse dalle esperienze a noi più vicine, quelle europee, ricordando però che esistono esperienze, al pari di quella italiana, che ancora non

diritto e, negli ordinamenti di *common law*, a tutt'oggi, la maggior parte delle norme è prodotta proprio tramite questa fonte. Sul punto, cfr. RUGGERI A., SPADARO A., *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino 2014, p. 20.

³⁵³ SERENI A. P., *Le opinioni separate dei giudici di tribunali internazionali*, in MORTATI C. (a cura di), *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, op. cit., pp. 123-125.

³⁵⁴ SATIYAH P., *Judgments in England*, in *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile*, Padova 1988, p. 140

consentono ai membri dei rispettivi organi di giustizia costituzionale di manifestare le loro opinioni dissenzienti, continuando a prevedere l'osservanza della più assoluta riservatezza sulla deliberazione presa nella camera del consiglio: è questo il caso, in particolare, del Consiglio Costituzionale francese (*Conseil Constitutionnel*)³⁵⁵, della Corte di Giustizia Costituzionale austriaca (*Verfassungsgerichtshof*)³⁵⁶ e della Corte costituzionale belga (*Cour d'arbitrage*)³⁵⁷. Al contrario, molte altre hanno finito per riconoscere ai giudici costituzionali la facoltà di esprimere le proprie opinioni dissenzienti e fra quelle ormai più note un particolare rimando va fatto nei confronti dell'esperienza tedesca³⁵⁸ e di quella spagnola³⁵⁹.

³⁵⁵ Il Consiglio costituzionale francese (*Conseil Constitutionnel*) è un'istituzione prevista nella Costituzione del 1958, che ha segnato com'è noto, l'inizio della V Repubblica. Tale organo svolge, tra l'altro, la funzione di controllo di legittimità costituzionale (che è quindi accentrato) ed è regolato in Costituzione nel Titolo VII (artt. 56-63). Inizialmente il suo ruolo di controllo di costituzionalità era limitato al rispetto da parte del Parlamento della propria limitata competenza legislativa. Il Consiglio stesso però, con propria decisione del 16 luglio 1971, ha introdotto fra i parametri di giudizio (*bloc de constitutionnalité*) altre fonti: il preambolo della Costituzione vigente, il preambolo della Costituzione del 1946 (in esso richiamata), che tra l'altro enuncia dei "principi politici, economici e sociali particolarmente necessari al nostro tempo", la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino (a sua volta richiamata), i principi fondamentali riconosciuti dalle leggi della Repubblica (in particolare Terza e Quarta). Il Consiglio costituzionale controlla sempre le leggi organiche e i regolamenti parlamentari rispettivamente prima della promulgazione e dell'entrata in vigore. Le altre leggi possono essere ad esso deferite, prima della promulgazione, dal Presidente della Repubblica, dal Primo Ministro, dal Presidente dell'Assemblea Nazionale, dal Presidente del Senato, o da 60 deputati o 60 senatori. *La riforma costituzionale del 1° luglio 2008 ha esteso la possibilità di ricorso successivo al Consiglio costituzionale, introducendo un sistema simile all'accesso incidentale in Italia*. Il nuovo sistema, la cosiddetta "questione prioritaria di costituzionalità", è entrato in vigore dal primo marzo 2010, come stabilito dall'articolo 5 della *Loi organique n° 2009 -1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*. Ha inoltre la funzione di controllare la regolarità delle elezioni di deputati e senatori, del Presidente della Repubblica e delle operazioni di referendum. GROSSO E., *La Francia*, in CARROZZA P., DI GIOVINE A., FERRARI G.F., *Diritto costituzionale comparato*, op. cit., pp. 185 ss.

³⁵⁶ L'Austria, sotto l'influenza di Kelsen, ha deciso, nella sua Costituzione, all'art. 147 di comporre la *Corte di giustizia costituzionale* di persone scelte dal governo e dal parlamento: Il presidente, il vicepresidente, sei membri e tre di supplenti sono proposti dal Governo e nominati dal presidente federale, i quali devono essere o giudici, o funzionari amministrativi o professori universitari in materie giuridiche, oltre ad aver esercitato, per almeno dieci anni, una professione che richiede il compimento di studi giurisprudenziali. Il Consiglio nazionale, insieme con quello federale, scelgono, rispettivamente, tre membri ciascuno della Corte, con il primo che decide anche due supplenti, mentre il secondo solo uno. PARODI G., *La Germania e l'Austria*, in CARROZZA P., DI GIOVINE A., FERRARI G.F., *Diritto costituzionale comparato*, op. cit., pp. 235 ss.

³⁵⁷ In Belgio è presente una Corte Costituzionale che, fino al 2007 era chiamata *Cour d'Arbitrage*, il cui nome derivava dall'essere, all'origine, nel 1988, arbitro dei contrasti tra Stato, comunità e regioni. Essa è formata da sei membri di lingua francese e sei di lingua fiamminga, nominati dal re per un mandato che dura tutta la vita e, tra questi, uno deve avere conoscenze approfondite legali della Germania. Tra ogni sei giudici dei due diversi gruppi linguistici, tre devono aver avuto esperienza legale, gli altri tre un'esperienza almeno quinquennale come membri del parlamento. La Costituzione belga riconosce alla Corte Costituzionale il potere di controllo di costituzionalità sulle leggi belghe e delle regioni che la compongono, oltre a giudicare qualsiasi violazione degli atti legislativi che riguardano i diritti e le libertà fondamentali garantiti nella sezione II (articoli da 8 a 32) e dagli articoli 143, § 1 (il principio di lealtà federale), 170 (il principio di legalità in materia fiscale), 172 (il principio di uguaglianza in materia fiscale) e 191 (la protezione dei cittadini stranieri) del testo fondante della nazione. Il controllo di costituzionalità può essere posto o direttamente o incidentalmente dai giudici ordinari, che promuovono un *recours préjudiciel* solo se la questione è manifestamente fondata. FERIOLI E.A., *Il Belgio*, in CARROZZA P., DI GIOVINE A., FERRARI G.F., *Diritto costituzionale comparato*, op. cit., pp. 235 ss.

³⁵⁸ La Corte Costituzionale Federale tedesca (*Bundesverfassungsgericht* - BVerfG) ha sede nella città di Karlsruhe. La legge Fondamentale (così è denominata la Costituzione tedesca) le ha attribuito il diritto di annullare i provvedimenti legislativi che, seppur promulgati secondo le norme democratiche, violino i principi della Costituzione. È un organo di natura giurisdizionale formato da sedici giudici eletti per metà dai membri de Bundestag e per metà dal Bundesrat. La Corte costituzionale federale non ha il potere d'intervenire d'ufficio, e i legittimati a presentare istanza alla Corte sono

Relativamente a questi particolari sistemi, si deve evidenziare come la conseguenza dell'impostazione sostanzialmente burocratica della funzione giurisdizionale propria dei Paesi che ne fanno parte comporti il fatto che la sentenza appare come un atto ufficiale, imputabile all'organo nel suo complesso e di natura impersonale. Se, per l'appunto, nel sistema di *common law* la sentenza è resa oralmente e successivamente riportata, nel sistema di *civil law* la sentenza è redatta per iscritto ed è ripartita in parti che sono normativamente predeterminate³⁶⁰. La sentenza del giudice continentale cioè è deliberata nel segreto della camera di consiglio, è redatta per iscritto, è sottoscritta da tutti i giudici che hanno partecipato alle udienze e, salvo in casi particolari, è priva della possibilità di manifestare il dissenso in quanto essa deve apparire quale atto impersonale ed unitario imputabile all'intero collegio, che si compone di alcune parti che precedono la successiva sottoscrizione dei giudici e che sono: l'epigrafe, ossia l'intestazione della sentenza, il dispositivo, la narrazione del fatto, la motivazione in diritto e i motivi della decisione³⁶¹. Occorre indagare, a questo punto, se l'istituto dell'opinione dissenziente sia così inscindibilmente connesso alle caratteristiche proprie dei sistemi di *common law* da non poter essere importato nei sistemi di *civil law*.

Una prima e generica considerazione che deve essere fatta con riguardo a tale operazione è quella relativa al fatto che si sottolinea l'estraneità del suddetto istituto alla tradizione giuridica continentale. In secondo luogo, poi, come già osservato, l'istituto risulta essere disadattato in presenza di caratteristiche quali l'unitarietà, l'unanimità e l'impersonalità della decisione giudiziaria collegiale, nonché anche in presenza del relativo principio della segretezza della camera di consiglio, tipiche della concezione burocratica della funzione giudiziaria in vigore negli ordinamenti a diritto codificato. Ma l'obiezione relativa all'estraneità dell'opinione dissenziente rispetto alla nostra tradizione giuridica non

organi federali, il Presidente federale, il Bundestag, il Bundesrat, il Governo federale o organi ad esso appartenenti, i deputati, nonché i governi dei Länder. Essa interviene nei giudizi che hanno ad oggetto la separazione dei poteri garantita nella Legge Fondamentale. Sono legittimati a presentare "ricorso costituzionale" i singoli cittadini che ritengano lesi i propri diritti fondamentali da parte di pubblici poteri. È organo esclusivo di interpretazione delle leggi costituzionali e per tutta la giurisdizione. Tutti i giudici hanno l'obbligo di ricorrere alla Corte Costituzionale quando si trovino ad applicare una legge di cui ritengano dubbia la costituzionalità. PARODI G., *La Germania e l'Austria*, in CARROZZA P., DI GIOVINE A., FERRARI G.F., *Diritto costituzionale comparato, op. cit.*, pp. 221 ss.

³⁵⁹ L'art. 161 della Costituzione Spagnola prevede che il controllo di costituzionalità sia affidato al Tribunale costituzionale. Esso è composto da dodici membri, quattro proposti dal Congresso, quattro dal Senato, due dal Governo e altri due dal Consiglio generale del potere giudiziario, tutti nominati dal re. In Spagna è possibile accedere al controllo di costituzionalità attraverso diversi metodi, il cui, il più importante, è l'*amparo*, utilizzabile da qualsiasi persona fisica o giuridica che invochi la violazione di un interesse legittimo in ambito di principi costituzionali di eguaglianza e di diritti fondamentali, come scritto nella parte II, capitolo II della Costituzione. Lo strumento dell'*amparo* è utilizzabile anche dal difensore del popolo e dal pubblico ministero, come prevede l'art. 162, lettera b della Costituzione. È previsto, inoltre, per alcuni soggetti, la possibilità di presentare appello di costituzionalità, secondo l'art. 161, lettera a. IACOMETTI M., *La Spagna*, in CARROZZA P., DI GIOVINE A., FERRARI G.F., *Diritto costituzionale comparato, op. cit.*, pp. 261 ss.

³⁶⁰ KIRBY M.D., *Judicial dissent - common law and civil law traditions*, in *Law quarterly review*, 2007, pp. 379 ss.

³⁶¹ ASPRELLA C., *L'opinione dissenziente del giudice*, Roma 2012, pp. 251-253; ANZON A., *Forma delle sentenze e voti particolari. L'esperienza di giudici costituzionali e internazionali a confronto*, in ID. (a cura di), *L'opinione dissenziente, op. cit.*, pp. 169-171.

sembra essere sufficiente per escludere la legittimità e l'opportunità della sua introduzione nei sistemi di *civil law*.

Una seconda obiezione di fondo al "trapianto" del dissenso negli ordinamenti come il nostro, potrebbe fondarsi sulla considerazione secondo la quale tale istituto sarebbe in grado di esplicitare la sua funzione di spinta alla trasformazione del diritto solo in quei Paesi in cui quest'ultimo è prevalentemente di produzione giudiziaria e in cui vige la regola dello *stare decisis*, mentre avrebbe un ruolo ridotto negli ordinamenti di *civil law* in cui i giudici non hanno alcuna capacità creativa del diritto, né sono giuridicamente vincolati al precedente. Fra l'altro nelle tradizioni di *civil law* vige la regola della certezza del diritto, pertanto la possibilità di esprimere dissenso viene considerata pregiudizievole nei confronti di tale certezza. In realtà si tratta di una obiezione paradossale in quanto, anche se una decisione apparentemente unanime sembrerebbe meglio prestarsi a potenziare la certezza del diritto, poiché la Corte si esprime con un'unica voce e dà solo una risposta per ogni questione giuridica che viene sollevata, allo stesso tempo, questa stessa certezza mette in pericolo la prevedibilità del diritto e i possibili cambiamenti futuri nei casi che sollevano particolari obiezioni fra l'opinione pubblica³⁶².

Pertanto, in un sistema di *civil law* alla cui base vi sia una concezione del giudice tradizionalmente inteso come *bouche de la loi*, l'opinione separata faticherà ad essere intesa quale ulteriore possibilità di arricchimento, ma sarà più facilmente ritenuta come un limite o come una manifestazione altamente pregiudizievole.

In effetti sono diversi gli studiosi e i giuristi che dibattono contro l'introduzione dell'opinione dissenziente nelle sentenze dei Paesi dell'Europa continentale, ritenendo che la pubblicazione delle opinioni individuali dei membri di un organo giuridico è una pratica estranea alla tradizione di *civil law*³⁶³.

È pur vero che a partire dalla metà del secolo scorso, in alcuni di questi Stati, c'è stata una chiara inversione di tendenza, orientata a permettere ad alcune particolari categorie di giudici, ovvero i giudici costituzionali, di esprimere le proprie opinioni separatamente, e in altri Paesi ancora, addirittura di estendere questa possibilità anche ai giudici ordinari³⁶⁴.

In effetti, in particolare a partire dagli anni novanta del secolo scorso, la nascita di nuovi Stati (a seguito della scissione della Cecoslovacchia e della Jugoslavia) e le trasformazioni istituzionali che hanno interessato soprattutto l'Europa orientale dopo il crollo dei regimi comunisti, hanno prodotto un notevole incremento del numero dei Paesi che ammette l'utilizzo delle opinioni dissenzienti

³⁶² KELEMEN K., *Judicial dissent in European constitutional Courts. A comparative and Legal Perspective*, op. cit., p.168

³⁶³ Per esempio, ZAGREBELSKY G., *La Corte Costituzionale italiana*, in PASQUINO P., RANDAZZO B. (a cura di), *Come decidono le corti costituzionali (e altre corti)*, Milano 2009, p. 59

³⁶⁴ KELEMEN K., *Judicial dissent in European constitutional Courts. A comparative and Legal Perspective*, op. cit., pp. 78-79.

Ciò considerato, ad oggi la distinzione fra le tradizioni nazionali di *civil law* e *common law* non costituisce più un discrimine così ampio rispetto alla missione del *dissent*: in effetti, sono solo sette i Paesi dell'Unione Europea (Austria, Belgio, Francia, Italia, Lussemburgo, Malta, Olanda) in cui ancora oggi non è ammessa la pubblicazione di opinioni separate espresse da giudici di un organo collegiale, il quale rifiuto è motivato, nella maggior parte dei casi, da esigenze di tutela del principio costituzionale della segretezza delle delibere degli organi giudiziari³⁶⁵.

4. *Le origini delle opinioni dissenzienti nel sistema giudiziario internazionale: il ruolo dei tribunali internazionali*

Un tribunale internazionale è un ente individuale o collettivo che ha la funzione di dirimere le controversie sorte tra uno o più soggetti dotati di personalità internazionale in base alle norme di diritto internazionale. Nel campo specifico della giurisdizione internazionale, mentre in passato secondo autorevole dottrina i tribunali internazionali avevano pressoché tutti natura arbitrale, e quindi necessitavano dell'accordo di tutti gli Stati tra i quali era insorta una controversia per poter emettere la loro sentenza, oggi, anche se l'arbitrato resta praticato in più o meno larga misura e caratterizza finanche la Corte internazionale di giustizia (organo delle Nazioni Unite), si vanno moltiplicando le istanze la cui giurisdizione è obbligatoria³⁶⁶.

Trattasi di giudici istituiti per singole materie sia a livello universale (come, ad esempio, l'Organo di appello della Organizzazione mondiale del commercio, la cui giurisdizione copre il vasto campo degli accordi sulla liberalizzazione del commercio internazionale, noti come accordi GATT) sia a livello regionale (come la Corte di giustizia dell'Unione europea e le Corti europee, interamericana ed africana dei diritti dell'uomo). Tali Corti possono essere adite unilateralmente dagli Stati e, nel caso delle Corti dei diritti dell'uomo, anche dagli individui che possono denunciare il loro Stato di appartenenza in caso di violazione delle norme che regolano la materia di loro competenza³⁶⁷.

Fatta questa breve premessa di carattere definitorio, è bene ora entrare nel merito della questione di cui ci siamo finora occupati e, a tal proposito, è importante sottolineare che, anche in questo caso, qualora i tribunali internazionali presentino carattere collegiale e le loro pronunce siano motivate, le norme relative al funzionamento degli organi in

³⁶⁵ FUSCO A., *L'indipendenza dei custodi*, op. cit., pp. 97-104.

³⁶⁶ CONFORTI B., *Diritto Internazionale*, Napoli 2010, pp. 376 ss.

³⁶⁷ CASSESE A., *Lineamenti di diritto internazionale penale*, I, *Diritto sostanziale*, Bologna, 2006.

questione attribuiscono talvolta ai singoli giudici la possibilità di allegare delle opinioni separate alle pronunce del tribunale³⁶⁸.

L'istituto dell'opinione dissenziente ha pertanto trovato attuazione presso i Tribunali internazionali per una molteplicità di ragioni. La prima, di carattere storico, trae origine dall'utilizzo del procedimento arbitrale, che risale alla fine del XVIII secolo e che costituisce l'originario sistema di giustizia internazionale, da parte degli Stati di *common law* e dalla diffusione di dette opinioni all'interno dei loro ordinamenti. I peculiari connotati dei primi Tribunali internazionali arbitrali, inoltre, avevano fatto assumere all'opinione dissenziente la funzione di difesa della tesi soccombente³⁶⁹. Nel mentre l'uso dell'opinione dissenziente si andava diffondendo, stava, invece, prendendo piede una nuova concezione di giudice, cioè a dire si era diffusa la convinzione secondo la quale un individuo investito della funzione di decidere di una controversia internazionale, è tenuto ad agire secondo giustizia e non negli interessi del proprio Stato o della parte soccombente nella questione esaminata. La figura del giudice cambiò considerevolmente nel senso che non ci si aspettava più da lui una strenua difesa delle tesi della parte che lo aveva designato, ma che esercitasse le sue funzioni in maniera del tutto imparziale e seguendo la sua coscienza, così come stabilisce anche l'articolo 20 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia³⁷⁰.

In questo nuovo contesto, dunque, l'opinione dissenziente non poteva più avere semplicemente la funzione di difendere la tesi del soccombente, ma doveva assurgere al ruolo di strumento tramite il quale esprimere pubblicamente il punto di vista del giudice che l'ha espressa³⁷¹.

I Tribunali internazionali hanno almeno due caratteristiche che dovrebbero essere presi in considerazione quando si compara il loro utilizzo della *dissenting opinion* con quello delle Corti nazionali. La prima è relativa al fatto che le corti internazionali applicano un corpo di diritto che consiste in trattati, principi e regole generali sviluppate soprattutto attraverso *case-law*. Questa importante caratteristica, fa sì che la *dissenting opinion* sia particolarmente utilizzata nell'ambito del diritto internazionale. Occorre riconoscere, infatti, che il diritto internazionale si presenta più frammentario e meno sistematico rispetto al diritto interno e che il giudice internazionale non è chiamato tanto a giustificare

³⁶⁸ PROSPERI L., *Giurisdizione universale, Corte penale internazionale e principio di complementarità: una triangolazione possibile?*, in www.federalismi.it (4/2013). JACKSON P.E., *Dissent in the Supreme Court. A Chronology*, University of Oklahoma Press, 1969.

³⁶⁹ Questo si è verificato, per esempio, nell'ambito dei Tribunali istituiti, nell'immediato secondo dopoguerra, per giudicare e punire i criminali nazisti (Norimberga) e giapponesi (Tokio) e poi a seguire fino ai nostri giorni. ORRU' E., *Il tribunale del mondo. La giustificazione del diritto penale internazionale. Analisi, critica, alternative*, Bologna, 2010. NOVARESE F., "Dissenting opinion e Corte europea dei diritti dell'uomo", in ANZON A. (a cura di), *L'opinione dissenziente*, op. cit., p. 367.

³⁷⁰ Statuto della Corte internazionale di Giustizia del 26 giugno 1945, Art. 20: *Prima di entrare in carica ogni membro della Corte deve dichiarare solennemente in seduta pubblica che eserciterà le proprie mansioni in modo affatto imparziale e coscienzioso.*

³⁷¹ SERENI A.P., *Le opinioni separate dei giudici di tribunali internazionali*, in MORTATI C. (a cura di), *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, op. cit., pp. 113 ss.

logicamente una decisione sulla base delle norme esistenti, quanto piuttosto a rilevare il diritto facendo ricorso ai principi dell'ordinamento internazionale. Tale attività di rilevazione si accompagna poi a un momento creativo e alla definizione di un ruolo importante della giurisprudenza ai fini dello sviluppo del diritto internazionale. Le opinioni separate giocano perciò un ruolo significativo nello stimolare lo sviluppo del diritto internazionale attraverso la giurisprudenza, non tanto nel senso di determinare necessariamente dei *revirements* giurisprudenziali, quanto piuttosto nel senso di rendere visibili le differenti linee giudiziarie di pensiero presenti all'interno di tali Tribunali. Così, anche se formalmente tali opinioni appaiono come allegati accessori alla sentenza, nella sostanza, invece, esse fanno corpo con la decisione e non possono esserne separate poiché, illustrando in contrappunto la motivazione, contribuiscono a metterne a fuoco tutto il significato³⁷².

Gli altri fattori da tenere in considerazione per comprendere la rilevanza che le opinioni dissenzienti assumono nelle Corti internazionali, invece, riguardano la differente formazione giuridica e culturale dei vari componenti dei Tribunali, le particolari materie trattate, la ripetitività di alcune prassi, nonché i tratti peculiari degli ordinamenti interni degli Stati aderenti³⁷³.

Con riguardo alla eterogenea composizione di questi particolari Tribunali, possiamo prendere come esempio lo statuto della CIG del 1945 che all'art. 9, tra i diversi criteri di elezione dei 15 giudici della Corte, attribuiva un rilievo particolare, al fatto che nel loro complesso "*fossero rappresentate le grandi forme di civiltà e i principali sistemi giuridici del mondo*". La facoltà di esprimere un'opinione individuale, insomma, dava attuazione a tale norma, rafforzando la vocazione pluralistica dell'organo e dando voce anche a quelle culture giuridiche che non avevano contribuito alla formazione del diritto internazionale classico.

Tuttavia, è bene ricordare che, sulla base della letteratura in materia, all'interno delle disposizioni che disciplinano il funzionamento dei principali tribunali internazionali, non risulta la presenza di regole uniformi che prevedono esplicitamente l'ammissibilità o meno delle opinioni dissenzienti, e, più in generale, l'espressione in forma pubblica del punto di vista individuale dei vari membri del collegio.

È solo all'inizio del ventesimo secolo, infatti, che le opinioni dissenzienti sono state progressivamente istituzionalizzate all'interno di questi particolari Tribunali, e nello specifico grazie all'entrata in vigore della Convenzione dell'Aja del 1899 sul regolamento

³⁷² ID., *Le opinioni separate dei giudici di tribunali internazionali*, in MORTATI C. (a cura di), *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, op. cit., pp. 125 ss.

³⁷³ NOVARESE F., "*Dissenting opinion e Corte europea dei diritti dell'uomo*", in ANZON A. (a cura di), *L'opinione dissenziente*, op. cit., p. 367.

pacifico dei conflitti internazionali³⁷⁴ che, nel prevedere un regolamento per le procedure dinanzi ai Tribunali arbitrali, aveva conferito agli arbitri la facoltà di far constatare il proprio dissenso, senza però spiegarne le ragioni (articolo 52³⁷⁵). Questa stessa previsione comparve poi anche nello Statuto della Corte permanente di giustizia internazionale (CPGI) del 1920, il quale corpus di norme, risoluzioni e prassi, venne sostanzialmente recepito dalla Corte Internazionale di Giustizia (CIG) istituita nel 1945, insieme alla stessa norma che riconosceva la possibilità di esprimere un dissenso (articolo 57³⁷⁶).

Quelle appena citate sono norme che non prevedono l'obbligo di allegare la propria opinione separata alla decisione, ma che prevedono un obbligo di motivazione. Relativamente poi alla natura giuridica delle opinioni dissenzienti nei tribunali internazionali, si può dire che esse non sono parte integrante della decisione del tribunale ma costituiscono un documento distinto dalla pronuncia, presentandosi cioè quali "allegati" in calce alle sentenze al pari di come si presentano anche nei tribunali nazionali che le adottano³⁷⁷. Le decisioni dei tribunali internazionali, infatti, solitamente sono motivate più ampiamente rispetto a quelle dei tribunali nazionali o, quanto meno, rispetto a quelle dei tribunali riconducibili ai sistemi di *civil law*; ciò è comprensibile se si tiene conto di diversi aspetti peculiari dei tribunali internazionali, come il fatto che questi devono sovente rilevare il diritto applicabile ancor prima di poterlo interpretare, che le norme applicabili non sono dotate di un'elevata precisione, e, infine, che ogni controversia presenta sovente questioni dubbie e in parte nuove.

Da ultimo, tra le ragioni degne di considerazione che giustificano l'utilizzo delle opinioni dissenzienti nei tribunali internazionali, non bisogna sottovalutare quella per cui si ritiene che la possibilità riconosciuta ai singoli giudici internazionali di esprimere opinioni individuali, oltre a tutelare la loro indipendenza e imparzialità, chiarisce il giudizio espresso dalla maggioranza e favorisce lo sviluppo del diritto internazionale³⁷⁸.

Ciò che emerge, insomma, è che nella maggior parte dei tribunali internazionali, l'opportunità di pubblicare pareri separati sembra rappresentare una tradizione incontrastata e, al fine di portare degli esempi pratici maggiormente pertinenti al presente lavoro di ricerca, nei paragrafi che seguono compiremo una riflessione dettagliata circa

³⁷⁴ *Convenzione per il regolamento pacifico dei conflitti internazionali*; disponibile al seguente link: <https://www.admin.ch/opc/it/classified-compilation/18990006/201510290000/0.193.211.pdf>

³⁷⁵ *Convenzione per il regolamento pacifico dei conflitti internazionali*, Art. 52: «La sentenza arbitrale, votata a maggioranza di voti, è motivata. Essa è redatta per iscritto e firmata da ciascuno dei membri del Tribunale. Quelli dei membri che sono rimasti in minoranza, possono far constatare, firmando, il loro dissenso.»

³⁷⁶ Statuto della Corte internazionale di Giustizia del 26 giugno 1945, Art. 57: «Se la sentenza non esprime, in tutto o in parte, l'opinione unanime dei giudici, ogni giudice ha diritto di aggiungere l'esposizione della sua opinione personale»; GAJA G., *Dissenting opinions in the International Court of Justice*, in RAGONE G., ZANON N. (a cura di), *op. cit.*, pp. 155 ss.

³⁷⁷ SERENI A.P., *Le opinioni separate dei giudici di tribunali internazionali*, in MORTATI C. (a cura di), *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, *op. cit.* pp. 136-146.

³⁷⁸ VÖRÖS L., *The impartiality of international judges: evidence from the European court of human rights*, in *American political science review*, 2008, pp. 417 ss.

l'utilizzo delle opinioni dissenzienti all'interno della Corte europea dei diritti dell'uomo, che potrebbe aiutare a comprendere meglio l'ambito di applicazione di quella che sembra essere una pratica generalmente accettata a livello dei tribunali internazionali, così come anche a livello dei tribunali sovranazionali europei, e che potrebbe porsi pertanto quale modello virtuoso per tutti quei sistemi di giustizia costituzionale presenti nei Paesi europei e non, che non hanno ancora introdotto nei loro sistemi l'istituto dell'opinione dissenziente³⁷⁹.

5. *Metodo decisionale e opinioni dissenzienti nelle decisioni della CEDU: quadro normativo*

È noto che la tutela dei diritti umani in ambito europeo si sviluppa essenzialmente su base giurisprudenziale. I due testi normativi in materia, ovvero la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU, 1950) e la Carta europea dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Nizza 2000)³⁸⁰, costituiscono senza dubbio la base normativa di riferimento in materia di protezione dei diritti umani-fondamentali a "livello europeo" (Unione europea e Consiglio d'Europa) ma, la "messa in protezione" dei diritti enunciati all'interno di questi documenti, poggia in particolare sull'attività pretoria svolta dalle due giurisdizioni di riferimento, ovvero la Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia dell'Unione Europea³⁸¹.

Nei paragrafi che seguono ci soffermeremo solo sul funzionamento della giurisdizione di Strasburgo e, in particolare, sul metodo decisionale seguito dalla Corte EDU.

In premessa è bene sottolineare che essa gode di autonomia regolamentare e che decide a maggioranza, fermo restando che, se la sentenza non esprime in tutto o in parte l'opinione unanime dei giudici, a questi "*viene anche riconosciuto il diritto di esporre una propria opinione, dissenziente o concorrente*" (art. 45, par. 2 CEDU). Da ciò ne deriva che la motivazione, indicando le ragioni di fatto e di diritto che sorreggono il *decisum* o il dispositivo, appare quale elemento caratterizzante l'attività giurisdizionale della Corte di Strasburgo, ed è per

³⁷⁹ RAFFAELLI R., *Dissenting opinions in the Supreme Courts of the member States*, in <http://www.europarl.europa.eu/studies>, 2012, p. 31.

³⁸⁰ La Carta riunisce in un unico documento i diritti che prima erano dispersi in vari strumenti legislativi, quali le legislazioni nazionali e dell'UE, nonché le convenzioni internazionali del Consiglio d'Europa, delle Nazioni Unite (ONU) e dell'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL). Grazie alla visibilità e alla chiarezza che la Carta conferisce ai diritti fondamentali, essa contribuisce a creare la certezza del diritto nell'UE. La Carta comprende un Preambolo introduttivo e 54 articoli, suddivisi in sette capi: *dignità, libertà, uguaglianza, solidarietà, cittadinanza, giustizia e disposizioni generali*. Inoltre, qualora uno qualsiasi dei diritti corrisponda ai diritti garantiti dalla CEDU, il suo significato e campo d'applicazione deve essere uguale a quello definito dalla convenzione, anche se il diritto comunitario può prevedere una maggiore tutela. Qualunque diritto risultante dalle tradizioni costituzionali comuni dei paesi dell'UE deve essere interpretato conformemente a tali tradizioni. BIFULCO R., CARTABIA M., CELOTTO A., *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001.

³⁸¹ SHELTON D., *The Boundaries of Human Rights Jurisdiction in Europe*, in *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2002, n. 13, pp. 95 ss.

tale motivo che essa costituisce l'oggetto dello specifico obbligo giuridico sopra menzionato³⁸².

Sulla forma delle sentenze della Corte di Strasburgo, invece, oltre a quanto già stabilito dal citato art. 45 CEDU, maggiori dettagli sono contenuti nell'art. 74 del Regolamento di procedura della Corte europea dei diritti dell'uomo³⁸³, da cui si viene a conoscenza del fatto che ogni sentenza, tra le altre cose, deve anche contenere l'indicazione del numero dei giudici che costituiscono la maggioranza. Quest'ultima indicazione è particolarmente interessante in quanto le sentenze della Corte di Strasburgo, pur ispirandosi in larga parte a quelle del modello continentale (presentandosi cioè come sentenze collegiali a testo unico), da esse si differenziano perché, prima del dispositivo, viene appunto indicato se la decisione è stata adottata all'unanimità o a maggioranza e, in quest'ultimo caso, i giudici della minoranza, singolarmente o in accordo con altri, possono redigere eventuali motivazioni separate, che vengono riportate e pubblicate in calce alla sentenza, previsione dalla quale si deduce il loro carattere accessorio³⁸⁴. Completa il quadro un ulteriore riferimento normativo sulle opinioni separate, ora contenuto nel Protocollo n. 16, all'articolo 4 comma 2, che prevede con riguardo ai pareri consultivi resi dalla Corte previa richiesta da parte delle più alte giurisdizioni nazionali degli Stati contraenti, la possibilità di espressione di opinioni separate da parte di ciascun giudice³⁸⁵.

La normativa appena esaminata, facilita la constatazione che il ricorso delle opinioni dissenzienti da parte dei giudici di Strasburgo è piuttosto frequente, e costituisce più una norma che non l'eccezione. Ciò si spiega soprattutto se si tiene a mente la varietà della provenienza geografica e professionale dei singoli giudici e dalle diverse tradizioni culturali e giuridiche del Paese di origine dei giudici che le pronunciano; non è raro infatti che le opinioni dissenzienti o concorrenti vengano spesso redatte o espresse in comune da componenti della Corte appartenenti tutti alla medesima area culturale.

³⁸² RANDAZZO B., *Giustizia costituzionale sovranazionale*, op. cit., p. 91-93.

³⁸³ Regolamento della Corte europea dei diritti dell'uomo, Art. 74 Contenuto della sentenza «1. Ogni sentenza di cui agli articoli 28, 42 e 44 della Convenzione comprende: a) il nome del presidente e degli altri giudici che compongono la Camera, del cancelliere o del cancelliere aggiunto; b) la data della sua adozione e quella della sua pronuncia; c) l'indicazione delle parti; d) il nome degli agenti, degli avvocati e dei consulenti delle parti; e) il resoconto del procedimento; Diritti dell'uomo e libertà fondamentali 36 0.101.2 f) i fatti di causa; g) una sintesi delle conclusioni delle parti; h) i motivi di diritto; i) il dispositivo; j) se necessario, la decisione adottata in ordine alle spese processuali; k) l'indicazione del numero dei giudici che hanno costituito la maggioranza; l) se necessario, l'indicazione del testo che fa fede. 2. Ogni giudice che ha partecipato all'esame del caso ha il diritto di allegare alla sentenza sia l'esposizione della sua opinione individuale, concordante o dissenziente, sia una semplice dichiarazione di dissenso.»

³⁸⁴ RANDAZZO B., *Il giudizio dinanzi alla Corte europea dei diritti: un nuovo processo costituzionale*, in AA. VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale*, op. cit., pp. 1569-1572; CALZOLAIO E., *Tutela dei diritti fondamentali e giudice europeo*, op. cit., pp. 2-6; BOUSSIAKOU I., WHITE R.C.A., *Separate opinions in the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 2009, p. 39

³⁸⁵ Protocollo n. 16 alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, Articolo 4: «1. I pareri consultivi sono motivati. 2. Se il parere consultivo non esprime, in tutto o in parte, l'opinione unanime dei giudici, ciascuno dei giudici ha il diritto di allegare allo stesso la propria opinione separata. 3. I pareri consultivi sono trasmessi all'autorità giudiziaria che li ha richiesti e all'Alta Parte contraente cui appartiene tale autorità. 4. I pareri consultivi sono pubblicati.»

Il tema costituisce un aspetto interessante del metodo decisionale della Corte EDU, ma è importante chiarire in premessa che le opinioni dissenzienti non sono affatto redatte da quei giudici provenienti dallo Stato membro coinvolto nella controversia in esame, i quali si potrebbe pensare siano più inclini a sviluppare argomenti a difesa del proprio Stato ma, al contrario, è stato rilevato che le ragioni che portano i giudici ad esprimere un'opinione dissenziente sono da evincersi piuttosto nel diverso modo di percepire nel merito la questione oggetto di esame, e pertanto potrebbe pervenire da uno qualsiasi dei giudici chiamati ad esprimersi³⁸⁶.

La frequente adozione delle opinioni dissenzienti, oltre che spiegarsi, come già detto, per il loro utilizzo come strumento idoneo ad armonizzare l'eterogeneità della sua composizione, può giustificarsi anche per il loro impiego quale dispositivo capace di far fronte alla eccessiva complessità di alcune fattispecie che si sottopongono all'esame della Corte oppure di affrontare la novità stessa delle questioni e dunque l'incertezza circa le soluzioni da fornire³⁸⁷. La complessità e la novità delle fattispecie sono tutti fattori che inducono i vari giudici ad avere diverse posizioni sulle questioni e, dunque, a sentire la necessità di non assoggettare i propri convincimenti ad una presunta decisione unanime, ma piuttosto di fare ricorso ad un istituto che meglio si confà alla necessità di esprimere posizioni differenti, le opinioni dissenzienti appunto³⁸⁸.

Le principali tipologie di opinioni separate prodotte in seno alla Corte EDU ricordiamo: la *dissenting opinion* di un singolo giudice, l'opinione parzialmente dissenziente e parzialmente concorrente di un singolo giudice, l'opinione parzialmente dissenziente di un singolo giudice, le opinioni dissenzienti congiunte di due o più giudici, le opinioni parzialmente concorrenti e parzialmente dissenzienti congiunte di due o più giudici e infine le opinioni dissenzienti del giudice X alla quale si associa uno o più giudici.

Rispetto alle opinioni espresse all'interno della Corte di Strasburgo, quelle espresse nell'ambito degli ordinamenti appartenenti alla tradizione di *common law* si distinguono in maniera sostanziale in quanto, come abbiamo già avuto modo di appurare nei precedenti paragrafi, se pure le sentenze di quegli ordinamenti vengono pronunciate da un *panel* di giudici, esse continuano a non essere ritenute collegiali, perché vige il principio di personalità della decisione (principio cardine in tali ordinamenti), con il quale si stabilisce che ogni giudice ha sempre la facoltà di esprimere la propria opinione (pratica dei pareri resi *seriatim*); all'opposto, pur ammettendo la pratica delle opinioni dissenzienti, le sentenze della Corte EDU, al pari della tradizione continentale di *civil law*, si presentano nella forma quali sentenze unitarie e collegiali. È questa uno delle ragioni per cui si è

³⁸⁶ CALZOLAIO E., *Tutela dei diritti fondamentali e giudice europeo*, op. cit., pp. 6-7.

³⁸⁷ NOVARESE F., "Dissenting opinion e Corte europea dei diritti dell'uomo", in ANZON A. (a cura di), *L'opinione dissenziente*, op. cit., pp. 368-372.

³⁸⁸ RANDAZZO B., *Giustizia costituzionale sovranazionale*, op. cit., p. 103.

deciso di condurre la ricerca su questo sistema di giustizia *sui generis*: l'esperienza del sistema CEDU è quella che più si presta ad essere posta come esempio virtuoso dell'introduzione del dissenso, in particolare per le sue analogie con i sistemi di *civil law*, che ancora oggi manifestano qualche resistenza nei confronti dell'applicazione di questo importante strumento democratico

5.1. I giudici dissenzienti

La pluralità di voci che si sviluppa intorno a un medesimo caso attraverso la possibilità di rendere opinioni separate rispetto alla decisione della maggioranza del collegio, contribuisce a meglio specificare, di volta in volta, la portata e il contenuto di ogni singolo diritto della Convenzione europea, facendo del sistema CEDU un "*living instrument*"³⁸⁹. Ciò si coglie, in misura ancora maggiore se si ha riguardo al ruolo materialmente costituzionale, di salvaguardia e implementazione dei diritti fondamentali, svolto dalla Corte di Strasburgo³⁹⁰. In questo, il dato quantitativo legato all'espressione delle opinioni separate nella CEDU ci viene in aiuto nel dimostrare come la giurisprudenza della CEDU conti in maggior numero giudizi non decisi all'unanimità rispetto, invece, a decisioni adottate unanimemente, e come le prime siano accompagnate da opinioni separate. Ciò dimostra che l'esternazione di un'idea diversa rispetto a quella della maggioranza del collegio può favorire una maggiore democraticità e contribuire all'indipendenza dell'organo nel suo complesso³⁹¹.

³⁸⁹ L'idea che l'interpretazione convenzionale debba svolgersi in chiave evolutiva è alla base della dottrina del c.d. *living instrument*, secondo la quale, come stabilito dalla stessa Corte nelle due sentenze *Bayatan v. Armenia* rispettivamente del 2009 e del 2011, «la Convenzione è uno strumento vivente che deve essere interpretato alla luce delle condizioni attuali e delle idee prevalenti negli Stati democratici di oggi [...]. La Corte deve avere riguardo delle condizioni mutevoli nei suoi Stati contraenti e rispondere, ad esempio, a qualsiasi consenso emergente in merito agli standard da raggiungere». Cfr. BILANCIA P., *The Dynamic of the EU Integration and the Impact on the National Constitutional Law. The European Union After The Lisbon Treaties*, Milano 2012, 141 ss.

³⁹⁰ Il dibattito sull'attrazione della Corte europea dei diritti dell'uomo nella "categoria" delle Corti costituzionali è da tempo in auge; tuttavia si è sollecitata una certa prudenza nell'assimilare la Corte europea ad una Corte costituzionale sia in ragione della diversa natura delle fonti che esse sono chiamate ad applicare (CEDU e Costituzione nazionale) sia del tipo di giudizio (il ricorso individuale da un lato, il controllo sulle leggi, la decisione dei conflitti di attribuzione tra poteri e tra enti, il ricorso diretto dall'altro), sottolineando come l'accostamento tra ricorso individuale alla Corte dei diritti e ricorso diretto alle Corti costituzionali si fondi su argomenti essenzialmente formali i quali, dunque, non dovrebbero considerarsi decisivi. La discussione talora pare fondarsi su una accezione angusta del termine "costituzionale", il quale viene riferito al solo ruolo tradizionale di controllo degli ordinamenti nazionali affidato storicamente alle Corti costituzionali. Distinguere tra «"individual" or "constitutional" justice», con riguardo alla Corte di Strasburgo, significa allora soltanto mettere in luce due diversi esiti del giudizio che essa compie (la giustizia del caso concreto e il contributo allo sviluppo del diritto costituzionale dei singoli Stati membri e di quello europeo dato attraverso l'identificazione, la condanna e la risoluzione delle violazioni, specie di quelle più gravi e di quelle più frequenti), e non già metterne in dubbio la natura di giurisdizione costituzionale che comprende la tutela in concreto dei diritti fondamentali del singolo individuo. RANDAZZO B., *Il giudizio dinanzi alla Corte europea dei diritti: un nuovo processo costituzionale*, in AA. VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale*, op. cit., p. 1546; STONE SWEET A., *Sur la constitutionnalisation de la convention européenne des droits de l'homme: cinquante ans après son installation, la Court européenne des droits de l'homme conçue comme une court constitutionnelle*, in *Revue trimestrielle de droits de l'homme*, 2009, pp. 923 ss.

³⁹¹ FUSCO A., *L'indipendenza dei custodi*, op. cit., pp. 118-122.

Con riguardo alla posizione di “giudice dissenziente”, sono diverse le considerazioni su cui riflettere.

Secondo una analisi qualitativa, il percorso formativo di ciascun membro della Corte, così come l'estrazione geografica, che sia per nascita o per formazione, hanno un loro peso nel determinare l'attitudine di un giudice a rendere opinioni separate: in effetti da alcuni studi è emerso che i giudici dei Paesi fondatori della CEDU mostrano tendenzialmente maggiore “coraggio” nell'esprimere le proprie posizioni, mentre i loro colleghi dei Paesi del centro e dell'est Europa, che hanno aderito solo in un secondo momento al sistema CEDU, mostrano una certa ritrosia. Ciò reca con sé un'ulteriore questione: la diversa concezione che ciascun giudice ha della propria indipendenza rispetto al potere politico, che varia a seconda della cultura giuridica di appartenenza.

Un'analisi quantitativa della frequenza del dissenso, invece, rivela un'interessante differenza nella modalità di voto seguita dai giudici nominati d'ufficio dagli Stati e dai giudici scelti *ad hoc* dal Presidente della Corte da una lista stilata dallo Stato membro nel caso in cui il giudice nominato sia impossibilitato a svolgere la sua funzione.

Da questa analisi emerge che solitamente il giudice *ad hoc* ha una maggiore probabilità di essere influenzato dallo Stato di provenienza rispetto al giudice nominato d'ufficio, ciò comporterebbe una sua maggiore probabilità di esprimere opinioni di dissenso. L'atteggiamento del giudice *ad hoc* può spiegarsi considerando che si tratta di giudici che spesso sono potenziali futuri candidati alla Corte: se votassero contro lo Stato di provenienza (e dunque in accordo con la maggioranza) la loro nomina potrebbe essere messa a rischio.

Secondo un'altra interpretazione, invece, i giudici *ad hoc* sono meno esposti alla pressione dell'organo collegiale rispetto ai giudici d'ufficio, per il fatto stesso che essi siedono nel collegio solo per un particolare caso, pertanto si ritengono meno vincolati ad essere “solidali” nei confronti dell'orientamento collegiale e più liberi di esprimere una posizione divergente. D'altra parte, la maggiore frequenza nell'utilizzo del dissenso dimostra anche che i giudici *ad hoc* hanno in realtà un'influenza insignificante sul prodotto finale, in quanto il loro punto di vista spesso rimane minoritario e necessita del dissenso per essere “ascoltato”³⁹².

Ma l'analisi delle opinioni separate permette ai ricercatori di fare anche altre considerazioni su questioni che riguardano la particolare posizione ricoperta dai giudici dissenzienti: le possibili alleanze che si formano tra i membri della Corte in relazione a specifiche materie³⁹³, la rilevanza che gioca la precedente carriera dei giudici sulle loro

³⁹² Council of Europe, Parliamentary assembly, Committee on legal affairs and human rights, *Ad hoc judges at the European Court of human Rights: an overview*, Information Report, Doc. 12827, 23 gennaio 2012.

³⁹³ BRUINSMA F.J., *Judicial identities in the European Court of Human Rights*, in VAN HOEK A et al. (a cura di), *Multilevel governance in enforcement and adjudication*, Cambridge 2006, pp. 203 ss.

opinioni, e i particolari comportamenti assunti dai giudici nominati dai nuovi Stati membri³⁹⁴.

Si è anche tentato di fare una stima sull'ideologia dei singoli giudici di Strasburgo, basandosi sulla loro posizione in merito alla dottrina del margine di apprezzamento: i sostenitori del riconoscimento di un ampio margine di apprezzamento sono i giudici che mostrano un certo atteggiamento di riserbo sulle questioni, mentre coloro che sostengono che agli Stati debba essere riconosciuto meno margine sono quei giudici la cui attività giuridica si caratterizza per un particolare attivismo. Solitamente un giudice più attivista rischia di esprimersi più spesso in favore del ricorrente, e dunque contro il governo, i giudici più moderati, invece, tendono a sostenere le tesi nazionali.

Inoltre, è possibile individuare anche una certa correlazione tra la precedente carriera del giudice e l'ideologia giuridica: i giudici provenienti da un *background* accademico paiono maggiormente proiettati verso un atteggiamento attivista, e tendono ad adottare un'interpretazione che valorizza l'evoluzione complessiva della giurisprudenza della Corte, non temendo di estendere la loro protezione a posizioni rimaste escluse ma muovendo da un'idea di funzione giudicante che non bandisce interventi creativi, mentre i giudici che provengono dalle Corti nazionali ordinarie sono più inclini ad assumere un atteggiamento di *self-restraint*³⁹⁵, e tendono a privilegiare un'interpretazione di tipo concreto e testuale in base alle particolarità del caso di specie, che sia attenta a non travalicare i limiti posti alla funzione giudicante, che deve attenersi, appunto, a quanto concordato dagli Stati contraenti.

Sono diversi, insomma, i fattori da tenere in considerazione nell'analisi "comportamentale giuridica" dei giudici, fra i quali ricordiamo ancora: l'intensità delle convinzioni di ciascun giudice, la variabilità di queste a seconda dei diritti coinvolti, la posizione che il giudice occupa all'interno della Corte, il suo legame con la tradizione giuridica nazionale, l'impatto della dottrina del precedente³⁹⁶.

Le opinioni dei giudici dissenzienti di Strasburgo sono da decenni al centro di un serrato dibattito dottrinale: se da un lato esse presentano indubbi punti deboli in termini di frammentazione dei collegi giudicanti e della potenziale delegittimazione di decisioni contestate o adottate con maggioranze ridotte, è allo stesso modo indubbio come esse

³⁹⁴ BRUINSMA F.J., DE BLOIS M., *The room at the top : separate opinions in the Grande Chambre of the ECHR (1998-2006)*, in *Ancilla Iuris*, pp. 185-186; FLAUSS J.F., *Les juges des Pays d'Europe centrale et orientale à la Cour européenne des droits de l'homme: vues de l'extérieur*, in *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruxelles 1998, pp. 344 ss.; VOETEN E., *The impartiality of international judges: evidence from the european court of human rights*, in *American Political science review*, 2008 pp. 417 ss.

³⁹⁵ KELEMEN K., *Judicial dissent in European constitutional Courts. A comparative and Legal Perspective*, op. cit., pp. 104-107.

³⁹⁶ DI MARTINO A., *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali. Uno studio comparativo*, op. cit., pp. 403-412.

presentino altrettanti vantaggi dal punto di vista della trasparenza, dell'approfondimento della motivazione delle singole decisioni e della tutela del pluralismo costituzionale³⁹⁷.

In ogni caso la possibilità di pubblicare opinioni dissenzienti è un importante strumento per mantenere il pluralismo costituzionale sul quale si è costruito il sistema di protezione dei diritti umani europeo è stato costruito³⁹⁸. D'altra parte, 47 giudici in seno alla Corte di Strasburgo non possono che dare luogo ad un pluralismo interpretativo, poiché l'insieme di strumenti a loro disposizione è di fatto eterogeneo.

Le opinioni dissenzienti permettono di far luce proprio sul dialogo tra culture giuridiche diverse, che quotidianamente ha luogo all'interno della Corte: i giudici dissenzienti sono espressione di tradizioni e scuole giuridiche che presentano certamente delle somiglianze (ci si riferisce ai cosiddetti principi comuni della tradizione giuridica Europea), ma che presentano anche divergenze a volte anche molto marcate (basti pensare alla presenza di giudici provenienti da ordinamenti di *common law*, e dal relativo dibattito sulla natura del precedente), che devono necessariamente addivenire ad una posizione comune (o meglio, ad una posizione comune che possa raccogliere la maggioranza dei voti necessaria).

Quella del giudice dissenziente, insomma, è una posizione che è evidentemente il frutto di un dialogo e di uno scambio giuridico interculturale che presuppone un accordo su di un "minimo comune denominatore" relativo al contenuto oggettivo e al nucleo incompressibile di un dato diritto. Del resto il dialogo, è elemento imprescindibile della giustizia costituzionale nello Stato contemporaneo, pluralista e ormai sempre più multiculturale, dialogo che è in fondo frutto della natura intimamente compromissoria delle Costituzioni democratiche. Ciò appare vero a maggior ragione con riferimento alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che è frutto del compromesso non già tra le componenti sociali di un dato ordinamento, bensì tra diversi Stati e diverse storie, tradizioni e culture giuridiche, nel tentativo³⁹⁹ di richiamarsi a valori universali³⁹⁹.

Dunque le *opinions* divengono, da un lato, valvola di sfogo del sistema, tramite la quale le culture soccombenti possono fare sentire la propria voce e riaffermare la propria identità nel confronto dialettico, dall'altro, esse sono elemento di trasparenza, attraverso il quale il cittadino può comprendere il percorso che ha portato ad una decisione a volte in contrasto con gli orientamenti storici del suo ordinamento di origine⁴⁰⁰.

Pertanto, in seno alla Corte di Strasburgo ciascun giudice interpreta e applica la Convenzione secondo la sua personale anima giuridica nel tentativo di comporre

³⁹⁷ RAIMONDI G., *Advantages and risks of separate opinions from the point of view of the European Court of human rights*, in RAGONE G., ZANON N. (a cura di), *The dissenting opinions. Selected essays*, Milano 2019, pp. 141 ss.

³⁹⁸ BRUINSMA F.J., DE BLOIS M., *Rules of law from Westport to Wladivostok. Separate opinions in the European Court of Human rights*, op. cit., pp. 175.

³⁹⁹ GALLIANI D. (a cura di), *I diritti umani in una prospettiva Europea. Opinioni concorrenti e dissenzienti (2011-2015)*, op. cit., Prefazione.

⁴⁰⁰ Sull'importanza delle opinioni separate per lo sviluppo del diritto convenzionale vedi anche: MERRILS J.G., *The development of international law by The European Court of Human rights*, Manchester 1993, pp. 38 ss.

un'armonia, rispetto alla quale l'opinione separata è solo in apparenza una sequenza fuori posto⁴⁰¹.

L'analisi delle *dissenting e concurring opinions* dei giudici consente di aprire uno squarcio sulle dinamiche del dibattito interno che anima la Corte di Strasburgo, concedendo al lettore di affacciarsi e comprendere il ragionamento che gli interpreti pongono alla base dell'individuazione del nucleo incompressibile di un dato diritto e offrono, fra l'altro, un'approfondita e attenta analisi delle posizioni dei singoli ordinamenti nazionali sulle materie oggetto di discussione, consentendo al lettore di comprendere quali siano le divisioni e quali siano invece i punti di contatto nel processo di integrazione europea, nonché di formazione e identificazione del sospirato nucleo di principi costituzionali comuni della tradizione Europea⁴⁰².

5.2. *Le opinioni dissenzienti e l'auctoritas delle decisioni*

Quello delle opinioni dissenzienti si è dimostrato insomma uno strumento di straordinario valore per un giudice sovranazionale poiché, proprio perché si tratta di un giudice di un sistema sovraordinato, le cui decisioni si rivolgono ad una platea di destinatari particolarmente rilevanti (gli Stati), sicuramente ampia (ben 47), peraltro potenzialmente indeterminata (ogni singolo essere umano sottoposto alla giurisdizione di uno Stato membro può adire la Corte se ritiene di essere vittima di una violazione di un diritto previsto dalla Convenzione o dai suoi protocolli), la regola della presunta unanimità non appare per nulla ragionevole. Fra l'altro, il fatto stesso che la Corte europea non dispone della dichiarazione di illegittimità convenzionale delle leggi, determina che la forza delle decisioni di Strasburgo risiede essenzialmente nella loro *auctoritas*, ovvero nella capacità di esporre in modo articolato e chiaro argomentazioni persuasive; e solo le opinioni separate possono prestarsi quale strumento utile per aumentare questa fondamentale *auctoritas*. Il giudice di Strasburgo, cioè, non deve necessariamente far sapere cosa pensa su una determinata questione (non è obbligato), ma se vuole aumentare la persuasività delle proprie decisioni, non può essere privato della possibilità di allegare opinioni separate. Sebbene anche a Strasburgo la ricerca della collegialità non è meno importante di quanto accade nelle Corti nazionali, tuttavia il suo perseguimento, per tutte le ragioni già ampiamente discusse (lingua differente, *background* professionale e culturale differente, etc.), è molto più difficile. Anche per questo le opinioni separate hanno una funzione basilare: non bisogna dimenticare, infatti, che le considerazioni di un giudice dissenziente sono quelle che non hanno trovato accoglienza nel ragionamento della maggioranza,

⁴⁰¹ FUSCO A, *L'indipendenza dei custodi*, op. cit., pp. 123-128.

⁴⁰² PETTITI L., *Le opinioni separate, dissenzienti e concordanti dei giudici della Corte europea dei diritti dell'uomo*, op. cit., pp. 406 ss.

pertanto non sono state espresse per dire la propria, ma al contrario perché le argomentazioni avanzate sono state sconfitte, disattese, contestate. Quello che si vuole supporre, cioè, è che è probabile che le opinioni dissenzienti non siano scritte "dopo" ma "prima" della decisione del caso, e la scelta di allegarle alla sentenza quindi altro non è che il risultato del normale modo di lavorare di una Corte sovranazionale, nella quale spesso l'unanimità altro non è che un miraggio⁴⁰³.

La forza delle decisioni della Corte di Strasburgo, insomma, riposa sulla loro *auctoritas*. E misurarne l'autorevolezza probabilmente non è solo questione di ragionevolezza, ma vi è qualcosa di ulteriore che attiene al suo immergersi nella realtà che la circonda, il suo essere in grado di decidere tenendo in considerazione i diversi interessi in gioco, la sua capacità di essere lungimirante, di cogliere gli effetti di medio-lungo periodo del giudicato, finanche grazie alla possibilità, riconosciuta ai giudici, di confrontarsi con *amicus curiae* e rapporti di organizzazioni non governative. In effetti, la Corte di Strasburgo sa bene che per aumentare le possibilità che gli Stati seguano le sue pronunce, queste devono essere il più possibile persuasive, ma per esserlo hanno bisogno di confrontarsi anche con elementi extragiuridici, che attengono al contesto generale nel quale la Corte è chiamata ad operare. Pertanto è vero che il sistema multilivello di protezione dei diritti in Europa necessita di collaborazione, ma è indubbiamente necessario anche qualche punto fermo, una sorta di "minimo comune orientamento giurisprudenziale" che possa contribuire alla certezza e la prevedibilità del diritto⁴⁰⁴.

6. Valenza delle opinioni dissenzienti (e concorrenti) nella Corte di Strasburgo

La particolare materia trattata, la ripetitività di alcune prassi e i tratti peculiari degli ordinamenti interni degli Stati aderenti, sono alcune delle ragioni che nei precedenti paragrafi abbiamo elencato quali fattori che hanno portato i Tribunali internazionali ad avvalersi dell'istituto dell'opinione dissenziente, ma queste stesse ragioni possono anche valere come base legittimante la previsione del suddetto istituto presso la Corte europea dei diritti dell'uomo.

In effetti, nello sviluppo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo le opinioni dissenzienti hanno assunto un'importanza centrale, non solo perché costituiscono voci individuali che qualificano e arricchiscono il discorso istituzionale della Corte, ma anche perché correggono lo stile a volte eccessivamente burocratico delle sue sentenze⁴⁰⁵,

⁴⁰³ GALLIANI D. (a cura di), *I diritti umani in una prospettiva Europea. opinioni concorrenti e dissenzienti (2011-2015)*, op. cit., pp. 8-18.

⁴⁰⁴ IBIDEM, pp. 31-40.

⁴⁰⁵ Stile burocratico particolarmente accresciuto negli ultimi anni a causa dell'altrettanto notevole aumento dei casi sottoposti all'esame della Corte EDU. La conseguenza è che le opinioni dissenzienti diventano fondamentali per comprendere l'essenza stessa della decisione. CALZOLAIO E., *Tutela dei diritti fondamentali e giudice europeo*, op. cit., p. 8.

aspetto questo che si è particolarmente accentuato da un po' di tempo a questa parte a seguito dell'impressionante incremento di casi da decidere; per tali ragioni, dunque, le opinioni dissenzienti costituiscono spesso un elemento necessario per la stessa comprensione delle sentenze della Corte di Strasburgo⁴⁰⁶.

Andando maggiormente nel merito della questione, cerchiamo ora di stabilire la valenza che tali opinioni (dissenzienti e concorrenti) hanno assunto all'interno della giurisprudenza della Corte EDU. Ciò che rileva è che da esse possono trarsi spesso elementi importanti per apprezzare l'evoluzione della giurisprudenza della Corte, se pur questa, generalmente, non usa riferirsi a opinioni individuali anteriori, nel citare i propri precedenti⁴⁰⁷. Infatti, i pareri contrastanti in alcuni casi sono stati ampiamente utilizzati e hanno giocato un ruolo importante nello sviluppo della competenza interpretativa della Corte, in particolar modo mettendo in risalto la necessità di adottare un'interpretazione evolutiva delle regole, in altri casi, invece, le stesse opinioni hanno anticipato i successivi sviluppi della giurisprudenza della Corte e in altri casi ancora esse hanno contribuito a chiarire le argomentazioni espresse dalla Corte puntando sull'espone quelle ragioni e quelle spiegazioni alternative che la maggioranza aveva deciso di non seguire. Tuttavia, non bisogna sottovalutare che la possibilità di emettere pareri contrastanti ha anche avuto alcune conseguenze negative, una su tutte quella secondo cui in alcuni casi il riconoscimento di tale possibilità, che come sappiamo produce una maggiore esposizione dei giudici che le esprimono, consenta agli Stati membri della Corte di fare pressione sui loro giudici nazionali, per portare all'attenzione della Corte, grazie proprio alle opinioni dissenzienti, loro interessi particolari. Per contrastare tali accuse, si è proceduto alla modifica delle norme riguardanti la nomina dei giudici che, come abbiamo già anticipato, ora sono eletti per un più lungo mandato che non è rinnovabile⁴⁰⁸.

Dunque la missione del *dissent* non è esente da rischi: se da un lato essa consentirebbe di evitare il ricorso a delle formule di compromesso imprecise, dall'altro lato appare comunque inconveniente rendere pubbliche le posizioni dei singoli giudici, perché rischierebbero di incorrere nel pericolo di subire indebiti condizionamenti. Tale rischio poteva essere contrastato solo approntando un adeguato complesso di garanzie iniziali, che oltre a prevedere una maggiore lunghezza del mandato, doveva introdurre, per quei giudici che allo scadere del novennio non hanno ancora raggiunto l'età pensionabile, il meccanismo britannico del reintegro nella funzione da essi occupata prima di assumere il mandato europeo.

⁴⁰⁶ CALZOLAIO E., *Tutela dei diritti fondamentali e giudice europeo*, op. cit., p. 8; PETTITI L., *Le opinioni separate, dissenzienti e concordanti dei giudici della Corte europea dei diritti dell'uomo*, op. cit., pp. 406 ss.;

⁴⁰⁷ RANDAZZO B., *Il giudizio dinanzi alla Corte europea dei diritti: un nuovo processo costituzionale*, op. cit., pp. 1586.

⁴⁰⁸ RAFFAELLI R., *Dissenting opinions in the Supreme Courts of the member States*, in <http://www.europarl.europa.eu/studies>, 2012, p. 32 ss.

L'entrata in vigore dei Protocolli n. 11 e n. 14 CEDU ha permesso di approntare le garanzie di cui sopra modificando, appunto, la procedura di nomina dei giudici, la durata del loro mandato e la composizione della Corte, così che ora è facile constatare che l'influenza degli Stati sulle opinioni individuali dei giudici sia minima, in quanto gli stessi godono di un'ampia autonomia e indipendenza⁴⁰⁹.

Tali opinioni, dunque, possono assumere differenti connotati, tra le quali, come abbiamo avuto modo di vedere, ricordiamo il loro enorme potenziale come base giuridica per decisioni future, funzione questa da non sottovalutare perché potrebbe contribuire a generare un proficuo dialogo tra le Corti, tra gli accademici, tra le assemblee legislative, nonché tra le future generazioni di avvocati, oltre che promuovere un riconsiderazione dell'istituto in quei Paesi in cui si era preferito non inserirlo⁴¹⁰.

Sul punto può essere utile aprire una considerazione diciamo "di frontiera", nel senso che potrebbe risultare utile, in una visione espansiva dello strumento dell'opinione dissenziente verso quelle giurisdizioni che ancora non ne fanno uso (es. Italia), riferirci al Protocollo n. 16 annesso alla CEDU entrato in vigore nel 2018⁴¹¹. L'art. 1 del Protocollo n. 16 stabilisce che: *"Le più alte giurisdizioni di un'Alta Parte contraente [...] possono presentare alla Corte delle richieste di pareri consultivi [non vincolanti n.d.r.] su questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà fondamentali definiti dalla Convenzione o dai suoi Protocolli"*. L'adozione di questo nuovo strumento, che istituzionalizza un meccanismo di rinvio modellato su quello (c.d. "pregiudiziale") dell'Unione europea, potrebbe rappresentare oltre che l'occasione propizia per meglio rafforzare il c.d. "dialogo tra le Corti" (sovente messo in discussione) anche una vera e propria strada per addivenire a una integrazione sistemica idonea a produrre scambi di materiali utili a uniformare un sistema di *giustizia costituzionale multilivello* e a recepire strumenti (come appunto la *dissenting opinion*) di maggiore interazione verso una nuova "nomofilachia europea"⁴¹².

⁴⁰⁹ NOVARESE F., *"Dissenting opinion e Corte europea dei diritti dell'uomo"*, in ANZON A. (a cura di), *L'opinione dissenziente*, op. cit., pp. 367-368.

⁴¹⁰ L'HEREUX-DUBÉ C., *The Dissenting Opinion: Voice of the Future?*, in GARLICKI ET. AL., *Global Constitutionalism*, Yale Law School, 2008, p. I-40. DE VERGOTTINI G., *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, op. cit.

⁴¹¹ Entrato in vigore il 10 agosto 2018 con la ratifica (ad oggi) da parte di 15 Paesi membri. L'Italia, ha firmato il Trattato il 2 ottobre 2013 ma non ha ancora provveduto alla ratifica dello stesso. LIPARI M., *Il rinvio pregiudiziale previsto dal Protocollo n. 16 annesso alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU): il dialogo concreto tra le Corti e la nuova tutela dei diritti fondamentali davanti al giudice amministrativo*, in *Federalismi.it*, n. 3/2019, pp. 11 ss.; RUGGERI A., *Protocollo 16 e identità costituzionale*, in *Rivista di Diritti Comparati*, n.1/2020, pp. 213 ss.

⁴¹² CONTI R., *La richiesta di "parere consultivo" alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla CEDU, e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE. Prove d'orchestra per una nomofilachia europea*, www.consultaonline.it (2014). GENNUSA M.E., *La CEDU e l'Unione europea*, in CARTABIA M (a cura di), *I diritti in azione*, op. cit., pp. 91-144; POLLICINO O., *La Corte Costituzionale è una "Alta giurisdizione nazionale" ai fini della richiesta di parere alla Corte di Strasburgo ex prot. 16 CEDU?*, in LAMARQUE E. (a cura di), *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 CEDU*, Torino, 2015, pp. 17-37.

Si è più volte ribadito poi che l'opinione dissenziente espressa in un precedente giudizio potrebbe costituire il fondamento logico di una nuova decisione che potrebbe ribaltare la soluzione precedentemente accolta (fenomeno dell'*overruling*), o ancora, che tali opinioni possano essere utili per approfondire una particolare questione in modo da elaborare una motivazione più accurata⁴¹³.

A sostegno di questo ragionamento, si rende necessario un richiamo a Costantino Mortati, che già negli anni '60 del secolo scorso promuoveva l'introduzione della *dissenting opinion* nel nostro sistema di giustizia costituzionale, osservando che alcuni degli storici cambiamenti di rotta della giurisprudenza americana affondavano le loro radici in sentenze precedenti, e nello specifico proprio in alcune opinioni dissenzienti di carattere più progressista rispetto all'orientamento giurisprudenziale consolidato. Un *trend* questo che è stato rinvenuto anche nell'esperienza giurisprudenziale più recente della CEDU. Il "*leading case*" è rappresentato da *Christine Goodwin c. Regno Unito* (2002)⁴¹⁴ – definito come il caso più eclatante di utilità del dissenso in termini di mutamento della giurisprudenza della Corte – che ha rovesciato la consolidata giurisprudenza in materia di trattamento dei transessuali nel Regno Unito⁴¹⁵: in un primo momento la Corte EDU, stabilendo che nel caso in esame il regime legislativo britannico non costituiva una lesione del diritto al rispetto della vita privata (uniformandosi, così, a quanto affermato anche nelle precedenti decisioni nella medesima materia), non aveva preso in considerazione tutte quelle opinioni dissenzienti di grande rilievo che contrastavano le decisioni maggioritarie precedenti. In un secondo momento, invece, la pratica costante del dissenso ha contribuito a determinare un cambio di rotta della Corte, la quale, pur ammettendo che le regole della certezza del diritto, della prevedibilità delle proprie decisioni e della necessità di assicurare l'uguaglianza dinanzi alla legge non le avrebbero consentito di discostarsi, senza validi motivi, dai propri precedenti (sebbene essa non è formalmente vincolata dalla regola dello *stare decisis*), comprende che un'efficace e concreta tutela dei diritti può essere attuata solo tenendo presenti tutti quei cambiamenti che si producono in una società moderna (dottrina del c.d. *living instrument*). Ed è sulla base di queste considerazioni che essa ha rivalutato l'interpretazione precedente della Convenzione ribaltando gli orientamenti giurisprudenziali fino ad allora seguiti in materia di trattamento dei transessuali⁴¹⁶.

Quanto appena descritto avvalorava perciò la tesi secondo la quale dalle opinioni dissenzienti possono trarsi spunti utili all'evoluzione giurisprudenziale della Corte, in quanto, favorendo una maggiore interazione tra le maggioranze e le minoranze che si

⁴¹³ NOVARESE F., "*Dissenting opinion e Corte europea dei diritti dell'uomo*", in ANZON A. (a cura di), *L'opinione dissenziente*, op. cit., pp. 368-372.

⁴¹⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, Sentenza del 11 Luglio 2001, Caso Christine Goodwin c. Regno Unito, Ricorso n° 28957/95.

⁴¹⁵ Cfr. FUSCO A., *L'indipendenza dei custodi*, op. cit., pp. 123-128.

⁴¹⁶ ASPRELLA C., *L'opinione dissenziente del giudice*, op. cit., pp. 278 ss.

formano di volta in volta all'interno del collegio, questi permettono una maggiore presa in carico delle trasformazioni che si producono nella società⁴¹⁷.

7. *Considerazioni conclusive*

A conclusione di questa trattazione, è indubbio sostenere che nell'ambito della Corte europea dei diritti dell'uomo le opinioni contrastanti hanno assunto un ruolo fondamentale nell'elaborazione e nella concretizzazione di un discorso europeo sui diritti umani.

Le opinioni dissenzienti, infatti, si sono ormai solidamente e definitivamente affermate nel campo della giustizia internazionale e tale tendenza sembra allargarsi allo stesso modo in quei tribunali sovranazionali, come la Corte di Strasburgo appunto, nei quali sono parti contraenti anche gli Stati appartenenti al modello di *civil law*, e ciò grazie a tutti quegli aspetti positivi a cui si è fatto cenno fino ad ora, ovvero: *a)* che le opinioni dissenzienti esercitano un'influenza favorevole sulla rilevazione e sull'evoluzione del diritto internazionale, aspetto che si ricollega alle peculiari caratteristiche strutturali della comunità e dell'ordinamento internazionali; *b)* che tali opinioni impediscono che una pronuncia inesatta acquisti un'autorità che non le spetta, agendo cioè come freno; *c)* che esse valgono a chiarire i motivi e a delimitare la portata delle decisioni; *d)* che se le opinioni dissenzienti non fossero ammesse, sarebbe esclusa la partecipazione al dibattito su importanti questioni di diritto internazionale di un numeroso gruppo di autorevoli esperti della materia, per il fatto stesso che essi, in quanto membri dei tribunali medesimi, in base al principio della segretezza delle deliberazioni adottato nella maggior parte dei tribunali internazionali, nonché per ovvie ragioni di riserbo, dovrebbero astenersi dall'esprimere le proprie opinioni, escludendo così la possibilità di allargare il dibattito e di contribuire alla creazione di un clima giuridico nel quale sia possibile avere evoluzione del diritto internazionale⁴¹⁸.

Ciò che emerge fin qui, insomma, è che anche i giudici della Corte EDU hanno espresso un'esplicita approvazione e un alto gradimento in favore dell'uso di opinioni dissenzienti e concorrenti, in particolar modo quando si è osservato che tale istituto: ha mostrato un elevato grado di protezione dei diritti umani; ha promosso il dibattito all'interno della Corte di Strasburgo; ha manifestato apertura e trasparenza; ha dotato quella parte soccombente dei giudici della opportunità di esprimere i propri convincimenti e di riscontrare apprezzamenti e condivisione da parte di altri giudici.

⁴¹⁷ BOUSSIAKOU I., WHITE R.C.A., *Separate opinions in the European Court of Human Rights*, op. cit., p. 57.

⁴¹⁸ SERENI A.P., *Le opinioni separate dei giudici di tribunali internazionali*, in MORTATI C. (a cura di), *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, op. cit., pp. 156-160.

Insomma le opinioni separate, hanno consentito di realizzare degli obiettivi imprescindibili per l'attività della Corte europea come giudice dei diritti, fra tutti quello di aver fatto emergere la diversità dei sistemi giuridici nazionali e soprattutto delle tradizioni costituzionali di protezione dei diritti fondamentali, favorendo l'individuazione di un consenso più o meno uniforme tra i vari Paesi e rendendo così più robusti gli itinerari di sviluppo della protezione dei diritti della Convenzione. In altre parole, hanno rappresentato un forum per il confronto, adempiendo ad un'importante "funzione di integrazione". Quest'ultima si colloca nell'ambito di un più generale compito di chiarificazione e di esplicazione assolto dalle opinioni separate presso la Corte di Strasburgo, incarico che è stato messo in risalto a partire da loro registro, prevalentemente pedagogico e dialettico, e dal loro contenuto, volto a commentare, correggere, illustrare e specificare la decisione della maggioranza, con riferimento sia alla congruenza della motivazione sotto una molteplicità di profili (competenza, procedura, merito, questione di diritto e di fatto etc.), sia alla coerenza rispetto alla giurisprudenza precedente, sia alle possibili conseguenze delle decisioni⁴¹⁹.

Ciò che si tenterà di fare nel prossimo ed ultimo capitolo, alla luce degli elementi emersi sino ad ora, sarà individuare, nelle opinioni dissenzienti espresse dai giudici di Strasburgo nella particolare materia della libertà religiosa (strettamente connessa alla sfera personale degli individui), un mutamento di prospettiva rispetto alla tradizionale tutela promossa e garantita dalle decisioni prese a maggioranza, che possa far emergere quanto il dissenso si riveli strumento utile ai sistemi democratici per permettere loro di tenere in grande considerazione le differenti posizioni in gioco (soprattutto quelle di minoranza) grazie alla particolare attenzione che esso presta a tutte le declinazioni del pluralismo .

L'intento è dimostrare che il dissenso si presenta quale strumento essenziale per consentire agli Stati di adeguarsi, più o meno spontaneamente, all'orientamento più innovativo e progressista, accogliendo i principi garantisti espressi da un giudice della Corte⁴²⁰. Sarebbe opportuno, dunque, che nel contesto della Corte EDU le opinioni dissenzienti vengano accolte quali "antidoto" allo stile impersonale delle motivazioni espresse nelle sentenze⁴²¹, e che l'esperienza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che fra quelle dei tribunali internazionali è la meglio raffrontabile con quelle delle Corti nazionali europee dal momento che non dirime controversie tra Stati ma giudica di lesioni di diritti individuali, si imponga quale esempio virtuoso da seguire.

⁴¹⁹ RIVIÈRE F., *Les opinions séparées des juges à la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant 2004, pp. 135 ss.

⁴²⁰ NOVARESE F., "Dissenting opinion e Corte europea dei diritti dell'uomo", in ANZON A. (a cura di), *L'opinione dissenziente*, op. cit., pp. 375-376.

⁴²¹ BOUSSIAKOU I., WHITE R.C.A., *Separate opinions in the European Court of Human Rights*, op. cit., p. 60.

Capitolo Quarto

La rilevanza del dissenso nelle decisioni della Corte di Strasburgo sulla libertà religiosa

1. *I casi in esame: dal caso Kokkinakis vs. Grecia al caso Neagu vs. Romania (1993-2020)*

Quando le opinioni dissenzienti si manifestano nella loro funzione esplicativa, nell'illustrare gli itinerari intellettuali argomentativi dei giudici, esse contribuiscono a mantenere aperto il dibattito su alcune questioni che hanno diviso lo spazio pubblico europeo.

Come già ampiamente detto, le opinioni dissenzienti annesse alle sentenze adottate dalle maggioranze rivestono un ruolo fondamentale presso la Corte EDU, non solo perché assicurano la trasparenza della decisione e della relativa motivazione – dando modo ai giudici di meglio specificare le loro ragioni di dissenso – ma anche perché in alcuni casi hanno avuto l'effetto positivo di provocare mutamenti in seno alla giurisprudenza europea, con importanti ripercussioni sulla tutela dei diritti fondamentali.

Quanto detto sembra confermare la posizione di chi sostiene che una "apparente" unanimità della decisione possa avere in realtà conseguenze negative in quanto frutto di un compromesso che non sempre tiene in debito conto le diverse posizioni presenti nel collegio⁴²². Ed infatti il dibattito sul dissenso oscilla fra il considerare tale strumento solamente utile a sorreggere e consolidare i mutamenti giurisprudenziali e la stessa interpretazione ed evoluzione (politica) del diritto, e il valutarlo, invece, quale strumento

⁴²² Sul modo come il principio di collegialità agisce all'interno dei sistemi di giustizia costituzionale esistono posizioni diverse nella dottrina costituzionalistica. Da un lato troviamo Gustavo Zagrebelsky che spiega come nel sistema italiano, al fine di evitare che le divisioni interpretative dei giudici possano apparire come una lotta tra parti, ove la Costituzione si ponga come posta del contrasto, si fa il possibile per ricercare, in camera di consiglio, l'unanimità del giudizio, attraverso lunghi e laboriosi confronti dialettici. C'è dunque una tendenza all'allargamento del consenso, ben oltre la stretta maggioranza formalmente richiesta. In questo modo gli apporti individuali si stemperano all'interno di una decisione unanime che ha la Corte Costituzionale come autrice. Secondo l'A. la ragione della ricerca del più ampio consenso possibile consiste nella presunzione che una decisione largamente sostenuta dai giudici sia maggiormente accettata dall'opinione pubblica, la quale non avrebbe modo, perciò, di speculare sui loro eventuali dissidi. (cfr. ZAGREBELSKY G., *La Corte in-politica Intervento del Prof. Gustavo Zagrebelsky, XXIII Premio Giuseppe Chiarelli*, Corte costituzionale, 20 Ottobre 2004, pp. 5-6; ZAGREBELSKY G., *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica, op. cit.*, pp. 42-44); secondo Sabino Cassese, invece, «la certezza del diritto è un obiettivo da perseguire, perché, in realtà, il diritto è incerto; il diritto – proprio perché incerto – si costruisce a poco a poco; quindi, le interpretazioni divergenti sono legittime; il diritto è fondamentalmente ciò che dicono i giudici (e, quindi, la formazione del diritto è fondamentalmente giurisprudenziale); ed i giudici, a loro volta, per ripetere la famosa metafora di Dworkin, non sono Ercole, sono uomini e possono divergere. A questi argomenti classici, alcuni dei quali superati in quanto legati a concezioni del diritto storicamente determinate o divenute obsolete, si sono aggiunti altri argomenti. Tre sono particolarmente forti nel dibattito culturale attuale. La cosiddetta teoria discorsiva del diritto: il diritto si forma nel dialogo, tra le parti, e tra le parti ed il giudice. La teoria deliberativa (o, meglio, dibattimentale): il diritto è una discussione da cui emergono argomenti; più ricca è la discussione, più ricco è il diritto. La teoria della Costituzione come organismo vivente: essa si arricchisce anche grazie al dibattito interno alle corti supreme» (cfr. CASSESE S., *Lezione sulla cosiddetta opinione dissenziente, op. cit.*, p. 17)

di attenuazione della portata vincolante delle pronunce sorrette da una apparente unanimità⁴²³. È noto che i precedenti della Corte di Strasburgo, pur rivestendo autorità di sentenza rispetto solo al caso concreto sottoposto al loro esame, in realtà non si limitano ad esplicitare la loro efficacia limitatamente al caso deciso, perché, per il tramite di un metodo casistico, contribuiscono a costruire una giurisprudenza interpretativa dei principi della Convenzione⁴²⁴. La Corte, cioè, pur non essendo vincolata alla dottrina dello *stare decisis*, vi si conforma comunque, e lo si constata dai *revirements* giurisprudenziali.

Non a caso è la stessa Corte ad affermare che “*senza essere formalmente vincolata a seguire una qualunque delle sue sentenze precedenti, la Corte ritiene che è nell’interesse della certezza giuridica, della prevedibilità e dell’uguaglianza davanti alla legge che essa non si discosti, senza valido motivo, dai precedenti. Tuttavia, essendo la Convenzione anzitutto un meccanismo di difesa dei diritti dell’uomo, la Corte deve prendere in considerazione l’evoluzione della situazione negli Stati contraenti e reagire, per esempio, di fronte all’emergere di un consenso circa lo standard da raggiungere*”⁴²⁵.

Pertanto, così come risulta dall’analisi della giurisprudenza maggioritaria, anche l’evoluzione degli orientamenti dei giudici dissenzienti nelle sentenze in materia di libertà religiosa, che coprono il periodo di attività della Corte compreso fra il 1993, con la prima sentenza in materia, la *Kokkinakis c. Grecia*, e il 2020, con la sentenza *Neagu c. Romania*⁴²⁶, ha seguito un andamento piuttosto altalenante.

Nei paragrafi che seguono procederemo all’analisi delle singole sentenze considerate, suddividendole per macro aree tematiche al fine di permettere una più agevole individuazione e schematizzazione degli orientamenti di minoranza che emergeranno.

Nello specifico, tra le oltre 700 sentenze pronunciate dalla Corte di Strasburgo sulla questione della libertà religiosa ex art. 9 CEDU nel periodo di attività considerato (1993-2020), il presente lavoro prende in esame 42 decisioni alle quali sono allegate opinioni dissenzienti (o concorrenti) meritevoli (ad avviso di chi scrive) di aver contribuito a individuare una tendenza che possa considerarsi “parallela” a quella che si desume dagli orientamenti delle sentenze maggioritarie e che si dimostri: utile a determinare un innalzamento dell’asticella della tutela della libertà religiosa, suscettibile di trasformarsi

⁴²³ ASPRELLA C., *L’opinione dissenziente del giudice*, op. cit., pp. 272-275.

⁴²⁴ Per un approfondimento sul tema del precedente giudiziale v. TARUFFO M., *Aspetti del precedente giudiziale*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, Pisa 2015, pp. 37 ss.; CROCE M., *Precedente giudiziale e giurisprudenza costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2006, pp. 1114 ss.; MATTEI U., *Voce Precedente giudiziario e stare decisis*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, volume XIV, (1996), pp. 158 ss.; CIVININI M.G., *Il valore del precedente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in BUFFA F., CIVININI M.G. (a cura di), *La Corte di Strasburgo*, op. cit., pp. 126-135.

⁴²⁵ Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Grande Camera, Sentenza del 18 Gennaio 2001, Caso Chapman c. Regno Unito, Ricorso n° 27238/95.

⁴²⁶ Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Quarta sezione, Sentenza del 10 novembre 2020 , Caso Neagu c. Romania, Ricorso n° 49651/16

nella futura maggioranza, e valida nella ricerca di soluzioni che chiariscano ed estendano la portata della tutela consacrata nell'art. 9 CEDU, soprattutto in quei contesti particolarmente controversi nei quali si è promosso un considerevole dibattito sia in dottrina che nell'opinione pubblica. Si vuole capovolgere, cioè, l'angolo di prospettiva "tradizionale" della giurisprudenza CEDU, per consentire agli Stati membri di servirsi di un strumento ulteriore, quello delle *dissenting opinion* appunto, allo scopo rimuovere tutte quelle resistenze (politiche e) giuridiche che spesso impediscono un incremento delle tutele garantite dal combinato disposto dell'art. 9 CEDU con le norme costituzionali interne.

2. *Le libertà negative: Il diritto di non praticare o non rivelare il proprio credo*

La prima suddivisione da compiere per consentire una più semplice schematizzazione delle questioni che prenderemo in esame è fra le libertà negative e positive garantite dall'art. 9 CEDU.

Nello specifico, la libertà di religione, oltre a riconoscere e garantire libertà positive nei confronti di quegli individui che decidano di servirsene, include sotto "l'ombrello" della sua tutela anche diritti negativi, come la libertà di non aderire o non praticare una confessione religiosa. Lo Stato, cioè, non può obbligare una persona a compiere un atto che possa essere ragionevolmente inteso come un assoggettamento a una determinata religione, anche laddove si tratti di ingerenze che si manifestano indirettamente, come nel caso di un documento ufficiale rilasciato in nome dello Stato (carta di identità, pagella scolastica, ecc.) e contenente una casella dedicata all'indicazione dell'orientamento religioso: lasciarla vuota assume inevitabilmente, religiosamente parlando, una connotazione specifica.

A questo proposito, nel caso *Sinan Işık c. Turchia*⁴²⁷, nel quale il ricorrente lamentava il rifiuto manifestato dall'autorità statale turca per gli affari in materia di religione musulmana alla sua richiesta di sostituzione sulla carta d'identità del riferimento «islam» con quello «alevita» (il rifiuto dell'autorità statale richiamata si giustifica per la sua considerazione del credo alevita quale mero segmento della religione islamica⁴²⁸), la Corte

⁴²⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, Seconda sezione, sentenza del 2 maggio 2010, caso *Sinan Işık v. Turkey*, ricorso n.º 21924/05.

⁴²⁸ Il riconoscimento della comunità alevita costituisce una delle questioni più complesse per il moderno Stato turco. La stessa definizione di Alevismo è oggetto di un acceso dibattito, non solo in Turchia e in Europa ma tra gli stessi aleviti. L'Alevismo è stato descritto spesso come una tradizione culturale eterodossa e sincretica che assorbe elementi del Sufismo, dello Sciamanesimo preislamico e dell'Islam sciita. Alcuni studiosi considerano gli aleviti come una minoranza etnica, una comunità di origine rurale con una propria religione, cultura e proprie regole. Altri considerano l'Alevismo come un fenomeno principalmente politico, basato sulla cultura della tolleranza, incline alla democrazia e dedita alla resistenza contro le ingiustizie. Tuttavia, l'alevismo è soprattutto visto come un fenomeno religioso, pur non essendoci accordo tra gli studiosi (e gli stessi aleviti) sul fatto che si tratti di una vera e propria religione o una branca dell'Islam sciita. Cenni sull'Alevismo e sulla questione del riconoscimento si trovano in SHAKMAN HURD E., *Alevis Under Law*:

di Strasburgo ha dichiarato che l'indicazione della religione sulla carta d'identità – obbligatoria o facoltativa che fosse – era di per sé contraria all'art. 9 della Convenzione, poiché in esso non si dispone alcun obbligo simile. Secondo la Corte, infatti, tenuto conto del frequente utilizzo del documento d'identità, l'indicazione dell'appartenenza ad una determinata confessione religiosa rischierebbe di causare situazioni discriminatorie nei rapporti con la pubblica amministrazione. In effetti, il dovere di neutralità cui lo Stato deve attenersi vieta di esaminare la questione dell'appartenenza confessionale di un individuo o di un gruppo, in quanto funzione spettante alle sole autorità spirituali supreme della comunità religiosa di appartenenza. In altre parole, lo Stato non può arbitrariamente imporre o riqualificare l'appartenenza confessionale di un individuo o di un gruppo contro la loro volontà; soltanto le ragioni più gravi e imperiose potrebbero eventualmente giustificare un intervento dello Stato a riguardo.

Per tali ragioni, dunque, la Corte ha constatato, con una maggioranza di sei voti contro uno, che nel caso di specie vi è stata violazione dell'art. 9 CEDU⁴²⁹.

Il giudice Cabral Barreto, che allega una sua opinione dissenziente alla sentenza, afferma invece di non essere d'accordo con la decisione di maggioranza rispetto alla pretesa violazione dell'art. 9 CEDU, sia per ragioni di forma che di sostanza. Relativamente alla forma, il giudice solleva la questione del mancato esaurimento dei ricorsi interni sulla questione della richiesta di rimozione della casella riguardante l'indicazione religiosa all'interno della carta di identità, che non ha permesso al governo in causa di confrontarsi e di esprimersi adeguatamente sulla questione. Pertanto, poiché a suo avviso il governo convenuto non può essere criticato per un'omissione che non dipende dalla sua responsabilità, il giudice dissenziente sostiene che la Corte EDU non avrebbe dovuto esaminare la specifica doglianza.

Quanto alla ragione di "sostanza", invece, il giudice dissenziente non ritiene che la previsione dell'indicazione della religione sulla carta d'identità si sostanzi quale "*divulgazione di uno degli aspetti più intimi dell'individuo*"; secondo il giudice, cioè, il rifiuto dell'autorità turca non ha prodotto una limitazione della libertà religiosa negativa, e anzi sostiene che la decisione presa a maggioranza oltrepassa la sua stessa autorità quando afferma che "*il semplice fatto di domandare la cancellazione della religione nei registri civili potrebbe significare il diffondersi di un'informazione relativa ad un aspetto dell'atteggiamento degli individui avverso al divino*"⁴³⁰. Agli occhi del giudice dissenziente si tratta di un eccesso di

The Politics of Religious Freedom in Turkey, in *Journal of Law and Religion*, 24, 2014, pp. 416-435; MASSICARD E., *The Alevis in Turkey and Europe: Identity Managing Territorial Diversity*, Routledge, Oxon-New York, 2012.

⁴²⁹ Corte Europea dei diritti dell'uomo, *Guida sull'articolo 9 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Libertà di pensiero, di coscienza e di religione*, p. 23. Documento disponibile al link: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Article_9_ITA.PDF

⁴³⁰ Cabral Barreto, Dissenting opinion, Caso Sinan Isik c. Turchia, p. 17.

autorità poco compatibile con il margine di apprezzamento che si dovrebbe accordare agli Stati in tali questioni.

Da questa sentenza, insomma, emerge che quando un individuo è “obbligato” a rivelare la propria appartenenza religiosa, si può incorrere in una violazione della sua libertà religiosa in termini di possibile discriminazione dell'individuo.

La medesima questione è stata affrontata dalla Corte di Strasburgo anche in un'altra sentenza, quella del caso *Grzelak c. Polonia*⁴³¹, nella quale l'atteggiamento assunto dall'amministrazione scolastica polacca che, da un lato, non aveva predisposto corsi alternativi di etica per quegli studenti che non si fossero voluti avvalere dell'insegnamento della religione cattolica, e che dall'altro non aveva assegnato a questi ultimi alcun giudizio finale in religione o etica, producendo così una arbitraria e indiretta divulgazione della loro appartenenza religiosa che avrebbe potuto esporli a possibili rischi di discriminazione, aveva violato ad avviso dei ricorrenti diverse libertà convenzionali

Anche in questo caso la Corte ha concluso accertando una violazione dell'art. 9 della Convenzione, considerato sia separatamente sia in combinato disposto con l'art. 14 CEDU, sia in ragione dell'assenza di un corso facoltativo di etica che il ricorrente avrebbe potuto seguire in quanto studente dispensato dai corsi di religione, sia perché le sue pagelle scolastiche e la sua licenza di scuola primaria recavano un semplice trattino («-») nella casella relativa alla materia di «Religione/Etica». Per la Corte, infatti, mentre l'indicazione di voto non avrebbe permesso di rivelare se il ricorrente avesse seguito o meno il corso di religione o quello di etica, la sua totale assenza, invece, dava precisa testimonianza del fatto che egli non aveva seguito nessuno dei due corsi considerati, esponendolo così al rischio di stigmatizzazione⁴³².

Qui l'interferenza è tanto più importante e contestata dal momento che l'obbligo si manifesta in un fondamentale servizio pubblico come l'istruzione. Dopotutto lo stesso art. 2 del Protocollo n. 1 della CEDU⁴³³, nel sancire il diritto all'istruzione, ne presuppone il carattere bidirezionale. Le posizioni giuridiche tutelate dal primo e dal secondo periodo di questa disposizione cioè sono strettamente correlate ma ben distinguibili: da un lato abbiamo il diritto di tutti ad avere accesso all'istruzione e dall'altro quello dei genitori di vedere rispettate da parte dello Stato le proprie convinzioni nell'educazione da impartire ai propri figli, che sono il mezzo che consente di valutare la legittimità dell'atteggiamento assunto dalle autorità scolastiche⁴³⁴.

⁴³¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, Quarta sezione, sentenza del 15 giugno 2010, caso *Grzelak v. Poland*, Ricorso n°. 7710/02.

⁴³² Corte Europea dei diritti dell'uomo, *Guida sull'articolo 9 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Libertà di pensiero, di coscienza e di religione*, op. cit., p. 23-24.

⁴³³ Art. 2 Protocollo addizionale CEDU, *Diritto all'istruzione*: «Il diritto all'istruzione non può essere rifiutato a nessuno. Lo Stato, nell'esercizio delle funzioni che assume nel campo dell'educazione e dell'insegnamento, deve rispettare il diritto dei genitori di provvedere a tale educazione e a tale insegnamento secondo le loro convinzioni religiose e filosofiche.»

⁴³⁴ TOSCANO M., *Il fattore religioso nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, op. cit., p. 239.

La Corte, pertanto, accerta con sei voti contro uno che vi è stata violazione dell'art. 9 in combinato disposto con l'art. 14 CEDU, e afferma che il governo polacco ha oltrepassato eccessivamente il margine di apprezzamento riconosciutogli dalla CEDU.

L'opinione parzialmente dissenziente allegata alla presente decisione è espressa dal giudice Thórbjörgvinsson. In essa il giudice esprime il suo dissenso rispetto all'accertamento della violazione ex art. 14, poiché la discriminazione rilevata dalla maggioranza, a suo avviso non risulta essere una discriminazione intenzionale: il servizio richiesto alle autorità scolastiche, infatti, ovvero quello di istituire dei corsi alternativi a quello più generico di religione predisposto dalla scuola stessa, era di difficile erogazione per motivi pratici, legati alla mancanza del raggiungimento del necessario numero legale di studenti interessati a parteciparvi. Il giudice dissenziente, infatti, chiarisce che in Polonia i corsi di religione o etica si organizzano solo previa richiesta dei genitori e degli allievi e, a condizione che si raggiunga il numero "legale" di alunni interessati. Ciò, ad avviso del dissenziente, scagionerebbe l'istituto scolastico, sia dall'accusa di violazione dell'art. 14, ma anche di quella della violazione dell'art. 9 CEDU, poiché non vi è evidenza che il richiedente sia stato sottoposto ad indottrinamento o pressione di tipo religioso, né gli è stato impedito di esprimere la propria opinione sulla religione, né tantomeno il ricorrente ha sufficientemente provato che la questione in oggetto possa avergli effettivamente arrecato dei pregiudizi sulle prospettive future in materia di istruzione o lavoro⁴³⁵.

Infine, nella stessa materia troviamo anche il caso *Wasmuth c. Germania*⁴³⁶, deciso l'anno successivo al caso *Grzelack*, nel 2011. Nel presente caso la Corte ha constatato, a maggioranza di cinque voti contro due, che non vi è stata una violazione dell'art. 9 nel caso dell'indicazione «- -» (due trattini) nella casella relativa all'appartenenza religiosa contenuta nel cedolino delle ritenute fiscali dell'interessato, e che invece, a dire del ricorrente, svelava la sua non appartenenza a quelle Chiese o società religiose dalle quali lo Stato percepiva l'imposta di culto.

La Corte nel suo ragionamento ha osservato che, poiché il documento in questione era riservato al datore di lavoro e all'amministrazione fiscale e dunque non era concepito per essere utilizzato in pubblico, l'ingerenza denunciata aveva portata limitata⁴³⁷.

In alcuni Stati d'Europa, esiste un'imposta di culto (imposta ecclesiastica, tassa confessionale, etc.) percepita dallo Stato e poi trasferita ad alcune organizzazioni religiose, o percepita direttamente dall'organizzazione religiosa che può richiederne il pagamento con un'azione intentata dinanzi ai giudici dello Stato. In altri Stati ancora, invece, la legge

⁴³⁵ Thórbjörgvinsson, *Dissenting opinion*, caso Grzelak c. Polonia, pp. 22-24.

⁴³⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, Quinta sezione, Sentenza del 17 febbraio 2011, Caso Wasmuth v. Germany, Ricorso n°. 12884/03,

⁴³⁷ Wasmuth c. Germania, par. 58-59

permette al contribuente di destinare una parte della sua imposta sul reddito ad una determinata organizzazione religiosa⁴³⁸. A parere della Corte, l'esistenza stessa dell'imposta di culto non pone di per sé alcun problema dal punto di vista dell'art. 9 della Convenzione, poiché il diritto dello Stato di percepirla può essere ricondotto ad uno degli scopi legittimi ai sensi del secondo paragrafo di quest'articolo. Tuttavia, l'ampio margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati in materia di imposta ecclesiastica non implica necessariamente che in quest'ambito non possa mai porsi un problema di libertà di religione, al contrario, la Corte ha più volte dichiarato che si possono verificare delle situazioni nelle quali un'ingerenza legata al sistema di riscossione dell'imposta ecclesiastica possa essere significativa, e nelle quali il bilanciamento degli interessi in gioco può indurla a giungere ad una constatazione di violazione. Pertanto, al pari di quanto stabilito nella sentenza *Sinan Isik*, la Corte ritiene che l'obbligo per il richiedente di fornire le informazioni richieste alle autorità fiscali possa effettivamente costituire un'interferenza con la libertà di non dichiarare la propria fede religiosa, tuttavia, in questo caso specifico essa giustifica l'interferenza poiché osserva che l'obbligo in questione era sostenuto da una base giuridica nel diritto tedesco, e pertanto ritiene che il ricorrente non possa eccepire la mancanza di prevedibilità normativa. Fra l'altro la Corte sostiene anche che l'interferenza in oggetto persegue uno scopo legittimo, vale a dire la libertà delle Chiese e delle società religiose di imporre una tassa.

Infine, in considerazione del margine di apprezzamento di cui godono gli Stati, in particolare per quanto riguarda i rapporti che intercorrono fra Stato e religioni, in assenza di standard comuni sulla questione del finanziamento di Chiese e confessioni religiose, e tenendo conto anche della storia e delle tradizioni peculiari di ciascun Paese, la Corte di Strasburgo ritiene che la divulgazione di queste sensibili informazioni religiose, costituisca sì un'interferenza con il diritto dell'individuo di non rivelare la propria religione, ma in questa particolare fattispecie non è sproporzionata rispetto agli altri diritti in gioco.

Interessante in questo caso è l'opinione dissenziente congiunta dei giudici Berro-Lefèvre e Kalaydjeva, i quali, a differenza di quanto sostenuto dalla maggioranza, sostengono invece che vi sia stata violazione dell'art. 9 CEDU. Secondo i dissenzienti, infatti, le informazioni richieste nella fattispecie in esame, sebbene inviate inizialmente alle sole autorità fiscali, e quindi non sottoposte ad una divulgazione diffusa, perdono la loro "confidenzialità una volta comunicate, tramite scheda fiscale, ai datori di lavoro". Secondo i giudici dissenzienti, infatti, questa trasmissione dell'informazione può essere oggetto di un effetto indesiderato che può inevitabilmente ripercuotersi sulla possibilità di trovare o mantenere un posto di lavoro, in quanto i datori di lavoro vengono a conoscenza di una serie di informazioni strettamente personali riguardo i propri dipendenti, che potrebbe "sfruttare" a loro favore.

⁴³⁸ V. PARISI M., *Interventi pubblici a sostegno del fenomeno religioso e rispetto della legalità costituzionale. Il sistema dell'otto per mille all'esame della Corte dei Conti*, in *Diritto e religioni*, 2015, pp. 156-178.

Secondo i dissenzienti, pertanto, sarebbe stato più in linea con gli interessi di tutte le parti in causa, consentire alle autorità fiscali di utilizzare internamente le informazioni dei contribuenti ottenute, senza necessariamente trasmetterle ai datori di lavoro, evitando così che si instauri una possibile discriminazione su base religiosa. Questa soluzione permetterebbe ai due interessi in gioco (quello delle Chiese di imporre la tassa e quello dell'individuo di vedere rispettata la sua libertà di coscienza e religione) di mantenere un certo equilibrio.

Per i dissenzienti, insomma, il ragionamento da seguire era quello sostenuto dalla maggioranza nella decisione sul caso *Sinan isik*⁴³⁹.

Da queste tre sentenze prese in esame sulla questione della libertà di non rivelare il proprio credo, emerge l'importante ruolo assunto dalle opinioni dissenzienti che, sebbene non permettano di giungere ad un coerente e coeso approccio in materia, rendono evidente quelli che sono i punti di forza e i punti deboli delle decisioni. Non bisogna sottovalutare, poi, che le tre sentenze coprono il biennio di attività della Corte EDU 2010-2011, che costituisce un periodo particolarmente controverso per la giurisprudenza "consolidata" della Corte perché, come avremo modo di valutare anche in relazione alle altre sentenze che saranno prese in esame, questo biennio rappresenta l'"anno zero" che ci permette di individuare un prima e un dopo negli orientamenti giurisprudenziali seguiti in materia di libertà religiosa, e che in alcuni ambiti specifici emerge più chiaramente.

Tuttavia anche qui, sebbene si prenda in considerazione un periodo molto breve, è possibile evidenziare un mutamento giurisprudenziale: mentre nelle sentenze del 2010 la Corte di Strasburgo sembra assumere un atteggiamento, ad avviso di chi scrive, "avanguardista", accertando la violazione dell'art. 9 in entrambi i casi e dunque condannando l'abuso di margine di apprezzamento operato dai governi convenuti, nel caso del 2011, invece, la Corte fa degli evidenti passi indietro nella tutela garantita fino ad allora.

A questo proposito, interessante è l'opinione dissenziente allegata alla decisione *Wasmuth c. Germania*, nella quale si invita la Corte a non allontanarsi dal proprio precedente e a seguire l'orientamento maggioritario emerso in *Sinan Isik*, che sembrava aver compiuto un importante balzo in avanti nella tutela della libertà negativa in questione. Infatti, se nei due casi precedenti la Corte ha accordato la violazione dell'art. 9 soprattutto in ragione della natura ufficiale dei documenti contestati, le cui informazioni contenute potrebbero subire indebite azioni di discriminazione religiosa stante l'estesa divulgazione che consegue alla loro utilità sociale, nell'ultimo caso, invece, la Corte riconosce al documento esaminato una portata di conoscibilità pubblica più limitata, che non permetterebbe ai dati contenuti al suo interno di essere diffusamente divulgati.

⁴³⁹ Berro-Lefèvre e Kalaydjeva, Dissenting opinion, in caso *Wasmuth c. Germania*, pp. 15-16.

Insomma, in quest'ultimo caso, la maggioranza sembra avallare le posizioni dei precedenti giudici dissenzienti, che non condividevano le decisioni di violazioni della libertà religiosa alla luce dell'ampio margine di apprezzamento che deve essere riconosciuto agli Stati in materia di rapporti Stato-confessioni religiose. L'opinione dissenziente allegata al caso *Wasmuth* tenta, invece, di riportare il livello di tutela a quello precedente, ammonendo la maggioranza per essersi distaccata eccessivamente dal suo precedente orientamento; si rievoca tacitamente cioè la regola dello "*stare decisis*", sebbene formalmente la Corte di Strasburgo non ne sia vincolata.

Ciononostante, per comprendere quale sarà l'orientamento prevalente e quale profilo assumerà la giurisprudenza che si consoliderà in materia, non rimane che attendere che la Corte EDU si esprima su nuovi ed ulteriori casi in materia, così da poter disporre di più materiale giurisprudenziale sul quale basare le proprie ipotesi di indagine.

2.1 Libertà negative: L'obiezione di coscienza al servizio militare

Sempre nell'ambito delle libertà negative, è in materia di obiezioni di coscienza che è possibile applicare alcune chiavi di lettura capaci di dare spiegazione sistematica alle soluzioni adottate dalla Corte di Strasburgo. Nello specifico è relativamente ai casi concernenti l'obiezione di coscienza al servizio militare che è possibile ricostruire una vera e propria parabola giurisprudenziale che segue un percorso ben definito.

Solitamente la Corte di Strasburgo si oppone all'imposizione di atti con connotazioni religiose da parte di uno Stato ma, quando ad essere imposto non sia un comportamento con intrinseche connotazioni religiose, come nel caso del servizio militare obbligatorio, la posizione dell'obiettore di coscienza perde peso nel bilanciamento tra interessi contrapposti e il perimetro della sfera di garanzia costruita sull'art. 9 tende a restringersi. Tuttavia, anche in questa ipotesi l'intervento dello specifico religioso può essere decisivo, soprattutto quando questo, come nei casi che prenderemo in esame, incide non sull'oggetto dell'obbligo bensì sulle convinzioni poste a fondamento del rifiuto di adempiere ad un certo obbligo, contribuendo a ricondurre la posizione considerata nell'ambito della tutela convenzionale.

Ciò non significa che la convinzione religiosa sia di per sé più garantita di quella di coscienza, ma si tratta di una semplice presunzione che si basa sulla constatazione per cui accertare in giudizio la serietà, coerenza, coerenza e importanza di una convinzione religiosa è di norma più agevole di quanto non lo sia per una convinzione di coscienza, se non altro perché la prima trova spesso riscontro in un sistema istituzionale organizzato.

Ad oggi non è dato leggere dalle pronunce della Corte un generalizzato diritto all'obiezione di coscienza, salvo che in relazione al rifiuto di compiere un atto a contenuto religioso che l'ordinamento statale faccia oggetto di obbligo. Quando invece si è trattato di

imposizioni previste dalla legge, cui i ricorrenti opponevano un rifiuto motivato per ragioni di coscienza o di religione, la Corte non ha mai censurato le scelte normative degli Stati: ad esempio la Corte ha escluso che l'art. 9 consenta al farmacista di non vendere farmaci anticoncezionali⁴⁴⁰, ai genitori di sottrarre i propri figli alla scuola dell'obbligo o alle lezioni di nuoto per classi miste, al disoccupato di rifiutare il posto di lavoro proposto dal sistema pubblico di collocamento solo perché inserito in un istituto religioso, al magistrato di non tenere udienza nelle aule in cui sia esposto il crocifisso, al cittadino di sottrarsi all'assegnazione del codice fiscale, o infine al consulente che assiste le coppie omosessuali e all'ufficiale di stato civile di riconoscere effetti al matrimonio omosessuale⁴⁴¹. A questo proposito, è bene che si faccia un veloce richiamo al già citato caso *Eweida e altri c. Regno Unito*⁴⁴², sebbene sia una sentenza che non tratti nello specifico dell'obiezione di coscienza al servizio militare.

In questo caso, che riguarda più ricorsi presentati, la Corte ha concluso che non vi è stata violazione dell'articolo 9, considerato separatamente o in combinato disposto con l'art. 14 della Convenzione, né in merito al procedimento disciplinare convenuto nei confronti di un'impiegata cristiana di un ente locale, a seguito del suo rifiuto di essere assegnata nell'ufficio di stato civile alla registrazione delle unioni civili omosessuali per ragioni di coscienza, che ne ha prodotto il licenziamento, né in merito ad un altro procedimento disciplinare intentato nei confronti di un impiegato di una società privata, sempre a

⁴⁴⁰ Nella specificità del contesto italiano, da qualche anno a questa parte si sono fatte avanti nuove ipotesi obiettorie, che hanno destato non poche perplessità: la richiesta del riconoscimento del diritto ad obiettare da parte dei farmacisti (diverse sono state le proposte di legge in materia, sebbene ancora nessuna di queste sia stata approvata). Nel contesto italiano, infatti, oltre ai medici, anche i farmacisti hanno avanzato richieste di riconoscimento del diritto ad esercitare l'obiezione di coscienza, in particolare riguardo la vendita di quei prodotti farmaceutici di contraccezione (la "pillola del giorno dopo"). La questione è stata presa in esame dal Consiglio Nazionale per la Bioetica in un documento del 2011 dal titolo "*Nota in merito alla obiezione di coscienza del farmacista alla vendita di contraccettivi d'emergenza*". La maggioranza del CNB si è espressa a favore della necessità del riconoscimento dello strumento dell'obiezione di coscienza nei confronti dei farmacisti, invocando sia il rispetto della sua libertà di coscienza che il rispetto della vita umana. Ma una tale decisione, entra in contrasto con la *ratio* stessa dell'obiezione di coscienza, ovvero quella di essere uno strumento predisposto alla garanzia della libertà di coscienza di un soggetto, e non uno strumento messo a disposizione dall'ordinamento per consentire l'affermazione dei valori fondamentali per il singolo obiettore. La minoranza del CNB, invece, ha sostenuto che il riconoscimento dell'obiezione di coscienza anche nei confronti dei farmacisti potrebbe dar luogo ad "obiezioni a catena" da parte di tutti quei soggetti che sono coinvolti a vario titolo nella catena causale che porta la pillola in questione nella disponibilità della donna, creando, dunque, una paralisi nell'esercizio di un diritto fondamentale.

⁴⁴¹ L'estensione dell'accesso all'istituto del matrimonio delle coppie omosessuali rappresenta ed ha rappresentato uno degli aspetti più controversi del dibattito sui diritti degli omosessuali e, spesso, lo strumento delle unioni civili per gli omosessuali è stato inteso quale strumento «di tolleranza delle "diversità"» e non quale reale strumento che permetta l'eguale godimento degli stessi diritti riconosciuti alle coppie eterosessuali e ha fatto sorgere, fra l'altro, anche la questione del riconoscimento del diritto all'obiezione di coscienza in capo ai sindaci e agli ufficiali civili, a quali è richiesto di registrare le unioni in oggetto. Si tratta di un dibattito che in sede europea è stato ampiamente discusso, si ricordi a riguardo il ricorso proposto dinanzi alla Corte di Strasburgo *Eweida et al. v. Regno Unito* del 2013 che analizzeremo più avanti.

⁴⁴² Corte europea dei diritti dell'uomo, Quarta sezione, sentenza del 15 gennaio 2013, Caso *Eweida e altri c. Regno Unito*, Ricorsi n°. 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10.

seguito del suo rifiuto per ragioni di coscienza di impegnarsi a fornire terapia psicosessuale a coppie dello stesso sesso.

Si tratta di due ricorsi particolarmente rilevanti, nei quali la Corte EDU, scegliendo di lasciare allo Stato ampio margine di manovra, mostra un atteggiamento di *self-restraint*, perché ritiene che lo scopo perseguito dall'autorità locale, ossia offrire un servizio ai cittadini che promuova l'uguaglianza delle opportunità, evitando qualsiasi tipo di discriminazione, sia proporzionato alla misura restrittiva comminata alla ricorrente. A dissentire dalla decisione segnaliamo i giudici Vucinic e De Gaetano, i quali pur accettando la legittimità dello scopo perseguito dall'autorità nazionale, sostenevano che la ricorrente meritasse di vedere la sua libertà di coscienza ugualmente garantita, stante anche le ragioni religiose che la sostenevano. Fra l'altro, considerato che la ricorrente non stava violando alcun "dovere" di discrezione nella sua funzione pubblica, secondo i dissenzienti la Corte avrebbe dovuto operare un migliore bilanciamento, senza dover necessariamente arrivare a non garantire la libertà di coscienza e di religione alla ricorrente, ma più semplicemente suggerendo una soluzione pratica che non pregiudicasse i servizi complessivi forniti dall'ente convenuto, ovvero la sua sostituzione dalla posizione coperta⁴⁴³.

Tornando invece alla giurisprudenza in materia di obiezione di coscienza al servizio militare, in un primo momento la Commissione europea dei diritti dell'uomo aveva negato che la portata dell'art. 9 potesse estendersi fino a comprendere anche il diritto all'obiezione di coscienza al servizio militare ma, a partire dal 2009, si fece strada un'applicazione più incisiva dell'articolo suddetto in materia. In particolare, nella sentenza *Lang c. Austria*⁴⁴⁴, il ricorrente, che svolgeva funzione di ministro di culto in una comunità religiosa di Testimoni di Geova, lamentava la violazione del divieto di discriminazione per motivi religiosi per essergli stata negata l'esenzione dal servizio militare in quanto appartenente a un'organizzazione religiosa registrata come semplice "*religious community*"⁴⁴⁵.

La sentenza Lang ha rappresentato il punto di avvio di una giurisprudenza che, da quel momento in poi, abbandona il precedente orientamento in materia e si compone esclusivamente di provvedimenti che accertano violazioni dell'art. 9 CEDU.

A dare attuazione concreta a questo nuovo corso della Corte troviamo la sentenza *Bayatyan c. Armenia*⁴⁴⁶, nella quale la Grande Camera, richiamando la dottrina del *living*

⁴⁴³ De Gaetano e Vucinic, Dissenting opinion, in caso Eweida e altri c. Regno unito, pp. 50-53

⁴⁴⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, Prima sezione, sentenza del 19 marzo 2009, Caso Lang v. Austria, Ricorso n°. 28648/03.

⁴⁴⁵ Il caso, dunque, potrebbe anche essere ricondotto alla categoria dei "*registration cases*", che esamineremo nei prossimi paragrafi.

⁴⁴⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 7 luglio 2011, caso Bayatyan c. Armenia, Ricorso n°. 23459/03.

instrument, afferma la necessità di riconsiderare la giurisprudenza precedente in ragione dell'ormai stabilizzato consenso europeo in questa materia. Il riconoscimento del diritto di obiezione di coscienza, infatti, era diventato uno dei requisiti richiesti agli Stati membri che desideravano aderire al Consiglio d'Europa.

Ma, nonostante questa sentenza abbia senza dubbio aperto una nuova direttrice di sviluppo fissando in modo irreversibile uno standard in materia, è necessario essere cauti nell'ascrivere questo risultato all'esercizio di una scelta forte da parte dei giudici nel volere "ribaltare" la giurisprudenza precedente. Pertanto, per comprendere a fondo cosa abbia effettivamente determinato questo mutamento di prospettiva è bene analizzare la decisione citata.

Il caso origina dalla denuncia di violazione della libertà di coscienza avanzata da un cittadino armeno, condannato per aver rifiutato di prestare servizio militare. Secondo il ricorrente, infatti, l'interferenza da parte delle autorità statali, che avevano predisposto il suo arresto, non era necessaria in una società democratica. Il governo armeno, invece, sosteneva di aver agito in conformità con l'orientamento di Strasburgo che prevaleva a quel tempo (i fatti risalgono al biennio 2000/2001), che tra le questioni tutelate dall'art. 9 CEDU non annoverava l'esenzione dal servizio militare. Il governo, insomma, si giustifica sostenendo che non avrebbe potuto prevedere il mutamento della giurisprudenza in materia e, che per tale motivo, non può essere accusato di non aver messo in atto alcuna azione per conformarsi alla nuova interpretazione.

Dal canto suo la Corte di Strasburgo, pur riconoscendo che all'epoca dei fatti l'Armenia non aveva ancora esteso le garanzie dell'art. 9 CEDU all'esenzione dal servizio militare per motivi di coscienza, evidenzia però che si trattava di una tendenza avviatasi già dagli anni '80 del secolo scorso in larga parte dei Paesi membri del Consiglio d'Europa, e che pertanto era facilmente prevedibile. Secondo la Corte, cioè, il ritardo nell'adeguamento è da imputare allo stesso governo armeno, responsabile di non essersi conformato per tempo ai nuovi standard che stavano emergendo in materia. Dunque, in linea con l'approccio del *living instrument*, la Corte stabilisce per sedici voti contro uno che vi è stata violazione ex art. 9 CEDU e che in ragione del ritardo il governo armeno non poteva usufruire di un ampio margine di apprezzamento.

L'unica opinione dissenziente allegata al caso è quella espressa dal giudice Gyulumyan, il quale sostiene la non violazione dell'art. 9 basandosi sulla sua stessa interpretazione: l'art. 9, infatti, stabilisce che non è possibile apprestare una tutela per ogni atto motivato da una religione. Secondo il giudice dissenziente, cioè, sebbene l'approccio evolutivo risultante dalla dottrina del *living instrument* consenta alla Corte EDU di ampliare il novero dei diritti

esistenti, a suo avviso principale compito della Corte di Strasburgo è proteggere i diritti umani e non crearne di nuovi⁴⁴⁷.

L'approccio giurisprudenziale seguito in *Bayatyan* non è rimasta senza seguito: anche in successive occasioni, infatti, la Corte ha ripetuto come l'articolo 9 fondi il diritto di essere esentati dal servizio militare per ragioni di coscienza, rendendo così necessario accertare caso per caso se le convinzioni addotte dall'individuo siano sufficientemente serie e coerenti per fondare quella pretesa. Si tratta delle sentenze *Bukharatyan c. Armenia*⁴⁴⁸ e *Tsaturyan c. Armenia*⁴⁴⁹, nelle quali la Corte segue pedissequamente il filone avviato nel 2009 senza aggiungervi elementi di rilievo.

Solo nel caso *Tsaturyan c. Armenia* si rinviene una opinione concordante, nella quale il giudice Ziemele mette in evidenza come la Corte abbia stabilito che anche se i fatti del caso erano sorti prima o comunque durante il periodo transitorio dell'entrata in vigore della legge nazionale sul servizio alternativo, l'obbligo di rispettare il diritto alla libertà di religione degli obiettori di coscienza doveva applicarsi sin dal momento in cui quel diritto era stato disciplinato dal diritto internazionale, in linea dunque con quanto stabilito dalla maggioranza nella sentenza *Bayatyan*. Tuttavia, il giudice esprime qualche perplessità sulla procedura che la Corte era chiamata a eseguire per riuscire ad accertare la coerenza, la serietà, e la coesione delle convinzioni religiose del ricorrente, e soprattutto sulla sua futura applicazione in casi futuri. Il giudice Ziemele, cioè, insomma esprime una serie di quesiti sull'approccio seguito dalla Corte di Strasburgo, le cui risposte giocheranno un ruolo di particolare importanza nella determinazione dell'orientamento che si produrrà in materia nel prossimo futuro, con riflessi rilevanti sulla stessa tutela del diritto in gioco⁴⁵⁰.

Il più recente caso esaminato in tema di obiezione di coscienza alla leva militare è quello della sentenza *Dyagilev c. Russia*⁴⁵¹ del 2020. Qui il ricorrente lamentava il fatto che la sua domanda di esenzione dal servizio militare obbligatorio, nella quale chiedeva di essere assegnato al servizio civile giacché aderente alla filosofia pacifista, era stata respinta. A parere dell'autorità statale, chiamata a valutare la veridicità delle ragioni che giustificavano la richiesta di esenzione, i documenti e le informazioni forniti dal richiedente non erano sufficientemente convincenti per concludere che fosse un autentico pacifista e, inoltre, rileva che erano anche stati presentati solo in un secondo momento rispetto alla presentazione domanda di esenzione.

⁴⁴⁷ Gyulumyan, Dissenting opinion, in caso *Bayatyan v. Armenia*, pp. 27-29.

⁴⁴⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, Terza sezione, sentenza del 10 gennaio 2012, caso *Bukharatyan v. Armenia*, Ricorso n°. 37819/03.

⁴⁴⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, Terza sezione, sentenza del 10 gennaio 2012, caso *Tsaturyan v. Armenia*, Ricorso n°. 37821/03,

⁴⁵⁰ Ziemele, Dissenting opinion, in caso *Tsaturyan v. Armenia*, pp. 10-11

⁴⁵¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, Terza sezione, sentenza del 10 marzo 2020, caso *Dyagilev c. Russia*, Ricorso n°. 49972/16.

Il ricorrente sosteneva che il diniego del permesso di svolgere il servizio civile alternativo aveva interferito con le libertà sancite all'art. 9 CEDU, e che l'interferenza non era stata prescritta dalla legge e non era necessaria in una società democratica

La Corte di Strasburgo, chiamata ad esprimersi sul caso, ha sostenuto che poiché agli Stati è riconosciuta la possibilità di stabilire autonomamente le procedure per valutare la serietà delle convinzioni dell'individuo e per contrastare qualsiasi tentativo di abuso della possibilità di esenzione in esame, essa non ravvisa alcun motivo per dubitare della valutazione delle autorità nazionali sulle violazioni lamentate dal ricorrente. La Corte, cioè, accordando con quanto stabilito dal governo russo, accerta che il richiedente non sia riuscito a dimostrare l'esistenza di un conflitto grave e insormontabile tra l'obbligo di prestare servizio nell'esercito e le sue convinzioni, e dichiara per quattro voti contro tre che non vi è stata violazione dell'art. 9 CEDU.

In allegato alla presente decisione troviamo l'opinione dissenziente congiunta dei giudici Pinto de Albuquerque, Keller e Schembri Orland. I dissenzienti, per sorreggere il ragionamento del loro dissenso, richiamano e concordano con quanto stabilito da una sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti d'America⁴⁵², nella quale si accettava che il ritardo con cui un individuo afferma le ragioni di un'obiezione di coscienza in merito ad una richiesta di esenzione *“potrebbe mettere in dubbio”* la sua *“genuinità”*, ma che tuttavia *“non c'è motivo di supporre che tali affermazioni non possano essere altrettanto autentiche e sostanziali come le affermazioni di coloro la cui obiezione di coscienza matura in precedenza”*⁴⁵³.

I dissenzienti, cioè, pure accettando che le Alte Parti contraenti abbiano il diritto di valutare la coerenza di una presunta obiezione di coscienza ai fini di evitare l'abuso dell'opportunità di esenzione, sostengono che il ragionamento generalizzato promosso dalle autorità russe era infondato e quindi arbitrario⁴⁵⁴.

Sono anni che si sostiene che i presunti obiettori di coscienza *“le cui opinioni sono in ritardo nella cristallizzazione”* non possono *“essere privati di una piena ed equa opportunità di presentare i meriti”* delle loro affermazioni⁴⁵⁵, e per i giudici dissenzienti il fatto che la Corte non abbia seguito quest'orientamento rappresenta un grave errore di valutazione.

In questa particolare materia, a determinare l'orientamento prevalente da seguire paiono essere i tempi: per accertare una violazione dell'art. 9 CEDU la Corte di Strasburgo ritiene necessario che i ricorrenti esprimano immediatamente le loro ragioni di obiezione. Un *“ritardo”* metterebbe in discussione la serietà delle loro richieste, fino a considerarle delle giustificazioni prive di senso, addotte al solo fine di essere esentati dal servizio militare o civile.

⁴⁵² V. Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, Caso Ehlert v. United States, 402 US 99 (1971), pp. 103-104.

⁴⁵³ IBIDEM, p. 104.

⁴⁵⁴ Keller, Pinto de Albuquerque, Schembri Orland, Dissenting opinion, in caso Dyagilev c. Russia, pp. 24-27.

⁴⁵⁵ Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, Caso Ehlert v. United States, *op. cit.*, p. 103.

Tuttavia i giudici che hanno dissentito nel caso *Dyagilev*, si sono opposti a questo orientamento, richiamando quanto sostenuto in una sentenza della Corte suprema USA. I dissenzienti, cioè, suggeriscono di aprire un dialogo fra le due Corti che possa produrre uno proficuo scambio giurisprudenziale al fine di assicurare una più ampia tutela delle posizioni individuali degli obiettori di coscienza.

La questione tempo rileva poi anche in relazione al riconoscimento del margine di apprezzamento nei confronti degli Stati: affinché uno Stato possa legittimamente appellarsi al suo diritto di discrezionalità decisionale in materia, la Corte ha stabilito che è necessario che essi si adeguino per tempo ai nuovi standard sviluppatisi, per i quali, nel caso specifico, il diritto all'obiezione di coscienza per motivi religiosi si imponeva ora quale lecita giustificazione per essere esentati dal servizio militare. Gli Stati, cioè, adeguandosi ai nuovi standard, potevano liberamente stabilire i requisiti necessari a riconoscere un'istanza obiettorica come legittima ed evitare indebiti abusi di questo importante strumento di democrazia.

Insomma, l'esame della giurisprudenza della Corte in questa materia consente, da un lato di individuare alcuni punti fermi, dall'altro di sollevare anche qualche perplessità: innanzitutto, è certo che oggi lo standard emerso dalla giurisprudenza di Strasburgo imponga agli Stati membri di prevedere il diritto di obiezione di coscienza al servizio militare, disciplinandolo secondo modalità non discriminatorie per chi sceglie il servizio civile sostitutivo; la Corte, poi, ha anche stabilito di essere disposta ad applicare le garanzie dell'articolo in questione all'opposizione al servizio militare, solo laddove tale opposizione sia motivata da un conflitto grave e insormontabile tra l'obbligo di prestare servizio nell'esercito e la coscienza di una persona o le sue convinzioni sincere e profonde, di natura religiosa o di altro tipo. Nelle motivazioni della Corte, cioè, ha assunto un peso determinante la serietà delle opinioni dei ricorrenti, misurata col metro del religioso.

È auspicabile, però, che la Corte assuma un atteggiamento meno rigido, riservando al carattere religioso delle convinzioni poste a fondamento dell'obiezione di coscienza un peso specifico minore⁴⁵⁶. In ultimo, da questa giurisprudenza emerge anche che a uno Stato che non ha (ancora) introdotto delle forme di servizio civile sostitutivo per offrire una soluzione agli individui in caso di conflitto tra la coscienza individuale e gli obblighi militari, si riconosce un margine di apprezzamento molto limitato ed è anche sottoposto all'obbligo di presentare ragioni convincenti e imperiose per giustificare un suo qualsiasi atto di ingerenza⁴⁵⁷.

⁴⁵⁶ TOSCANO M., *Il fattore religioso nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, op. cit., pp. 229-237.

⁴⁵⁷ Corte Europea dei diritti dell'uomo, *Guida sull'articolo 9 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Libertà di pensiero, di coscienza e di religione*, op. cit., p. 24-25.

2.2 *Le libertà positive: la questione del proselitismo*

Passando ora ad analizzare i casi relativi alle libertà positive ex art. 9 CEDU, sappiamo che la libertà di religione implica quella di manifestare la propria religione non solo individualmente e in privato, ma anche in maniera collettiva, in pubblico e nella cerchia di coloro con cui si condivide la fede. In altri termini, individualmente o collettivamente, in pubblico come in privato, ciascuno può manifestare le proprie convinzioni in diverse forme: il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti.

Tra queste libertà positive, la prima a divenire oggetto di una pronuncia di condanna da parte della Corte è stata la libertà di proselitismo, al centro di una delle vicende più note in materia di libertà religiosa, ovvero il caso *Kokkinakis c. Grecia*⁴⁵⁸, nel quale la Corte di Strasburgo accerta, per la prima volta dal momento della sua istituzione, una violazione della libertà oggetto di esame.

Abbiamo già avuto modo di descrivere nel dettaglio la vicenda del caso: un testimone di Geova condannato e arrestato per essersi recato al domicilio della moglie del cantore della Chiesa ortodossa locale ed avere iniziato con lei una discussione di natura religiosa a fini propagandistici.

Qui la Corte ha stabilito con sei voti contro tre che vi è stata violazione dell'art. 9, senza però censurare la norma greca che sanzionava il proselitismo, che poteva dunque continuare ad espletare i suoi effetti fintantoché si applicasse ai soli casi in cui si contestava un "proselitismo illegittimo".

In linea di principio, la libertà di manifestare la propria religione comprende il diritto di convincere e di convertire il prossimo per mezzo, ad esempio, dell'insegnamento, in mancanza del quale, del resto, la libertà di cambiare religione o credo sancita dall'art. 9 CEDU rischierebbe di rimanere lettera morta. Allo stesso tempo, però, in questa sentenza, la Corte di Strasburgo cerca di stabilire che nel novero delle azioni legittime connotate religiosamente, non debba rientrare la tutela del proselitismo improprio, ovvero quello che si realizza offrendo vantaggi materiali o sociali, o attuando una forma di pressione impropria al fine di ottenere adesioni ad una certa comunità religiosa.

In realtà, il ragionamento seguito dalla Corte produce una soluzione difficilmente difendibile sul piano teorico, poiché l'art. 9 non opera alcuna distinzione tra una modalità di propaganda e l'altra; tuttavia non bisogna dimenticare che, come già sostenuto in precedenza, il caso in esame è la prima sentenza che accerta una violazione della libertà religiosa, e che la sanzione nei confronti del ricorrente era stata comminata in applicazione di una disposizione costituzionale, pertanto, se la Corte avesse assunto un approccio più

⁴⁵⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 25 maggio 1993, caso *Kokkinakis c. Grecia*, Ricorso n°. 14307/88.

“deciso”, pronunciandosi sulla legittimità della norma costituzionale greca, avrebbe adottato un atteggiamento tipico di una Corte costituzionale.

Ciononostante l'orientamento emerso in *Kokkinakis* ha comunque fornito la base di partenza per la giurisprudenza successiva in materia, *in primis* in relazione alla vicenda *Larissis c. Grecia*⁴⁵⁹, che scaturiva dalla condanna di alcuni ufficiali dell'esercito greco accusati di proselitismo⁴⁶⁰.

Le opinioni separate allegare alla sentenza *Kokkinakis* sono cinque, ma tre sono quelle che più rilevano. La prima è l'opinione parzialmente concorrente espressa dal giudice Pettiti, secondo il quale ciò che in questo caso contravviene all'art. 9 CEDU è la legge greca, che risulta essere vaga e manchevole di una chiara definizione di proselitismo. Per il giudice Pettiti, come già anticipato, quella sentenza – che sembrava già spingersi lontano sanzionando per la prima volta un Paese su un caso di violazione della libertà religiosa – avrebbe dovuto fare molto di più, censurando la norma stessa, in modo da impedire analoghe violazioni in futuro. La sentenza *Kokkinakis*, infatti, pur accertando la violazione dell'art. 9 della CEDU, nella sua motivazione ha concesso fin troppo spazio ad un sistema nazionale ancora fortemente confessionista, che avrebbe inevitabilmente limitato il sindacato futuro della Corte e lasciato inalterato uno schema in base al quale, da un lato, si posizionavano le Chiese storicamente più note o comunque maggioritarie (a partire da quella Ortodossa, in quanto Chiesa di Stato), che avevano più da perdere dal mutamento dei sistemi tradizionali dei rapporti con gli Stati (sistemi c.d. “privilegiari” anche di rango “pattizio”), dall'altro, invece, i gruppi religiosi minoritari che nutrivano speranze in una giurisdizione sovranazionale svincolata da condizionamenti politici, pronta a riconoscere l'eguale condizione giuridica di tutte le formazioni sociali a carattere religioso-confessionale (pure filosofico e finanche agnostico)⁴⁶¹. Troviamo poi l'opinione dissenziente del giudice Valticos che si distanzia dalla decisione della maggioranza sostenendo che si è data un'interpretazione troppo ampia alla libertà ex art. 9 CEDU, che non può legittimamente accettare attività di interferenza sulle credenze altrui, realizzate, ad esempio, per mezzo di un'azione di proselitismo. Per il giudice, infatti, la tutela ex art. 9 deve riguardare la sfera individuale delle persone e non anche contrastare le convinzioni religiose altrui. Fra l'altro, a differenza di quanto sostenuto da Pettiti, Valticos in realtà sostiene che la legge greca sia sufficientemente chiara e non lascia spazio a dubbi interpretativi, anzi è tale da tutelare la libertà religiosa in senso ampio⁴⁶².

⁴⁵⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 24 febbraio 1998, Caso *Larissis v. Grecia*; PARISI M., *La sentenza Larissis della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e la tutela della libertà di religione*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1999, pp. 236-282.

⁴⁶⁰ TOSCANO M., *Il fattore religioso nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, op. cit., pp. 211-213

⁴⁶¹ Pettiti, *Dissenting opinion*, in caso *Kokkinakis c. Grecia*, pp. 21-25; VENTURA M., *Conclusioni. La virtù della giurisdizione europea sui conflitti religiosi*, in MAZZOLA R. (a cura di), *Diritto e religione in Europa*, op. cit., pp. 293-362.

⁴⁶² Valticos, *Dissenting opinion*, in caso *Kokkinakis c. Grecia*, pp. 27-29

Ulteriore opinione separata allegata alla sentenza maggioritaria è quella parzialmente dissenziente del giudice Martens, per il quale non si può riconoscere allo Stato un così ampio margine di apprezzamento in una materia così delicata, considerato che l'art. 9 tratta di libertà essenziali per la dignità umana. Secondo Martens, insomma, lo Stato non dovrebbe interessarsi di colui che cerca di convincere l'altro a cambiare religione: consentire allo Stato di intervenire sulla questione del proselitismo è in contrasto con il principio cardine della neutralità che lo Stato deve mantenere in materia, al fine di evitare di produrre discriminazioni fra confessioni religiose. Lo Stato, cioè, non può ergersi ad arbitro per valutare la correttezza di un comportamento religioso.

Il giudice Martens, inoltre, sostiene la necessità di tutelare da un lato il diritto di non essere "vittima" di proselitismo illegittimo, dall'altro quello di poter liberamente svolgere attività di proselitismo legittimo. Egli sostiene cioè che la Grecia abbia sì violato l'art. 9, ma in ragione di una legge che condanna il proselitismo come reato penale applicando una sanzione eccessiva, senza operare dunque la necessaria distinzione fra azione legittima o illegittima⁴⁶³.

Nella sentenza *Larissis c. Grecia*, invece, che riguardava la vicenda di alcuni ufficiali dell'aeronautica militare condannati dai tribunali militari per proselitismo sia nei confronti di altri militari ad essi subordinati che nei confronti di vari civili, la Corte di Strasburgo ha adottato un approccio meno rigido rispetto a quello sino a qui seguito: relativamente ai tentativi di convertire i militari, con una maggioranza di otto voti contro uno, la Corte si è espressa per la non violazione dell'art. 9 CEDU da parte delle autorità che avevano condannato i militari, in quanto ha osservato che la tipica struttura gerarchica degli ordini militari può effettivamente rendere difficile per un sottoposto sottrarsi da una conversazione di natura religiosa con un superiore. In effetti, quello che in ambito civile potrebbe sembrare uno scambio inoffensivo di idee, che il destinatario è libero di accettare o di respingere, nell'ambito della vita militare può essere percepito come una forma di "molestia" o come esercizio di pressioni indebite per mezzo di un abuso di potere. Ciò considerato, se le circostanze lo esigono, gli Stati possono legittimamente adottare misure particolari atte a proteggere i diritti e le libertà altrui, in questo caso quelle dei sottoposti nelle forze armate. Con riguardo invece all'azione di proselitismo attuata nei confronti dei civili, la Corte ha dichiarato che la condanna dei ricorrenti non era in realtà necessaria in una società democratica e, per questo motivo, le misure che le autorità statali avevano applicato in questo altro caso avevano invece causato una violazione dell'articolo 9 della Convenzione, che la Corte di Strasburgo ha accertato con una maggioranza di sette voti contro due⁴⁶⁴.

⁴⁶³ Martens, Dissenting opinion, in caso *Kokkinakis c. Grecia*, pp. 30-36.

⁴⁶⁴ Corte Europea dei diritti dell'uomo, *Guida sull'articolo 9 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Libertà di pensiero, di coscienza e di religione, op. cit.*, p. 43-44.

Anche qui annoveriamo fra i giudici dissenzienti il giudice Valticos, che ha espresso un'opinione parzialmente dissenziente insieme al giudice Morenilla, nella quale essi rimandano alle posizioni espresse dallo stesso Valticos nella sua *dissenting opinion* allegata al caso *Kokkinakis*. I dissenzienti, cioè, concordano con la maggioranza per la non violazione dell'art. 9 nei confronti del proselitismo rivolto agli aviatori subordinati, perché in questo caso la Corte non estende eccessivamente la portata del diritto in questione, mentre, non concordano sulla violazione dello stesso diritto per il caso di proselitismo nei confronti dei civili, per il motivo opposto, ovvero per un eccessivo allargamento della portata dell'art. 9. Essi sostengono che anche in quest'ultimo caso il governo greco abbia giustamente condannato gli aviatori, giustificando il loro ragionamento sostenendo che la posizione ricoperta dagli ufficiali avrebbe comunque potuto attuare una forma di pressione indiretta anche sui civili⁴⁶⁵.

Anche il giudice Repik esprime un'opinione parzialmente dissenziente al caso, nella quale sostiene che non si può giustificare l'ingerenza statale nella libertà religiosa dei richiedenti sostenendo la sua "prescrizione per legge". Secondo il giudice, infatti, nella norma greca non vi è nessun richiamo ad una disciplina sulla discussione religiosa fra i membri delle forze armate, né tantomeno i tribunali distinguono fra il proselitismo compiuto nei confronti dei militari e quello invece compiuto nei confronti dei civili. Si tratta di una distinzione operata dalla Corte di Strasburgo e della quale i ricorrenti non erano stati informati; questi ultimi, insomma non avrebbero potuto adeguare a tempo debito il loro comportamento⁴⁶⁶.

Infine abbiamo il giudice Van Dijk che, nella sua opinione parzialmente dissenziente, condivide il ragionamento generale sul peso delle posizioni gerarchiche, ma sostiene che non tutte le discussioni religiose fra individui con posizioni gerarchiche differenti possono rientrare nella fattispecie che assegna rilevanza all'influenzabilità degli individui subalterni; secondo il giudice cioè non vi è prova che la conversione di uno degli aviatori subordinati sia avvenuta a seguito della discussione con il suo superiore, quindi non condivide la sanzione comminata ai ricorrenti⁴⁶⁷.

Tra le più recenti sentenze in materia troviamo quella con cui la Corte EDU si è espressa sul caso *Güler e Uğur c. Turchia*⁴⁶⁸, originato da una condanna di pena detentiva per propaganda, a causa della partecipazione di alcuni individui a una cerimonia religiosa musulmana (*mevlût*), organizzata nei locali di un partito politico di cui erano membri, il DTP *Demokratik Toplum Partisi*, in memoria di alcuni membri di un partito dichiarato

⁴⁶⁵ Valticos e Morenilla, *Dissenting opinion*, in caso *Larissis c. Grecia*, p. 26

⁴⁶⁶ Repik, *Dissenting opinion*, in caso *Larissis c. Grecia*, pp. 27-29

⁴⁶⁷ Van Dijk, *Dissenting opinion*, in caso *Larissis c. Grecia*, pp. 30-31.

⁴⁶⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, Seconda sezione, sentenza del 2 dicembre 2014, *Güler e Uğur v. Turkey*, Ricorso n°. 31706/10 e 33088/10.

illegale, il PKK, partito dei lavoratori del Kurdistan, a orientamento separatista e nazionalista e di stampo terroristico, che erano state uccise dalle forze dell'ordine.

I ricorrenti avevano adito la Corte di Strasburgo lamentando che la misura di condanna avesse violato la loro libertà religiosa ex art. 9 CEDU.

La Corte di Strasburgo, avendo riguardo alla formulazione e al contenuto delle denunce dei ricorrenti, ritiene che la principale questione sollevata dalla presente causa risieda in particolare nella loro condanna per aver partecipato a una cerimonia religiosa. Il Governo turco, da parte sua, continuava a sostenere che le lamentele ai sensi dell'art. 9 non erano applicabili nella presente causa poiché, dal loro punto di vista, il fatto che i locali di un partito politico fossero stati scelti per la cerimonia commemorativa della morte di membri appartenenti ad una organizzazione terroristica, dimostrava chiaramente che i partecipanti perseguivano uno scopo politico più che religioso. Il Governo cioè sosteneva di aver condannato i ricorrenti per la loro propaganda terroristica e non per la manifestazione delle loro convinzioni religiose.

La Corte EDU, però, continua a sostenere che il reclamo sollevato dai ricorrenti sia ammissibile ai sensi dell'art. 9, in quanto la libertà di manifestare la propria religione si estende anche agli atti rituali e cerimoniali che seguono le morti. Il fatto che i defunti celebrati appartenessero ad un'organizzazione illegale, a parere della Corte è poco rilevante, così come lo è il fatto che la cerimonia si fosse tenuta nei locali di un partito politico in cui erano presenti dei simboli di un'organizzazione terroristica. Queste circostanze, cioè, non potevano privare i partecipanti della protezione garantita dall'art. 9 della Convenzione.

Fra l'altro, i ricorrenti non potevano prevedere che la semplice partecipazione ad una cerimonia religiosa potesse rientrare nel campo di applicazione della legge relativa alla lotta contro il terrorismo, in quanto la sanzione comminata non era né precisa né prevedibile⁴⁶⁹. La Corte quindi, pur accettando che certe forme di identificazione con un'organizzazione terroristica possano essere considerate alla stregua di una manifestazione di sostegno al terrorismo e di incitamento alla violenza e all'odio, chiarisce che le leggi contro il terrorismo non dovrebbero essere usate come pretesto per limitare attività religiose legittime; è per questo che la condanna dei ricorrenti alla pena detentiva comminata dalle autorità statali è stata considerata dalla Corte al pari di un'interferenza alla loro libertà di manifestazione religiosa, soprattutto perché non vi era stata dimostrazione alcuna che i ricorrenti avessero avuto un ruolo nella scelta della sede per il rito religioso o che fossero stati responsabili della presenza dei simboli dell'organizzazione terroristica PKK nei locali in cui si era svolta la cerimonia. Per tali ragioni insomma la Corte dichiara, con cinque voti contro due, la violazione dell'art. 9 CEDU.

⁴⁶⁹ Corte Europea dei diritti dell'uomo, *Guida sull'articolo 9 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Libertà di pensiero, di coscienza e di religione, op. cit.*, pp. 44-45

Ad esprimere un parere parzialmente dissenziente in questo caso sono stati, congiuntamente, i giudici Sajó e Keller, i quali condividono la posizione della maggioranza quando stabilisce che nella fattispecie si è verificata una violazione della Convenzione, sostenendo che la condanna dei ricorrenti non era sufficientemente prevedibile, tuttavia sono anche del parere che la Corte avrebbe dovuto esaminare le denunce dei ricorrenti principalmente alla luce dell'art. 11 della Convenzione e non, come ha fatto, ai sensi del solo art. 9. In effetti, pur non mettendo in discussione il fatto che il *mevlût* sia un rito comunemente osservato dai musulmani in Turchia e che sia quindi di per sé una forma di manifestazione religiosa, secondo i dissenzienti, quando un incontro assume un carattere "ibrido" come nel presente caso, è difficile distinguere tra obiettivi politici e obiettivi religiosi e, potrebbe esservi il rischio che tale "confusione" sia utilizzata in modo intenzionale, per consentire a coloro che vogliono promuovere la celebrazione di carattere "politico", di utilizzare impropriamente le circostanze di tutela di un diritto fondamentale quale quello della libertà religiosa. Di conseguenza, dal loro punto di vista, tenuto conto del contesto politico della cerimonia e in considerazione della valutazione della situazione da parte delle autorità nazionali, sarebbe stato meglio esaminare il caso ai sensi del solo articolo 11 della Convenzione⁴⁷⁰.

Fra le differenti opinioni separate riportate sino a qui, nella materia del rilevano in particolar modo quelle allegate alle due sentenze contro la Grecia, in quanto al loro interno si sono affermati principi che, come avremo modo di vedere in seguito, saranno più volte richiamati nelle successive sentenze e che hanno svolto un ruolo decisivo nello sviluppo degli orientamenti seguiti dalla Corte di Strasburgo in materia di libertà religiosa.

In particolare si deve fare riferimento alle opinioni dei giudici Pettiti e Martens: il primo pur concordando sulla violazione dell'art. 9 CEDU decisa dalla maggioranza, che rappresentava una decisione altamente simbolica, poiché, come già detto, si trattava della prima sentenza di accertamento di una violazione della libertà religiosa dal momento dell'istituzione della Corte di Strasburgo, e che seguiva un periodo nel quale essa aveva mostrato un atteggiamento sommo e di deferenza nei confronti delle misure statali, Pettiti ammonisce comunque la Corte, sostenendo che avrebbe dovuto assumere un atteggiamento maggiormente "incisivo" e censurare la norma greca, al fine di evitare che in futuro una sentenza così "debole" potesse lasciare spazio ad un sistema statale che, non avendo subito censure di alcun tipo, avrebbe potuto nuovamente produrre violazioni e discriminazioni in materia.

Allo stesso modo anche il giudice Martens sostiene che la sentenza di maggioranza, nonostante accerti la violazione dell'art. 9, lascia troppa discrezionalità alle autorità statali,

⁴⁷⁰ Keller e Sajó, Dissenting opinion, Caso Güler and Uğur c. Turchia, pp. 11-13.

ponendosi in netto contrasto con il principio della neutralità che, sebbene declinato in forme e gradi diversi, ritroveremo spesso anche nelle sentenze successive.

Tendenzialmente, dunque, sebbene il proselitismo sia sufficientemente garantito dalle sentenze della Corte di Strasburgo, i giudici dissenzienti aggiungono che questo diritto deve essere tutelato in tutte le sue declinazioni, e dunque sia quando si voglia esercitarlo legittimamente e liberamente, sia quando si esplica come libertà a non subirlo così come suggerito dallo stesso giudice Martens, ma anche dai giudici dissenzienti Repik e Van Dijk della sentenza *Larissis*.

2.3. Libertà positive: A) abbigliamento e i simboli religiosi nel contesto scolastico

La tendenza della Corte ad apprestare una tutela della libertà di religione misurata con il metro dell'inclusione, dell'uguaglianza e del pluralismo democratico si evidenzia, e allo stesso tempo finisce per produrre risultati opposti a quelli desiderabili, nel corposo filone che ha riguardato l'abbigliamento e i simboli religiosi⁴⁷¹.

Come già sostenuto, affinché una società possa definirsi democratica, è necessario tollerare e garantire il pluralismo e la diversità in materia religiosa. In conformità a questi principi, chiunque faccia della religione un principio fondamentale della propria vita deve, di regola, avere la possibilità di comunicare questa convinzione ad altri anche indossando abiti e simboli religiosi.

Tuttavia, il diritto di indossare abiti e simboli religiosi non è assoluto e deve essere bilanciato con gli interessi legittimi di altre persone fisiche e giuridiche. Ed è dallo scontro fra queste opposte posizioni che sorgono i conflitti che si presentano dinanzi alla giurisdizione della Corte di Strasburgo.

In questo ambito la giurisprudenza della Corte presenta e produce soluzioni differenti in base al contesto di riferimento. Ne sono stati individuati in particolare quattro, che rappresentano gli ambiti di applicazione più significativi: A) il contesto scolastico, B) lo spazio pubblico, C) il contesto istituzionale pubblico: gli operatori pubblici, Cbis) il contesto istituzionale pubblico: gli utenti

In questo primo paragrafo ci soffermeremo sull'ipotesi del porto degli abiti e dei simboli religiosi negli istituti di insegnamento pubblico, nel quale contesto la Corte ha sempre insistito sul riconoscimento di un margine di apprezzamento molto ampio agli Stati, soprattutto in ragione del fatto che non è possibile individuare in Europa una concezione univoca del significato della religione nella società, e il senso o l'impatto degli atti corrispondenti all'espressione pubblica di una convinzione religiosa possono variare a

⁴⁷¹ PARISI M., *Simboli e comportamenti religiosi all'esame degli organi di Strasburgo. Il diritto all'espressione dell'identità confessionale tra (presunte) certezze degli organi sovranazionali europei e (verosimili) incertezze dei pubblici poteri italiani*, in ID. (a cura di), *Simboli e comportamenti religiosi nella società plurale*, Napoli 2006, pp. 147 ss.

seconda dei periodi storici e dei contesti culturali. Di conseguenza la normativa in materia può variare da un Paese all'altro in funzione delle tradizioni nazionali e delle esigenze interne imposte dalla tutela dei diritti e delle libertà altrui e dal mantenimento dell'ordine pubblico. Le cause esaminate sotto questo profilo, inoltre, possono essere ulteriormente ripartite in due categorie, a seconda che la persona che invoca il diritto di portare abiti o segni religiosi sia un insegnante o uno studente.

Nell'evoluzione giurisprudenziale di questa materia, di cui protagonisti indiscussi sono stati soprattutto Francia e Turchia⁴⁷², è possibile individuare alcune pronunce che fungono da discrimine temporale, in occasione delle quali la Corte di Strasburgo ha compiuto scelte che hanno influenzato l'intera giurisprudenza consolidata in materia⁴⁷³. Inoltre, è bene aggiungere in premessa che la giurisprudenza della Corte europea in materia di simboli religiosi si presenta particolarmente rilevante perché intorno a questo tema si è formato, tra la Corte EDU e le Corti nazionali, un interessante circuito comunicativo in particolare grazie all'opera delle opinioni separate più rilevanti.

Partendo dalle sentenze che hanno analizzato la questione del velo islamico⁴⁷⁴, uno dei primi casi più rilevanti è il caso *Leyla Sahin c. Turchia* del 2005⁴⁷⁵ (in materia ci sono solo alcuni precedenti della Commissione di Strasburgo, vedi *Dahlab c. Svizzera*⁴⁷⁶), nel quale la Corte europea ha ritenuto che il divieto per le studentesse universitarie di portare il velo non violasse né la loro libertà religiosa né il loro diritto a ricevere un'educazione ex art. 2 Prot. 1 CEDU, avallando dunque la soluzione avanzata dalle autorità turche⁴⁷⁷.

La Corte, per approdare alla sua decisione, ha tenuto in considerazione una serie di particolari circostanze: in primis il rilevante ruolo che il sistema costituzionale turco assegna alla tutela della parità dei sessi, principio fondamentale della Convenzione EDU e obiettivo che tutti gli Stati membri del Consiglio d'Europa devono perseguire; in secondo luogo l'attenzione che si pone sulla questione del velo islamico nel contesto turco, nel

⁴⁷² MARGIOTTA BROGLIO F., *La legge francese sui simboli religiosi un anno dopo*, in FERRARI S. (a cura di), *Islam ed Europa. I simboli religiosi nei diritti del vecchio continente*, Roma 2006, pp. 133 ss.; NASCIMBENE B., *Laicità francese, stranieri e cittadini*, in BIN R., BRUNELLI G., PUGIOTTO A., VERONESI P. (a cura di), *La laicità crocifissa? Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici. Atti del seminario (Ferrara, 28 maggio 2004)*, Torino 2004, pp. 225 ss.; FERRARI A., *La lotta dei simboli e la speranza del diritto. Laicità e velo musulmano nella Francia di inizio millennio*, DIENI E., FERRARI A., PACILLO V. (a cura di) in *Symbolon/ diabolon. Simboli, religioni, diritti nell'Europa multiculturale*, Bologna 2005, pp. 193 ss. In riferimento alla Turchia, fra i tanti si veda: BOTTONI R.A., *Laicità dello Stato e simboli religiosi nella Repubblica di Turchia*, in DIENI E., FERRARI A., PACILLO V. (a cura di), *I simboli religiosi tra diritto e culture*, Milano 2006, pp. 353 ss.; FERRARI S., *Le ragioni del velo*, in *Olir*, novembre 2004.

⁴⁷³ La prima di queste sentenze è quella emessa dalla Grande Camera nel 2005 nel caso *Leyla Sahin*; V. TEGA D., *La Corte di Strasburgo torna a pronunciarsi sul velo islamico. Il caso Sahin c. Turchia*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2004, pp. 846 ss.

⁴⁷⁴ OLIVITO E., *Égalité de combat et "vivre ensemble". La Corte di Strasburgo e il divieto francese del velo integrale nei luoghi pubblici*, op. cit.; NIGRO R., *The margin of appreciation doctrine and the case-law of the european court of human rights on the islamic veil*, in *HR review*, 2010, pp. 531 ss.

⁴⁷⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 10 novembre 2005, caso *Leyla Şahin c. Turkey*, Ricorso n°. 44774/98.

⁴⁷⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *Dahlab c. Switzerland*, Ricorso n°. 42393/98.

⁴⁷⁷ DI MARTINO A., *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali. Uno studio comparativo*, op. cit., p. 417

quale si tiene in particolare considerazione l'impatto che un tale simbolo può avere nei confronti di coloro che non lo indossano; altra circostanza è poi l'enorme eco politica acquisita lì dal velo; e infine l'esistenza sul territorio turco di movimenti religiosi estremisti che tentavano di imporre all'intera società i loro simboli religiosi e la loro concezione della società.

Ciò considerato, la normativa turca in esame sembrava presentarsi quale misura volta a raggiungere degli scopi legittimi e a tutelare il pluralismo religioso in un istituto universitario⁴⁷⁸. La Corte, infatti, senza verificare se il divieto di indossare il velo fosse o meno compatibile con la Convenzione, ha compiuto un'operazione attraverso la quale, prendendo atto che tale divieto trovava ragione nel principio di laicità proclamato dalla Costituzione turca⁴⁷⁹, e avendo verificato che quest'ultimo fosse compatibile coi valori della Convenzione, ha concluso deducendo, con sedici voti a favore contro uno, che anche il divieto in esame potesse considerarsi convenzionalmente conforme.

Con questa decisione la Corte di Strasburgo: oltrepassa l'elencazione tassativa delle limitazioni previste al comma 2 dell'articolo 9, allargandone la portata; concede un ampio margine di apprezzamento allo Stato convenuto; consolida l'idea, già emersa qualche anno prima nel caso *Dahlab*, che il velo sia un "simbolo esteriore forte"⁴⁸⁰, e che pertanto può subire quelle compressioni che lo Stato, nell'esercizio della propria discrezionalità, ritenga necessarie a garantire la convivenza pacifica e il rispetto reciproco; e infine sostiene l'idea secondo la quale la neutralità della sfera pubblica è maggiormente garantita quando la religione è assente o almeno invisibile, e che un clima di tolleranza e rispetto possa essere raggiunto in realtà solo attraverso un atteggiamento di intolleranza verso un particolare modo di esprimere la propria appartenenza religiosa.

Questo stesso approdo ha trovato puntuale conferma in tutta quella giurisprudenza successiva che interessava la posizione delle insegnanti o delle studentesse velate, o in cui era forte l'influenza del contesto istituzionale⁴⁸¹.

Ciò che emerge in maniera chiara è che qui la Corte ha impiegato una nozione molto ampia del margine di apprezzamento statale, muovendo dalla constatazione dell'assenza di un consenso comune europeo in materia, circostanza che si spiega considerando che si tratta di un ambito nel quale le opinioni di una società democratica possono ragionevolmente differire e in cui il ruolo dell'organo decisionale nazionale assume una particolare rilevanza.

⁴⁷⁸ Corte Europea dei diritti dell'uomo, *Guida sull'articolo 9 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Libertà di pensiero, di coscienza e di religione*, op. cit., pp. 32-35

⁴⁷⁹ Sul principio di laicità in Turchia, baricentro giuridico in passato ritenuto indispensabile per governare le tensioni derivanti da un fondamentalismo religioso latente sempre a rischio di insorgenza, vedi per tutti BOTTONI R.A., *Il principio di laicità in Turchia. Profili storico-giuridici*, Milano 2012.

⁴⁸⁰ CIRAVEGNA M., *La nozione di «segno esteriore forte» tra problemi di definizione e presunzione di lesività: la sentenza «Dahlab c. Svizzera»*, in MAZZOLA R. (a cura di), *Diritto e religione in Europa*, op. cit., pp. 125-136.

⁴⁸¹ TOSCANO M. pp. *Il fattore religioso nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, op. cit., pp. 219-224.

La Corte, cioè, ha mostrato una particolare “deferenza” nei confronti della nozione di laicità turca, che postula una rigida separazione tra la sfera pubblica educativa e la sfera privata religiosa, e che assegna al velo il significato di “potente simbolo esterno”, suscettibile di generare effetti di proselitismo e difficile da conciliare con il principio della parità di genere⁴⁸².

Tuttavia, malgrado le perplessità e le critiche ricevute, la Corte ha riproposto la costruzione logica elaborata in questa decisione per decidere altri casi analoghi, intentati sia contro la Turchia che contro la Francia, dove le politiche restrittive in materia di uso di indumenti religiosi nelle scuole pubbliche sono state confermate e rinforzate dalla legge del 2004 sui simboli religiosi⁴⁸³.

Anche la nozione di pluralismo ha subito delle radicali trasformazioni: in questa sentenza, infatti, non la si considera quale categoria funzionale all'apertura del sistema democratico nei confronti della molteplicità di idee circolanti all'interno del sistema sociale, accezione solitamente attribuitagli nella giurisprudenza relativa alla dimensione collettivo-istituzionale di libertà religiosa, quanto piuttosto quale concetto subordinato al principio di neutralità. In tal senso la categoria della laicità è stata qui elevata a baluardo di un sistema pluralistico: compromettere il principio di laicità significa pregiudicare il grado complessivo di pluralismo del sistema politico sociale.

Questo è l'angolo visuale dal quale la Corte EDU ha esaminato la questione del velo islamico, cogliendone il profilo puramente simbolico, che l'ha condotta alla decisione di non violazione delle norme della Convenzione.

La Corte basa la propria riflessione su due postulati: in primo luogo la specificità del contesto turco e in secondo luogo la particolarità dell'Islam e delle sue manifestazioni religiose. Per quanto riguarda il contesto turco, questo si presenta come più particolare, o se si vuole più “problematico”, rispetto agli altri Stati del Consiglio d'Europa, tanto da rendere necessario riconoscergli un margine di apprezzamento pressoché illimitato⁴⁸⁴. Dall'altro lato invece vi è una religione, l'Islam appunto, che viene percepita come un sistema di valori incompatibile con la democrazia occidentale e le cui manifestazioni di religiosità devono essere disciplinate in base ad un principio di specialità non applicabile a nessun'altra minoranza. Vi è l'idea cioè di un Paese in cui il deficit democratico sia da imputare alla presenza dell'Islam politico radicale, di cui si ritiene che i simboli religiosi come il velo siano l'espressione più evidente⁴⁸⁵.

⁴⁸² DI MARTINO, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali. Uno studio comparativo*, op. cit., p. 418.

⁴⁸³ La legge francese del 15 marzo 2004, n. 228, vieta negli istituti scolastici (università escluse) i “segni o abbigliamento attraverso i quali gli alunni manifestino ostensibilmente un'appartenenza religiosa”. Testo disponibile al presente link <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000417977&dateTexte>

⁴⁸⁴ MANCINI S., *Il potere dei simboli, i simboli del potere. Laicità e religione alla prova del pluralismo*, Padova 2008

⁴⁸⁵ BOTTONI R.A., *Brevi considerazioni sul principio di laicità in Turchia alla luce dei recenti sviluppi*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2/2008, pp. 433 ss.; COLVIN R., *Laicità dello Stato e simboli religiosi nella Repubblica di Turchia*, in DIENI E., FERRARI A., PACILLO V. (a cura di), *I simboli religiosi tra diritto e culture*, Milano 2006, p. 381.

Nell'effettuare il bilanciamento degli interessi in questo conflitto, la Corte di Strasburgo predilige una limitazione concreta dei diritti individuali, per effetto di una minaccia semplicemente potenziale di gruppi e movimenti politici; ma, operare un bilanciamento di interessi tra un pericolo astratto, presunto, e una limitazione di fatto di un diritto riconosciuto, non sembra giuridicamente ragionevole⁴⁸⁶.

L'approccio della Corte è stato però duramente contestato dalla *dissenting opinion* del giudice Tulkens, che in particolare critica l'eccessivo margine di apprezzamento che la maggioranza ha voluto riconoscere allo Stati: innanzitutto perché la maggioranza ne giustifica il richiamo alla luce del mancato consenso unanime sulla questione dei simboli religiosi nelle istituzioni educative degli altri Stati membri, quanto in realtà in nessun'altra Università di uno Stato membro si rinviene un tale divieto, il che basterebbe a sostenere un consenso europeo di senso opposto; in secondo luogo perché la Corte ha abdicato al suo ruolo di supervisore europeo per controbilanciare la discrezionalità statale.

Secondo Tulkens poi era necessario valutare attentamente la plurivocità dei significati attribuiti al simbolo del velo: in effetti, visto che la studentessa aveva dichiarato di aver deciso volontariamente di indossarlo, la Corte non poteva arbitrariamente supporre che si trattasse di un'imposizione da parte di un movimento fondamentalista, basandosi su considerazioni del tutto astratte e su stereotipi discriminanti, ma avrebbe dovuto accogliere l'autonomia mostrata dalla ricorrente nell'esercitare la propria libertà religiosa, e persino la sua emancipazione. La giudice dissenziente, infatti, in un passaggio molto citato dalla dottrina, ha rilevato che "*ciò che mancava nella giurisprudenza della Corte era l'opinione delle donne, sia di quelle che avevano deciso di indossare il velo, sia di quelle che invece sceglievano di non portarlo*"⁴⁸⁷. Insomma, la decisione della Corte EDU, a suo avviso, si basava su supposizioni e non su fatti concreti.

Un'altra famosissima sentenza che merita di essere menzionata nel dibattito sulla presenza di simboli religiosi nell'ambiente scolastico è quella del caso *Lautsi c. Italia*⁴⁸⁸, originato dall'iniziativa di una cittadina italiana di origine finlandese che aveva richiesto, senza successo, la rimozione del crocifisso presente nelle aule della scuola pubblica frequentata dai suoi figli e che, a seguito del rifiuto, aveva adito la Corte EDU per violazione del suo diritto ex art. 2 Protocollo 1 e del diritto ex art. 9 CEDU dei suoi figli.

Nel novembre 2009, la seconda sezione della Corte di Strasburgo, aveva condannato all'unanimità l'Italia per le violazioni lamentate dalla signora Lautsi⁴⁸⁹.

⁴⁸⁶ DE GREGORIO L., RODRIGUEZ BLANCO M., *Fede, identità religiosa e formazione universitaria nel caso «Leyla Sahin c. Turchia»*, in MAZZOLA R. (a cura di), *Diritto e religione in Europa*, op. cit., pp. 259-273.

⁴⁸⁷ TULKENS, *Dissenting opinion*, in Leyla Sahin c. Turchia, pp. 38-48; V. DI MARTINO A., *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali. Uno studio comparativo*, op. cit., 417-418.

⁴⁸⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 18 marzo 2011, Caso Lautsi e altri c. Italy, Ricorso n.°30814/06,

⁴⁸⁹ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Seconda sezione, Sentenza del 3 novembre 2009, *Caso Lautsi e altri c. Italia*, ricorso n° 30814/06. Sull'assenza di dissenso all'interno della II sezione della Corte che ha deciso il caso Lautsi si sofferma

Questa pronuncia sembrava suggerire un divieto assoluto di esposizione dei simboli religiosi nelle aule delle scuole pubbliche, seguendo un approccio che elevava a principio cardine della decisione una particolare concezione di neutralità dei poteri pubblici, che tendeva a prediligere l'assenza della religione nello spazio pubblico, da più parti criticato però perché avrebbe dovuto maggiormente coordinarsi con l'altrettanto fondamentale principio del pluralismo democratico. Secondo alcuni, infatti, la nozione di neutralità fatta propria dalla Corte nella pronuncia del 2009 era quella di un "assertive secularism"⁴⁹⁰, riconducibile alla tradizione francese della "laïcité de combat" e, proprio per questo motivo, potenzialmente in contrasto con la nozione di laicità propria dell'ordinamento italiano⁴⁹¹. Per altri, invece, quella sentenza rappresentava il punto più avanzato raggiunto dalla giurisprudenza di Strasburgo nell'espandere la sfera di protezione della libertà religiosa⁴⁹². Al di là delle diverse considerazioni, ciò che preme rilevare in questo particolare caso è che la lesione è tanto più grave perché ad esporre il simbolo è lo Stato, vale a dire l'ente alla cui autorità l'individuo è sempre subordinato, e che invece dovrebbe porsi quale garante del rispetto e della promozione del pluralismo, ergendosi a rappresentante di tutta la società, e non solo di una sua parte, sia essa maggioritaria o minoritaria.

Ciò che è lesivo della libertà religiosa, dunque, non è il simbolo in sé, ma il messaggio che passa, ovvero che lo Stato si sia schierato: è la violazione del principio di neutralità da parte dello Stato a determinare la lesione della libertà dell'individuo⁴⁹³.

È vero, però, che sulla questione della libertà religiosa solitamente la Corte ha sempre riconosciuto agli Stati un ampio margine di autonomia, soprattutto per quanto riguarda la regolamentazione dei rapporti tra Stato e organizzazioni religiose, ma, se la dottrina dell'apprezzamento viene applicata troppo generosamente, finisce per vanificare lo scopo stesso della supervisione internazionale, riducendola ad una "sterile" adesione alle scelte nazionali.

Questo è il problema che si è posto soprattutto alla luce della sentenza della *Grande Chambre* che si è espressa nuovamente sul caso *Lautsi* nel 2011, dichiarando, questa volta in via definitiva, che l'esposizione obbligatoria del crocifisso nelle aule delle scuole pubbliche italiane non viola i diritti garantiti dalla Convenzione. Questa pronuncia insomma ha ribaltato l'assioma adottato fino al 2009, e se fino a quel momento la Corte EDU aveva

BELGIORNO DE STEFANO M.G., *Il crocifisso nelle aule scolastiche in Italia. Una condanna annunciata della Corte europea dei diritti umani*, in *Stato, chiese e pluralismo confessionale*, marzo 2010, p. 12, traendo conferma dal fatto che la fattispecie in esame non sembra essere stata considerata particolarmente controversa.

⁴⁹⁰ Cfr. HIRSCHL R., *Comparative law and religion*, in DIXON R., GINSBURG T. (a cura di), *The research handbook in comparative constitutional law*, op. cit., 2011.

⁴⁹¹ ANNICCHINO P., *Tra margine di apprezzamento e neutralità: il caso «Lautsi» e i nuovi equilibri della tutela europea della libertà religiosa*, in MAZZOLA R. (a cura di), *Diritto e religione in Europa* op. cit., pp. 179- 186.

⁴⁹² Cfr. SMET S., *Lautsi v. Italy*, circa, p.1; MANCINI S., *La supervisione europea presa sul serio*, op. cit., p. 10, che legge nella sentenza *Lautsi* l'abbandono da parte della Corte di Strasburgo della propria «tradizionale deferenza nei confronti degli stati nella sfera della libertà religiosa».

⁴⁹³ TOSCANO M., *Il fattore religioso nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, op. cit., pp. 247-249.

assunto un atteggiamento di condanna rispetto alle esposizioni di simboli e abbigliamento religioso, a seguito di un'importante campagna di pressione è costretta ad abbandonarlo e a conformarsi alle scelte nazionali⁴⁹⁴.

La sentenza della Grande Camera, infatti, sembra ritornare a quel tradizionale schema interpretativo di Strasburgo che si fonda su un'estesa applicazione del margine di apprezzamento⁴⁹⁵.

Qui è la diversa qualificazione del crocifisso a consentire alla Corte il *revirement* decisivo rispetto alla pronuncia del 2009. Pur riconoscendone la natura di simbolo religioso⁴⁹⁶, infatti, in questa seconda pronuncia la Corte non ritiene sia stata raggiunta la prova che il crocifisso abbia avuto un'influenza sulla formazione degli studenti, e pertanto l'esposizione di quel simbolo non ha compromesso il dovere di neutralità cui sono tenuti gli Stati aderenti alla CEDU.

La neutralizzazione del crocifisso mediante la sua qualificazione come simbolo passivo operata dalla Corte, appare tuttavia contraria ad un criterio logico: essa non tiene conto del fatto che, proprio nell'ambiente scolastico, il dovere di neutralità dello Stato dovrebbe assumere un profilo molto più stringente giacché l'esposizione di uno specifico simbolo religioso tende comunque a comunicare un messaggio di esclusione dalla comunità di quegli studenti che non si riconoscono in quel simbolo⁴⁹⁷.

Insomma, il principio di neutralità che nella prima pronuncia era stato portato alla sua massima espressione, qui è volutamente depotenziato, così come il tema del margine di apprezzamento, che dalla seconda sezione della Corte era stato liquidato in poche parole, qui è considerato in modo ridondante. La Corte EDU, cioè, fa evidenti passi indietro, perché non applica alcuni dei più interessanti sviluppi della giurisprudenza di Strasburgo,

⁴⁹⁴ Sull'argomento v. MACRÍ G., *Europa, lobbying e fenomeno religioso. Il ruolo dei gruppi religiosi nella nuova Europa politica*, Torino 2004; MACRÍ G., *Il ruolo delle organizzazioni religiose in Italia e in Europa tra rappresentanza degli interessi e attività di lobbying*, in *Stato, chiese e pluralismo confessionale*, 4 marzo 2013, pp. 1-15.

⁴⁹⁵ Per ciò che concerne i commenti della dottrina segnaliamo: CONTI R., *L'Europa e il crocifisso*, in *politica del diritto*, 2, 2010, pp. 227-284; BELGIORNO DE STEFANO M.G., *Il crocifisso nelle aule scolastiche in Italia. Una condanna annunciata della Corte europea dei diritti umani*, in *Stato, chiese e pluralismo confessionale*, marzo 2010; COLAIANNI N., *Il crocifisso in giro per l'Europa: da Roma a Strasburgo (e ritorno)*, in *Stato, chiese e pluralismo confessionale*, novembre 2010; FIORILLO V., *Il crocifisso a Strasburgo: l'Italia non è la Francia*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2010, pp. 145-147; WEILER J.H.H., *Il crocifisso a Strasburgo: una decisione "imbarazzante"*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2010, pp. 148-154; PINELLI C., *Esposizione del Crocifisso nelle aule scolastiche e libertà di religione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2011, pp. 947 ss.; VANONI L.P., *La sentenza della grande camera sul crocifisso: è una pronuncia corretta*, in *Quaderni costituzionali*, 2011, pp. 419 ss.; FIORILLO V., *La sentenza della grande camera sul crocifisso: Il ritorno del margine di apprezzamento*, in *Quaderni costituzionali* 2011, pp. 422 ss.; CHIEREGATO E., *I rapporti tra la Corte europea dei diritti dell'uomo e le corti nazionali: l'applicazione della dottrina del margine di apprezzamento come occasione mancata di dialogo nel caso Lautsi contro Italia*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comparato*, 2013, pp. 401 ss.; TANZARELLA, *Le decisioni Lautsi contro Italia: due pesi e due misure*, in CARTABIA M. (a cura di), *Dieci casi sui diritti in Europa*, Bologna 2011, pp. 81 ss.

⁴⁹⁶ La Corte costruisce il suo ragionamento sulla base della classificazione del crocifisso quale simbolo passivo, dissentendo dalla pronuncia del novembre 2009 che lo aveva considerato un segno esteriore forte, capace di provocare un sentimento di disagio nei non credenti o nei credenti in altre religioni.

⁴⁹⁷ ANNICCHINO P., *Tra margine di apprezzamento e neutralità: il caso «Lautsi» e i nuovi equilibri della tutela europea di libertà religiosa*, in MAZZOLA R. (a cura di), *Diritto e religione in Europa, op. cit.*, pp. 179-192.

dei quali invece la sentenza della seconda sezione aveva tenuto conto, e ritorna a quando la nozione di neutralità confessionale era ancora allo stadio embrionale.

Ciò non significa però che il livello di tutela della libertà religiosa raggiunto con la precedente pronuncia sia stato compromesso: si tratta di una semplice battuta d'arresto della Corte di Strasburgo, che non mette a rischio i principi e le regole acquisite in precedenza, ma piuttosto ci rende coscienti del fatto che, a determinate condizioni, alcuni standard "assoluti" possono essere riconsiderati o addirittura abbandonati⁴⁹⁸.

Eppure la Corte, per non causare questa decelerazione, avrebbe potuto optare per una soluzione capace di valorizzare effettivamente il principio pluralista, che si pone come vero e proprio obiettivo del dovere di neutralità dello Stato, dichiarando la violazione del dettato convenzionale nel caso di affissione del simbolo religioso imposta dallo Stato e consentendone però, allo stesso tempo, l'esposizione su richiesta di studenti e genitori: insomma una soluzione di ragionevole accomodamento fra i differenti diritti in gioco. O, ancora, avrebbe potuto scegliere la strada della soluzione pragmatica, secondo la quale l'esposizione del crocifisso avrebbe costituito una violazione della Convenzione solo nel caso in cui lo Stato non preveda la possibilità di un meccanismo di esenzione che tutelasse la libertà di credere o di non credere, così come protetta dall'art. 9 CEDU.

Ai fini di questo studio, però, è bene mettere in evidenza una sostanziale differenza emersa fra le due sentenze *Lautsi*: mentre la pronuncia del 2009 è stata accolta all'unanimità, in quella del 2011 troviamo diverse opinioni concorrenti e un'unica opinione dissenziente. Si tratta di una differenza di non poco conto, che mette in luce la differente predisposizione con cui le due sentenze sono state accolte dai giudici di Strasburgo, e che riflette anche le diverse, se non antitetiche, posizioni sostenute in materia.

Procedere all'analisi delle opinioni espresse in calce alla sentenza *Lautsi* del 2011, dunque, si rende necessario per comprendere il dibattito che vi è stato nel collegio e per capire quali erano le posizioni dei singoli giudici sulla questione.

La prima è l'opinione concordante espressa dal giudice Rozakis, alla quale si aggiunge il giudice Vajić: essi giustificano la soluzione adottata dalla maggioranza della Corte sostenendo che, poiché la composizione delle società moderne è cambiata, diventando sempre più multiculturali, è comprensibile che lo Stato faccia fatica a soddisfare le sempre più eterogenee esigenze individuali dei genitori nel campo dell'istruzione. Secondo loro, cioè, il principale compito degli Stati dovrebbe essere quello di fornire agli studenti un'istruzione che garantisca loro la piena e completa integrazione nella società in cui vivono, e concordano con la decisione della maggioranza circa il ragionamento seguito riguardo alla "passività" del simbolo del crocifisso, che non può dunque essere accusato di

⁴⁹⁸ TOSCANO, *Il fattore religioso nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, op. cit., pp. 245-255.

indottrinamento ma piuttosto essere considerato simbolo di tolleranza e convivenza pacifica. Secondo i giudici concordanti, insomma, l'approccio liberale seguito, che consente a tutte le fedi di manifestare liberamente le proprie convinzioni religiose nelle scuole pubbliche, produce la "neutralizzazione" del significato simbolico della presenza del crocifisso; è un approccio, dunque, che "serve" il concetto stesso di neutralità⁴⁹⁹.

Il giudice Bonello, invece, nella sua opinione concordante, fonda il suo ragionamento sulla necessità di preservare la personalità culturale dei singoli Stati, nel caso di specie, dello Stato italiano. Dopotutto per secoli molte delle scuole, dei college, delle università e di altri istituti di istruzione in Italia (se non la maggior parte), sono state fondate, finanziate o gestite dalla Chiesa, dai suoi membri o dai suoi rami, pertanto la presenza laica del crocifisso nelle scuole italiane non ha nulla da sorprendere⁵⁰⁰. Pertanto, anche il giudice Bonello appoggia il ragionamento maggioritario, così come anche il giudice Power, che nel suo parere concordante sostiene che l'art. 9 CEDU non genera un diritto a non essere offesi dalla manifestazione di convinzioni religiose altrui, quand'anche lo Stato conferisse a queste convinzioni una "visibilità preponderante". Un'educazione veramente pluralistica, insomma, a suo avviso, implica mettere gli studenti in contatto con tutta una serie di idee diverse, comprese idee che non sono le loro⁵⁰¹.

Unica opinione dissenziente espressa in calce a questa sentenza è quella del giudice Malinverni, alla quale si aggiunge il parere del giudice Kalaydjieva. Secondo tali giudici, l'aver invocato l'assenza del consenso europeo a giustificazione del ragionamento seguito dalla maggioranza, è stato un approccio errato, soprattutto se si considera che la presenza di simboli religiosi nelle scuole pubbliche sia espressamente prevista solo in un numero molto limitato di Stati membri del Consiglio d'Europa⁵⁰². I giudici dissenzienti, in netta contrapposizione con quanto affermato dai giudici Rozakis e Vajic, sostengono che la circostanza di vivere in una società multiculturale richieda piuttosto una rigorosa neutralità statale soprattutto nell'ambito dell'istruzione pubblica, al fine di rendere possibile l'effettiva e concreta protezione della libertà religiosa e del diritto all'istruzione.

Ad avviso dei giudici dissenzienti, insomma, pur ammettendo che il crocifisso possa avere una pluralità di significati, il significato religioso rimane comunque predominante, a dispetto invece di quanto sostenuto dal governo italiano, che lo considera un simbolo dall'origine certamente religiosa, ma portatore di valori che sono ormai diventati laici, come la tolleranza e il rispetto reciproco, che adempie così ad una funzione principalmente educativa, perché espressione di un'intera civiltà e di valori universali.

⁴⁹⁹ Rozakis e Vajić, Concurring opinion, in caso Lautsi c. Italia, pp. 34-37

⁵⁰⁰ Bonello, Concurring opinion, in caso Lautsi c. Italia, pp. 38-43

⁵⁰¹ Power, Concurring opinion, in caso Lautsi c. Italia, pp. 44-46

⁵⁰² MANCINI S., *La sentenza della grande camera sul crocifisso: è corretta solo un'opinione dissenziente*, in *Quaderni costituzionali*, pp. 425 ss.

I giudici dissenzienti invece ribadiscono che la presenza del crocifisso nelle scuole, se confrontato alla questione dell'abbigliamento religioso che un insegnante può indossare, rischierebbe addirittura di violare più gravemente la libertà religiosa e il diritto all'istruzione degli alunni, perché, mentre l'insegnante può far valere il suo diritto individuale ad esprimere liberamente la propria religione, alle autorità pubbliche non può essere riconosciuta la medesima possibilità⁵⁰³.

La questione del crocifisso, insomma, è diventata il *casus belli* del rapporto tra diritti nazionali e diritto convenzionale ed europeo. È pur vero però che si tratta di contrasti necessari, perché le vicende giudiziarie nelle quali le Corti sono chiamate a decidere sul ruolo dei simboli religiosi negli spazi pubblici rappresentano oggi il veicolo attraverso il quale la nuova società europea prende forma e s'interroga sulla sua identità e sul ruolo che le religioni devono assumere nella costruzione di queste identità⁵⁰⁴.

Riepilogando, dunque, anche in questo complesso contesto applicativo della tutela della libertà religiosa hanno assunto una particolare rilevanza le opinioni separate espresse, dalle quali si ricavano una serie di importanti spunti su cui riflettere.

In primis, all'opinione dissenziente allegata alla sentenza *Leyla Sahin* dal giudice Tulkens non può non riconoscersi un grande impatto giurisprudenziale, che come avremo modo di constatare sarà più volte richiamata anche in sentenze successive al fine di giustificare il mutamento giurisprudenziale che si stava producendo.

È interessante sottolineare poi che nella prima sentenza *Lautsi* (nella quale causa il giudice Tulkens era presente), dove la Corte di Strasburgo continua ad assumere un atteggiamento censorio nei confronti del margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati nelle questioni riguardanti i simboli religiosi, l'assenza di pareri dissenzienti allegati potrebbe suggerire una certa uniformità di pensiero fra i giudici di Strasburgo. Ciò che si potrebbe desumere, cioè, è che i giudici si siano convinti della necessità di censurare quegli atteggiamenti con i quali gli Stati attuavano forme di discriminazione nei confronti di piccoli gruppi religiosi per garantire posizione di maggiore vantaggio alle confessioni dominanti sul territorio. Una tendenza però prontamente abbandonata a seguito di un'importante azione di pressione svolta, appunto, dalle Chiese dominanti in Europa, con la collaborazione delle stesse autorità statali, che ha prodotto nel caso *Lautsi* un ripensamento della soluzione fornita nel 2009, operando un vero e proprio *overruling* con la sentenza definitiva della *Grande Chambre* del 2011.

In quest'ultima sentenza considerata, indicative sono le opinioni separate espresse, e in particolare le opinioni concordanti, che, impegnate a "sorreggere" la decisione di

⁵⁰³ Malinverni e Kalaydjieva, Dissenting opinion, in caso *Lautsi* c. Italia, pp. 47-51

⁵⁰⁴ ANNICCHINO P., *Tra margine di apprezzamento e neutralità: il caso «Lautsi» e i nuovi equilibri della tutela europea di libertà religiosa*, in MAZZOLA R. (a cura di), *Diritto e religione in Europa*, op. cit., pp. 179-192.

maggioranza, richiamano alla necessità di preservare le peculiarità culturali italiane e di intendere il crocifisso quale simbolo passivo.

L'unica opinione dissenziente allegata, invece, è impegnata a ricondurre il ragionamento alla necessità di un atteggiamento neutro ed imparziale negli istituti scolastici per garantire la più ampia tutela della libertà religiosa nei confronti di tutti.

Insomma, quello sui simboli religiosi negli istituti scolastici in generale, e del crocifisso nello specifico, è un dibattito che, se pure dinanzi alle Corti sembra chiuso in via definitiva, in realtà è ancora in auge nello spazio pubblico, alimentato proprio dagli apporti delle opinioni separate, che esprimono idee che in un prossimo futuro potrebbero far sorgere nuove istanze da portare dinanzi al giudizio della Corte di Strasburgo⁵⁰⁵.

B) Abbigliamento e simboli religiosi nello spazio pubblico

Passando ora ad analizzare l'utilizzo dei simboli e dell'abbigliamento connotato in senso religioso nello spazio pubblico, una sentenza che segna un passaggio chiave è la vicenda *Ahmet Arslan c. Turchia*⁵⁰⁶, che originava dalla sanzione penale comminata ai ricorrenti per aver indossato costumi tradizionali religiosi in un luogo pubblico, e nella quale la Corte EDU ha accertato una violazione dell'art. 9.

L'indicazione proveniente da Strasburgo sembra essere che al di fuori dell'ambiente istituzionale scolastico, il potere statale di limitare la manifestazione religiosa per mezzo dell'abbigliamento si restringe, con una correlata riespansione dei diritti dell'individuo⁵⁰⁷.

La Corte, infatti, pur ammettendo che l'ingerenza lamentata perseguiva più scopi legittimi tra quelli elencati al comma 2 dell'art. 9 CEDU, ha comunque dichiarato che la sua necessità rispetto a tali scopi non era accertata. Si è osservato, infatti, che il divieto era rivolto non a funzionari pubblici, che per il loro incarico pubblico sono costretti a mostrare una certa discrezione nel manifestare la propria fede religiosa, ma a semplici cittadini, e inoltre era indirizzato vietare il porto di indumenti religiosi non in edifici pubblici specifici ma in uno spazio pubblico aperto a tutti. La Corte ha constatato insomma che da nessun elemento del fascicolo risultava che i ricorrenti avessero tentato di fare pressioni abusive ai passanti nelle vie e nelle piazze pubbliche con l'intento di promuovere le loro convinzioni

⁵⁰⁵ DI MARTINO A., *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali. Uno studio comparativo*, op. cit., pp. 417-420.

⁵⁰⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, seconda sezione, sentenza del 23 febbraio 2010, Caso Ahmet Arslan e altri c. Turkey, Ricorso n°. 41135/98, MADERA A., MARCHEI N., *Simboli religiosi "sul corpo" e ordine pubblico nel sistema giuridico turco: la sentenza "Ahmet Arslan e altri c. Turchia" e i confini del principio di laicità*, in MAZZOLA, *Diritto e religione in Europa* op. cit., pp. 117 ss.

⁵⁰⁷ TOSCANO M., *Il fattore religioso nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, op. cit., p. 224.

religiose⁵⁰⁸, e pertanto si è espressa con sei voti contro uno per la violazione dell'art. 9 CEDU⁵⁰⁹.

L'opinione dissenziente allegata alla presente sentenza è quella del giudice Popovic che sosteneva invece la non violazione dell'art. 9. Secondo lui, infatti, allo Stato si sarebbe dovuto riconoscere un ampio margine di apprezzamento, così come era stato stabilito dall'orientamento espresso in materia sia nella sentenza *Leyla Sahin* che nella sentenza *Lautsi*, nella quale il giudice Popovic si era accodato alla decisione dei giudici di maggioranza. A differenza dei precedenti richiamati, infatti, qui la Corte sembra affermare con maggiore decisione il suo ruolo di garante dei diritti delle minoranze, e come il suo compito sia quello di attivare meccanismi volti a correggere quelle inefficienze normative nazionali in conseguenza delle quali i singoli individui si addossano i costi derivanti dalla libera scelta di adempiere obblighi derivanti dalla propria appartenenza confessionale⁵¹⁰. La Corte EDU, insomma, condanna l'atteggiamento di marginalizzazione delle minoranze perché sostiene che in tal modo si svuoterebbe di senso il significato stesso del principio di laicità, e assume un atteggiamento interventista precisando i limiti della neutralità: al di fuori di questi limiti torna ad espandersi il diritto alla libertà religiosa dei singoli⁵¹¹.

Perciò in generale la sentenza *Ahmet Arslan* apporta importanti elementi di novità rispetto al panorama giurisprudenziale precedente: mentre nelle sentenze precedenti per legittimare eventuale restrizione alla libertà religiosa si faceva riferimento ai principi di laicità, pluralismo e neutralità dello spazio pubblico, ancorati alla necessità di assicurare la tutela all'ordine pubblico e soprattutto i diritti altrui, e dunque la scelta di indossare un abbigliamento religiosamente orientato era interpretato soprattutto nella sua valenza simbolica, nel suo essere sicuro rivelatore di un'appartenenza religiosa e, potentissimo, sebbene silente, veicolo di comunicazione di idee, principi, dogmi, concezioni di vita e del mondo, la novità della sentenza in esame, oltre che risiedere nell'accertamento della violazione dell'art. 9 in materia e nella conseguente limitazione del margine di apprezzamento degli Stati, fino ad ora lasciato volutamente ampio, si ritrova soprattutto nella qualifica di semplice cittadini riconosciuta ai ricorrenti, i quali non si trovano nell'esercizio di una funzione pubblica, non sono detentori di alcun potere pubblico, e non circolano con l'abbigliamento religioso in edifici istituzionali pubblici.

⁵⁰⁸ Corte Europea dei diritti dell'uomo, *Guida sull'articolo 9 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Libertà di pensiero, di coscienza e di religione*, op. cit., pp. 32-33.

⁵⁰⁹ Non si può fare a meno di rilevare una circostanza particolare: a presiedere il collegio giudicante nel caso *Ahmet Arslan* è la giudice Tulkens, autrice di quella opinione dissenziente legata alla sentenza sul caso *Leyla Sahin* che, in tempi non sospetti, aveva già messo in luce le debolezze di un'impostazione troppo rigida di Strasburgo nei confronti delle estrinsecazioni religiose. Ed è la stessa giudice, però, che nel mese di novembre 2009, aveva redatto la decisione *Lautsi*, nella quale si raggiungeva l'opposta determinazione, ovvero che la presenza del crocifisso imposta dallo Stato è in sé contraria al principio di neutralità scolastico desunto dalle norme della Convenzione, e che dunque lo Stato doveva assumere quello stesso atteggiamento rigido che Tulkens aveva prima fortemente criticato.

⁵¹⁰ Cfr. MANCINI S., *La supervisione europea presa sul serio*, op. cit., pp. 4055- 4056.

⁵¹¹ Popovic, *Dissenting opinion*, in caso *Ahmet Arslan c. Turchia*, p. 18.

È dunque il legame con l'istituzione, che si realizza attraverso l'esercizio di una funzione pubblica oppure con la presenza qualificata di un edificio pubblico, a rendere rilevante l'uso di abbigliamento religiosamente orientato. In assenza di questa connotazione pubblica, il diritto alla libertà religiosa dei singoli e dei gruppi torna a prevalere e sarà illegittimo ogni limite motivato dalla neutralità dello Stato.

Bisogna capire però se i due elementi debbano o meno ricorrere congiuntamente: sarebbe importante chiarire cioè se la persona che si trova all'interno dell'edificio pubblico debba anche contestualmente rivestire una pubblica funzione affinché la limitazione possa dirsi legittima. L'espresso richiamo alla sentenza *Leyla Sahin* farebbe propendere a favore dell'interpretazione meno restrittiva, e dunque l'esigenza di neutralità dello Stato sembrerebbe prevalere sulla libertà religiosa dei singoli anche in presenza di uno solo dei due elementi. Sarebbe necessario risolvere poi anche un'altra questione, ovvero se il divieto di vestire abbigliamento religioso si estende solo a chi riveste una posizione qualificata negli edifici pubblici, o se invece può essere imposto anche a coloro che sono presenti casualmente o temporaneamente in questi luoghi; in quest'ultimo caso l'invito potrebbe estendersi a chiunque sia vestito con abiti religiosamente orientati.

In ultimo, bisogna altresì specificare ulteriormente che cosa debba intendersi per "esercizio di funzione pubblica" o "detenzione di autorità statale": non è chiaro cioè se la neutralità dello Stato sia legittimamente riferibile solo ai comportamenti tenuti dai soggetti adempienti delle funzioni pubbliche o comunque nell'esercizio delle loro autorità o, al contrario, se debba estendersi a qualsiasi altro comportamento purché tenutosi in quei luoghi.

La risposta a tutti gli interrogativi sollevati sino a qui consentirebbe un'analisi più precisa dell'orientamento della Corte sullo spinoso tema dell'abbigliamento religioso negli spazi pubblici, che permetterebbe di fare più precise previsioni anche sulla giurisprudenza futura.

Nell'analisi delle stesse circostanze troviamo anche il caso *S.A.S c. Francia*⁵¹², nel quale si era messo in discussione la legittimità della legge francese c.d. "anti-burqa"⁵¹³.

⁵¹² Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 1° luglio 2014, caso *S.A.S. c. Francia*, Ricorso n°. 43835/11. Per i commenti sul caso v. fra i tanti LICASTRO A., *Mille splendidi volti*, op. cit., VALENTINO A., *La sentenza sul caso S.A.S c. Francia della Corte europea dei diritti dell'uomo: principio di laicità e divieto assoluto di coprirsi il volto in pubblico*, in *Osservatorio costituzionale*, ottobre 2014.

⁵¹³ La legge dell'11 ottobre 2010 n. 1192, che prevede un divieto generalizzato di indossare luogo pubblico capi di abbigliamento che nasconda nel volto, consentendolo solo in alcune ipotesi tassative e senza prevedere eccezioni fondate sul "movente religioso". Più che in altri casi, nella vicenda *S.A.S.* è stato evidente che il giudizio della Corte era in sostanza un giudizio sulla "legittimità convenzionale" della legge statale, tanto più che la ricorrente non aveva subito in realtà alcun provvedimento sanzionatorio per violazione della legge e si qualificava pertanto come vittima potenziale. In ogni caso quando l'interessato lamenta l'esistenza, nel diritto interno, di una sanzione che reprime un comportamento che egli intende adottare e che ritiene protetto dall'articolo 9, lo stesso può sostenere di essere «vittima» di una ingerenza, ai sensi dell'art. 34 della Convenzione, anche in assenza di un atto individuale di esecuzione, se è obbligato a cambiare comportamento per non essere sottoposto a procedimento o se fa parte di una categoria di persone che rischiano di subire direttamente gli effetti della legislazione.

I due obiettivi che il governo francese faceva valere per giustificare il divieto contenuto nella legge in esame erano: la sicurezza pubblica e il rispetto per la piattaforma valoriale minima di una società aperta e democratica. Si evince, cioè, che il divieto contenuto nella norma in esame non era esplicitamente rivolto alla connotazione religiosa dell'abbigliamento. In effetti la Corte accogliendo la legittimità della tesi sostenuta dal governo convenuto, che ritiene che il volto svolga un ruolo importante nell'interazione sociale e costituisca elemento indispensabile per la vita collettiva nella società, ha ammesso che la chiusura opposta agli altri "a causa" del velo che nasconde il volto poteva essere percepita dallo Stato convenuto come un atto pregiudizievole per il diritto altrui di svilupparsi in uno spazio di socialità che agevoli la vita in società. Pertanto, pur esprimendo qualche perplessità sulla necessità di rispondere alla sfida in questione con una legge di divieto generale (soprattutto in considerazione del fatto che il numero di donne interessate dal divieto era esiguo), e pur manifestando le proprie preoccupazioni per quanto riguarda l'impatto negativo che questa misura avrebbe potuto avere sulla situazione sociale di queste donne, la Corte ha comunque concluso che lo Stato convenuto non aveva oltrepassato il proprio margine di apprezzamento e ha dichiarato, con una maggioranza di quindici voti contro due, che non vi è stata violazione dell'art. 9 CEDU⁵¹⁴.

La Corte di Strasburgo, nel ragionamento seguito, rinviene nel *Ahmet Aslan* la fattispecie più simile a quella giudicanda, tuttavia poiché in quest'ultimo caso ad essere oggetto di analisi non era un abbigliamento idoneo a coprire interamente il volto, si discosta dal precedente proprio precedente per escludere qui una violazione dell'art. 9 CEDU⁵¹⁵.

La ricorrente del caso, dal canto suo, si trovava di fronte a un dilemma: o si uniformava al divieto, rinunciando a vestirsi conformemente ai precetti dettati dalla propria religione, o non vi si uniformava, esponendosi così al rischio di incorrere in sanzioni penali. È stata l'incertezza nel comportamento da seguire, che l'avrebbe portata in entrambi i casi a delle conseguenze negative, a spingerla ad adire la Corte di Strasburgo.

Nell'esposizione dei fatti, la ricorrente fa un espresso richiamo a quanto sostenuto dal giudice Tulkens nella opinione dissenziente al caso *Leyla Sahin*, e avvalorata la tesi che vuole che quella di indossare il velo sia una scelta profondamente personale delle donne musulmane, che in tal modo esprimono anche la loro indipendenza ed emancipazione. Sempre in accordo con quanto dichiarato dal giudice Tulkens, la donna ha sostenuto poi che il governo stava giustificando la misura sulla base di stereotipi che consideravano le donne velate come "emarginate" dalla società, e che con l'imposizione di quelle sanzioni non aveva fatto altro che inasprire quella disuguaglianza che la legge in discussione presumeva di combattere.

⁵¹⁴ Corte Europea dei diritti dell'uomo, *Guida sull'articolo 9 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Libertà di pensiero, di coscienza e di religione, op. cit.*, p. 33.

⁵¹⁵ TOSCANO M., *Il fattore religioso nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, op. cit.*, pp. 225-226.

Allegato alla presente sentenza abbiamo il parere parzialmente dissenziente espresso congiuntamente dai giudici Nussberger e Jaderblom, secondo i quali una proibizione così radicale ai danni di un diritto strettamente connesso alla propria identità culturale e religiosa non era necessaria in una società democratica. Essi, infatti, giungono alla conclusione che vi sia stata violazione dell'art. 9 della CEDU da parte delle autorità francesi.

Nella loro opinione, i giudici dissenzienti esprimono forti riserve sul concetto di *vivre ensemble*, perché a loro avviso esso non rientra direttamente in nessuno dei diritti e delle libertà garantite all'interno della Convenzione. Secondo loro, invece, bisognerebbe piuttosto capire che cosa vi sia alla base del desiderio di "proteggere" le persone dagli incontri con individui che indossano un velo che copre il viso: se per alcuni questo indumento rappresenta una minaccia per l'interazione sociale, producendo un sentimento di insicurezza, secondo i dissenzienti, invece, tali sentimenti di disagio non sono causati dal velo in sé, che non può essere percepito come aggressivo, ma dalla filosofia che si presume sia collegata ad esso. Le ragioni che inducono le persone a non tollerare il velo integrale sono basati su interpretazioni del suo significato simbolico, quale segno di sottomissione, disumanizzante, legato all'autoisolamento di un individuo; ma è stata la stessa ricorrente ad affermare che in realtà indossare il velo integrale non rappresenta una barriera insormontabile alla comunicazione e all'integrazione, ma una scelta personale e volontaria che permette loro di partecipare proprio alla vita sociale.

È vero che il viso è importante nell'interazione umana, ma quest'idea non può essere ribaltata completamente, per portarla alla conclusione opposta, con la quale si vuole dimostrare l'assoluta, quanto presunta, impossibilità di interazione umana in caso di porto del velo integrale. Si pensi ad esempio alle attività di sci e motociclismo, nelle quali si utilizzano caschi integrali, o anche l'uso di costumi carnevaleschi: nessuno sosterrrebbe che in queste situazioni i requisiti di interazione sociale non siano rispettati, perché si tratta di pratiche perfettamente radicate nella cultura europea.

Ad avviso dei dissenzienti, insomma la ricorrente ha ragione nel sostenere che il legislatore francese abbia limitato il pluralismo religioso, poiché la misura impedisce a certe donne di esprimere la propria personalità e le proprie credenze nel momento in cui indossano il velo integrale in pubblico. Il divieto imposto cioè potrebbe essere interpretato come un'azione di pluralismo selettivo e tolleranza ristretta. Nella sua precedente giurisprudenza, invece, la Corte di Strasburgo aveva elaborato il dovere dello Stato di garantire la reciproca tolleranza tra gruppi avversari e aveva più volte affermato che il ruolo delle autorità non è quella di rimuovere la causa della tensione, eliminando il pluralismo, ma quella di garantire che i gruppi concorrenti si tollerino a vicenda.

Pertanto, sebbene i dissenzienti siano d'accordo sul fatto che in materia di politica generale bisogna dare ampio spazio al *policy-making* interno, perché meglio posizionato nel gestire i

rapporti fra Stato e confessioni religiose, in questo caso specifico secondo loro lo Stato non dovrebbe godere di un margine di apprezzamento così grande. Fra l'altro il fatto che 45 Stati su 47 non abbiano ritenuto necessario legiferare in questo settore è, ad avviso dei dissenzienti un indicatore molto forte di un certo consenso europeo in materia che la maggioranza non ha preso in considerazione⁵¹⁶.

Ulteriori casi da esaminare in materia sono i casi *Belcacemi e Oussar e Dakir*, entrambi sollevati contro il Belgio, che nel giugno 2011 aveva introdotto lo stesso divieto previsto dalla legge francese anti-burqa.

Nel caso *Belcacemi e Oussar c. Belgio*⁵¹⁷, la decisione di maggioranza segue pedissequamente quanto stabilito nella decisione *SAS c. Francia* e, nonostante la Corte sia pienamente consapevole che se uno Stato come il Belgio s'impegna in un tale processo normativo rischia di contribuire al consolidamento di stereotipi che interessano determinate categorie di persone, nonché di incoraggiare l'espressione dell'intolleranza, è anche consapevole del fatto che vietando l'uso di indumenti per la copertura del viso nello spazio pubblico, lo Stato convenuto limita in un certo senso l'ambito del pluralismo (attuando un pluralismo selettivo) poiché il divieto impedisce un atteggiamento con il quale le donne esprimono, oltre che le loro convinzioni religiose, anche la loro stessa personalità.

Secondo la Corte, comunque, pur considerati i rischi in termini di promozione della tolleranza, le sanzioni disposte dalla legge belga potevano essere considerate proporzionata all'obiettivo di conservare condizioni di minima convivenza sociale e per queste ragioni sostiene all'unanimità che non vi è stata violazione dell'art. 9 CEDU.

Tuttavia, nonostante l'unanimità, in allegato alla presente sentenza si trova l'opinione concordante congiunta dei giudici Spano e Karakaş, che è importante richiamare. I giudici concordanti, infatti, pur condividendo la decisione finale della maggioranza, esprimono alcune titubanze sull'eccessivo rimando che la sentenza fa al caso *S.A.S*. In effetti, secondo questi giudici, sebbene la sentenza *S.A.S* abbia un grande peso giurisprudenziale nella materia, essa presenta in realtà una portata limitata e gli altri Stati membri non possono invocarla in diversi contesti fattuali.

Per i giudici dissenzienti sono tre gli ordini di motivi per cui non bisogna rafforzare il valore di precedente delle conclusioni supportate nella sentenza *S.A.S*: in primo luogo perché il principio di *vivre ensemble* non è elencato fra le limitazioni legittime ex art. 9 comma 2, così come sostenuto anche dai giudici Nussberger e Jäderblom nel loro parere dissenziente alla sentenza *S.A.S*, soprattutto in ragione del fatto che la nozione di "convivenza" che ne scaturisce è piuttosto vaga, mentre la legittimità di una limitazione necessita di basarsi su fattori oggettivi e ben identificabili, che possano contribuire a

⁵¹⁶ Jäderblom e Nussberger, Dissenting opinion, caso *S.A.S c. Francia*, pp. 61-67

⁵¹⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, seconda sezione, sentenza del 11 luglio 2017, caso *Belcacemi e Oussar c. Belgio*, Ricorso n°. 37798/13

mitigare il danno derivante dall'esercizio del diritto umano limitato; in secondo luogo perché l'essenza del principio del *vivre ensemble* è così tanto malleabile che potrebbe potenzialmente offrirsi come strumento per regolare qualsiasi interazione all'interno della società; in terzo luogo perché vi è un'eccessiva (quanto pericolosa) prossimità concettuale tra il principio del *vivre ensemble* e il principio maggioritario, non a caso l'imperativo del vivere insieme trova il suo fondamento ideologico in un certo tipo di consenso sociale, di carattere maggioritario, che stabilisce come gli individui dovrebbero comportarsi nello spazio pubblico, ma questa è piuttosto un'elaborazione imposta dai governi e basata su una visione di maggioranza effimera. Infine, così come in *S.A.S.*, anche in questo caso la Corte ribadisce la rilevanza da riconoscere alle scelte del decisore nazionale, abdicando ancora un volta al suo ruolo di supervisore, ed anzi attribuendo un maggiore peso al suo ruolo sussidiario. Ciò però non significa che gli Stati membri possano liberamente limitare i diritti garantiti dalla CEDU senza subire censure di alcune genere: la storia ha ampiamente dimostrato che le società democratiche portano con sé il rischio che i sentimenti di maggioranza, che sono soliti trasformarsi in norme, si espandano al punto tale da compromettere la tutela stessa dei diritti fondamentali. Bisogna stare attenti, dunque, a non attribuire un peso eccessivo a questo ruolo sussidiario, ma piuttosto continuare a sostenere il dovere di supervisione della Corte di Strasburgo⁵¹⁸.

Sulle stesse premesse di questo caso, troviamo, infine, il caso *Dakir c. Belgio* del 2017⁵¹⁹, nel quale la ricorrente denuncia, anche qui, il divieto imposto dalla nuova norma belga sul porto del velo. Sebbene anche in questa sentenza la Corte si sia espressa unanimemente per la non violazione dell'art. 9 CEDU, troviamo comunque un parere concordante allegato, espresso sempre congiuntamente dai giudici Spano e Karakas, i quali ribadiscono pedissequamente quanto già espresso nella loro opinione separata allegata al caso *Belcacemi*,⁵²⁰.

L'orientamento che emerge dalle sentenze qui analizzate presenta un andamento piuttosto contraddittorio: se in un primo momento la Corte sembra stabilire che in un generale e aperto spazio pubblico le limitazioni alla libertà religiosa degli individui non possono essere accettate, nella seconda sentenza si contraddice, riconoscendo allo Stato un ampio margine di discrezionalità.

Il discrimine è da ritrovarsi nella differente tipologia di abbigliamento considerato nelle due sentenze, e in particolare il fatto che nella sentenza *S.A.S.* ad essere oggetto di divieto è un indumento che copre interamente il viso. In questa sentenza la Corte sembra ritornare all'orientamento seguito in *Leyla Sahin*: si decide cioè di tenere in grande considerazione le

⁵¹⁸ Karakaş e Spano, Dissenting opinion, caso *Belcacemi e Oussar c. Belgio*, pp. 22-25

⁵¹⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, Seconda sezione, sentenza del 11 luglio 2017, caso *Dakir c. Belgio*, Ricorso n° 4619/12

⁵²⁰ Karakaş e Spano, Dissenting opinion, in caso *Dakir c. Belgio*, pp. 17-20.

peculiarità del principio di laicità francese, che vuole secolarizzare gli spazi pubblici per garantire una migliore convivenza fra gruppi differenti. La maggioranza della sentenza S.A.S., cioè, sembra si sia adeguata a quanto stabilito dal giudice Popovic nella opinione dissenziente annessa al caso *Ahmet Arslan*, che a sua volta aveva sostenuto le tesi sostenute dalla maggioranza dei giudici nei casi *Leyla Sahin* e *Lautsi*.

Sarà l'opinione dissenziente espressa congiuntamente dai giudici Jäderblom e Nussberger e il richiamo che la ricorrente del caso fa alla *dissenting opinion* del giudice Tulkens al caso *Leyla Sahin* a suggerire alla Corte di Strasburgo di tornare al suo iniziale orientamento e assumere un atteggiamento più elastico e accomodante nei riguardi dei diritti individuali delle persone.

C) abbigliamento e simboli religiosi nel (generale) contesto istituzionale pubblico: gli operatori pubblici

L'approdo cui siamo giunti fino qui, che applica un principio di laicità con esiti "sterilizzanti", ha trovato puntuale conferma anche nella giurisprudenza successiva: parliamo innanzitutto del caso *Ebrahimian c. Francia*⁵²¹ del 2015, che riguardava un'assistente sociale cui non era stato rinnovato il contratto di pubblico impiego perché rifiutava di dismettere il velo nei rapporti con il pubblico. Ci troviamo dunque nell'ipotesi del porto di abiti e segni religiosi all'interno degli edifici pubblici diversi da quelli destinati all'insegnamento (ministeri, tribunali, sedi di enti locali, ospedali pubblici, etc.).

Anche in questo caso, è possibile procedere a una ripartizione in categorie delle cause esaminate, a seconda che si tratti di vicende che coinvolgono gli operatori o gli utenti dei servizi pubblici, ove per utenti si deve intendere ogni persona che entri in relazione, come privato, con i servizi pubblici (volontariamente o per necessità), e che dunque, a differenza degli operatori pubblici, non rappresenta in alcun modo lo Stato nell'esercizio di una funzione pubblica e non ha l'obbligo di discrezione nell'espressione pubblica delle loro convinzioni religiose, come era emerso invece dall'orientamento seguito in *Ahmet Arslan* in relazione alla figura degli operatori pubblici. La regola generale prevede dunque che l'utente (privato cittadino) è libero di esprimere le sue convinzioni religiose all'interno di un edificio pubblico o quando entra in contatto con autorità pubbliche. Questa libertà può però subire delle restrizioni nel contesto di un ospedale pubblico. In effetti anche ai pazienti (utenti) può essere richiesto di contribuire alla realizzazione del principio di laicità, chiedendo loro di astenersi da qualsiasi azione di proselitismo e di rispettare l'organizzazione laica del servizio. Si tende cioè a far prevalere i diritti altrui, ovvero la

⁵²¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, Quinta sezione, Sentenza del 26 novembre 2015, caso *Ebrahimian c. Francia*, Ricorso n°. 64846/11

parità di trattamento dei pazienti e il funzionamento del servizio sulle manifestazioni delle convinzioni religiose.

La situazione degli operatori dei servizi pubblici, invece, è sostanzialmente diversa: gli Stati, infatti, possono invocare i principi di laicità e neutralità per giustificare le limitazioni imposte a quest'ultimi nella loro libertà di indossare simboli religiosi sul luogo di lavoro. In questo caso, cioè, la Corte accetta che gli Stati adducano come «scopo legittimo» delle limitazioni da loro imposte la garanzia di una stretta neutralità religiosa, che preservi i diritti e gli interessi degli utenti di quegli stessi servizi pubblici.

In particolare, nell'ambiente di un ospedale pubblico è legittimo esigere che l'operatore non manifesti le proprie convinzioni religiose nell'esercizio delle sue funzioni, affinché si garantisca la parità di trattamento dei malati: è quanto accaduto nella vicenda *Ebrahimian*, nella quale la Corte ha stabilito, per sei voti contro uno, che il mancato rinnovo del contratto di lavoro di una donna musulmana impiegata con l'incarico di assistente sociale nel reparto di psichiatria di un ospedale pubblico francese non avesse prodotto una violazione dell'articolo 9⁵²².

In allegato alla presente sentenza troviamo il parere parzialmente concorrente e parzialmente dissenziente del giudice O'Leary, e il parere dissenziente del giudice De Gaetano. Il primo ha votato a favore della decisione della maggioranza ma, a suo avviso, era necessario fare ulteriori commenti e riflessioni. Il giudice infatti compara il presente caso con l'unica altra vicenda che ha esaminato la questione dell'uso dei simboli religiosi nel mondo del lavoro, il caso *Eweida c. Regno Unito*⁵²³, nel quale la seconda ricorrente, che prestava servizio in un ospedale pubblico in qualità di infermiera di un reparto geriatrico, così come era avvenuto nella vicenda *Ebrahimian*, si era rifiutata di non indossare un ciondolo con la crocifisso, e sul quale caso la Corte di Strasburgo (all'unanimità) si era espressa per la non violazione dell'art. 9 CEDU.

Il giudice O'Leary, inoltre, esprime anche alcune preoccupazioni, perché sostiene che se è vero che agli Stati si deve riconoscere un ampio margine di apprezzamento, allora è in egual modo necessario rendere più accessibile e prevedibile il quadro giuridico su cui si basano le valutazioni del caso. In effetti è difficile sostenere che la ricorrente, al momento della sottoscrizione del contratto, fosse cosciente del fatto che indossare il velo islamico l'avrebbe condotta a subire un provvedimento disciplinare e infine ad essere licenziata. Per il giudice, insomma, quest'ampio margine di apprezzamento non può esonerare gli Stati membri dal loro obbligo di garantire una valutazione concreta della proporzionalità,

⁵²² Corte Europea dei diritti dell'uomo, *Guida sull'articolo 9 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Libertà di pensiero, di coscienza e di religione, op. cit.*, p. 36-38.

⁵²³ Corte europea dei diritti dell'uomo, Quarta sezione, sentenza del 15 gennaio 2013, Caso *Eweida e altri c. Regno Unito*, Ricorsi n°. 48420/10, 59842/10, 51671/10 e 36516/10.

in particolare quando in discussione vi è un divieto generale che interferisce con i diritti di un individuo⁵²⁴.

Anche il giudice dissenziente De Gaetano condivide le preoccupazioni espresse dal giudice O' Leary ma, queste stesse perplessità, lo conducono alla conclusione opposta, ovvero a sostenere la violazione dell'art. 9 CEDU.

Secondo il giudice De Gaetano il giudizio procede su una falsa premessa secondo la quale gli operatori dei servizi pubblici, manifestando la loro affiliazione religiosa attraverso delle modalità di espressione "minime", non sono in grado di garantire comunque un servizio imparziale. A suo avviso la misura francese non vietava l'uso oggettivo di un particolare capo di abbigliamento o simbolo connotato religiosamente in sé, ma proibiva la manifestazione soggettiva del credo religioso collegata a quel simbolo: una donna cioè potrebbe liberamente indossare un velo per tutta una serie di motivi ma non se a questo si applichi un particolare significato religioso.

Pertanto è vero che agli Stati debba essere riconosciuto un ampio margine di apprezzamento sulle questioni che riguardano i funzionari pubblici, ma questo margine non può essere illimitato. Deve sempre applicarsi una stringente supervisione europea per evitare che atteggiamenti discriminatori si cristallizzino nelle prassi nazionali; secondo il giudice De Gaetano la decisione presa dalla maggioranza in questo caso arrivava pericolosamente vicino a fare quanto appena detto⁵²⁵.

Inoltre, così come aveva fatto il O'Leary, anche il giudice De Gaetano procede a fare una comparazione con il caso *Eweida*, in particolare in relazione alle lamentele presentate dalla prima ricorrente, una hostess il cui il datore di lavoro, una compagnia di aereo privata, aveva impedito di indossare una collana con il crocifisso. In questa vicenda la Corte aveva stabilito che, al di fuori dell'ambiente ospedaliero, una società commerciale privata poteva legittimamente imporre ai propri impiegati un codice di abbigliamento allo scopo di tutelare una determinata immagine commerciale e che l'applicazione di tale codice poteva comportare a volte delle restrizioni sulla libertà di indossare simboli religiosi. Tuttavia, per quanto legittimi possano essere, gli interessi del datore di lavoro non sono assoluti e devono sempre essere bilanciati con il diritto del lavoratore di manifestare la propria religione, ed è per questo che la Corte aveva accertato una violazione dell'art. 9 CEDU⁵²⁶.

Insomma nel generale contesto di un istituzione pubblica, pare che la maggioranza dei giudici della Corte di Strasburgo ammetta che agli operatori pubblici possa essere richiesto di limitare la manifestazione della propria appartenenza religiosa a mezzo di simboli e indumenti religiosi, al fine di garantire la laica organizzazione del servizio pubblico per il

⁵²⁴ O'Leary, Dissenting opinion, in caso *Ebrahimian c. Francia*, pp. 30-38.

⁵²⁵ De Gaetano, Dissenting opinion, in caso *Ebrahimian c. Francia*, p. 39.

⁵²⁶ Corte Europea dei diritti dell'uomo, *Guida sull'articolo 9 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Libertà di pensiero, di coscienza e di religione, op. cit.*, p. 38.

quale prestano la loro attività. È il giudice dissenziente De Gaetano a sostenere invece che la condotta religiosa individuale del lavoratore non corra necessariamente il rischio di essere confusa con un atteggiamento statale di propensione per questo o quell'orientamento nel campo del religioso: il giudice cioè auspica che il potere di limitare la manifestazione del credo per mezzo dell'abbigliamento delle autorità statali possa restringersi, con una conseguente riespansione dei diritti del lavoratore.

Cbis) abbigliamento e simboli religiosi nel (generale) contesto istituzionale pubblico: gli utenti

Altro caso da analizzare è la vicenda *Hamidovic c. Bosnia-Erzegovina*⁵²⁷, riguardante un uomo bosniaco, membro di un gruppo di adepti del movimento wahhabita (salafita) dell'islam, condannato a una sanzione pecuniaria per oltraggio a un magistrato, per essersi rifiutato di togliersi il copricapo al momento di deporre in qualità di testimone in un processo per terrorismo. La Corte, come di consueto, in un primo momento riconosce un ampio margine di apprezzamento statale, tuttavia, valutate le circostanze della fattispecie, essa si sofferma, in particolare, sul fatto che le convinzioni religiose del ricorrente appaiono sincere, e che lo stesso non abbia in alcun modo dato segno di disprezzo per le istituzioni democratiche, pertanto ha ritenuto che il margine in questo caso fosse stato oltrepassato dallo Stato convenuto e ha accertato, con sei voti contro uno, una violazione dell'art. 9 CEDU⁵²⁸.

La vicenda ora in esame, rispetto alle questioni decise in precedenza, non si occupa dell'uso dei simboli e degli abiti religiosi sul posto di lavoro o in ambito scolastico, ma riguarda un testimone in un processo penale. Come già ribadito, mentre i funzionari pubblici possono essere assoggettati all'obbligo di discrezione, neutralità e imparzialità, nell'utilizzo di simboli e indumenti religiosamente connotati durante l'esercizio della loro autorità, nelle società democratiche i privati cittadini, come il richiedente, normalmente non possono essere costretti a tale obbligo.

Sulla vicenda si pronunciano il giudice De Gaetano e il giudice Bosnjak con due pareri concordi, e il giudice Ranzoni con un parere dissenziente.

Il giudice De Gaetano concorda sul fatto che vi sia stata una violazione dell'art. 9 CEDU ma, a suo avviso, l'analisi della Corte avrebbe dovuto soffermarsi maggiormente sul verificare che la misura lamentata fosse effettivamente prescritta dalla legge. In effetti, il richiedente era stato punito sulla base di un potere regolamentare intrinseco del giudice,

⁵²⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, Quarta sezione, sentenza del 5 dicembre 2017, caso *Hamidovic c. Bosnia-Erzegovina*, Ricorso n°. 57792/15.

⁵²⁸ Corte Europea dei diritti dell'uomo, *Guida sull'articolo 9 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Libertà di pensiero, di coscienza e di religione*, op. cit., pp. 36-37.

che lo legittimava a regolare la conduzione dei procedimenti in maniera tale da garantire che non si verifici alcun abuso e che il procedimento sia equo per tutte le parti. Secondo il giudice De Gaetano, il potere riconosciuto al giudice era talmente vago da non poter essere fatto valere quale legittima giustificazione della misura di condanna comminata al ricorrente, e fra l'altro sostiene che questo stesso potere non poteva essere legittimato ad estendersi a tal punto da provocare una inopportuna situazione di conflitto fra diritti, a maggior ragione quando si tratta di un diritto umano fondamentale come quello della libertà di espressione religiosa⁵²⁹.

Per l'altro giudice concordante, invece, considerato che ci si trovava in una situazione in cui il simbolo religioso incriminato non era impiegato con l'intento di compromettere l'ordine pubblico o impedire il regolare funzionamento di un tribunale o di un altro organismo pubblico, il giudice del tribunale in cui si era tenuta la causa non poteva essere autorizzato a emanare la regola sotto accusa⁵³⁰.

Infine il giudice Ranzoni, nella sua opinione dissenziente, esprime il suo totale disaccordo con la decisione di maggioranza. Secondo Ranzoni, infatti, la Corte di Strasburgo non è un tribunale nazionale o un organo di quarta istanza, per cui non può sostituire la sua opinione a quella dei giudici nazionali, salvo che questo non sia giustificato da un abuso del margine di apprezzamento delle autorità. La responsabilità primaria della protezione dei diritti della Convenzione spetta agli Stati contraenti, e in particolare all'attività giudiziaria svolta dai tribunali nazionali, pertanto la Corte EDU avrebbe dovuto mostrare un certo riserbo nello stabilire se le decisioni adottate dai tribunali nazionali fossero compatibili o meno con gli obblighi dello Stato ai sensi della Convenzione, in particolare se si tratta del riesame di decisioni che riguardano la materia religiosa. Per il giudice Ranzoni il dovere di "vigilanza europea" che spetta alla Corte europea non deve tradursi in una generica rivalutazione del caso, soprattutto se si evidenzia, in coerenza con i principi della Convenzione e della sua giurisprudenza, la corretta applicazione delle norme sui diritti umani da parte dei tribunali nazionali, e il perseguimento del giusto equilibrio fra gli interessi personali del richiedente con il più generale interesse pubblico. Compito della Corte di Strasburgo non è sostituire la propria valutazione a quella delle autorità nazionali competenti, ma verificare che le ragioni invocate dalle autorità nazionali per giustificare le misure che hanno interferito con i diritti dei richiedenti siano appropriate. Dopotutto è la stessa Corte europea ad aver più volte affermato che le autorità nazionali godono di una legittimazione democratica diretta e che, in linea di principio, si trovano in una migliore posizione per valutare le esigenze e le condizioni locali rispetto a un tribunale internazionale.

⁵²⁹ De Gaetano, Concurring opinion, caso Hamidovic c. Bosnia-Erzegovina, pp. 25-26

⁵³⁰ Bosnjak, Concurring opinion, caso Hamidovic c. Bosnia-Erzegovina, pp. 27-28

Il giudice Ranzoni si chiede, pertanto, sulla base di quali presupposti la Corte di Strasburgo aveva stabilito che le autorità nazionali bosniache avessero oltrepassato il loro margine di apprezzamento. Secondo il giudice, infatti, la Corte non avrebbe potuto neppure basarsi su un ipotetico consenso europeo in materia, perché in realtà la maggior parte degli Stati membri non disciplina l'uso di simboli religiosi da parte dei privati nelle aule dei tribunali; piuttosto accorda a questi ultimi una discrezionalità abbastanza ampia nella stesura di codici di comportamento e di abbigliamento da adottare al loro interno. Non si rinviene dunque un consenso europeo in materia, e se anche si fosse riusciti ad individuarlo, questo avrebbe comunque avuto una natura non vincolante per la Corte di Strasburgo, poiché lo Stato continuerebbe a mantenere un certo margine di apprezzamento e a dimostrare che la misura contestata era necessaria per il raggiungimento di uno scopo legittimo. Si tratterebbe cioè di un consenso che potrebbe sì restringere il margine di apprezzamento dello Stato ma che non lo condurrebbe ad essere completamente annullato.

Per il giudice Ranzoni, insomma, i giudici nazionali nella loro decisione avevano raggiunto un giusto equilibrio tra la tutela della libertà di religione del richiedente e il legittimo scopo di proteggere i diritti e le libertà altrui, e per questo motivo si è espresso contro la constatazione di una violazione dell'articolo 9 CEDU⁵³¹.

Altra sentenza recente in materia è la *Lachiri c. Belgio* del 2018⁵³², nella quale la ricorrente lamenta la violazione della sua libertà di pensiero, coscienza e religione, da parte di un tribunale nazionale che, a seguito del suo rifiuto di rimuovere il suo *hijab*, aveva deciso di escluderla dall'aula. La ricorrente giustificava il suo rifiuto sostenendo che, poiché partecipava al processo in qualità di privata cittadina, non era tenuta a rispettare l'obbligo di discrezionalità nell'espressione pubblica del suo credo religioso.

Dal canto suo, il giudice nazionale, al fine di giustificare la misura imposta alla ricorrente, rievoca le disposizioni contenute nell'art. 759 del codice giudiziario belga, che recita quanto segue: "*La persona che partecipa alle udienze deve essere trovata nel rispetto e silenzio; tutto ciò che il giudice ordina per il mantenimento dell'ordine è eseguito puntualmente e al momento*".

La Corte di Strasburgo, chiamata ad esprimersi, nota che, diversamente dalla maggior parte dei casi nei quali si era esaminata una limitazione all'uso dei simboli religiosi, in questo caso il governo convenuto non sostiene che la restrizione applicata rientri nell'ambito della salvaguardia di quei valori laici e democratici che hanno lo scopo legittimo di garantire i diritti e libertà altrui, ma piuttosto che abbia lo scopo di impedire un comportamento irrispettoso nei confronti dell'istituzione giudiziaria, e/o di turbare la

⁵³¹ Ranzoni, Dissenting opinion, caso Hamidovic c. Bosnia-Erzegovina, pp. 29-37.

⁵³² Corte europea dei diritti dell'uomo, seconda sezione, sentenza del 18 settembre 2018, caso Lachiri c. Belgio, Ricorso n° 3413/09

buona condotta dell'udienza. Nella sua valutazione delle circostanze, la Corte nota poi che il richiedente è un semplice cittadino, non è un rappresentante dello Stato nell'esercizio di una funzione pubblica, e non può quindi essere soggetto ad un obbligo di discrezione nell'espressione pubblica delle sue credenze religiose.

Relativamente poi al fatto che la ricorrente sostiene che il provvedimento discusso è stato imposto da un tribunale, che ella considera analogo ad un generico luogo pubblico aperto a tutti, la Corte di Strasburgo, pur volendo ricondurre i tribunali nella più ampia categoria dello "spazio pubblico", non può ammettere che la vicenda esaminata si riconduca alle medesime circostanze che sorgono in una strada o una piazza; dopotutto un tribunale è una "istituzione pubblica", nella quale il rispetto della neutralità può avere la precedenza sul libero esercizio del diritto di manifestare la propria religione, così come previsto per tutti gli istituti di istruzione pubblica.

Ciò considerato, la Corte EDU, non riuscendo ad accertare che la condotta della ricorrente avesse costituito una minaccia per il corretto svolgimento del procedimento, sostiene che la necessità della restrizione lamentata non poteva essere provata e, di conseguenza, dichiara per sei voti contro uno che c'è stata una violazione dell'art. 9 della Convenzione.

Allegati alla presente sentenza troviamo i seguenti pareri separati: il parere congiunto concordante dei giudici Gričco e Vučinić e l'opinione dissenziente del giudice Mourou-Vikström.

I primi, concordano con l'accertamento della violazione dell'art. 9, ma non con la decisione della maggioranza di non risolvere la questione dell'incertezza giuridica prodotta dall'interpretazione e dall'applicazione delle disposizioni dell'art. 759 del codice giudiziario da parte dei magistrati belgi. A loro avviso infatti, risolvere tale questione era di fondamentale importanza perché il risultato dell'intero caso poteva dipendere direttamente dalla risposta alle perplessità sollevate. In assenza di un consenso tra gli Stati membri sulle norme che disciplinano l'uso da parte di individui di simboli religiosi nelle aule dei tribunali (così come messo bene in evidenza nell'opinione dissenziente del giudice Ranzoni nel caso *Hamidovic c. Bosnia-Erzegovina*), non è l'applicazione dell'art. 759 in sé a costituire una violazione dell'art. 9 CEDU, ma l'incertezza sulla sua interpretazione e applicazione al presente caso. In effetti la restrizione applicata alla ricorrente, a seguito dell'applicazione dell'art. 759 da parte delle corti competenti, non soddisfaceva la condizione di "prevedibilità" richiesta dal sistema CEDU, e per tanto i giudici di Strasburgo hanno preferito esprimersi per la violazione della libertà religiosa della ricorrente⁵³³.

Il giudice Mourou-Vikström, invece, non condivide la decisione della maggioranza di accertare la violazione dell'art. 9 CEDU, innanzitutto perché la ricorrente era stata avvisata

⁵³³ Gričco e Vučinić, Concurring opinion, in caso *Lachiri c. Belgio*, pp. 13-15.

del fatto che il rifiuto di togliere il velo le avrebbe impedito di rimanere in aula e prendere parte al procedimento, in conformità proprio con le disposizioni dell'art. 759 del codice giudiziario. Inoltre, egli sostiene che le disposizioni del contestato art. 759, non hanno lo scopo iniziale di applicare restrizioni specifiche nei confronti di indumenti che segnalano un'affiliazione religiosa, ma intendono piuttosto imporre a tutti gli individui un atteggiamento di deferenza nei confronti del tribunale e dell'autorità che rappresenta.

Il giudice dissenziente, fra l'altro, compara questa vicenda a quella esaminata nel caso *Hamidovic*: mentre in quel precedente caso la Corte aveva condannato la pena inflitta alla ricorrente per oltraggio alla Corte poiché non necessaria in una società democratica e poiché applicandola le autorità avevano superato il loro margine di discrezionalità, secondo il dissenziente nel caso *Lachiri* la sanzione comminata al richiedente, che si sostanzava nella sola esclusione dal procedimento, era una misura meno gravosa rispetto a quella stabilita nel caso *Hamidovic*, e pertanto era ragionevole sostenere che le autorità chiamate in causa non avessero violato la libertà religiosa del ricorrente.

Sempre secondo il giudice dissenziente, infine, un tribunale non può essere equiparato a un qualsiasi spazio pubblico, in quanto, così come era stato stabilito nel caso *Leyla Şahin c. Turchia*, un tribunale è "un ente pubblico, in cui la tutela della neutralità può ignorare il libero esercizio del diritto di manifestare la propria religione, così come nelle scuole pubbliche"⁵³⁴.

In questo particolare contesto di utilizzo dei simboli religiosi, insomma, il livello tutela della libertà ex art. 9 CEDU varia al mutare della posizione ricoperta dal soggetto nei confronti del quale vuole farsi valere la tutela richiamata: gli utenti dei servizi pubblici di sono liberi di esprimere le loro convinzioni religiose in quanto privati cittadini; agli operatori che lavorano in istituzioni pubbliche, invece, si richiede di non esprimere in alcun modo le proprie convinzioni religiose al fine tutelare la laicità e neutralità di questi luoghi. Tuttavia, le opinioni dissenzienti espresse in calce alle sentenze appena esaminate valutano la possibilità di introdurre alcune deroghe: ad esempio, nei casi che si esprimono sulla facoltà dei giudici nazionali di poter disciplinare con codici di abbigliamento la partecipazione delle parti di un processo (cittadini privati), i dissenzienti sostengono che un tribunale non può essere considerato alla pari di un qualsiasi altro spazio pubblico, e che pertanto è lecito richiedere agli utenti dei tribunali (contrastando con la regola generale) di mantenere un certo atteggiamento religiosamente neutrale, ai fini del rispetto del buon andamento della sua amministrazione; nelle vicende che hanno coinvolto gli operatori pubblici, invece, i dissenzienti hanno sostenuto che riconoscere loro la possibilità di indossare abbigliamento connotato religiosamente, non metterebbe a rischio la loro capacità di garantire comunque un servizio imparziale e neutro. Insomma si dovrebbe

⁵³⁴ Mourou-Vikström, Dissenting opinion, caso *Lachiri c. Belgio*, 16-20.

consentire loro di esprimere liberamente la propria religiosità, al fine di evitare cristallizzazioni di prassi discriminatorie.

Concludendo, è possibile affermare che, al di là delle complesse interrelazioni giuridiche tra la garanzia della laicità dello Stato, della neutralità delle istituzioni e delle libertà individuali e collettive, nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di abbigliamento è possibile rintracciare costrutti teorici ormai acquisiti: ciò che accomuna tutte le pronunce appena viste, nonostante alcune marginali deviazioni, è l'attenzione al significato del simbolo o, in altre parole, alla portata simbolica del segno religioso, che rileva non per ciò che è ma per ciò che rappresenta⁵³⁵. L'elemento di squilibrio che invece ha prodotto in questo contesto un ritorno a quegli orientamenti che prospettano soluzioni più limitanti, è da cogliere nella diversa interpretazione che gli Stati assegnano al principio di laicità: esso talvolta opera a protezione della libertà dei consociati e talaltra a garanzia di quell'uguaglianza che richiede il sacrificio della tutela delle prime⁵³⁶.

2.4. Libertà positive: la libertà dei genitori di provvedere all'educazione dei figli secondo le loro convinzioni religiose e filosofiche

Il caso *Folgerø e altri c. Norvegia*⁵³⁷ s'inserisce in un complesso e articolato filone della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'art. 2 Prot. n. 1 della Convenzione, che affronta la questione della tutela del diritto dei genitori di educare i propri figli conformemente alle proprie convinzioni morali e religiosi.

In questa materia la Corte si è trovata dinanzi ad un difficile dilemma: da un lato, la necessità di proteggere gli alunni dall'indottrinamento e i loro genitori da indebite interferenze nei modelli e nei contenuti educativi liberamente scelti per i propri figli; dall'altro lato il diritto degli studenti ad avere un'educazione completa. La natura controversa delle questioni e la difficoltà di individuare un criterio di giudizio unicamente accettabile spiegano la spaccatura che si è prodotta fra i giudici della Grande Camera della Corte chiamati a valutare la vicenda, che hanno accertato la violazione dell'art. 9 con una maggioranza di nove voti contro otto.

Il caso ha ad oggetto l'insegnamento KRL (cristianesimo, religione e filosofia) introdotto nel curriculum scolastico nel 1997. Tra i contenuti del corso è stato inserito il cristianesimo

⁵³⁵ MANCINI S., *I simboli religiosi e conflitti nelle società multiculturali*, in *I simboli religiosi tra diritto e culture*, op. cit., pp. 1-6.

⁵³⁶ Secondo DOMIANELLO S., *La rappresentazione di valori nei simboli: un'illusione che alimenta ipocrisia e fanatismo*, in *Oliv*, Aprile 2005, p. 25, le soluzioni adottate in Francia in Turchia a proposito della questione del velo islamico sembrano "confondere la laicità dello Stato, all'interno di una democrazia pluralista, (...) con la pubblica sterilizzazione religiosa non solo delle istituzioni statali ma anche degli individui che se ne avvalgono"; TOSCANO M., *Il fattore religioso nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, op. cit., pp. 226-228.

⁵³⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 29 giugno 2007, caso *Folgerø e altri c. Norvegia*, Ricorso n°. 15472/02

attraverso una specifica clausola, con la quale si confermava la vocazione cristiana dello Stato norvegese in ambito educativo.

I ricorrenti sono quattro famiglie appartenenti all'associazione umanista norvegese, le cui richieste di piena e totale dispensa dei propri figli dal corso in oggetto, sono state rifiutate dall'autorità scolastica coinvolta.

Nei casi precedenti, il principio generale prevalente che si applicava in materia era quello che stabiliva il legame del sistema educativo alle prescrizioni dello Stato: secondo questo principio i contenuti degli insegnamenti e le modalità di organizzazione del curriculum scolastico dovevano rispecchiare le peculiarità storiche, culturali, religiose e politiche dello Stato di riferimento, e pertanto dovevano rimanere nel circuito della competenza statale. La Corte EDU, insomma, preferiva non compromettere l'autonomia organizzativa, normativa e disciplinare in un settore nel quale lo Stato democratico poteva maggiormente affermare la propria identità, e pertanto gli riconosceva un'ampia discrezionalità decisionale. Nel caso *Folgerø*, però, la Corte sembra abbandonare questo principio e, sia pure a stretta maggioranza, è giunta a conclusioni opposte a quelle dei suoi precedenti.

La Corte, cioè, nella fase della decisione sul merito della pronuncia decide di non tenere conto delle peculiarità costituzionali ed ecclesiastiche del contesto norvegese, scelta che ha rappresentato la principale obiezione che i giudici dissenzienti Wildhaber, Lorenzen, Bîrsan, Kovler, Steiner, Borrego Borrego, Hajiyev e Jebens hanno mosso alla pronuncia della maggioranza⁵³⁸.

Ma, per comprendere le ragioni che hanno portato i giudici della maggioranza e i giudici della minoranza a sostenere le loro posizioni, è necessario sinteticamente ripercorrere le vicende e descrivere le circostanze del caso.

Il sistema scolastico della scuola norvegese, all'epoca dei fatti, prevedeva un sistema di dispensa totale degli studenti solo per le attività di stampo chiaramente religioso e in contrasto con le convinzioni genitoriali, mentre, per le attività di altra natura, è stato predisposto un sistema di dispensa parziale, attivabile solo previa richiesta motivata. A questo riguardo, mentre i giudici della maggioranza avevano giudicato lo schema di dispensa parziale particolarmente gravoso nella sua applicazione, sia per i genitori che per gli insegnanti, i giudici dissenzienti, invece, difendevano il meccanismo della dispensa, perché a loro avviso doveva interpretarsi come uno strumento per verificare la serietà e la non pretestuosità delle convinzioni personali che si opponevano al corso. Era considerato un mezzo, insomma, attraverso il quale le autorità scolastiche cercavano comprendere le ragioni del rifiuto che i genitori opponevano a quella sezione del curriculum attinente al fenomeno religioso, attivando proficui canali comunicativi tra scuola e famiglia.

⁵³⁸ Bîrsan, Borrego Borrego, Hajiyevn, Jebens, Kovler, Lorenzen, Steiner e Wildhaber, Dissenting opinion, caso *Folgerø* e altri c. Norvegia, pp. 46-53.

Per la maggioranza invece solo un sistema di dispensa totale avrebbe ripristinato l'oggettività, la neutralità ed il pluralismo nel sistema scolastico norvegese, evitando gli effetti negativi di quel presunto indottrinamento lamentato nella causa. Ma la decisione della Corte lascia qualche dubbio: in effetti sembra difficile ammettere che per arginare il rischio di indottrinamento e di assenza di neutralità nella conduzione di un dialogo, di un confronto, di una discussione si renda necessario eliminare non gli effetti dell'indottrinamento in sé, ma lo stesso dialogo. La propensione per la dispensa totale cioè sembra più simile ad una rimozione del problema che non alla sua soluzione, e dunque non è idonea a garantire né il pluralismo, né la neutralità educativa, a meno che per neutralità non si intenda la totale asetticità degli spazi e degli ambienti educativi, e la totale espunzione dalla possibilità di discutere di questioni religiose nelle scuole⁵³⁹.

Inoltre, l'aver completamente trascurato, in fase di decisione, le peculiarità del contesto nel quale la controversia era maturata, ha determinato nell'opinione degli otto giudici dissenzienti la convinzione che la Corte europea abbia voluto estendere in maniera pretestuosa l'ambito del proprio giudizio su una materia che doveva rimanere nel circuito della competenza statale. Nonostante in più occasioni la giurisprudenza europea abbia sostenuto che la presenza di un "established Church" in uno Stato membro non sia in contrasto con le norme della CEDU, tale regime è stato talvolta indirettamente censurato quando da esso siano derivate, a parere della Corte, sostanziali violazioni dei diritti umani da essa garantiti. La Corte, insomma, nel caso *Folgero*, non considerando le peculiarità costituzionali e religiose della Norvegia, sostiene per la prima volta che la presenza di una Chiesa di Stato non è un dato che depone a favore della garanzia del pluralismo nelle scuole.

Da questa sentenza, cioè, la Corte di Strasburgo sembra elaborare una propria concezione di laicità, che essa intende come neutralità degli spazi educativi, e che spesso si pone in netto contrasto con le diverse interpretazioni di laicità presenti negli Stati. È stata la sentenza *Lautsi* del 2011 a rimettere in discussione questo approccio, restituendo rilievo al margine di apprezzamento degli Stati in un settore, quello educativo appunto, in cui il peso delle tradizioni culturali non può essere trascurato in ragione di un'accezione europea del principio di laicità⁵⁴⁰.

⁵³⁹ Per alcune osservazioni sul tema dei rapporti tra il diritto all'istruzione dei sistemi confessionisti di rapporti tra Stato e chiesa si vedano i contributi di BELGIORNO DE STEFANO M.G., *L'insegnamento della religione sotto il controllo della Corte europea dei diritti umani*, in rivista della cooperazione giuridica internazionale, X, 30 dicembre 2008, pp. 39-55.; MINELLI C., *L'insegnamento della religione in uno stato confessionista: il caso Folgero*, in Quaderni costituzionali, 1/2008, pp. 163-167; PARISI M., *Insegnamento religioso, neutralità dell'istruzione pubblica ed educazione alla cittadinanza democratica: il caso Folgero contro Norvegia*, in Quaderni di diritto e politica ecclesiastica, 3, 2009, pp. 729-748.

⁵⁴⁰ CARACCIO A., GIANFREDA A., *Libertà di coscienza e diritto di dispensa dall'insegnamento religioso nel sistema scolastico norvegese: il caso «Folgero e altri c. Norvegia»*, in MAZZOLA R. (a cura di), *Diritto e religione in Europa*, op. cit., pp. 147-172.

La più recente sentenza della Corte di Strasburgo in materia di art. 2 Prot. n. 1 CEDU è quella relativa alla vicenda *Perovy c. Russia*⁵⁴¹ del 2020.

Il presente caso origina dalla lamentela espressa da parte di un primo e un secondo ricorrente, una coppia sposata, e di un terzo ricorrente, il loro figlio di sette anni, appartenenti alla "Chiesa della comunità di Cristo", che accusavano le autorità scolastiche della scuola frequentata dal bambino di aver violato le loro libertà ex art. 9 e art. 2 Prot. 1 CEDU.

L'evento scatenante fu la cerimonia di benedizione che un sacerdote appartenente alla COR (Chiesa Ortodossa Russa) aveva eseguito nell'aula frequentata dal bambino, e della quale i primi due ricorrenti non erano stati informati.

Il Governo russo aveva sostenuto che non vi era stata alcuna interferenza con il diritto dei ricorrenti alla libertà di religione e, di conseguenza, nessuna violazione dell'art. 9 della Convenzione, e che relativamente all'articolo 2 del Protocollo n. 1, quest'ultimo era inapplicabile *ratione materiae* perché gli eventi lamentati non avevano riguardato in alcun modo il diritto all'istruzione. Fra l'altro ha chiarito che il rito COR della benedizione era un rito di natura impersonale, e non aveva avuto alcuna relazione con il processo educativo, in quanto non era previsto nel curriculum scolastico e si era svolto prima dell'inizio ordinario delle lezioni.

A dire dei ricorrenti, invece, il figlio era stato costretto a prendere parte ad un'attività religiosa, la benedizione appunto, e che le circostanze della vicenda lo avevano involontariamente portato a dichiarare le sue convinzioni religiose in un'aula piena di gente. Inoltre, i ricorrenti avevano anche dichiarato che dopo il rito, ogni studente, compreso il figlio, aveva ricevuto un'icona raffigurante un'immagine religiosa, lamentando che si trattasse di un'attività di proselitismo illecita, contrastante con il principio di laicità e neutralità che la scuola avrebbe dovuto tutelare. I ricorrenti, infine, chiariscono che, a differenza delle circostanze verificatesi nella vicenda *Lautsi*, durante il rito della benedizione da loro contestato, il sacerdote aveva dato luogo ad una serie di azioni che non potevano ricondursi nella categoria della "passività" dei segni e delle azioni religiose, e che dunque non potevano non ritenersi responsabili di aver promosso forme di indottrinamento.

La Corte di Strasburgo, chiamata ad esprimersi, innanzitutto sottolinea che in merito alla eccezione *ratione materiae* sostenuta dal governo, l'obbligo per gli Stati contraenti di rispettare le convinzioni religiose e filosofiche dei genitori non si applica solo al contenuto dell'insegnamento e alle modalità in cui esso è offerto, ma li vincola anche "nell'esercizio" di tutte le "funzioni" che assumono rilevanza in relazione all'educazione e all'insegnamento, e dunque anche in relazione alla benedizione compiuta. Questa, infatti, ha avuto luogo

⁵⁴¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, Terza sezione, sentenza del 20 ottobre 2020, caso *Perovy c. Russia*, Ricorso n°. 47429/09.

immediatamente prima delle lezioni programmate, nell'aula del terzo ricorrente e il primo giorno dell'anno scolastico. Inoltre, era indubbio che si trattasse di un rito di natura religiosa in quanto era stato amministrato da un sacerdote che indossava le sue vesti religiose, cantava preghiere e usava simboli e immagini religiose. La sua chiara natura religiosa, insomma, a giudizio della Corte, aveva legittimamente portato gli eventi del caso nell'ambito di applicazione dell'art. 2 Prot. 1 CEDU e aveva realizzato un'ingerenza con il diritto sancito in tale disposizione. Tuttavia, analogamente al caso *Lautsi*, non ci sono prove concrete che attestino che la partecipazione a una breve cerimonia possa effettivamente produrre degli effetti di indottrinamento sugli alunni; le sole percezioni soggettive del primo e del secondo ricorrente non sono sufficienti ad accertare una violazione dell'articolo suddetto.

Invece, in merito alla violazione dell'art. 9 del terzo ricorrente, la Corte di Strasburgo precisa che i valori del pluralismo e della tolleranza e lo spirito di compromesso sono sì indispensabili in una società democratica ma non conferiscono a nessun gruppo o individuo la tutela di un diritto a non assistere a manifestazioni, individuali o collettive, di altre credenze e convinzioni religiose o non. Nulla, nei materiali disponibili, suggerisce che il coinvolgimento del terzo ricorrente nel rito di benedizione si è esteso oltre la sua mera presenza alla cerimonia e, sebbene essere testimone di un rito di benedizione ortodosso avrebbe potuto concretamente suscitare in lui alcuni sentimenti di disaccordo, questo dovrebbe essere valutato alla luce del più ampio spirito di tolleranza che si richiede in una società democratica e multiculturale.

Pertanto, alla luce di questi ragionamenti, la Corte dichiara, con quattro voti contro tre, che non vi è stata né violazione dell'art. 2 Prot. 1 né violazione dell'art. 9 CEDU.

I giudici che dissentono dalla maggioranza sono: Keller, Serghides e Poláčková. Questi, nella loro opinione dissenziente congiunta, si oppongono alla decisione della maggioranza, perché secondo loro è inaccettabile che i genitori non siano stati informati della decisione di voler programmare una celebrazione religiosa contraria alle loro convinzioni, che si sarebbe tenuta nella classe frequentata dal loro figlio. La scuola aveva l'obbligo di informare preventivamente i genitori sulla volontà di dare luogo al rito, al fine di adempiere al proprio dovere di neutralità religiosa. Per loro, insomma, si sarebbe dovuta accertare la violazione dell'art. 2 Prot. 1 CEDU.

Allo stesso modo, essi sostengono che anche il diritto del bambino alla libertà di religione sia stato violato, perché si sarebbe dovuto tenere conto che il bambino si trovava in un periodo della vita in cui si è particolarmente influenzabili. Fra l'altro, il fatto stesso che il rito si sia svolto nel suo primo giorno di scuola, avvalora ancora di più la tesi sostenuta.

I dissenzienti non condividono neppure l'enfasi con cui la maggioranza si esprime nei confronti della "mera presenza" richiesta al terzo ricorrente, il bambino appunto. A tale proposito essi richiamano una vicenda simile sulla quale si è espressa la Corte Suprema

degli Stati Uniti, che aveva dichiarato che la “sola presenza” di un bambino ad un'osservanza religiosa assumeva un significato tanto più ampio quando questa si teneva in un contesto scolastico, nel quale invece si dovrebbe garantire un certo livello di neutralità e imparzialità⁵⁴².

In ultimo, mentre la maggioranza afferma che l'art. 9 non tutela alcun diritto "*di non assistere a manifestazioni individuali o collettive di altre credenze e convinzioni religiose o non religiose*", i giudici dissenzienti, se pure d'accordo nella sostanza, trovano rilevante attenuare la portata di questa affermazione in considerazione del particolare contesto in cui si sono svolti i fatti. A loro avviso, cioè, gli alunni sono particolarmente suscettibili di essere influenzati poiché si trovano in un rapporto gerarchico con le autorità scolastiche e i loro insegnanti, e dunque in un tale contesto è ragionevole pretendere la tutela della libertà di non partecipare a manifestazioni religiose di altre credenze. Pertanto, considerando quanto sino a ora riportato, a parere dei dissenzienti lo Stato aveva violato sia il suo dovere di neutralità religiosa che la libertà religiosa del terzo ricorrente⁵⁴³.

A questo punto è interessante rilevare che in questo particolare caso, i giudici della maggioranza abbiano sentito l'esigenza di allegare una loro opinione concordante, nella quale specificano e giustificano alcune loro scelte. I giudici in questione sono: Lemmens, Dedov, Schembri Orland e Guerra Martins. I quattro giudici della maggioranza vogliono chiarire, cioè, che il motivo per cui hanno concluso che non vi è stata violazione dei diritti della Convenzione convenuti devono ritrovarsi nelle particolari circostanze del caso: secondo loro, infatti, si è trattato di un evento casuale e non di una prassi sistematica seguita dalle autorità scolastiche chiamate in causa. Secondo i giudici della maggioranza, cioè, questo non è un caso in cui sono in gioco i principi fondamentali della libertà di religione, ma un errore di giudizio, che si poteva facilmente risolvere ricorrendo ad un dialogo costruttivo tra i genitori e la scuola, senza necessariamente intentare aspre cause legali dinanzi ai tribunali nazionali e alla Corte di Strasburgo.

In questa materia, insomma, la Corte di Strasburgo sembra discostarsi dai suoi precedenti: nella prima sentenza esaminata, la Corte si contrappone con quanto aveva stabilito nella sentenza definitiva *Lautsi*, e torna a non considerare delle peculiarità culturali dei singoli Stati, preferendo operare un bilanciamento più equo fra i diritti in gioco nelle diverse cause; nella seconda, invece, la Corte torna nuovamente sui suoi passi, riproponendo, così come in *Lautsi*, il ragionamento sulla passività delle circostanze lamentate.

I giudici dissenzienti, dal canto loro, nella prima sentenza considerata, dove vi è stata una spaccatura consistente (9 voti contro 8), si presentano come sostenitori della tendenza emersa in *Lautsi* nel 2011, che vuole che la Corte europea si astenga dall'esprimersi con

⁵⁴² Corte Suprema USA, sentenza del 24 giugno 1992, *Lee v. Weisman*, 505, US 577.

⁵⁴³ Keller, Poláčková e Serghides, *Dissenting opinion*, in caso *Perovy c. Russia*, pp. 25 ss.

decisioni troppo nette o censorie nei confronti delle valutazioni portate avanti dalle autorità statali, riconoscendogli dunque un ampio margine di decisione.

Nella sentenza *Perovy*, invece, i dissenzienti sostengono con forza la neutralità che le autorità scolastiche devono necessariamente mantenere, riconoscendo, nel caso di specie, la giusta rilevanza alla giovane età del ricorrente, così come avevano fatto anche i dissenzienti del caso *Lautsi*. Infine, occorre rilevare il richiamo che i dissenzienti fanno della pronuncia della Corte suprema USA in una vicenda analoga. Quello che si instaura fra i giudici dissenzienti della causa e i giudici della Corte statunitense è un produttivo circolo comunicativo, che ha dato modo ai dissenzienti di meglio spiegare le loro ragioni di dissenso e di considerare prospettive di valutazione diverse per operare una riconsiderazione dei tradizionali canoni di tutela della libertà religiosa.

Concludendo, però, non può farsi a meno di evidenziare che queste pronunce appartengono ad un insieme più ampio di decisioni che include anche quelle che la Corte europea ha assunto sul complesso e delicato problema della presenza, visibilità e ammissibilità del fattore religioso negli ambienti scolastici europei⁵⁴⁴. Dalla lettura di questo insieme di pronunce emergono una serie di questioni aperte, fra le quali il problema delle costanti e continue oscillazioni della Corte sui limiti del suo controllo e sui conseguenti confini del margine di apprezzamento nazionale. Le variabili da cui dipendono le variegate soluzioni giurisprudenziali emesse riguardano, in alcuni casi, l'interpretazione della natura del simbolo religioso controverso (*Leyla sahin*), in altri casi sono legate all'età degli alunni e del complessivo contesto educativo di riferimento (*Lautsi*), in altri ancora rileva l'interpretazione della natura delle attività educative. Altra questione è l'interpretazione del concetto di laicità degli Stati anche in ambito educativo, che rappresenta spesso una variabile imprevedibile, in grado di incidere sull'ambito di estensione del margine di apprezzamento nazionale⁵⁴⁵. Si tratta, perciò, di un particolare filone della giurisprudenza della Corte di Strasburgo nel quale la grande quantità di variabili da considerare non permette l'agevole individuazione di orientamenti uniformi.

⁵⁴⁴ Tali questioni sono state oggetto di uno studio approfondito di un gruppo di esperti sui diritti umani e sulla libertà religiosa all'interno dell'OSCE che ha licenziato un documento: *"Toledo Guiding Principles on teaching religious and beliefs in public schools"*. Tale studio ha posto in evidenza quale obiettivo primario la più ampia partecipazione ai corsi di educazione in ambito religioso in vista di una sensibilizzazione delle giovani generazioni al rispetto della libertà religiosa di ognuno, la diversità culturale religiosa e alla coesione sociale.

⁵⁴⁵ La scarsa attenzione per i contesti nazionali potrebbe forse creare il rischio di un eccessivo ampliamento della sfera di controllo della corte che possa comportare l'espulsione da tale sistema dei valori e delle tradizioni della storia di uno Stato? Sembra infatti che l'allargamento geografico del Consiglio d'Europa e la crescente frammentazione delle aspettative religiose degli abitanti europei, stiano spingendo la corte ad assumere posizioni più decise e meno accondiscendenti nei confronti delle tradizioni costituzionali degli Stati membri in ambito religioso, arrivando ad individuare sia pure indirettamente nuovi paletti alla ammissibilità delle conseguenze che ad esempio la presenza di un *established Church* può avere negli ordinamenti statuali. La sentenza Folgero seguita dalla prima sentenza Lautsi testimonia questa tendenza ad un intervento più netto della Corte di Strasburgo a tutela della neutralità educativa, indipendentemente dalle peculiarità dei rapporti Stato-Chiesa in un determinato Paese.

2.5. Libertà positive: aperture e utilizzo dei luoghi di culto

Abbiamo più volte ribadito che nella libertà di religione è compresa anche quella di manifestare il proprio credo non solo individualmente e in privato, ma anche in maniera collettiva, in pubblico e nella cerchia di coloro di cui si condivide la fede.

L'articolo 9 della Convenzione elenca le varie forme che può assumere la manifestazione di una religione o di un credo, ossia il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti. La disposizione, insomma, tutela anche il diritto dei credenti di riunirsi pacificamente, e dunque, in linea di principio, il diritto di aprire e gestire dei luoghi o degli edifici destinati al culto religioso, soprattutto se si considera che le questioni relative alla gestione degli edifici religiosi, in talune circostanze, possono avere notevoli ripercussioni sull'esercizio del diritto alla libertà religiosa dei singoli membri.

Allo stesso tempo, però è anche vero che dalle disposizioni della Convenzione non si evince il dovere degli Stati di concedere uno status speciale ai luoghi di culto, tuttavia, se è lo Stato stesso a offrire uno status speciale e privilegiato ad alcuni luoghi di culto – andando quindi al di là dei suoi obblighi ai sensi della Convenzione – esso non può negarne il beneficio anche ad altri in maniera deliberatamente discriminatoria.

Anche sulla questione del finanziamento o del trattamento fiscale delle Chiese o dei culti a livello europeo non esiste uno standard comune, essendo questioni strettamente legate alla storia e alle tradizioni culturali di ciascun Paese. È per questo che, in questo ambito gli Stati dispongono di un margine di apprezzamento particolarmente ampio, e un'organizzazione religiosa non può invocare l'art. 9 CEDU per richiedere un regime fiscale particolare in nome della libertà di religione, ovvero che sia di favore rispetto agli altri contribuenti. Nonostante l'ampia discrezionalità, però, una misura di ordine economico, finanziario o fiscale adottata nei confronti di un'organizzazione religiosa può talvolta costituire una ingerenza nell'esercizio dei diritti sanciti nell'art. 9, nella misura in cui si dimostri che essa crea un ostacolo reale e serio all'esercizio di questi diritti⁵⁴⁶.

In materia, il caso *Manoussakis c. Grecia*⁵⁴⁷, nel quale un cittadino greco testimone di Geova era stato condannato per aver aperto e gestito un luogo di culto senza le prescritte autorizzazioni da parte del Ministero e delle autorità religiose riconosciute, inaugura questo filone.

In questo particolare caso la Corte ha accertato una violazione dell'art. 9 CEDU, ma si è mostrata timida nell'affrontare il punto veramente controverso della fattispecie, ovvero l'anomalia di quella legge greca che prevedeva il coinvolgimento dell'autorità

⁵⁴⁶ Corte Europea dei diritti dell'uomo, *Guida sull'articolo 9 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Libertà di pensiero, di coscienza e di religione, op. cit.*, pp. 64-66.

⁵⁴⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 26 settembre 1996, caso *Manoussakis e altri c. Grecia*, Ricorso n°. 18748/91.

confessionale della Chiesa dominante nel procedimento di autorizzazione alla apertura di luoghi di culto di altre confessioni minoritarie. A questo proposito occorre ricordare che tale pronuncia risale al 1996, ovvero un tempo in cui la Corte muoveva ancora i primi passi nella concreta applicazione dall'articolo 9. Tuttavia, la giurisprudenza successiva in materia consente di ipotizzare che oggi, di fronte a una fattispecie simile a quella decisa nella sentenza *Manoussakis*, la Corte si esprimerebbe quantomeno sulla compatibilità convenzionale di un sistema che richieda l'intervento dell'autorità confessionale di maggioranza affinché possano esplicarsi le facoltà che danno corpo al diritto di libertà delle minoranze.

Insomma, la Corte di Strasburgo, se pure si esclude l'esistenza un vero e proprio diritto all'edificio di culto, ha mostrato una convinzione crescente nel tutelare il diritto all'esercizio del culto delle pratiche religiose⁵⁴⁸.

Su questo stesso filone rileva analizzare il caso *Cumhuriyetçi c. Turchia*⁵⁴⁹, nel quale la Corte ha constatato una violazione dell'art. 14 in combinato disposto con l'art. 9 CEDU a seguito del rifiuto opposto dalla Direzione degli affari religiosi turca alla richiesta di farsi carico delle spese di elettricità di un centro di culto alevita che ospitava un cemevi. Questo rifiuto si giustificava sul mancato riconoscimento del cemevi come "luogo di culto" che, a sua volta, era motivato dal rifiuto delle autorità turche di considerare l'alevismo come una religione a sé stante e non quale semplice estrinsecazione minoritaria dell'islam.

La Corte aveva ritenuto che questa disparità di trattamento non avesse alcuna giustificazione oggettiva e ragionevole, e una volta accertata la violazione dell'art. 14 alla luce dell'art. 9, ha deciso, per sei voti contro uno, che non era necessario esaminare separatamente e singolarmente la denuncia ai sensi del solo articolo 9 della Convenzione⁵⁵⁰.

Il voto contrario a questa decisione era quello del giudice Sajò, che nella sua opinione dissenziente afferma la necessità di procedere con un'ulteriore analisi alla luce della sola violazione della libertà religiosa. In effetti, il fatto che i cemevis in Turchia non godano dello status di luogo di culto perché non considerati come luoghi destinati all'esercizio di una religione nel senso stretto del termine, pone problemi per l'esercizio dei diritti garantiti dall'art. 9. A dire del giudice dissenziente si tratta di una esclusione che sostanzia un abuso del margine di apprezzamento, perché questa la discrezionalità loro riconosciuta non può consentire agli Stati di dare alla nozione di "luogo di culto" una definizione tanto restrittiva da privare una forma "non tradizionale" o minoritaria di confessione religiosa della possibilità di avere un proprio luogo di culto.

⁵⁴⁸ TOSCANO M., *Il fattore religioso nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, op. cit., pp. 213-216.

⁵⁴⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, seconda sezione, sentenza del 2 dicembre 2014, caso *Cumhuriyetçi Eğitim ve Kültür Merkezi Vakfı c. Turchia*, Ricorso n°. 32093/10.

⁵⁵⁰ Corte Europea dei diritti dell'uomo, *Guida sull'articolo 9 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Libertà di pensiero, di coscienza e di religione*, op. cit., pp. 64-66.

Pertanto, il giudice Sajò ritiene che lo status limitato concesso dalla legislazione turca ai cemevis non consenta ai membri della comunità Alevi di godere effettivamente del loro diritto alla libertà di religione, producendo sentimenti di inferiorità tra i fedeli di questa religione, trattati come cittadini di seconda classe in violazione del principio di neutralità dello Stato. Egli sostiene, infine, che non si può pretendere di considerare riparata la violazione suddetta provvedendo al solo pagamento delle bollette dell'elettricità, perché rimarrebbe comunque aperto il dibattito sulla questione principale, ovvero sullo status da riconoscere alla religione e alla comunità Alevi e, più nello specifico, sull'assenza di una procedura precisa ed equa che conceda lo status di luogo di culto⁵⁵¹.

Sempre in materia di edifici di culto abbiamo la sentenza della *Comunità Religiosa dei Testimoni di Geova di Kryvyi Rih del Distretto Ternivsky c. Ucraina*⁵⁵² del 2019.

La comunità ricorrente sosteneva che il divieto opposto dal Consiglio comunale della città di Kryvyi Rih nell'autorizzarla ad aprire un luogo di culto violava i suoi diritti ai sensi dell'art. 9 della Convenzione. Il governo, dal canto suo, sosteneva che il rifiuto contestato era dovuto all'effetto dell'applicazione di regole neutre e generalmente applicabili, e che nulla indicava che il Consiglio comunale avesse esaminato la questione attraverso il prisma delle opinioni religiose della comunità ricorrente.

La Corte di Strasburgo, chiamata ad esprimersi, tenuto conto delle difficoltà pratiche e dell'incertezza giuridica che la comunità ricorrente doveva affrontare nell'usare il proprio edificio come luogo di culto, ritiene che il divieto opposto dal Consiglio comunale di consentire la costruzione di un nuovo luogo di culto e di stipulare un contratto di locazione a tal fine, ha portato la situazione nell'ambito di applicazione dell'art. 9, e dichiara, con sei voti contro uno, di accertarne la violazione.

Allegati alla presente sentenza troviamo: il parere concordante comune dei giudici Yudkivska e Pinto de Albuquerque e l'opinione parzialmente dissenziente del giudice Vehabović.

I primi, concordano con la decisione di maggioranza, ma non ne condividono il ragionamento: secondo il loro punto di vista, infatti, la maggioranza si astiene dall'indicare che è l'inazione del Consiglio comunale a portare alla violazione degli obblighi positivi spettanti alle autorità nazionali. Per i giudici dissenzienti, cioè, la sentenza rappresenta un'occasione persa per approfondire il reale contenuto degli obblighi positivi e negativi degli Stati, che si ripercuotono sul livello di margine di apprezzamento da concedere: in linea di principio, infatti, la Corte stabilisce che il margine deve essere più ristretto nel caso di obblighi negativi e più ampio in caso di obblighi positivi.

⁵⁵¹ Sajò, Dissenting opinion, caso Cumhuriyetçi Eğitim ve Kültür Merkezi Vakfı c. Turchia, pp. 17-18

⁵⁵² Corte europea dei diritti dell'uomo, Quarta sezione, sentenza del 3 settembre 2019, caso Comunità Religiosa dei Testimoni di Geova di Kryvyi Rih del Distretto Ternivsky c. Ucraina, Ricorso n° .21477/10.

Nel caso di specie, gli obblighi spettanti allo Stato convenuto sono da ricondurre più verso gli obblighi positivi, da associare al dovere di protezione dei diritti della comunità ricorrente ai sensi dell'art. 9, che verso i suoi obblighi negativi, ovvero quel dovere di non interferire con i diritti della comunità ricorrente sempre ai sensi dello stesso articolo.

Ci sono quattro ragioni che aiutano a sostenere quanto appena detto: in primo luogo, le limitazioni alla capacità della comunità richiedente di manifestare la propria religione non derivavano da alcun atto delle autorità nazionali, ma piuttosto dall'incapacità delle stesse di agire; in secondo luogo, alla comunità ricorrente non è stato del tutto impedito di praticare la religione, ma piuttosto è stata compromessa a causa delle dimensioni del luogo, che erano inadatte a fornire condizioni adeguate per praticare il culto; in terzo luogo, per valutare se l'interferenza lamentata avesse concretamente costituito una violazione degli obblighi positivi dello Stato convenuto, si sarebbe dovuto prendere in considerazione anche l'effettiva applicazione della dovuta diligenza da parte delle autorità nazionali, al fine di proteggere i diritti della comunità ricorrente ai sensi della libertà religiosa; in quarto ed ultimo luogo, la maggioranza avrebbe dovuto chiedersi se l'accertamento della violazione implicasse la necessità di ulteriori azioni riparatrici da parte delle autorità nazionali e, poiché nel caso in esame l'azione riparatrice si sostanzialmente nella concessione del contratto di locazione richiesto, ciò è indicativo dell'esistenza di un obbligo positivo⁵⁵³.

Secondo il giudice dissenziente, invece, non poteva accertarsi una violazione dell'art. 9 CEDU perché la presunta impossibilità per i Testimoni di Geova di svolgere i loro servizi religiosi in un determinato luogo, non gli impediva la possibilità di manifestare comunque la loro religione. Se la misura delle autorità locali avesse imposto degli obblighi ai Testimoni di Geova, allora per il giudice dissenziente la fattispecie poteva rientrare nell'ambito della tutela ex art. 9, ma poiché nel caso in esame nessun onere è stato imposto ai Testimoni di Geova, la questione, a suo avviso, doveva essere ricondotta nell'ambito dell'art. 1 Protocollo n. 1 alla CEDU⁵⁵⁴, poiché le denunce della comunità ricorrente riguardavano in particolare i diritti di proprietà.

La più recente sentenza in materia di luoghi di culto infine è il caso della *Denominazione religiosa dei testimoni di Geova in Bulgaria c. Bulgaria* del 2020⁵⁵⁵. L'organizzazione ricorrente lamentava ai sensi dell'articolo 9 della Convenzione che le autorità nazionali le avevano impedito di beneficiare di un luogo di culto, condizione necessaria per svolgere i servizi religiosi settimanali per i suoi membri.

⁵⁵³ Pinto de Albuquerque e Yudkivska, Concurring opinion, in caso Comunità Religiosa dei Testimoni di Geova di Kryvyi Rih del Distretto Ternivsky c. Ucraina, pp. 17-20.

⁵⁵⁴ Vehabović, Dissenting opinion, in caso Comunità Religiosa dei Testimoni di Geova di Kryvyi Rih del Distretto Ternivsky c. Ucraina, pp. 21-22.

⁵⁵⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, Quarta sezione, sentenza del 10 novembre 2020, caso Denominazione religiosa dei testimoni di Geova in Bulgaria c. Bulgaria, Ricorso n.º 5301/11.

Il Governo, dal canto suo, sosteneva che l'art. 9, preso singolarmente o in combinato disposto con l'art. 11 CEDU, non conferiva ai richiedenti il diritto di riunirsi per manifestare le loro credenze religiose ovunque desiderassero, né tantomeno assegnava loro il diritto di pretendere ed ottenere un luogo di culto da parte delle autorità pubbliche. Dunque, per il governo le doglianze dell'organizzazione ricorrente erano incompatibili o manifestamente infondate *ratione materiae*.

La Corte di Strasburgo, però, ha più volte stabilito nella sua giurisprudenza che una Chiesa o un ente ecclesiastico può, in quanto tale, esercitare per conto dei suoi aderenti i diritti garantiti dall'articolo 9 della Convenzione⁵⁵⁶, così come ha stabilito che l'impossibilità di costruire e accedere a edifici religiosi ha un impatto sull'esercizio del diritto degli stessi membri di gruppi religiosi. Alla luce di ciò, la Corte ritiene che la tutela sancita nell'art. 9 CEDU sia applicabile al caso di specie, e dunque respinge l'eccezione di incompatibilità *ratione materiae* sollevata dal governo bulgaro e, osservando che anche l'applicazione di disposizioni neutre e generalmente applicabili come i regolamenti di pianificazione urbana può, in alcuni casi, costituire un'interferenza con l'esercizio della libertà religiosa, la Corte sostiene per sei voti contro uno che vi è stata violazione dell'art. 9, interpretato alla luce della protezione offerta dall'art. 11 CEDU.

Alla presente sentenza è allegato il parere dissenziente del giudice Mourou-Vikström, secondo il quale la decisione del sindaco di ordinare la sospensione della costruzione della Chiesa avviata dalla organizzazione ricorrente non era infondata, in quanto si era basata sui risultati di un'ispezione sul rispetto delle norme di cantiere. La causa, quindi, riguardava il rilascio di una licenza edilizia necessaria per la costruzione di una Chiesa su un terreno che non era stato designato per scopi edilizi nel piano urbanistico comunale. Ciò considerato, per il giudice dissenziente, un'amministrazione locale, per evitare di essere accusata di trattamento discriminatorio e arbitrario nei confronti di una determinata confessione religiosa, non deve sentirsi vincolata ad accettare tutte le richieste di costruzione di luogo di culto che le giungono. Fra l'altro, la decisione dell'autorità amministrativa che aveva proibito la ripresa dei lavori di costruzione della Chiesa, non si era basata su ragionamenti contrari alle tutele apprestate dalla Convenzione, anzi il bilanciamento operato fra i diritti e le libertà in conflitto era stato condotto in modo soddisfacente e oggettivo, e non poteva dunque dubitarsi che la decisione del Comune non fosse stata presa in ragione di un'intolleranza religiosa. È per tutte queste constatazioni che, secondo il giudice dissenziente, alle autorità statali doveva essere riconosciuto un ampio margine di apprezzamento sulle questioni di sviluppo urbano del Comune⁵⁵⁷.

⁵⁵⁶ V. Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France e Leela Förderkreis e altri c. Germania.

⁵⁵⁷ Mourou-Vikström, Dissenting opinion, in caso Denominazione religiosa dei testimoni di Geova in Bulgaria c. Bulgaria, p. 21.

In materia di diritto al luogo di culto, insomma, la Corte di Strasburgo ha mostrato una certa forza nell'accertare le violazioni perpetrate contro la libertà religiosa, anche perché nella sua precedente giurisprudenza essa aveva più volte affermato che in capo alle organizzazioni religiose è possibile far valere le pretese ex art. 9 CEDU in quanto strettamente connesse all'effettiva possibilità dei singoli membri di poter godere di tale libertà; di conseguenza, anche il diritto di poter costruire e accedere a un certo luogo di culto deve essere garantito per non svuotare di senso le stesse disposizioni dell'articolo 9 CEDU. In queste sentenze, infatti, questo diritto si è sempre accompagnato dalla verifica della non violazione degli artt. 11 e 14 CEDU, per escludere o accertare che nei casi esaminati, oltre alla discriminazione che si produce non riconoscendo il diritto al luogo di culto ad un certo gruppo religioso, non si sia stata operata anche una lesione del diritto di associarsi liberamente.

I giudici delle opinioni separate annesse a tali sentenze, invece, tendono ad ammonire la maggioranza per la loro debole autorità: nello specifico, secondo il giudice Sajò la maggioranza nella sua decisione, pur accertando una violazione ex art. 14 CEDU in combinato disposto con l'art. 9 CEDU, non aveva attribuito il giusto peso alla questione del riconoscimento di un certo status giuridico ai gruppi religiosi minoritari. La maggioranza, cioè, aveva riconosciuto un eccessivo margine di discrezionalità agli Stati, che aveva permesso loro di stabilire autonomamente le procedure di rilascio dello status in questione, fissando così condizioni particolarmente limitanti e discriminatori. Sajò, insomma, avrebbe voluto che la Corte EDU si esprimesse in modo più incisivo sulla questione, lasciando meno margine di manovra allo Stato convenuto. Gli altri giudici dissenzienti, invece, dichiarano che in materia debba essere riconosciuto un ampio margine di discrezionalità agli Stati, stante anche la presenza di norme neutre e generali nel diritto interno che non sono suscettibili di essere accusate di produrre una violazione dell'art. 9 CEDU.

2.6. Libertà positive: la libertà religiosa in materia di immigrazione e le questioni di salute fisica e psichica

Fra i tanti diritti riconosciuti dall'articolo 9 della Convenzione EDU non si registra, fra loro, il diritto per i cittadini stranieri di ottenere un permesso di soggiorno al fine di esercitare un'attività lavorativa di natura religiosa in uno Stato contraente.

Recentemente, però, la Corte di Strasburgo ha dichiarato ricevibile un ricorso riguardante il rifiuto delle autorità olandesi di rilasciare a un cittadino marocchino il permesso di lavoro che gli avrebbe consentito di essere impiegato come *imam* da un'associazione di

culto presente sul territorio. Stiamo parlando della vicenda relativa al caso *El Majjaoui e Stichting Touba Moskee c. Paesi Bassi*⁵⁵⁸.

Il rifiuto si era imposto perché, secondo le autorità olandesi, l'associazione ricorrente non aveva sufficientemente esplorato la possibilità di trovare altri candidati sul mercato del lavoro nazionale ed europeo, e non aveva cercato di reclutare personale fra gli *imam* presenti nei Paesi Bassi, così come richiesto dalla procedura nazionale in materia, segnalando e pubblicizzando la posizione sulla stampa locale e nazionale.

Tuttavia, quando nel 2006 il gruppo ricorrente aveva depositato una nuova domanda per ottenere un permesso di lavoro, questa volta la richiesta era stata accolta e il permesso di lavoro rilasciato, perché, a dire delle autorità competenti, l'organizzazione religiosa aveva compiuto gli adempimenti richiesti dal circuito formale dei servizi di collocamento nei Paesi Bassi. Ciò considerato, il ricorso presentato dinanzi alla Corte di Strasburgo fu cancellato dal ruolo perché risolto conformemente all'art. 37 comma 1 b) della CEDU.

I ricorrenti del caso, però, rivendicavano ancora di essere "vittime" delle violazioni ex art. 9 CEDU e si sono opposti alla chiusura della domanda: essi erano dell'opinione che il permesso di lavoro concesso nel 2006 non poteva attenuare il dibattito sulla legge sugli stranieri in materia di occupazione, che si era mostrata incompatibile con quanto stabilito dall'art. 9 della Convenzione. Il governo, invece, in considerazione del fatto che la richiesta del ricorrente di ottenere un permesso di lavoro fosse stata infine soddisfatta, sosteneva che i ricorrenti non potevano pretendere di considerarsi ancora "vittime" ai sensi dell'art. 34 della Convenzione. Nonostante quanto sostenuto dai ricorrenti, la Corte EDU ha comunque ritenuto che non vi fosse alcuna giustificazione obiettiva per continuare a esaminare tali denunce e che fosse quindi appropriato applicare l'art. 37 comma 1 della Convenzione, nel quale si prevede che *"la Corte può, in qualsiasi momento del procedimento, decidere di estrarre una domanda dal proprio elenco di casi in cui le circostanze portano alla conclusione che a) il richiedente non intende proseguire la sua domanda; o (b) la questione è stata risolta; o (c) per qualsiasi altro motivo stabilito dalla Corte, non è più giustificato continuare l'esame della domanda. Tuttavia, la Corte continuerà l'esame della domanda se il rispetto dei diritti umani così come definito nella Convenzione e nei suoi protocolli lo richiede"*.

La Corte, inoltre, ha sostenuto che l'obbligo di adempimento di alcune determinate procedura, richiesto all'associazione ricorrente, non sollevava una questione di violazione ai sensi dell'art. 9 CEDU e, dato che un permesso di lavoro è stato infine concesso e il ricorrente è stato infine legalmente impiegato dall'associazione ricorrente, alla luce di tutte le circostanze pertinenti del caso la Corte dichiara che i loro reclami sono stati adeguatamente e sufficientemente soddisfatti e decide di cancellare il ricorso dal ruolo con quattordici voti contro tre.

⁵⁵⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 20 dicembre 2007, caso *El Majjaoui e Stichting Touba Moskee c. Paesi Bassi*, ricorso n°. 25525/03

In allegato a tale decisione troviamo il parere dissenziente congiunto dei giudici Zupančič, Zagrebelsky e Myjer, i quali nutrono seri dubbi su quanto deciso dalla maggioranza. Secondo i giudici, infatti, in determinate circostanze, una misura che impedisce per un certo periodo di tempo a una comunità religiosa di nominare il proprio ministro di culto può costituire un'interferenza della libertà garantita all'art. 9 CEDU. È evidente qui il richiamo all'orientamento di maggioranza seguito nel caso *Hasan* (che analizzeremo nei prossimi paragrafi), soprattutto riguardo al passaggio nel quale si stabilisce che l'autonomia delle comunità religiose è elemento indispensabile per il pluralismo religioso. Nel periodo che intercorre tra il 28 febbraio 2003 (data in cui la giurisdizione amministrativa del Consiglio di Stato ha confermato il rifiuto di rilasciare un permesso di lavoro al richiedente) e il 3 marzo 2006 (data in cui il permesso di lavoro è stato infine rilasciato) l'associazione richiedente e la comunità locale marocchina, sono stati privati dei servizi dell'*imam* che avevano cercato di impiegare. Ciò considerato i giudici dissenzienti si chiedono se possa essere accettabile ignorare quanto accaduto in passato e accettare la soluzione del caso cui si è pervenuti con il rilascio, se pure con estremo ritardo, del permesso di soggiorno. Sempre per i giudici dissenzienti, inoltre, su alcuni dei requisiti e delle procedure che si richiedeva di soddisfare per ottenere un permesso di soggiorno bisognava fare un esame di legittimità e di merito; a loro avviso, infatti, non era ammissibile che al cittadino straniero chiamato a lavorare come ministro di culto e a quello che concorre invece per altre tipologie di professione venissero richiesti i medesimi requisiti.

Insomma a rilevare qui non è la pronuncia sul caso in sé, stralciato dal ruolo perché era intervenuta la composizione stragiudiziale, ma è l'annessa opinione dissenziente, nella quale, oltre che la posizione del singolo, rileva quella di un'associazione religiosa, anch'essa titolare dei diritti sanciti all'art. 9 comma 1 CEDU. Per i tre giudici dissenzienti la Corte EDU ha perso una preziosa occasione per fornire indicazioni più precise sulla configurabilità, in fattispecie e casi analoghi, delle restrizioni lamentate⁵⁵⁹.

Per quanto riguarda invece la libertà religiosa riconosciuta ai pazienti domiciliati in ospedali psichiatrici, il caso da esaminare è *Mockuté c. Lituania*⁵⁶⁰.

Come abbiamo già avuto modo di stabilire, ai sensi dell'articolo 9 comma 2 della Convenzione gli scopi legittimi che possono giustificare una ingerenza nella manifestazione religiosa di un individuo sono la pubblica sicurezza, la protezione dell'ordine, della salute o della morale pubblica, la protezione dei diritti e delle libertà altrui. Questo elenco degli scopi legittimi è completo, e la determinazione di eccezioni

⁵⁵⁹ Myjer, Zagrebelsky e Zupančič, Dissenting opinion, caso El Majaoui e Stichting Touba Moskee c. Paesi Bassi, pp. 14-15

⁵⁶⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, Quarta sezione, sentenza del 27 febbraio 2018, Caso Mockuté c. Lituania, Ricorso n°. 66490/09

restrittiva: affinché una restrizione possa dirsi compatibile con la Convenzione deve essere riconducibile a uno degli scopi elencati da tale disposizione.

Tuttavia le pressioni psicologiche esercitate da rappresentanti dello Stato su una persona particolarmente vulnerabile, possono determinare una ingerenza nell'esercizio dei diritti protetti dall'articolo 9 della Convenzione, e non possono essere ricondotti, dunque, a uno degli scopi legittimi.

Ad esempio nel caso della libertà religiosa dei pazienti ricoverati in ospedali psichiatrici, lo stato di vulnerabilità e di impotenza che li caratterizza richiede una maggiore vigilanza nel controllo del rispetto della Convenzione, e in particolare del suo articolo 9. È vero che un trattamento psichiatrico potrebbe legittimare un medico a discutere con il paziente di questioni di ogni tipo, compresa la religione, tuttavia, in linea di principio è inaccettabile che lo stesso medico si intrometta nelle convinzioni del paziente, tentando di "correggerle" quando non vi è alcun rischio reale che tali convinzioni possano manifestarsi in atti pericolosi per il paziente stesso o per gli altri.

È per questi motivi che la Corte ha constatato una violazione dell'articolo 9 nel caso di una donna aderente al movimento religioso di Osho, che a seguito di una diagnosi di psicosi acuta, fu ricoverata contro la sua volontà in un ospedale psichiatrico per 52 giorni, durante i quali i medici hanno tentato di "correggere" le sue convinzioni religiose, incitandola ad adottare un atteggiamento critico verso la meditazione e i dogmi del movimento di Osho⁵⁶¹. Si deve chiarire, però, che se fosse stato possibile ricondurre la menomazione mentale della ricorrente alle sue pratiche spirituali e religiose, ciò non avrebbe comunque legittimato i medici a esprimere un giudizio negativo della suddetta pratica religiosa.

La Corte di Strasburgo, che ha sempre sostenuto il dovere di neutralità statale nei confronti di tutte le confessioni religiose, sostiene che "punire" coloro che manifestano credenze religiose non "ammesse" dallo Stato costituisce una violazione dell'art. 9 CEDU, in particolare se si considera che nella sua giurisprudenza non ha mai sostenuto che la portata del margine di apprezzamento degli Stati possa ampliarsi o restringersi a seconda della natura (minoritaria o meno) delle convinzioni religiose coinvolte, e pertanto dichiara con 5 voti contro due che vi è stata una violazione dell'art. 9.

Alla presente sentenza è allegato il giudizio parzialmente dissenziente congiunto dei giudici Ranzoni e Yudkivska. A loro avviso il trattamento riservato alla ricorrente nell'ospedale psichiatrico non ha interferito con la sua libertà di religione. A parere di questi giudici cioè l'atteggiamento assunto dai medici nei confronti delle convinzioni religiose della ricorrente era giustificato dal fatto che si trattava di un'azione necessaria a scoprire le cause del suo comportamento psicotico e del suo disturbo mentale. Fra l'altro,

⁵⁶¹ Corte Europea dei diritti dell'uomo, *Guida sull'articolo 9 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Libertà di pensiero, di coscienza e di religione, op. cit.*, p. 31.

alla richiedente non era mai stato impedito di esercitare la sua libertà religiosa all'interno dell'ospedale psichiatrico.

Sul ragionamento seguito dalla maggioranza riguardo al limitato margine di apprezzamento da riconoscere agli Stati quando a prevalere deve essere l'atteggiamento neutrale, invece, i giudici dissenzienti rimandano a quanto stabilito dalla *Grande Chambre* in *S.A.S. c. Francia*, ovvero che per tutto ciò che concerne l'articolo 9, allo Stato dovrebbe essere riconosciuto il più ampio margine di valutazione nel decidere se e in quale misura una limitazione del diritto di manifestare la propria religione o le proprie credenze sia necessaria al mantenimento dell'ordine pubblico. È per queste ragioni che i giudici in questione hanno sostenuto invece la non violazione dell'articolo 9 della CEDU⁵⁶².

Concludendo, in queste due sentenze si evidenzia una interessante tendenza dei giudici dissenzienti a fare espliciti rimandi a quelle decisioni maggioritarie pronunciate su casi differenti ma che avevano messo in luce un qualche orientamento applicabile anche alle circostanze delle sentenze in esame, e soprattutto che fosse utile ad appoggiare le loro tesi. Anche qui, dunque, emerge il rilevante ruolo che assume il costante dialogo che si produce all'interno della Corte stessa, con i suoi continui e reciproci rimandi a posizioni maggioritarie o minoritarie espresse in precedenza.

2.7. Libertà positive: l'osservanza di precetti alimentari

La questione della garanzia dell'osservanza di particolari precetti alimentari, che potrebbe essere ricondotta nella più ampia categoria dei rapporti tra Stato e confessioni religiose, è ben visibile nel caso *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. Francia*⁵⁶³.

Prima di entrare nel merito della questione, però, è bene ricordare quanto già in precedenza chiarito, ovvero che un'organizzazione religiosa o il suo organo ecclesiastico possono, in quanto tali, esercitare in nome dei loro fedeli i diritti sanciti dall'articolo 9 della Convenzione. Pertanto, un motivo di ricorso con il quale un'organizzazione religiosa o il suo organo ecclesiastico lamentano una violazione dell'aspetto collettivo della libertà di religione dei suoi fedeli è compatibile *ratione personae* con la Convenzione, e l'organizzazione o l'organo possono legittimamente sostenere di essere «vittime» di tale violazione ai sensi dell'articolo 34 della Convenzione⁵⁶⁴.

⁵⁶² Ranzoni e Yudkivska, Dissenting opinion, in caso *Mockutė c. Lituania*, pp. 48-54.

⁵⁶³ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 27 giugno 2000, caso *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France*, Ricorso n°. 27417/95.

⁵⁶⁴ Art. 34, *Ricorsi individuali*: «La Corte può essere investita di un ricorso da parte di una persona fisica, un'organizzazione non governativa o un gruppo di privati che sostenga d'essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi protocolli. Le Alte Parti contraenti si impegnano a non ostacolare con alcuna misura l'esercizio effettivo di tale diritto».

L'osservanza di precetti alimentari dettati da una religione o da un sistema filosofico costituisce una «pratica» tutelata ai sensi dell'art. 9 comma 1 della CEDU.

In questo caso la causa origina dalle richieste di un'associazione di culto ebraica ultra-ortodossa della Francia, i cui membri rivendicavano la possibilità di poter richiedere la carne «*glatt*», ovvero della carne macellata seguendo le prescrizioni più rigorose della *kasherut*⁵⁶⁵ comune, che lamentava il rifiuto delle autorità nazionali francesi di rilasciarle il permesso necessario all'abilitazione dei propri "sacrificatori" per praticare la macellazione rituale, sebbene quelle stesse autorità avessero già rilasciato la medesima tipologia di permesso all'Associazione concistoriale israelitica di Parigi, che raggruppava la grande maggioranza degli Ebrei di Francia.

La Corte di Strasburgo, constatando che l'associazione ricorrente poteva rifornirsi facilmente di carne «*glatt*» in Belgio, e che alcune macellerie che operano sotto il controllo dell'Associazione concistoriale mettevano a disposizione dei membri dell'associazione ricorrente una carne debitamente certificata «*glatt*», ha ritenuto che il rifiuto del permesso in questione non costituisse una ingerenza alla libertà di manifestazione religiosa dell'associazione ricorrente. La Corte, cioè, ha accettato l'obiettivo legittimo perseguito dal governo francese, che era quello di tutelare la salute e l'ordine pubblico, e gli ha concesso un ampio margine di apprezzamento, esprimendosi, con dodici voti contro cinque, per la non violazione dell'art. 9 CEDU e, con dieci voti contro sette, per la non violazione dell'art. 9 in combinato disposto con l'art. 14 CEDU.

Nella loro opinione dissenziente congiunta, i giudici Bratza, Fischbach, Thomassen, Tsatsa-Nikolovska, Panțîru, Levits e Traja, sostenevano la violazione dell'art. 9 CEDU. Secondo i dissenzienti, infatti, non spetta alla Corte di Strasburgo giudicare la portata di un'interferenza statale. Essi condividono il riferimento al riconoscimento del margine di apprezzamento degli Stati nei rapporti fra Stato e confessioni religiose ma, allo stesso tempo, sostengono la necessità che venga assicurato il pluralismo religioso, principio fondamentale affinché una società possa dirsi democratica. A loro avviso cioè, la decisione di non violazione dell'art. 9 del caso in esame, non tiene in considerazione la necessaria tutela da apprestare al suddetto principio.

Essi inoltre sostengono anche la violazione dell'art. 9 in combinato disposto con l'art. 14 CEDU, perché attestano che il governo francese abbia operato una differenziazione illegittima nella gestione di gruppi religiosi che si trovavano in una situazione analoga, ed

⁵⁶⁵ Con *Kasherut*, si indica l'insieme delle norme alimentari ebraiche. *Kasher* (o *kosher*) significa *conforme alla legge, adatto*, quindi, un alimento è *kasher* se prodotto in ottemperanza alle regole alimentari ebraiche prescritte dalla Bibbia – la *Torà*. La *Kasherut* prevede un rigoroso controllo negli ingredienti e in tutta la filiera produttiva, rendendo il processo di produzione trasparente, assicurando alti standard di qualità. I prodotti che superano questi controlli ottengono la certificazione *Kasher*. La certificazione *Kasher*, nata per orientare i comportamenti di acquisto dei fedeli ebraici, è divenuta nel tempo elemento di garanzia della qualità, salubrità ed eccellenza del prodotto. I prodotti certificati *Kasher* acquisiscono un valore etico/religioso e garantiscono alti standard qualitativi in ragione della severa attenzione al metodo di produzione.

anche perché non aveva riconosciuto l'organizzazione ricorrente come "corpo religioso", adducendo quale ragione di ciò, che si trattasse di un gruppo minoritario appartenente a una più ampia comunità ebraica già riconosciuta come ente religioso. Il governo, cioè, ha giustificato la sua "discriminazione" alla luce della decisione di voler interfacciarsi con l'organismo religioso "più rappresentativo", ed evitare che il rilascio del permesso nei confronti di un gruppo minoritario potesse favorire la proliferazione di ulteriori "micro-organismi" religiosi e di altrettante pretese, con il rischio di creare, così facendo, inutili frammentazioni e disordine pubblico⁵⁶⁶.

Il presente caso, insomma, potrebbe essere in parte ascrivibile anche alla categoria dei c.d. "registration cases", di cui ci occuperemo più avanti, ovvero di quei casi in cui gli Stati operano delle differenziazioni in ragione del regime giuridico cui ascrivere le diverse organizzazioni confessionali. In questo caso particolare non si fa riferimento alla registrazione vera e propria, ma alla possibilità di accesso a un particolare *status* giuridico: la Corte cioè ha mostrato una certa ritrosia nel riscontrare violazioni ex artt. 9 e 14 CEDU nei confronti delle misure attuate dalle autorità francesi che, negando il riconoscimento della personalità giuridica all'organizzazione ebraica in esame, le avevano impedito di certificare il cibo preparato secondo la prescrizione della propria ortodossia di riferimento⁵⁶⁷.

In questa sentenza emerge l'atteggiamento cauto che la Corte di Strasburgo assume nei confronti dei rapporti che intercorrono fra gli Stati e le confessioni religiose presenti nel loro territorio. Ma, pur riconoscendo che gli Stati godono di un ampio margine di apprezzamento, è bene dare rilevanza anche a quanto sostenuto dai giudici che hanno dissentito dalla decisione, i quali hanno voluto sottolineare quanto il principio pluralistico si necessario in materia. Gli Stati cioè, se pure unici titolari della loro autorità, devono fare i conti con la tutela di un così rilevante principio che, se non garantito e attuato, metterebbe a rischio il loro stesso carattere democratico.

3. Obblighi negativi e positivi dello Stato

A differenza di quanto si stabilisce nei commi 2 degli artt. 8, 10 e 11 CEDU e dell'articolo 2 c. 3 del Protocollo n. 4⁵⁶⁸, la sicurezza nazionale non rientra negli scopi legittimi previsti dall'art. 9 della CEDU.

⁵⁶⁶ Bratza, Fischbach, Levits, Panțiru, Thomassen, Traja e Tsatsa-Nikolovska, Dissenting opinion, in caso *Cha'Are Shalom Ve Tsedek c. Francia*, pp. 26-30.

⁵⁶⁷ PARISI M., *Il caso Cha'Are Shalom Ve Tsedek: un nuovo intervento della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in tema di libertà religiosa*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 2001, 3, pp. 176 ss.

⁵⁶⁸ Art. 2 comma 3 Pro. N. 4: «L'esercizio di tali diritti non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono previste dalla legge e che costituiscono, in una società democratica, misure necessarie alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al mantenimento dell'ordine pubblico, alla prevenzione delle infrazioni penali, alla protezione della salute o della morale o alla protezione dei diritti e libertà altrui»

Questa omissione è ben lungi dall'essere casuale. Il rifiuto degli autori della Convenzione di includere questo motivo particolare tra i legittimi scopi di ingerenza riflette la fondamentale importanza attribuita al principio del pluralismo religioso, considerato una delle basi di una società democratica. Lo Stato, cioè, non può non garantire il pluralismo religioso basandosi sulla giustificazione di voler garantire la sicurezza nazionale.

Fra l'altro, in virtù dell'art. 1 CEDU⁵⁶⁹, gli Stati contraenti "riconoscono a ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà enunciati [nella] Convenzione", ciò significa che all'obbligo negativo di uno Stato di astenersi da qualsiasi ingerenza nei diritti sanciti dall'art. 9 possono aggiungersi anche degli obblighi positivi che si impongono anche quando gli atti denunciati siano stati commessi da soggetti privati e non siano direttamente imputabili allo Stato convenuto.

La linea di demarcazione tra gli obblighi positivi e gli obblighi negativi che gli Stati devono rispettare, però, non si presta ad una definizione precisa: ciò che si può dire è che in entrambi i casi deve essere garantito un giusto equilibrio tra l'interesse pubblico e gli interessi dell'individuo; si tratta di una distinzione importante, che, come già detto in precedenza, determina l'ampiezza del margine di apprezzamento da riconoscere agli Stati nelle varie circostanze dei casi⁵⁷⁰.

Nei paragrafi che seguono analizzeremo quelle sentenze in cui si riscontrano vicende nelle quali si richiede agli Stati di rispettare principi riconducibili agli obblighi positivi e negativi sopra menzionati.

3.1. Obblighi negativi: principio di autonomia e conflitti fra membri nelle organizzazioni religiose

Le comunità religiose esistono tradizionalmente e universalmente sotto forma di strutture organizzate. Quando è in discussione l'organizzazione della comunità religiosa, l'articolo 9 deve sempre essere interpretato alla luce dell'art. 11 CEDU, che protegge la vita associativa da ogni ingerenza ingiustificata dello Stato.

Da questo punto di vista l'autonomia delle comunità religiose si rivela indispensabile al pluralismo di una società democratica e si trova al centro della tutela offerta dall'art. 9 CEDU. Se l'organizzazione della vita della comunità non fosse tutelata dall'articolo 9 della Convenzione, tutti gli altri aspetti della libertà di religione dell'individuo ne risulterebbero indeboliti.

⁵⁶⁹Art. 1 CEDU, *Obbligo di rispettare i diritti dell'uomo*: «Le Alte Parti contraenti riconoscono a ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nel Titolo primo della presente Convenzione.»

⁵⁷⁰Corte Europea dei diritti dell'uomo, *Guida sull'articolo 9 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Libertà di pensiero, di coscienza e di religione*, op. cit., pp. 16-20.

Con riguardo al rispetto dell'autonomia delle comunità religiose che si richiede agli Stati, questo implica, in particolare, riconoscere ai gruppi religiosi la possibilità di reagire conformemente alle loro norme per far fronte a eventuali movimenti di dissenso che possono nascere al loro interno e che potrebbero costituire un pericolo per la loro coesione, la loro immagine o la loro unità. Non spetta dunque alle autorità nazionali ergersi ad arbitro nei conflitti tra le organizzazioni religiose e le diverse entità dissenzienti che esistono o che potrebbero sorgere nella loro sfera. In effetti, alla luce della loro autonomia le comunità religiose possono esigere un certo grado di lealtà da parte delle persone che lavorano per loro o che le rappresentano: caratteristica comune a molte organizzazioni religiose è quella di stabilire norme di comportamento alle quali gli adepti devono conformarsi. Pertanto, quando si valuta la proporzionalità di una misura restrittiva adottata dallo Stato o dall'organizzazione religiosa in questione, occorre tener conto della natura della posizione occupata al suo interno da queste persone. Anche la missione affidata all'interessato nell'ambito di un'organizzazione religiosa è un aspetto da prendere in considerazione per stabilire se questa persona debba essere sottoposta o meno ad un obbligo di lealtà "rafforzata".

Relativamente alla posizione degli insegnanti di religione, per esempio, non è irragionevole, per una Chiesa o una comunità religiosa, esigere da loro una lealtà particolare, dal momento che essi possono considerarsi dei suoi rappresentanti. L'esistenza di una divergenza tra le idee che devono essere insegnate e le convinzioni personali di un insegnante può porre un problema di credibilità soprattutto quando questo milita attivamente e pubblicamente contro le idee in questione. Tuttavia, una comunità religiosa per giustificare una ingerenza nei diritti dei suoi dipendenti non può soltanto dichiarare che esiste un pericolo reale o potenziale alla sua autonomia; occorre che la comunità in questione dimostri, alla luce delle circostanze del caso, che il rischio dedotto è serio, e che la sua ingerenza si limita ad azioni necessarie per eliminare questo rischio e non perseguono dunque uno scopo estraneo alla tutela dell'autonomia della comunità religiosa. Spetterà poi ai giudici nazionali procedere ad un esame approfondito delle circostanze del caso e ad una valutazione circostanziata degli interessi divergenti in gioco. Nel quadro di questo bilanciamento degli interessi, il fatto che un dipendente licenziato da un datore di lavoro ecclesiastico abbia limitate possibilità di trovare un nuovo impiego assume un'importanza particolare. Ciò è ancor più vero quando il datore di lavoro occupa una posizione predominante in un determinato settore di attività e beneficia di alcune deroghe alla normativa generale, o quando la formazione del dipendente licenziato è così specifica che è difficile per lui, se non addirittura impossibile, trovare un nuovo posto al di fuori della Chiesa in cui era impiegato.

Quanto appena descritto rientra nella vicenda esaminata nel caso *Fernandez Martinez c. Spagna*⁵⁷¹, nel quale la Corte ha concluso che non vi è stata violazione dell'art. 8 CEDU⁵⁷² per il mancato rinnovo del contratto di lavoro del ricorrente, un sacerdote cattolico laico, dispensato dal celibato dalla Santa Sede e sposato, che era precedentemente impiegato come insegnante di religione e di morale cattoliche in un liceo pubblico.

La decisione della Corte si era fondata su una nota del vescovo locale da cui risultava che la pubblicità data dalla stampa della situazione familiare del ricorrente e della sua appartenenza al «*Movimento pro-celibato opzionale*» dei preti aveva prodotto uno «scandalo» ai sensi del diritto canonico. La Corte infatti ha riconosciuto, da un lato, che una misura della Chiesa meno restrittiva non avrebbe certamente avuto la stessa efficacia ai fini di preservare la sua credibilità e, dall'altro, che le conseguenze del mancato rinnovo del suo contratto per il ricorrente non sembravano essere state eccessive nelle circostanze della causa, in particolare tenuto conto del fatto che era stato lui stesso, in maniera volontaria, a mettersi in una situazione di contrasto con i precetti della Chiesa⁵⁷³.

Ma la Corte, oltre a dichiarare la non violazione degli artt. 8 e 14 CEDU, ha anche stabilito con quattordici voti contro tre, che non era necessario esaminare separatamente le denunce ai sensi dell'art. 9. A parere dei giudici dissenzienti Spielman, Sajò e Lemmens, quest'ultima decisione della Corte di Strasburgo non era condivisibile, soprattutto in considerazione del fatto che non era stata riscontrata alcuna violazione neppure ai sensi dell'art. 8 CEDU⁵⁷⁴.

La Corte di Strasburgo, insomma, nel caso di specie sembra affermare che la coscienza religiosa del singolo possa ritenersi sufficientemente protetta qualora quest'ultimo sia effettivamente libero di aderire a una data Chiesa o di abbandonarla nel momento in cui non ne condivide più l'ispirazione: alla Chiesa si riconosce il potere di disciplinare le modalità di adesione o espulsione dei propri membri, mentre gli Stati, invece, devono vigilare affinché la libera scelta degli individui di aderire o abbandonare un dato gruppo religioso non sia impedita.

Quando però sussiste un rapporto di lavoro fra il singolo individuo e l'organizzazione religiosa in cui è sorto il conflitto, non si può pretendere che il caso venga completamente disciplinato dal diritto confessionale. La circostanza che la controparte negoziale sia un'organizzazione di natura confessionale o filosofica, non gioca a vantaggio del lavoratore, che in ragione di ciò vede parzialmente limitate le proprie tutele rispetto a

⁵⁷¹ FIORILLO V., *Una battuta d'arresto per i diritti fondamentali degli insegnanti di religione con l'aggiunta di una vena d'ipocrisia: la sentenza Fernandez Martinez c. Spagna*, in *Federalismi.it*, settembre 2012

⁵⁷² Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, Sentenza del 12 giugno 2014, Caso Fernández Martínez c. Spagna, Ricorso n°. 56030/07.

⁵⁷³ Corte Europea dei diritti dell'uomo, *Guida sull'articolo 9 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Libertà di pensiero, di coscienza e di religione*, op. cit., pp. 79-82.

⁵⁷⁴ Lemmens, Sajò e Spielman, *Dissenting opinions*, in caso Fernández Martínez c. Spagna, pp. 57-63

quelle previste dal diritto comune: questo particolare lavoratore, cioè, da un lato incontra una tutela giuridica più efficace di quella riconosciuta al semplice fedele, dall'altro però tale tutela è meno intensa di quella di cui godrebbe dinanzi a un soggetto datoriale non religiosamente caratterizzato.

Il bilanciamento da operare in questo particolare caso, insomma, ha riguardato da una parte il diritto dell'organizzazione a preservare l'ortodossia, dall'altro il diritto individuale a manifestare le proprie convinzioni religiose anche nel contesto lavorativo di tendenza, senza che ne derivassero conseguenze pregiudizievoli dal punto di vista della vita privata e familiare (art. 8 CEDU).

La sentenza *Fernandez Martinez* mostra però un'incongruenza rispetto alle altre decisioni in materia, laddove dichiara espressamente di non voler distinguere la fattispecie in esame dalle precedenti, ritenendo irrilevante che in questo caso il ricorrente fosse dipendente della pubblica amministrazione: per la Corte questo elemento non è tale da inficiare né la portata del suo dovere di lealtà nei confronti della Chiesa cattolica, né la legittimità delle sanzioni canoniche applicate nei suoi confronti per il caso di violazione di quel dovere⁵⁷⁵. Sulla specifica questione sollevata da questa vicenda resta quindi aperta la domanda se sia o meno accettabile che il rapporto di pubblico impiego degli insegnanti di religioni debba risentire delle vicende legate al rilascio e alla revoca del gradimento canonico⁵⁷⁶.

Sempre sulla stessa materia troviamo anche la sentenza *Miralubous c. Lettonia*⁵⁷⁷.

La Corte di Strasburgo ha ripetutamente posto l'accento sul ruolo dello Stato di organizzatore neutrale e imparziale dell'esercizio dei diversi culti, religioni e credenze, per contribuire ad assicurare l'ordine pubblico, la pace religiosa e la tolleranza in una società democratica. Questo suo dovere di neutralità vieta allo Stato di esaminare la questione dell'appartenenza confessionale di un individuo o di un gruppo, perché si tratta di un compito che spetta alle sole autorità spirituali della comunità religiosa in causa. In altre parole, lo Stato non può arbitrariamente «imporre» o «riqualificare» l'appartenenza confessionale di un individuo o di un gruppo contro la loro volontà.

A tal riguardo, nel caso *Miroļubovs*, che aveva ad oggetto una decisione presa dalla Direzione degli affari religiosi della Lettonia nell'ambito di un conflitto che lacerava la comunità locale dei vecchi ortodossi (vecchi credenti russi), la Corte ha constatato una violazione dell'art. 9 CEDU.

È vero che, in alcuni Paesi, l'indipendenza e l'unità della Chiesa maggioritaria, storicamente dominante, sono considerate della massima importanza per l'intera società, tuttavia, in una società democratica in cui lo Stato è l'ultimo garante del pluralismo

⁵⁷⁵ RANIERI M., *Profili giuslavoristici del rapporto di lavoro degli insegnanti di religione cattolica nella scuola pubblica*, in *Diritto del lavoro*, 2014.

⁵⁷⁶ TOSCANO M., *Il fattore religioso nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, op. cit., pp. 142-154.

⁵⁷⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, Terza sezione, sentenza del 15 settembre 2009, caso *Miroļubovs e altri c. Lettonia*, Ricorso n°. 798/05

religioso, il ruolo delle autorità non può sostanzarsi nell'adozione di misure che privilegino una delle tante interpretazioni possibili della religione, a scapito delle altre, o che costringano una comunità divisa a porsi, contro la loro volontà, sotto la guida di un'unica leadership non condivisa. Ma in questa causa era in discussione anche il diritto di all'uso di un edificio di culto, poiché i ricorrenti, proprio a seguito della decisione presa dalla Direzione per gli affari religiosi prima menzionata, avevano perduto l'uso del loro tempio in favore del gruppo opposto,⁵⁷⁸.

In questo particolare caso, nel quale la Corte aveva accertato la violazione dell'art. 9 CEDU con sei voti contro uno, troviamo in allegato l'opinione dissenziente del giudice Myjer, il quale invece sosteneva la non violazione dell'art. 9 perché, a suo avviso, la denuncia doveva essere respinta in fase di ammissibilità, a causa del mancato rispetto del principio di riservatezza dei negoziati. I ricorrenti, infatti, avevano trasmesso i documenti della trattativa ad una terza persona che non apparteneva alla cerchia di coloro che potevano esserne legittimamente messi al corrente⁵⁷⁹.

Anche il caso *Sindicatul c. Romania*⁵⁸⁰ riguarda i conflitti tra lavoratori e organizzazioni di tendenza. Esso però rappresenta un caso particolare che aveva riguardo non già alla fase di cessazione del rapporto, bensì alla costituzione di un sindacato di chierici e laici, dipendenti dall'ente confessionale di appartenenza⁵⁸¹.

La vicenda sorge a seguito del rifiuto delle autorità rumene di riconoscere e di registrare un sindacato creato da un gruppo di sacerdoti e di dipendenti laici della Chiesa ortodossa rumena, a causa della mancanza di accordo e approvazione da parte del loro arcivescovo. Sulla questione, la Corte di Strasburgo, chiamata ad esprimersi, ha concluso che nel caso proposto non vi era stata violazione dell'art. 11 CEDU.

Se da una parte la Corte ha ritenuto che, nonostante le peculiarità della loro situazione e della loro missione spirituale, i membri del clero della Chiesa ortodossa rumena stavano svolgendo il loro compito nell'ambito di un rapporto di lavoro, e quindi potevano avvalersi, in linea di principio, della libertà sindacale ai sensi dell'art. 11 CEDU, per contro, la stessa ha dichiarato che l'ingerenza controversa poteva essere ritenuta proporzionata agli scopi legittimi perseguiti e quindi conforme ai requisiti del comma 2 del suddetto articolo. Rifiutandosi di registrare il sindacato, infatti, lo Stato si era

⁵⁷⁸ Corte Europea dei diritti dell'uomo, *Guida sull'articolo 9 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Libertà di pensiero, di coscienza e di religione*, op. cit., pp. 73-79.

⁵⁷⁹ Myjer, Dissenting opinion, in caso *Mirolubovs e altri c. Lettonia*, pp. 40-42.

⁵⁸⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 9 luglio 2013, caso *Sindicatul « Păstorul cel Bun » c. Romania*, Ricorso n°. 2330/09

⁵⁸¹ SORDA E., *Prime osservazioni a margine della sentenza Sindicatul pastorul cel Bun c. Romania. Un peculiare caso di limitazione della libertà di associazione di sacerdoti dipendenti laici di una congregazione religiosa*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 2013; PARISI M., *Il caso Sindicatul pastorul cel Bun c. Romania. Riflessione sulle criticità della democrazia interna alle organizzazioni di tendenza religiosa*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2015, pp. 58 ss.

semplicemente astenuto dall'intromettersi nell'organizzazione e nel funzionamento autonomo della Chiesa ortodossa rumena, rispettando così il suo obbligo di neutralità⁵⁸².

La maggioranza della Corte di Strasburgo, non analizza la questione del caso alla luce della violazione dell'articolo 9 CEDU, ma nell'opinione concorrente del giudice Wojtyczek allegata alla sentenza, egli sottolinea che poiché la libertà di religione ha una sua dimensione collettiva, il caso doveva essere analizzato anche alla luce di quest'ultimo.

A questo proposito, egli sostiene che poiché la diversità dei regimi che governano le confessioni religiose permette agli Stati di godere di ampio margine di apprezzamento, è legittimo considerare che l'entità del margine sia determinata sulla base della differente rilevanza delle confessioni religiose. Si tratta di un'affermazione in netto contrasto con quanto si stabilirà anni dopo nella sentenza *Mockutė*, già analizzata nei precedenti paragrafi, e nella quale si affermerà invece l'esatto opposto, ovvero che non può ammettersi che l'ampiezza del margine di apprezzamento possa essere determinata valutando, in maniera discriminatoria, la rilevanza e la diffusione della confessione religiosa per cui sorge la causa⁵⁸³.

Sempre in materia di principio di autonomia delle organizzazioni religiose e ingerenza statale troviamo altre tre sentenze: *Hassan e Chausch c. Bulgaria*, *Cipro c. Turchia* e *Leela c. Germania*.

Nel primo caso, la Corte di Strasburgo ha riscontrato una violazione dell'art. 9 CEDU perché il governo bulgaro aveva interferito nella scelta dei capi della comunità musulmana bulgara. Le autorità bulgare, cioè, avevano esercitato una pressione sulla comunità musulmana ricorrente affinché si ponesse sotto un'unica direzione, da loro scelta, anziché assurgere alla funzione di mediatori fra le opposte parti in conflitto.

In ogni caso, la Corte pur appurando che l'ingerenza controversa era prevista dalla legge e perseguiva uno scopo legittimo, aveva comunque stabilito che si trattava di una intromissione sproporzionata rispetto allo scopo⁵⁸⁴.

Fra l'altro, mentre in precedenza, la Corte aveva ribadito che una Chiesa, o un'associazione con fine religioso o filosofico, è sì legittimata a esercitare il diritto garantito ex art. 9 in proprio, ma sempre per conto dei propri aderenti, nella sentenza della Grande Camera emessa per il caso *Hasan*⁵⁸⁵ si manifestano i sintomi di un mutamento giurisprudenziale⁵⁸⁶.

⁵⁸² Corte Europea dei diritti dell'uomo, *Guida sull'articolo 9 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Libertà di pensiero, di coscienza e di religione*, op. cit., pp. 83-84.

⁵⁸³ Wojtyczek. Concurring opinion, caso *Sindicatul « Păstorul cel Bun » c. Romania*, pp. 48-50.

⁵⁸⁴ Corte Europea dei diritti dell'uomo, *Guida sull'articolo 9 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Libertà di pensiero, di coscienza e di religione*, op. cit., pp. 73-78.

⁵⁸⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 26 ottobre 2000, caso *Hasan e Chaush c. Bulgaria*, Ricorso n°. 30985/96

⁵⁸⁶ La presente sentenza, che è anche la prima relativa ad un Paese comunista, individua il punto di svolta nel processo temporale che, all'inizio del nuovo millennio, ha visto il focus dell'attenzione della Corte spostarsi dalla libertà religiosa

In questa sentenza la Corte, leggendo l'articolo 9 in parallelo con l'art. 11 CEDU, sottolinea come l'ingerenza da parte dello Stato nell'organizzazione di una comunità produca comunque la violazione della libertà religiosa degli individui che vi appartengono, e ribadisce che in una società democratica non spetta allo Stato esprimersi sulla legittimità di una credenza, ma che piuttosto esso debba assumere un atteggiamento neutrale che impedisca di costringere le comunità religiose in disaccordo sotto un'unica leadership.

Pertanto, nonostante la Corte si sia aperta a considerare le stesse Chiese titolari di posizioni proprie, rimane l'impostazione tradizionale, secondo la quale la protezione del diritto dell'organizzazione è giustificata in ragione (e nella misura in cui è in grado di assicurare la soddisfazione) del diritto individuale⁵⁸⁷.

Ai fini del presente lavoro, questa sentenza rileva in particolare per quanto espresso nella decisione di maggioranza, votata infatti all'unanimità. Tuttavia è bene rilevare la presenza di una sorta di dichiarazione di dissenso espressa congiuntamente dai giudici Tulkens, Casadevall, Bonello, Stráznická, Greve e Marustel, i quali, pur avendo votato la soluzione proposta dalla maggioranza, sostengono che la mera cessazione della violazione ex art. 9 non possa rappresentare un'equa soddisfazione per il ricorrente. Secondo loro, cioè, il ricorrente avrebbe dovuto ricevere anche un'equa soddisfazione di natura pecuniaria⁵⁸⁸.

La seconda sentenza richiamata è quella relativa al caso *Cipro c. Turchia*⁵⁸⁹, nella quale la Corte ha constatato una violazione della libertà di religione in relazione alle misure che avevano limitato la libertà di movimento e la libertà di accesso ai luoghi di culto dei greco-ciprioti di confessione ortodossa, interclusi nella «Repubblica turca di Cipro del Nord» a seguito dell'operazione militare turca che aveva occupato e diviso il territorio di Cipro proclamandone la Repubblica. La violazione si accerta perché le autorità della nuova Repubblica proclamata non avevano approvato la nomina di preti greco-ortodossi nella Regione, sebbene ne fosse rimasto uno soltanto per tutto il territorio interessato.

L'unica opinione dissenziente allegata alla sentenza è quella del giudice Costa, secondo il quale la violazione lamentata si dovesse analizzare anche alla luce dell'art. 14 CEDU⁵⁹⁰.

In ultimo abbiamo la sentenza *Leela Förderkreis E.V. e altri c. Germania*⁵⁹¹, riguardante l'ingerenza causata dall'uso reiterato, nelle comunicazioni ufficiali del governo federale tedesco e dei suoi membri, dei termini "setta", "setta di giovani", "psico-setta", "pseudo-

individuale (proselitismo, rifiuto di partecipare ad attività scolastiche, giuramento con formula religiosa) alle violazioni della libertà religiosa collettiva, sviluppo che conduce la Corte di Strasburgo a passare dal terreno della libertà religiosa a quello dei rapporti tra Stato e religioni.

⁵⁸⁷ TOSCANO M., *Il fattore religioso nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, op. cit., pp. 124-127.

⁵⁸⁸ Bonello, Casadevall, Greve, Marustel, Stráznická e Tulkens, Dissenting opinion, caso Hasan e Chausch c. Bulgaria, p. 33

⁵⁸⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 10 maggio 2001, caso Cipro c. Turchia, Ricorso n°. 25781/94

⁵⁹⁰ Costa, Dissenting opinion, caso Cipro c. Turchia, pp. 108-109

⁵⁹¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, Quinta sezione, sentenza del 6 novembre 2008, caso Leela Förderkreis E.V. e altri c. Germania, Ricorso n°. 58911/00

religione”, “*movimento religioso distruttivo*”, “*movimento che manipola i suoi membri*” etc. nei confronti dell’associazione ricorrente.

Si tratta di una circostanza che rientra nell’ambito della violazione dei diritti sanciti nell’art. 9 della CEDU, poiché può avere conseguenze negative per il concreto esercizio della libertà di religione, sebbene la Corte di Strasburgo, a valle della sua valutazione, non ne accerta la violazione.

Secondo la Corte europea dei diritti dell’uomo, infatti, tale ingerenza perseguiva degli scopi legittimi (la sicurezza pubblica, la tutela dell’ordine e dei diritti e libertà altrui) ed era proporzionata a questi scopi. In effetti, nell’esercizio del loro obbligo di informare il pubblico su questioni di importanza generale, le autorità federali desideravano soltanto attirare l’attenzione dei cittadini su un fenomeno che consideravano allarmante, ossia la comparsa di un gran numero di nuovi movimenti religiosi e la loro attrattiva fra i giovani. L’unico scopo perseguito dalle autorità era quello di dare alle persone la possibilità, di agire con piena cognizione di causa e di non ritrovarsi in difficoltà dinanzi a questi nuovi movimenti. Il comportamento del governo insomma non aveva in alcun modo impedito di esercitare i diritti riconosciuti dall’articolo 9 della Convenzione⁵⁹².

L’obbligo di mantenersi neutrale nella gestione del pluralismo dialettico tipico di una società democratica, infatti, non impedisce allo Stato di divulgare informazione sui nuovi movimenti religiosi, quando queste siano trasmesse alla popolazione non al fine di orientare le scelte e le simpatie, ma in chiave critica, affinché le problematiche connesse alle emergere di alcune nuove organizzazioni siano di pubblico dominio ed eventuali forme di proselitismo aggressive trovino a raccogliere un’opinione pubblica preparata.

Due sono le opinioni dissenzienti allegate al presente caso: l’opinione dissenziente del giudice Lazarova Trajkovska, che sostiene la violazione dell’articolo 9, in quanto a suo avviso si trattava di una ingerenza statale contraria all’obbligo di neutralità, previsto dalla stessa Costituzione tedesca nel suo art. 4⁵⁹³, e che pertanto non può giustificarsi in quanto azione prescritta per legge⁵⁹⁴; la seconda è l’opinione parzialmente dissenziente espressa invece dal giudice Kalaydjeva, che non comprende perché il governo tedesco si sia sentito in “dovere”, in una società pluralistica, di partecipare ad un pubblico dibattito sui credi religiosi. Secondo il giudice cioè il ruolo dello Stato nei conflitti religiosi è quello di promuovere la tolleranza reciproca e, in questo caso, lo Stato è venuto meno a questo suo compito, creando piuttosto discriminazioni ingiuste⁵⁹⁵.

⁵⁹² Corte Europea dei diritti dell’uomo, *Guida sull’articolo 9 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo. Libertà di pensiero, di coscienza e di religione*, op. cit., pp. 63-64.

⁵⁹³ Art. 4, Legge fondamentale per la Repubblica federale di Germania, Libertà di fede e di coscienza: «1. La libertà di fede e di coscienza e la libertà di confessione religiosa e ideologica sono inviolabili. 2. È garantito l’indisturbato esercizio del culto. 3. Nessuno può essere costretto contro la sua coscienza al servizio militare armato. Ulteriori disposizioni sono stabilite da una legge federale»

⁵⁹⁴ Lazarova Trajkovska, Dissenting opinion, caso Leela Förderkreis E.V. e altri c. Germania, pp. 30-31.

⁵⁹⁵ Kalaydjeva, Dissenting opinion, caso Leela Förderkreis E.V. e altri c. Germania, pp. 32-34.

Ricapitolando, dunque, in questa materia la Corte ha sempre cercato di mantenere una certa coerenza, continuando a sostenere l'assoluto divieto di ingerenza statale nelle questioni strettamente connesse all'organizzazione e ai rapporti interni alle differenti confessioni religiose, talvolta accertando la violazione dell'art. 9 e, talaltre non accertandola, in base alla specificità dei casi.

Non rilevano qui degli orientamenti particolarmente d'avanguardia fra le opinioni dissenzienti allegate ai casi, segno di una certa uniformità di pensiero e di presenza di uno standard omogeneo che garantisce una tutela della libertà in questione ampia e condivisa, ma era comunque doveroso ricordarle e riportare quanto in esse stabilito. Unica nota di merito è che i dissenzienti hanno ammonito quella tendenza delle maggioranze orientata a non analizzare i casi alla luce delle disposizioni ex art. 9 CEDU. Secondo i dissenzienti, infatti, considerato che si trattava comunque di questioni riguardanti enti religiosi e che la libertà religiosa era sempre compromessa, era doveroso analizzare le questioni alla luce della tutela apprestata dall'art. 9 CEDU.

3.2. Obblighi negativi: il riconoscimento, la registrazione e lo scioglimento delle organizzazioni religiose

Il modo in cui la legislazione nazionale sancisce e tutela la libertà di associazione, compresa quella delle organizzazioni religiose, e la sua applicazione pratica da parte delle autorità nazionali, sono indicativi del livello di democrazia di un Paese. Quando una società civile funziona correttamente è naturale, che i cittadini partecipino in larga misura al processo democratico per mezzo di associazioni, all'interno delle quali possono riunirsi con altri per perseguire insieme scopi comuni. Le eccezioni alla regola della libertà di associazione richiedono un'interpretazione restrittiva, e solo dei motivi convincenti e imperiosi possono giustificare delle restrizioni.

Una delle forme più gravi di ostacolo dell'esercizio della libertà religiosa sotto il suo aspetto collettivo è lo scioglimento di un'organizzazione religiosa già esistente. Tuttavia, esistono anche altre forme di ingerenza che possono essere classificate nella stessa categoria dello scioglimento, ad esempio il rifiuto di riconoscere a queste organizzazioni la personalità giuridica.

Perciò, nel caso *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas e altri c. Austria*⁵⁹⁶ la Corte ha constatato una violazione dell'art. 9 CEDU, in quanto, tra la domanda di riconoscimento giuridico depositata dalla comunità dei Testimoni di Geova alle autorità austriache e la decisione di queste ultime di accordarle lo status di organizzazione religiosa registrata, trascorse un periodo di vent'anni. La Corte, fra l'altro, in conseguenza al rifiuto di

⁵⁹⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, Prima sezione, sentenza del 31 luglio 2008, caso *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas e altri c. Austria*, Ricorso n°. 40825/98

accordare alla comunità ricorrente il particolare status di “società religiosa riconosciuta”, ha anche constatato anche la concretizzazione di una discriminazione⁵⁹⁷.

Il presente caso si ascrive alla categoria dei cd. “*registration cases*”, collegati al diritto di registrazione. La Corte di Strasburgo riconosce in capo allo Stato un vero e proprio obbligo di registrazione quando è evidente il legame tra il riconoscimento dell'ente religioso esponenziale e l'esercizio della libertà religiosa. Lo Stato che intende operare delle differenziazioni nel regime giuridico cui sottoporre le diverse organizzazioni confessionali, a parere della Corte deve almeno individuare e applicare criteri oggettivi e ragionevoli, così che ogni comunità religiosa che li soddisfi sia in grado di accedere allo status privilegiato in condizioni di pari opportunità con le altre organizzazioni religiose⁵⁹⁸. Per tutte queste ragioni La Corte ha deciso, per sei voti contro uno, che vi è stata violazione dell'art. 9 preso sia singolarmente che in combinato disposto con l'art. 14 CEDU.

Qui in allegato troviamo l'opinione parzialmente dissenziente del giudice Steiner che afferma di aver votato contro la constatazione di una violazione dell'art. 9, finanche in combinato disposto con l'art. 14, per i seguenti motivi: l'elemento essenziale per l'esame di queste denunce è che il gruppo ricorrente è stato registrato come comunità religiosa il 20 luglio 1998, pertanto, essendo stata soddisfatta la sua richiesta, se pure in ritardo, essi non possono più sostenere di essere vittime di una violazione ai sensi dell'articolo 9 CEDU. È vero che la concessione della personalità giuridica ha richiesto un tempo considerevole, e che sarebbe stato preferibile se ciò fosse accaduto prima ma, per il giudice dissenziente, anche con riguardo al periodo precedente i ricorrenti non potevano affermare di essere vittime di una violazione dell'art. 9 della Convenzione, in quanto a nessun ricorrente è stato impedito, in nessuna fase del procedimento, di manifestare la loro convinzione religiosa, né essi si sono mai lamentati di alcuna misura di interferenza con l'organizzazione interna da parte delle autorità statali, come lo scioglimento, l'allontanamento dei suoi ministri o di altre personalità di spicco, o ancora della privazione dei beni di sua proprietà o dei locali utilizzati per uffici religiosi o cerimonie, da parte delle autorità statali⁵⁹⁹.

Tra i *registration cases* più significativi troviamo anche il caso *Magyar Keresztény Mennonita Egyház e altri c. Ungheria*⁶⁰⁰, che riguarda una misura normativa ungherese con la quale una parte delle organizzazioni religiose precedentemente riconosciute come Chiese sono state

⁵⁹⁷ Corte Europea dei diritti dell'uomo, *Guida sull'articolo 9 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Libertà di pensiero, di coscienza e di religione*, op. cit., pp. 56-59.

⁵⁹⁸ TOSCANO M., *Il fattore religioso nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, op. cit., pp. 281-282.

⁵⁹⁹ Steiner, Dissenting opinion, in caso *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas e altri c. Austria*, pp. 32-34.

⁶⁰⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, Seconda sezione, sentenza del 8 aprile 2014, caso *Magyar Keresztény Mennonita Egyház e altri c. Ungheria*, Ricorsi n°. 70945/11, 23611/12, 26998/12, 41150/12, 41155/12, 41463/12, 41553/12, 54977/12 e 56581/12

relegate allo status di “associazioni civili”, ovvero una posizione nettamente inferiore e più sfavorevole con riguardo ai diritti e ai privilegi riconosciuti, o addirittura, in alcuni casi, queste organizzazioni hanno cessato di esistere legalmente.

Il gruppo ricorrente, che prima del caso esisteva e operava legalmente in Ungheria come Chiesa registrata dal tribunale competente, ha lamentato la violazione dell'art. 11 alla luce dell'art. 9 CEDU, a causa della cancellazione e reinscrizione discrezionale in altra posizione delle loro Chiese. Secondo i richiedenti, infatti, la perdita del loro status di Chiesa aveva costituito un'interferenza con la loro libertà di religione e con il corretto funzionamento della comunità religiosa, che richiedeva necessariamente il godimento di uno status giuridico specifico e appropriato, ovvero quello di Chiesa in senso giuridico.

La Corte di Strasburgo, chiamata ad esprimersi, riporta le conclusioni sostenute nel caso *Hasan*: laddove sia in discussione l'organizzazione della comunità religiosa, l'articolo 9 della Convenzione deve essere interpretato alla luce dell'articolo 11, che salvaguarda la vita associativa contro l'ingiustificata ingerenza dello Stato, in considerazione del fatto che l'esistenza autonoma delle comunità religiose è indispensabile per garantire il pluralismo delle società democratiche.

Secondo la Corte, insomma, in capo agli Stati vi è un obbligo positivo che gli impone di istituire un sistema di registrazione e riconoscimento agevole, che faciliti l'acquisizione della personalità giuridica da parte delle comunità religiose. La Corte EDU cioè non chiede che a queste organizzazioni venga riconosciuta un status giuridico particolare, ma semplicemente che sia riconosciuta loro la possibilità di acquisire, nel modo più chiaro possibile, la capacità giuridica in quanto entità di diritto civile.

Pertanto, per cinque voti contro due, la Corte di Strasburgo dichiara che vi è stata una violazione dell'art. 11 letto alla luce dell'art. 9 CEDU e che non vi è motivo di procedere ad un esame separato delle stesse circostanze alla luce dell'art. 14.

In allegato alla presente sentenza troviamo il parere dissenziente del giudice Spano, al quale si è unito il giudice Raimondi. Secondo i giudici dissenzienti, il fatto che il *Church Act* del 2011⁶⁰¹ non avesse cancellato le Chiese ricorrenti ma le avesse solamente riclassificate (o se si vuole declassate), allo scopo di inserirle in posizioni che le avrebbero consentito di accedere a particolari sussidi statali o stringere accordi di cooperazione con lo Stato, non rappresentava una violazione degli artt. 9 e 11 CEDU. Infatti, non vi è nessun indizio che dimostri che i ricorrenti fossero impossibilitati a manifestare liberamente la loro religione come soggetti giuridici, vale a dire in quanto associazioni, che è uno status che comunque garantisce loro una certa autonomia formale rispetto allo Stato.

Secondo loro, cioè, la Corte di Strasburgo deve essere consapevole che la portata dei diritti e delle libertà garantiti dalla Convenzione non è senza limiti: l'espansione sfrenata della

⁶⁰¹ Disponibile al seguente link: https://www.njt.hu/translated/doc/J2011T0206P_20180101_FIN.pdf

portata sostanziale della Convenzione rischia di minare la legittimità stessa di questo sistema di controllo europeo dei diritti umani⁶⁰².

Analizziamo ora la *sentenza İzzettin Doğan e altri c. Turchia*⁶⁰³, nella quale la Corte ha accertato una violazione dell'art. 9, considerato sia separatamente che in combinato disposto con l'art. 14 della Convenzione, a causa del rigetto, da parte del governo turco, di una petizione presentata da un gruppo di aleviti che richiedevano un trattamento identico a quello riservato ai gruppi dell'islam sunnita. Nello specifico essi chiedevano che ai *cemevi* fosse concesso lo status di luoghi di culto, che i ministri del culto alevita fossero assunti in qualità di funzionari pubblici, e che nel bilancio statale fosse previsto un sostegno economico speciale ai fini dell'esercizio del culto alevita.

La Corte di Strasburgo ha messo in evidenza che le autorità turche con il loro atteggiamento di rifiuto nel considerare le specificità dell'alevismo in quanto confessione a sé stante, avevano contravvenuto al loro dovere di neutralità e di imparzialità. In effetti, in Turchia l'assenza di un quadro normativo chiaro riguardo i culti minoritari non riconosciuti (come la confessione alevita), faceva sorgere molti problemi giuridici, strutturali ed economici, in relazione alla loro possibilità di costruire dei luoghi di culto, di percepire erogazioni o sovvenzioni, di stare in giudizio, etc.⁶⁰⁴. La pronuncia *Izzettin*, insomma, rappresenta una *sentenza-summa* in materia di *registration cases*⁶⁰⁵.

Le opinioni dissenzienti più rilevanti allegate alla sentenza sono: l'opinione parzialmente dissenziente e parzialmente concordante dei giudici Villiger, Keller e Kjølbrot, e l'opinione dissenziente del giudice Vehabovic.

I primi hanno votato contro la violazione dell'articolo 9, innanzitutto perché a loro avviso i ricorrenti, nonostante il rifiuto di registrazione, erano in grado di continuare ad esercitare le loro attività religiose, in secondo luogo perché l'articolo in esame non poteva essere interpretato nel senso di produrre in capo allo Stato l'obbligo positivo di riconoscere i luoghi di culto di determinati gruppi religiosi, di assumere e pagare gli stipendi dei loro leader, o di destinare fondi del bilancio al finanziamento delle attività di tali gruppi. Una siffatta interpretazione dell'articolo in esame estenderebbe troppo la sua stessa portata⁶⁰⁶.

Il giudice Vehabovic, invece, non ha votato per l'accertamento delle violazioni lamentate perché, a suo avviso, le richieste portate avanti dai ricorrenti non avevano alcun'implicazione sulla libertà di praticare l'Islam secondo le loro modalità. A parere del giudice, cioè, se la legislazione turca avesse imposto obblighi addizionali solo nei confronti

⁶⁰² Raimondi e Spano, Dissenting opinion, in caso Magyar Keresztény Mennonita Egyház e altri c. Ungheria, pp. 57-61

⁶⁰³ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 24 aprile 2016, caso *İzzettin Doğan e altri c. Turchia*, Ricorso n°. 62649/10.

⁶⁰⁴ Corte Europea dei diritti dell'uomo, *Guida sull'articolo 9 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Libertà di pensiero, di coscienza e di religione*, op. cit., pp. 75-76.

⁶⁰⁵ TOSCANO M., *Il fattore religioso nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, op. cit., p. 283.

⁶⁰⁶ Keller, Kjølbrot e Villiger, Concurring opinion, nel caso *İzzettin Doğan e altri c. Turchia*, pp. 70-76

di questa organizzazione religiosa allora il caso sarebbe rientrato nell'ambito dell'art. 9, ma in realtà non era stato rilevato alcun onere nei confronti degli alevi.

Poi, per quanto riguarda la lamentela relativa alla circostanza per la quale lo Stato aveva deciso di non fornire nei confronti dell'organizzazione ricorrente quei servizi e benefici riconosciuti invece nei confronti dei sunniti, il giudice dissenziente aveva sostenuto quanto accettato dalla Corte di Strasburgo nella sua giurisprudenza precedente: una religione può legittimamente assumere una posizione privilegiata all'interno di uno Stato, sia per ragioni storiche che culturali, a patto che li concedano senza concretizzare indebite discriminazioni.

Secondo il giudice, insomma, al legislatore nazionale dovrebbe essere riconosciuto un ampio potere di discrezionalità nel decidere quali siano i requisiti sufficienti per giustificare l'inclusione di gruppi e movimenti religiosi nella posizione che consentirebbe loro di accedere ai "servizi pubblici" in discussione.

Il fatto che i *cemevis* non siano riconosciuti come luogo di culto, o il fatto che i loro leader non vengono assunti come dipendenti pubblici, non impedisce agli alevi di poter manifestare il proprio culto. A parere del giudice dissenziente, insomma, le loro richieste sono tutte collegate non ai diritti tutelati dall'articolo 9 della Convenzione ma piuttosto all'art. 1 del Protocollo 1 CEDU⁶⁰⁷ relativo ai diritti di proprietà⁶⁰⁸.

Concludendo, in questo ambito di applicazione delle libertà ex art. 9 CEDU la Corte di Strasburgo sembra restringere considerevolmente il margine di discrezionalità perché stabilisce che le ingerenze prodotte nell'ambito del riconoscimento e della registrazione dei gruppi religiosi, anche minoritari, si ripercuotono inevitabilmente sulla libertà religiosa dei singoli individui e sul divieto di non discriminazione. All'opposto, invece, tutti i dissenzienti presenti cause sembrano concordare su una particolare circostanza: in nessuno dei casi suddetti il ritardo o il rifiuto di registrazione o riconoscimento ha inciso sulla libertà dei gruppi ricorrenti di manifestare liberamente il proprio credo. A loro avviso, insomma, non sussistono evidenti ragioni per accertare le violazioni ex art. 9 CEDU, ma soltanto violazioni della libertà di associazione o del divieto di non discriminazione.

⁶⁰⁷ Art. 1 Prot. 1 CEDU, *Protezione della proprietà*: «Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale. Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende».

⁶⁰⁸ Vehabovic, Dissenting opinion, nel caso *Izzettin Doğan e altri c. Turchia*, pp. 78-80

3.3. Obblighi positivi: libertà religiosa delle parti di un processo e dei detenuti

Prendiamo ora in considerazione altre due circostanze particolari: la tutela della libertà religiosa da riconoscersi alle parti di un processo e quella invece da riconoscere ai detenuti.

Riguardo alla libertà religiosa delle parti a un processo, la Corte di Strasburgo ha dichiarato che, nel caso del rifiuto da parte dell'autorità giudiziaria di rinviare un'udienza a seguito della richiesta di un avvocato di religione ebraica, non si accerta una violazione dell'art. 9 della Convenzione

La vicenda del caso muove dalla decisione dell'avvocato di non partecipare ad un'udienza poiché la data corrispondeva a una festa ebraica. Dal momento che l'udienza si è comunque svolta in sua assenza, ad avviso del ricorrente, le autorità del tribunale avevano violato la sua libertà di manifestare la religione. Stimo parlando del caso Francesco Sessa c. Italia⁶⁰⁹, nel quale il governo convenuto sosteneva invece che non c'era stata alcuna interferenza con il diritto del richiedente di manifestare la sua religione poiché non gli era mai stato impedito di partecipare alla festività ebraiche e praticare liberamente la religione.

In questi casi, la prassi vuole che, un avvocato, impedito di partecipare a un'audizione per motivi personali, abbia la possibilità di nominare un sostituto alle condizioni previste dall'art. 102 del codice di procedura penale⁶¹⁰; il ricorrente, scegliendo di non avvalersi di questa possibilità, ha rinunciato a riconciliare i suoi obblighi religiosi con i requisiti della corretta amministrazione della giustizia.

Alla luce di tali circostanze, la Corte di Strasburgo non è convinta che la fissazione dell'udienza contestata ad una data corrispondente ad una festività ebraica e il rifiuto di posticiparla ad un'altra data possano essere considerati come una restrizione indebita del diritto del richiedente di manifestare liberamente la propria religione, anche perché si trattava di un'interferenza prevista dalla legge, che tutela i diritti e le libertà altrui di beneficiare del buon funzionamento dell'amministrazione della giustizia e di rispettare il principio del termine ragionevole del procedimento. Pertanto, essa dichiara con quattro voti contro tre che non vi è stata violazione dell'art. 9 CEDU.

Nell'opinione congiunta separata dei giudici Tulkens, Popović e Keller, essi non condividono il ragionamento seguito dalla maggioranza, innanzitutto poiché ai sensi dell'art. 401 del codice di procedura penale⁶¹¹, è prevista la partecipazione obbligatoria del

⁶⁰⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, seconda sezione, sentenza del 3 aprile 2012, caso Francesco Sessa c. Italia, Ricorso n°. 28790/08

⁶¹⁰ Art. 102 c.p.p., *Sostituto del difensore*: «1. Il difensore di fiducia e il difensore d'ufficio possono nominare un sostituto. 2. Il sostituto esercita i diritti e assume i doveri del difensore.»

⁶¹¹ Art. 401 c.p.p., *Udienza*: «1. L'udienza si svolge in camera di consiglio con la partecipazione necessaria del pubblico ministero e del difensore della persona sottoposta alle indagini. Ha altresì diritto di parteciparvi il difensore della persona offesa. 2. In caso di

pubblico ministero e dell'avvocato dell'imputato; in secondo luogo perché, visto che la proporzionalità di una misura presuppone che tra i vari mezzi per raggiungere l'obiettivo legittimo perseguito le autorità debbano scegliere quella che è meno sfavorevole per i diritti e le libertà in gioco, per i dissenzienti la ricerca di un ragionevole adeguamento della situazione in questione avrebbe costituito un mezzo meno restrittivo per raggiungere l'obiettivo perseguito. Secondo loro cioè esistevano le condizioni per cercare di giungere ad una sistemazione ragionevole, che non comportasse per le autorità giudiziarie un onere sproporzionato, compromettendo lo scopo della corretta amministrazione della giustizia, ma che allo stesso tempo, non avrebbe impedito l'interferenza con la libertà religiosa del ricorrente. Insomma, per i dissenzienti trovare una diversa e ragionevole soluzione era possibile, soprattutto perché il ricorrente aveva avvisato le autorità giudiziarie con quattro mesi di anticipo, il che avrebbe potuto permettere loro di organizzare il programma di audizione in modo da garantire il rispetto dei vari diritti in gioco. Certo, il posticipo dell'udienza potrebbe comportare alcuni inconvenienti amministrativi, come la necessità di rinnovare la notifica della data dell'udienza alle parti coinvolte, ma si tratta di inconvenienti minimi in confronto al non rispetto della libertà di religione in una società multiculturale e plurale. Per tali circostanze i giudici dissenzienti ritengono che vi sia stata una violazione ex art. 9 CEDU⁶¹².

Relativamente invece all'esame delle pronunce in materia di esercizio del culto concernenti le vicende di soggetti sottoposti al regime carcerario, la Corte europea, in questo filone, sembra aver operato quasi sempre un attento bilanciamento tra la posizione dei ricorrenti e le istanze contrapposte, che rilevano per le particolari modalità di vita all'interno di questo tipo di comunità separata. In altre parole le richieste provenienti da individui detenuti possono essere soddisfatte senza il sacrificio sproporzionato di altri diritti e interessi, mentre il loro rifiuto, a parere della Corte, costituisce violazione dell'art. 9; quando invece al soddisfacimento della richiesta del detenuto conseguirebbe un'eccessiva compromissione dei diritti e delle libertà altrui, lo Stato è legittimato a comprimere e se necessario escludere la libertà religiosa dell'individuo⁶¹³.

In materia troviamo la sentenza *Süveges c. Ungheria*⁶¹⁴, nella quale il ricorrente lamenta l'impossibilità di manifestare la propria religione durante gli arresti domiciliari, a causa del rifiuto delle autorità giudiziarie di concedergli di lasciare gli arresti domiciliari per partecipare a riti religiosi. Il governo convenuto, da parte sua, sosteneva che il

mancata comparizione del difensore della persona sottoposta alle indagini, il giudice designa altro difensore a norma dell'articolo 97 comma 4».

⁶¹² Keller, Popović e Tulkens, Dissenting opinion, in caso Francesco Sessa c. Italia, pp. 10-13

⁶¹³ TOSCANO M., *Il fattore religioso nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, op. cit.*, pp. 217-218.

⁶¹⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, Quarta sezione, sentenza del 5 gennaio 2016, caso Süveges c. Ungheria, Ricorso n°. 50255/12

provvedimento lamentato era prescritto dalla legge e perseguiva uno scopo legittimo, ovvero la tutela dell'ordine pubblico e dei diritti altrui.

La Corte di Strasburgo invece, da un lato riconosce che la misura che nega il congedo dagli arresti domiciliari per partecipare alle celebrazioni religiose interferisce con i diritti del ricorrente ai sensi di quanto stabilito nell'art. 9 ma, allo stesso tempo, ritiene che una restrizione sulla frequenza delle cerimonie religiose sia una diretta conseguenza della particolare condizione del ricorrente che si trova agli arresti domiciliari. Pertanto, essa sostiene che non vi sia stata violazione dell'articolo in esame, esprimendosi con sei voti favorevoli contro uno. In allegato alla sentenza troviamo l'opinione parzialmente dissenziente del giudice Wojtyczek, il quale sostiene invece la violazione dell'art. 9 da parte delle autorità penitenziarie. Il giudice dissenziente infatti evidenzia che la lunghezza degli arresti domiciliari potrebbe pregiudicare il suo diritto alla libertà religiosa, in quanto anche le restrizioni connesse a tale misura sarebbero troppo durature, e non potrebbero giustificarsi ai sensi della Convenzione⁶¹⁵.

Sempre in materia, il più recente caso è *Neagu c. Romania*⁶¹⁶ del settembre 2020: la domanda riguarda la richiesta fatta al ricorrente da parte delle autorità convenute di presentare le prove per confermare la sua affiliazione religiosa e per poter esercitare, durante la sua detenzione, il diritto alla libertà di religione, in particolare in relazione sua alla richiesta di indennità dei pasti secondo i precetti del suo credo religiosi. Il ricorrente, infatti, spiega alla Corte che durante i primi tre anni di detenzione ha stabilito legami con detenuti musulmani e che, dopo aver discusso a lungo con loro, ha deciso di convertirsi all'Islam e ha formulato la richiesta di poter avere pasti conformi ai precetti alimentari della sua "nuova" religione di appartenenza, richiesta che è stata rifiutata.

Il ricorrente, dunque, lamenta ai sensi dell'art. 9 CEDU, che le autorità carcerarie non hanno riconosciuto la sua conversione all'Islam e, ai sensi dell'art. 3 CEDU⁶¹⁷, che continuarono a servirgli pasti contenenti carne di maiale, in barba ai precetti della sua religione. Il Governo sollevò un'eccezione di inammissibilità della causa per abuso del diritto di appello, sostenendo che il ricorrente presentava la realtà in modo distorta e incompleto; il governo ammette che il processo di cambiamento della religione è di natura intima, ma ritiene che qualsiasi conversione implichi la preparazione ai precetti della religione in questione per mezzo di un accompagnamento spirituale fornito da un rappresentante del culto o dallo studio di testi sacri. Nel caso di specie, tuttavia, il ricorrente non ha fatto ricorso a nessuna di queste forme di sostegno e preparazione, e l'unica espressione della sua "nuova" affiliazione sarebbe stata la sua richiesta di pasti

⁶¹⁵ Wojtyczek, Dissenting opinion, in caso *Süveges c. Ungheria*, pp. 30-31

⁶¹⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, Quarta sezione, sentenza del 10 novembre 2020, caso *Neagu c. Romania*, Ricorso n°. 21969/15.

⁶¹⁷ Art. 3 CEDU, *Proibizione della tortura*: «Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti».

speciali. Il governo, ha anche fatto sapere che il ricorrente, durante il suo periodo di detenzione, si era dichiarato cristiano ortodosso al momento della sua carcerazione, musulmano nel 2015, e avventista nel 2016. Alla luce di questi repentini mutamenti, le autorità avevano dubitato della sincerità delle lamentele del ricorrente e del merito delle sue richieste di pasti speciali, e gli avevano richiesto di presentare un documento sottoscritto dalle autorità religiose che attestasse la sua reale conversione.

Il ricorrente sostiene che l'obbligo di presentare un tale documento fosse contrario alle disposizioni della Convenzione e eccessivamente oneroso visto il suo stato di detenzione; il governo, invece, riferisce che nulla abbia impedito al ricorrente di ottenere questa prova e che, in mancanza di tale documento, le autorità nazionali hanno deciso di respingere la sua richiesta.

La Corte europea, chiamata ad esprimersi, dichiara, con cinque voti contro due, che vi è stata violazione dell'articolo 9 della Convenzione. Alla presente sentenza è allegato il parere separato del giudice Paczolay, al quale si è aggiunto il giudice Grozev. Per loro non è eccessivo richiedere la presentazione di un documento che attesti la sincerità della sua conversione, soprattutto se si tiene conto che nei suoi ricorsi, il ricorrente non ha menzionato alcuna circostanza particolare che gli avrebbe impedito di ottenere tale documento. A loro avviso, dunque, nel presente caso non può accertarsi alcuna violazione dell'art. 9 CEDU⁶¹⁸.

Queste ultime sentenze analizzate evidenziano un atteggiamento della Corte piuttosto cauto nel riconoscere agli Stati una discrezionalità di decisione troppo ampia, assumendo un atteggiamento particolarmente incisivo. A rilevare qui è il particolare ambito di applicazione della libertà religiosa: se in un primo momento la Corte accetta il "sacrificio" della libertà religiosa in considerazione delle particolari condizioni degli individui posti in stato di detenzione, che comunque dovrebbe configurare una certa punizione per l'individuo "colpevole" di reati, anche a danno di diritti fondamentali, come quello garantito dall'art. 9; nella seconda sentenza, invece, sembra assumere un atteggiamento meno restrittivo, accettando che le prove richieste dalle autorità penitenziarie siano troppo onerose e superino il loro margine di manovra in materia. Accerta dunque la violazione dell'art. 9 CEDU. Relativamente ai dissenzienti, invece, nel primo caso chi dissente si rivolge alla maggioranza affermando che se pure le restrizioni lamentate siano legittime, in considerazione del particolare stato del ricorrente, bisogna tenere conto della lunghezza della pena, in quanto la sua eccessiva durata potrebbe rendere la limitazione della libertà religiosa troppo lunga e dunque illegittima; nel secondo caso invece il dissenziente cerca di dimostrare l'assoluta legittimità delle richieste avanzate dalle autorità nazionali, stante sempre la particolarità delle circostanze del caso specifico.

⁶¹⁸ Grozev e Paczolay, Dissenting opinion, in caso Neagu c. Romania, p.19.

È evidente, insomma, che nelle loro opinioni dissenzienti, questi giudici tentano di “stemperare” le decisioni della maggioranza, che ai loro occhi si sono rivelate inadeguate in considerazione delle circostanze dei due casi: la maggioranza, cioè, avrebbe dovuto prendere in considerazione più fattori nella sua valutazione e bilanciare meglio le decisioni.

4. Sintesi dei risultati

Ciò che emerge dalla disamina di queste sentenze è, certamente, che la giurisprudenza sull’art. 9 della CEDU si presenta in larga misura caratterizzata in senso casistico e pertanto difficilmente prevedibile nei suoi risultati, sia per quanto riguarda le decisioni prese a maggioranza che per le opinioni di minoranza. Non bisogna dimenticare, infatti, che il giudice della Corte EDU opera in un contesto internazionale, contraddistinto cioè da differenti tradizioni sociali, culturali e giuridiche, che alla luce delle questioni riguardanti la libertà religiosa o la sfera privata degli individui tendono ad accentuarsi.

Il risultato che ne scaturisce è dunque una giurisprudenza a “geometria variabile”, troppo oscillante per riuscire ad esprimere un indirizzo unitario idoneo a delimitare giuridicamente (sebbene per via giudiziaria) il perimetro dello spazio dei diritti in Europa. È bene riconoscere, pertanto, che una più utile lettura della giurisprudenza di Strasburgo passi per l’accettazione che all’interno di una stessa materia non può esistere un unico standard definito di tutela della libertà in questione, ma ne possono esistere diversi.

Il protendere verso un’universalità dei diritti umani è da considerarsi dunque una visione utopistica, soprattutto se si prende atto che i diritti fondamentali non possono considerarsi assoluti e cristallizzati, ma possono (e devono) essere soggetti a mutamenti che riflettono l’andamento e l’evoluzione dei differenti contesti spazio-temporali di riferimento.

Questa recente consapevolezza consente, quanto meno, di comprendere meglio l’andamento ondivago della giurisprudenza della Corte e sottrarla da accuse di contraddittorietà.

Quanto detto, ovviamente, vale anche per la libertà religiosa: bisogna superare l’idea di una sua concezione unitaria poiché, al fine di riuscire a individuare un orientamento più o meno lineare in materia – sia fra le sentenze adottate a maggioranza che fra le *dissenting opinion* allegate – si ritiene assolutamente opportuno affrontare la questione in ragione delle sue diverse proiezioni “pratiche”, verificando, di volta in volta, le differenti “reazioni” sia da parte degli ordinamenti nazionali coinvolti che dei giudici a livello europeo⁶¹⁹. Solo il tempo ci darà modo di raccogliere ulteriori elementi così da verificare la

⁶¹⁹ TOSCANO M., *Il fattore religioso nella Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo*, op. cit., pp. 198-201.

possibilità di stabilire possibili punti fermi da cui avanzare proposte di disciplina (più o meno) unitaria.

Ciò detto, volendo sinteticamente e schematicamente tirare le somme di quanto emerso da questo lavoro di ricerca, è bene innanzitutto rendere noto che, se pure con non poche difficoltà, è stato possibile stabilire una periodizzazione della giurisprudenza desumibile dalle *dissenting opinion* considerate. Si tratta di una ripartizione ulteriore rispetto alla suddivisione in categorie operata nei precedenti paragrafi, che permette di offrire un generale riepilogo conclusivo sull'ipotesi di ricerca portata avanti in questo lavoro.

Questa periodizzazione ha permesso di individuare una prima fase, nella quale si considerano le sentenze esaminate per il periodo di attività che va dal 1993 al 2008, ed una seconda fase che inizia invece a partire dal 2010.

Nel primo periodo individuato, la Corte EDU sviluppa una certa tendenza, ravvisabile in particolare nelle decisioni prese a maggioranza, ad assumere un atteggiamento "censorio" nei confronti degli Stati membri, accertando massicciamente le violazioni di cui sono accusati e rimarcando un certo "abuso" dello strumento del margine di apprezzamento da parte di molti Stati; i giudici che qui si trovavano nelle posizioni di dissenso, invece, tendono a sostenere nelle loro opinioni il dovere di riconoscere il più ampio margine di discrezionalità nei confronti degli Stati considerati, in particolare adducendo la giustificazione secondo la quale è compito degli Stati, in particolare in prima battuta, predisporre azioni di tutela nei confronti dei diritti fondamentali. A loro avviso, cioè, non spetta alla Corte EDU giudicare la portata di una ingerenza statale ma dovrebbe farsi portavoce, piuttosto, di una "supervisione ultima", che abbia il compito di garantire la più ampia tutela da apprestare ai diritti in gioco.

A partire dal 2010, invece, si apre una seconda fase, nella quale si assiste ad una vera e propria inversione di tendenza rispetto a quella precedente. Intendo dire che, le posizioni di maggioranza in seno alla Corte EDU sembrano ora avallare le giustificazioni prima addotte dai giudici dissenzienti. In pratica, si concretizza, progressivamente, una sorta di "prevalenza" della logica dissenziente all'interno dello spazio maggioritario; una sorta di reciproco scambio fra le posizioni di maggioranza e quelle di minoranza. È come se le opinioni dissenzienti di un tempo risultassero ora non solo metabolizzate, ma pure meglio articolate e, dunque, più facilmente spendibili in senso persuasivo.

Allo stesso modo, i giudici che si trovano ad occupare la posizione di dissenso in questa seconda fase, avvalorando quella che era la tesi seguita dalla maggioranza della Corte nel primo periodo individuato, ovvero quasi come se riemergesse un afflato della "prima ora" diretto a stabilire nuove condizioni di partenza tra gruppi (religiosi) e loro pretese di fronte ai poteri pubblici, sembrano volersi fare carico della responsabilità di dare all'Europa un profilo unitario in materia di diritti e libertà fondamentali, e in questo caso specifico, in materia di libertà religiosa.

È bene specificare che quanto appena descritto non è applicabile ad ogni caso considerato perché, come già chiarito prima, quella di Strasburgo in materia di libertà religiosa (e non solo) è una giurisprudenza prevalentemente casistica, legata cioè alle particolari circostanze di ciascuna fattispecie. Ciononostante è stato comunque possibile trovare riscontro, soprattutto in specifici ambiti di applicazione della libertà religiosa, delle “tendenze” individuate in questa ricerca, sempre tenendo presente, però, che, considerata la natura eterogenea della composizione della Corte di Strasburgo si tratta di orientamenti che negli anni possono essere soggetti a innumerevoli e continui mutamenti.

Ora, applicando questa periodizzazione alla suddivisione per categoria che si è proposta nel lavoro, un esempio particolarmente interessante ed esplicativo delle tendenze sopra individuate si ricava dalla materia dei simboli religiosi, con particolare riguardo all’abbigliamento connotato in senso religioso utilizzato nello spazio pubblico. La prima sentenza da tenere in considerazione in questo contesto è la decisione *Ahmet Arslan c. Turchia*, che rappresenta un caso di studio particolarmente dibattuto, poiché pur essendo stata emanata nel 2010, e dunque in quel particolare anno in cui la presente ricerca consolida il “cambio di passo” operato dalla Corte di Strasburgo in materia, i suoi risultati evidenziano come essa risenta ancora dell’orientamento prevalente nella prima fase giurisprudenziale individuata. In effetti qui la maggioranza si esprime accertando per la prima volta in materia di abbigliamento religioso la violazione da parte della Turchia dell’art. 9 CEDU. Si tratta di un risultato di particolare rilievo se si considera che, contrariamente a quanto individuato dalla tendenza a livello generale, nello specifico ambito dell’abbigliamento religiosamente connotato sino ad allora la Corte EDU aveva sempre riconosciuto un ampio margine di apprezzamento agli Stati. Insomma quell’impianto argomentativo maturato dalla Corte fino a quel momento nella materia del porto di abbigliamento religioso, che esortava il raggiungimento del massimo equilibrio tra neutralità statale, tutela dei diritti fondamentali e difesa della democrazia (raggiunto a tutto vantaggio di una visione combattiva di laicità e a detrimento del diritto di libertà dei singoli) inizia a scricchiolare con questa sentenza.

Nel generico contesto dello spazio pubblico, dunque, a dispetto di come la Corte si era espressa in merito alle questioni dell’abbigliamento e dei simboli religiosi nel contesto scolastico, nelle quali aveva assunto (e ancora oggi assume) un atteggiamento di *self-restraint*, avvalorando le azioni restrittive attuate dagli Stati (mentre i dissenzienti le criticavano sostenendo che fosse necessario applicare una rigorosa), la Corte preferisce restringere lo spazio di manovra del potere statale e espandere, invece, i singoli diritti dell’individuo. L’indicazione proveniente da Strasburgo, in questo particolare caso, è porsa quindi stabilire che al di fuori del contesto istituzionale (ove cioè l’individuo riveste il ruolo di semplice cittadino ordinario e non di funzionario pubblico) la condotta

individuale non corre il rischio di essere confusa con un atteggiamento statale di propensione per questo o quell'orientamento religioso.

I dissenzienti al caso, invece, argomentano le loro tesi sostenendo la non violazione dell'art. 9 e dunque stabilendo che si sarebbe dovuto riconoscere un ampio margine di apprezzamento nei confronti dello Stato, rifacendosi all'orientamento espresso dalla maggioranza nella sentenza *Leyla Sahin* che nella sentenza *Lautsi*.

Nella sentenza successiva, la *S.A.S c. Francia* del 2014, quanto dichiarato dai dissenzienti in *Ahmet Arslan* diviene la nuova maggioranza e, sebbene la Corte identifichi proprio in quest'ultima la fattispecie più simile a quella giudicanda, da questa la distingue perché ad essere giudicato in *Ahmet* non era un tipico abbigliamento idoneo a coprire il volto. È in forza di questo discrimine che la Corte EDU ritiene possibile discostarsi dal suo precedente e, in ossequio all'ampio margine di apprezzamento statale, escludere una violazione dell'art. 9 CEDU. In questa sentenza, insomma, la Corte sembra ritornare all'orientamento seguito in *Leyla Sahin*, nel quale caso aveva preso in grande considerazione le peculiarità del principio di laicità turco, che, al pari di quello francese, è un principio che tende a voler secolarizzare gli spazi pubblici, al fine di garantire una migliore convivenza fra gruppi differenti. Nella sentenza *S.A.S.* insomma sembra che la maggioranza si sia adeguata a quanto stabilito nella opinione dissenziente annessa al caso *Ahmet Arslan*, nella quale si sosteneva, a sua volta, quanto deciso dalla maggioranza dei giudici nei casi *Leyla Sahin* e *Lautsi*, ovvero che per tutto ciò che concerne l'articolo 9, allo Stato dovrebbe essere riconosciuto il più ampio margine di valutazione nel decidere se e in quale misura una limitazione del diritto di manifestare la propria religione o le proprie credenze sia necessaria al mantenimento dell'ordine pubblico.

Come da prassi individuata, poi, nei pareri parzialmente dissenzienti espressi a margine di questa sentenza si desume invece il sostegno all'accertamento della violazione dell'art. 9 della CEDU da parte delle autorità francesi; infatti mentre la maggioranza individua nella garanzia del *vivre ensemble* uno scopo legittimo da perseguire, i giudici dissenzienti hanno forti riserve su questo approccio perché secondo loro il concetto di *vivre ensemble* non rientra direttamente in nessuno dei diritti e delle libertà garantite dalla Convenzione, pertanto si sarebbe dovuto riconoscere un minore margine di manovra nei confronti della Francia.

Questo stesso orientamento è stato seguito anche nelle ultime due sentenze prese in esame in questo particolare contesto di applicazione della libertà religiosa, che hanno seguito pedissequamente quanto dichiarato dalla maggioranza e dalla minoranza in *S.A.S. c. Francia*, si tratta della sentenza *Belcacemi et Oussar c. Belgio e Dakir c. Belgio*, entrambe emanate nel 2017. Qui, nonostante si tratti di decisioni unanimi, rileva riportare le opinioni concordanti espresse in calce alle due sentenze, nelle quali si esprime qualche perplessità sull'eccessivo rimando che si fa alla decisione *S.A.S. c. Francia*. In effetti i giudici in

questione, riportano quanto già espresso dai loro colleghi nelle opinioni discordi allegate alla sentenza *S.A.S.* sul principio del *vivre ensemble*: a loro avviso la nozione di “convivenza” che ne scaturisce oltre ad essere vaga, è potenzialmente pericolosa perché potrebbe prestarsi a divenire il fondamento ideologico di istanze maggioritarie, con rischi di derive autoritarie. Dopotutto gli strumenti posti a tutela dei diritti dovrebbero essere per antonomasia “contromaggioritari” se si considera che le maggioranze hanno già dalla loro lo strumento normativo a fungere da portavoce delle loro richieste: non bisognerebbe mai far prevalere i sentimenti di maggioranza nelle questioni di coscienza e di religione, perché significherebbe dare alle maggioranze il potere di decidere quali e quanti diritti riconoscere alle minoranze.

Insomma in queste particolari circostanze l’orientamento della Corte di Strasburgo risulta essere piuttosto altalenante: se in un primo momento la Corte si impone stabilendo che in un generale e aperto spazio pubblico le limitazioni alla manifestazione della libertà religiosa da parte dei singoli individui non possono essere accettate, a partire dal 2014, con la sentenza *S.A.S. c. Francia*, la Corte cambia nuovamente atteggiamento, lasciando in materia ampio margine di discrezionalità allo Stato e tornando a riconoscersi il “mero” ruolo sussidiario nella tutela dei diritti umani. Tuttavia bisogna stare attenti a evitare che questo suo ruolo sussidiario si combini in maniera irreversibile con un atteggiamento referenziale nei confronti degli Stati, che metta totalmente in discussione la sua autorità. Bisogna sì tornare alla sua funzione iniziale di supervisore europeo, rispettosa della migliore posizione ricoperta dagli Stati nel tutelare i diritti dei propri cittadini, ma consapevoli alla stesso tempo che si tratti dell’organo per eccellenza posto a garanzia della tutela delle libertà fondamentali dell’uomo, che si adopera ad evitare cristallizzazioni di atteggiamenti discriminatori.

Ma c’è ancora qualcosa da aggiungere. Nelle più recenti sentenze prese in esame da questo lavoro di ricerca in materia di abbigliamento religioso, la tendenza individuata sin qui sembra stia per capovolgersi. In effetti nei casi *Hamidovic v. Bosnia Erzegovina* (2017) e *Lachiri v. Belgio* (2018), la maggioranza della Corte ha accertato la violazione dell’art. 9 CEDU, adducendo quale giustificazione il fatto che i ricorrenti, essendo dei privati cittadini, sono esenti dall’obbligo di non manifestare i propri convincimenti religiosi all’interno delle istituzioni pubbliche (diverse da quelle scolastiche), previsto, invece, nei confronti dei pubblici funzionari. La regola generale a prevalere, così come emersa dalla decisione in *Ahmet Arslan*, sembra essere quella per cui l’utente di un ente pubblico (in qualità di privato cittadino) ha il diritto di esprimere liberamente le sue convinzioni religiose al suo interno, mentre quando si tratta di operatori pubblici, si richiede di non esprimere in alcun modo le proprie convinzioni religiose, al fine di tutelare la laicità e neutralità di questi luoghi (è quanto è emerso ad esempio nella sentenza *Ebrahimian c. Francia* del 2015, nella quale a un’assistente sociale che prestava servizio all’interno di un

ospedale pubblico non era stato rinnovato il contratto di pubblico impiego perché rifiutava di dismettere il velo nei rapporti con il pubblico). Insomma qui la Corte EDU si contrappone all'eccessivo margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati, contraddicendo il suo stesso orientamento emerso nelle recenti sentenze relative al porto di indumenti o simboli religiosi negli spazi pubblici (piazze, pubbliche vie etc.).

I giudici dissenzienti, dalla loro parte, sostengono invece che non essendoci un esplicito consenso europeo in materia, agli Stati deve essere riconosciuto il più ampio margine di apprezzamento possibile, soprattutto perché nella giurisprudenza precedente (*Leyla Şahin v. Turchia* del 2005), era stato stabilito che il corretto funzionamento delle istituzioni pubbliche dovesse prevalere sulla libertà religiosa degli individui⁶²⁰. Ma bisogna aspettare ancora un po' per capire se quello che si sta delineando in questa particolare materia corrisponda davvero a un ulteriore ribaltamento di giurisprudenza o non sia semplicemente una delle tante "battute d'arresto" della Corte.

Un altro ambito nel quale è chiara la tendenza evidenziata che vede la Corte di Strasburgo dapprima assumere un atteggiamento duro nei confronti delle decisioni statali che si ripercuotono sulla libertà religiosa degli individui, per poi "ammorbidirsi" ed operare una sorta di "dietro-front", attribuendo agli Stati il potere decisionale in materia di tutela della libertà religiosa, si ritrova nelle questioni relative alla libertà dei genitori di provvedere all'educazione dei figli secondo le loro convinzioni religiose e filosofiche. Le sentenze qui prese in esame sono la sentenza *Folgero c. Norvegia* del 2007 e la recentissima sentenza *Perovy c. Russia* del 2020. Nella prima la Corte di Strasburgo, anche se a stretta maggioranza, ha accertato una violazione dell'art. 9 CEDU, sostenendo per la prima volta in ambito educativo che la presenza di una Chiesa di Stato non è un dato che depone a favore della garanzia del pluralismo nelle scuole. Sembra cioè elaborare una propria concezione di laicità intesa come neutralità religiosa degli spazi educativi, che non tiene conto delle differenti peculiarità culturali e religiose costituzionali, un approccio sostenuto anche nella celebre sentenza *Lautsi* del 2009.

Entrambe queste sentenze, dunque, sorreggono la tesi sin qui sostenuta, che vuole una Corte di Strasburgo che nella prima fase individuata (1993-2010) assume quasi il ruolo di una Corte costituzionale, richiamando all'ordine gli Stati membri di volta in volta coinvolti. Tendenza però prontamente messa in discussione in *Lautsi* 2011, nella quale si torna a valorizzare lo strumento del margine di apprezzamento degli Stati, in particolare

⁶²⁰ La libertà di indossare un simbolo religioso forte (come il velo islamico) in un contesto istituzionale (come l'università pubblica) può subire quelle compressioni che lo Stato, nell'esercizio della propria ampia discrezionalità in questa materia, ritenga necessarie a garantire (per mezzo della neutralità dello spazio pubblico), la convivenza pacifica e il rispetto reciproco. Questo approdo, che riposa sull'idea che a certe condizioni il rispetto del principio della laicità possa essere imposto con esiti "sterilizzanti" anche all'individuo, ha trovato puntuale conferma in tutta la successiva giurisprudenza della Corte: nei casi relativi a insegnanti velate, in quelle concernenti studenti e nelle altre ipotesi in cui si registrasse una forte influenza del contesto istituzionale.

in un settore come quello educativo, dove il peso delle tradizioni culturali non può essere trascurato in ragione di un'accezione europea della laicità. Coerentemente con quanto stabilito dalla Grande Camera che si è espressa nel 2011 su *Lautsi*, anche la recente sentenza *Perovy* si accoda a questo trend, sostenendo la non violazione dell'art. 9 CEDU nel caso di specie, in ragione dell'inconsistenza delle prove di avvenuto indottrinamento nei confronti del bambino ricorrente, così come era stato stabilito, appunto, anche in *Lautsi* 2011.

In maniera speculare, i giudici dissenzienti che si sono espressi nella sentenza *Folgero* sostengono la tendenza che emergerà poi in *Lautsi* 2011, che vede cioè la Corte europea oltrepassare il proprio ambito di competenza con decisioni troppo nette nei confronti delle azioni portate avanti in materia dalle autorità statali, alle quali, invece, andrebbe riconosciuto un maggiore margine di decisione.

Nella sentenza *Perovy*, invece, i dissenzienti sostengono con forza la neutralità da mantenere nei contesti scolastici, soprattutto in considerazione della posizione di influenzabilità ricoperta dal ricorrente (un bambino, oltre che uno studente), così come era stato fatto anche dai dissenzienti del caso *Lautsi* (2011).

Insomma, quelle citate sono sentenze i cui ambiti applicativi sono strettamente connessi l'uno all'altro, e che riguardano la complessa quanto delicata questione della presenza, della visibilità e dell'ammissibilità del fattore religioso negli ambienti scolastici europei. Si tratta di un filone giurisprudenziale che non può ritenersi chiuso ma che anzi ad oggi risulta quanto mai in auge nel dibattito politico e giuridico in materia⁶²¹.

Nei contesti appena considerati, al di là della possibilità di individuare delle tendenze più o meno coerenti, ancora di più si evidenzia l'andamento oscillante della Corte di Strasburgo, impegnata nella sua continua ricerca di bilanciamento fra l'uniformità e la differenziazione e fra i limiti della sua supervisione e i confini da assegnare al margine di apprezzamento nazionale.

Infine, anche nelle sentenze che affrontano le questioni dell'autonomia e della gestione dei rapporti interni delle differenti confessioni religiose è possibile impiegare lo schema applicato nei precedenti contesti commentati. Qui a rilevare sono, in particolare, i casi *Hasan e Chausch c. Bulgaria* (2000), *Cipro c. Turchia* (2001), *Miralubous c. Lettonia* (2009), *Sindicatul c. Romania* (2013) e *Fernandez Martine c. Spagna* (2014).

Senza ripercorrere le vicende di queste sentenze, ciò che preme evidenziare è che, nei primi tre casi elencati, la Corte di Strasburgo, leggendo l'articolo 9 in parallelo con l'art. 11 CEDU, sottolinea come l'ingerenza da parte dello Stato nell'organizzazione di una comunità religiosa produca una indebita violazione della libertà religiosa dei singoli

⁶²¹ Fa discutere ancora la sentenza *Perovy c. Russia*, che con quattro voti contro tre ha accertato una non violazione dell'art. 9 CEDU, e della quale è stato richiesto un riesame in Grande Camera, che se accettato fornirà ulteriori spunti di riflessione da applicare agli orientamenti giurisprudenziali in materia.

individui che ne fanno parte, e ribadisce che non è compito degli Stati esprimersi sulla legittimità di una credenza, ma che piuttosto esso debba assumere un atteggiamento neutrale che eviti il rischio di compiere scelte discriminatorie. Qui non si riscontrano delle vere e proprie opinioni di segno opposto rispetto alle decisioni prese a maggioranza; alcuni giudici tentano, piuttosto, di fare delle specifiche a queste decisioni, per le quali il solo accertamento della violazione dell'art. 9 non è sufficiente a soddisfare i ricorrenti, ma sarebbe necessario analizzare la questione anche ai sensi dell'art. 14 CEDU, oltre che prevedere, parallelamente, un'equa soddisfazione di natura pecuniaria.

Ciò fa ben comprendere che, almeno inizialmente, vi era un certo accordo fra tutti i giudici sull'orientamento da seguire in materia: l'assoluto divieto di ingerenza statale nelle questioni strettamente connesse all'organizzazione e ai rapporti interni alle differenti confessioni religiose.

Nelle ultime due sentenze, invece, che rientrano nel periodo di attività della Corte di Strasburgo che questa ricerca ha identificato come "seconda fase" giurisprudenziale (2010-2020), la maggioranza della Corte assume un atteggiamento di "riserbo" rispetto alle questioni affrontate dai casi, ritenendo persino non necessario analizzare le vicende ai sensi dell'art. 9 CEDU. Saranno i giudici dissenzienti, invece, a sostenere, da un lato, la necessità di analizzare le questioni alla luce della violazione della libertà religiosa, meritevole comunque di vedersi riconosciuto il giusto rilievo; dall'altro, che la diversità di regimi che governano le confessioni religiose permette agli Stati di godere di ampio margine di apprezzamento, la cui dimensione può essere determinata sulla base della differente rilevanza delle confessioni religiose di volta in volta considerate, dichiarazione che verrà sconfessata dalla maggioranza dei giudici nella sentenza *Mockuté* del 2018.

Quanto esposto sino ad ora, permette di sorreggere l'ipotesi di ricerca formulata in questo lavoro, vale a dire che, al netto dell'inevitabile andamento ondivago e a tratti schizofrenico della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, di cui si deve adeguatamente tenere conto, fra le posizioni di maggioranza e di minoranza dei giudici si realizza un proficuo processo osmotico, che si evince, oltre che dal cambio di passo nella giurisprudenza, che vede le posizioni dapprima di maggioranza divenire le nuove *dissenting opinions* e viceversa, anche dai rimandi all'una o all'altra posizione che si riscontrano nelle diverse opinioni: si pensi, ad esempio, all'opinione dissenziente espressa dal giudice Lazarova Trajkovska allegata in calce alla sentenza *Leela v. Germania* (2008), nella quale si fa esplicito riferimento all'opinione *parzialmente* dissenziente del giudice Martens, allegata alla sentenza *Kokkinakis v. Grecia* (1993). Ebbene, entrambe le opinioni sostengono la violazione dell'art. 9 CEDU in quanto l'ingerenza statale risulta essere contraria al principio di neutralità cui gli Stati dovrebbero attenersi e che non può essere giustificata solo perché "prescritta per legge".

Si pensi ancora alle opinioni dissenzienti allegata alla sentenza *Wasmuth c. Germania*, nelle quali i giudice Kalaydjeva e Berro-Lefèvre rimandano a quanto stabilito dalla

maggioranza della Corte in *Sinan Isik*, nella quale si considerava che l'obbligo di indicazione dell'appartenenza ad una confessione religiosa, previsto in alcuni documenti ufficiali, rischierebbe di causare situazioni discriminatorie oltre che violare il diritto garantito dall'art. 9 CEDU di non rivelare il proprio credo.

Altro esempio è quello dell'opinione dissenziente del giudice Popovic allegata alla sentenza espressa nel caso *Ahmet Arslan v. Turchia* (2010) che rimanda alla sentenza maggioritaria del caso *Leyla Şahin v. Turchia* (2005) allorquando si stabilisce che non tutti gli atti motivati religiosamente possono essere coperti dalla tutela ex art. 9 CEDU.

Abbiamo ancora l'opinione concorrente congiunta dei giudici Spano e Karakas allegata alla sentenza del caso *Belcacemi e Oussar v. Regno Unito e Belgio* (2017), nella quale i giudici sostengono che non possono essere adottate le stesse giustificazioni presenti nella sentenza *S.A.S v. Francia* (2014), come sostenuto invece dalla maggioranza, poiché, come espresso nell'opinione parzialmente dissenziente congiunta dei giudici Nussberger e Jaderblom alla sentenza *S.A.S v. Francia*, la nozione di convivenza, di "*vivre ensemble*", è troppo malleabile e poco chiara e non rientra fra le legittime limitazioni alla libertà religiosa espresse nel comma 2 dell'art. 9 CEDU. In queste due sentenze, dunque, i giudici rispettivamente dissenzienti e concorrenti sostengono la violazione dell'art. 9 CEDU.

Sempre nella sentenza *S.A.S* si verifica una circostanza particolare degna di essere richiamata: qui è la ricorrente della vicenda che, nell'esposizione dei fatti e con l'intento di far riflettere i giudici chiamati a valutare il caso, opera un richiamo alla *dissenting opinion* espressa dal giudice Tulkens al caso *Leyla Sahin*. In quest'ultima, infatti, il giudice dissenziente poneva l'accento sul ruolo delle donne e sulla loro intima e libera scelta di indossare il velo, una valutazione che i giudici della maggioranza del caso richiamato non avevano considerato nel ragionamento seguito per arrivare alla loro decisione, e che la ricorrente del caso *S.A.S c. Francia* tenta di riportare in auge.

Nell'opinione dissenziente allegata al caso *Lachiri c. Belgio*, invece, il giudice Mourou-Vikström, mette a paragone il caso in esame con la decisione presa in *Hamidovic* per sostenere che a differenza di quanto stabilito in quest'ultima, la sanzione comminata dalle autorità statali al ricorrente del caso *Lachiri* era meno gravosa e dunque lo Stato non aveva oltrepassato il proprio margine di apprezzamento. Non condivideva dunque la posizione della maggioranza nella sua decisione di accertare la violazione della libertà religiosa.

Anche i giudici Zupančič, Zagrebelsky e Myjer, che dissentono congiuntamente dalla maggioranza nel caso *El Majjaoui c. Paesi Bassi*, operano un richiamo ad un precedente giurisprudenziale della Corte di Strasburgo. Essi cioè, per sostenere la propria tesi di violazione dell'art. 9, richiamano il passaggio nel quale la maggioranza, nel caso *Hasan c. Bulgaria*, stabiliva che l'autonomia delle comunità religiose è elemento indispensabile per garantire il pluralismo religioso.

Nella sentenza *Mockutė c. Lituania*, i giudici Ranzoni e Yudkivska, in relazione a quanto stabilito dalla maggioranza riguardo al limitato margine di apprezzamento da riconoscere agli Stati quando a prevalere deve essere l'atteggiamento neutrale, nella loro opinione dissenziente congiunta rimandano a quanto stabilito dalla *Grande Chambre* in *S.A.S. c. Francia*, ovvero che per tutto ciò che concerne l'articolo 9 della CEDU, allo Stato dovrebbe essere riconosciuto il più ampio margine di valutazione possibile nel decidere se e in quale misura sia necessario applicare una limitazione del diritto di manifestare il proprio credo religioso per mantenere l'ordine pubblico, stabilendo dunque che nella fattispecie da loro esaminata non si evidenzia una violazione della libertà religiosa.

In ultimo rileva fare menzione di una recente tendenza: in due diverse sentenze analizzate in questo lavoro di ricerca, e pronunciate dalla Corte di Strasburgo nell'anno appena passato, si è osservata la propensione dei giudici dissenzienti a fare espressi richiami, oltre che alle posizioni maggioritarie o minoritarie espresse in precedenti sentenze, anche a sentenze di diritto straniero. In effetti sia in *Dyagilev c. Russia* che in *Perovy c. Russia*, rispettivamente i giudici Pinto de Albuquerque, Keller e Schembri Orland, per la prima, e i giudici Keller, Serghides e Poláčková, per la seconda, nelle loro opinioni dissenzienti allegare alle due sentenze citate, fanno riferimento e concordano con sentenze emesse della Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, con l'intento di difendere il ragionamento del loro dissenso. Sembrerebbe emergere, cioè, una tendenza che, sebbene non sconosciuta in dottrina, pare voler conferire una particolare valenza anche al dialogo che può intercorrere fra sistemi di giustizia differenti, sia per permettere ai giudici dissenzienti della Corte di Strasburgo, quando rinvencono interessanti corrispondenze con la giurisprudenza straniera, di meglio esprimere le loro "tesi soccombenti", sia per garantire una sempre più ampia tutela delle libertà fondamentali, che possa nutrirsi delle soluzioni più avanguardiste, riconoscendo in quei virtuosi esempi "stranieri", la via da percorrere nella costruzione di una sempre più ampia tutela dei diritti fondamentali dell'uomo.

Risulta chiaro in conclusione che alla luce degli esempi sopra riportati, il processo osmotico che si è instaurato fra gli orientamenti giurisprudenziali delle due posizioni, maggioritarie e minoritarie (e non solo), è valido a stabilire che lo strumento della *dissenting opinion* si presenta quale dispositivo utile sia ad incrementare il livello di trasparenza della Corte di Strasburgo, che ad ampliare la portata della tutela dei diritti fondamentali in generale e della libertà religiosa in particolare.

L'auspicio, dunque, è che lo strumento del dissenso possa penetrare il "muro" della discrezionalità nazionale dei singoli Stati, così che il diritto interno possa adeguarvisi e accogliere spontaneamente i principi garantisti che se ne ricavano, pur mantenendo, ciascuno, le proprie peculiarità. L'ostacolo è rappresentato proprio dalla pluralità di modelli di regolazione dei rapporti tra Stati e religione, che in ambito europeo ha determinato una enfattizzazione del parametro del margine di apprezzamento.

In Europa, stante la sua genesi e conformazione geografica e culturale, non esiste un modello comune di relazioni fra i poteri pubblici e le confessioni religiose, disponendo ogni Paese di un sistema proprio che si è affermato nel corso del passato storico e culturale di ciascuno di essi; ed è bene che si tenga in debito conto di questo, perché si tratta della ragione che non permette di applicare un modello di tutela della libertà religiosa unico in Europa.

Il largo utilizzo che in materia di libertà religiosa si fa del margine di apprezzamento è giustificato dall'esistenza (legittima) di profonde divergenze sulle questioni che riguardano i rapporti fra lo Stato e le religioni, e nelle quali lo strumento del dissenso si inserisce quale strumento utile alla Corte per semplificare la sua opera di bilanciamento fra le esigenze di universalità e particolarismo⁶²².

Lo sforzo che si sta tentando di compiere è di fare in modo che le rivendicazioni identitarie nazionali si ridimensionino qualora vadano a valicare i limiti dei diritti fondamentali della persona, nell'ambito di un più ampio affievolimento, nella giurisprudenza della Corte EDU, della distinzione fra la tutela della libertà religiosa individuale e la disciplina dei rapporti Stato-organizzazioni religiose, e di un crescente impegno a garantire standard minimi comuni di libertà religiosa nell'ambito di un'Europa religiosamente differenziata⁶²³.

Dopotutto una società democratica per definirsi tale deve essere caratterizzata dal pluralismo, dalla tolleranza e dallo spirito d'apertura. E sebbene talvolta occorra subordinare gli interessi individuali a quelli di un gruppo, la democrazia non deve assoggettarsi alla supremazia costante dell'opinione di una maggioranza ma deve ricercare un equilibrio che assicuri agli individui della minoranza un trattamento giusto che eviti di incorrere in un abuso di posizione dominante.

Il pluralismo, fra l'altro, si basa sul riconoscimento e il rispetto per la diversità e la dinamica delle tradizioni culturali, delle identità etniche e culturali, delle convinzioni religiose, e delle idee e dei concetti artistici, letterari e socioeconomici. Un'interazione armoniosa tra persone e gruppi con identità diverse è dunque essenziale per la coesione sociale.

⁶²² Muovendo dal principio di sussidiarietà che informa il sistema di tutela dei diritti messo a punto dal Consiglio d'Europa, la Corte ha riconosciuto sin da principio che la CEDU riserva agli Stati un certo potere discrezionale che si esprime attraverso la previsione delle misure limitative dell'esercizio dei diritti ammessi espressamente, in particolare dagli articoli: 8 (*diritto al rispetto della vita privata e familiare*); 9 (*libertà di pensiero, di coscienza e di religione*); 10 (*libertà di espressione*); 11 (*libertà di riunione e associazione*). Il "margine di apprezzamento" così riservato dalla CEDU agli Stati resta tuttavia assoggettato al controllo europeo in base alla condizione di legittimità dello stesso: i) previsione legale della misura limitativa del diritto; ii) scopo legittimo della limitazione; iii) proporzionalità della misura rispetto allo scopo ("misura necessaria in una società democratica"). Ed è soprattutto su quest'ultimo profilo che si concentra, nella maggior parte dei casi il controllo europeo sul margine di apprezzamento. Sul punto, RANDAZZO B., *Giustizia costituzionale sovranazionale*, op. cit., p. 71.

⁶²³ Cfr. FERRARI S., *Integrazione europea e prospettive di evoluzione della disciplina giuridica del fenomeno religioso*, in TOZZI V. (a cura di), *Integrazione europea e società multietnica. Nuove dimensioni della libertà religiosa*, Torino 2000, p. 140.

Pertanto il rispetto della diversità religiosa rappresenta certamente una delle sfide più importanti di oggi, motivo per cui le autorità devono percepire questa diversità non come una minaccia, ma come una ricchezza. Il pluralismo e la democrazia devono fondarsi, cioè, su un unico dialogo e su uno spirito di compromesso, che implicano necessariamente, da parte degli individui e dei gruppi, delle concessioni che si giustificano ai fini della salvaguardia e della promozione degli ideali e dei valori di una società democratica, che per definirsi tale deve permettere la pacifica convivenza di diverse religioni o più branche della stessa religione in seno ad una stessa popolazione.

Ad avviso di chi scrive, insomma, lo strumento della *dissenting opinion* si rivela strumento all'altezza della sfida, perché uno dei pochi ad essere idoneo a rimettere in discussione orientamenti consolidati, che spesso sono il risultato delle istanze maggioritarie della società, e a produrre, talvolta, dei capovolgimenti di prospettiva che supportano e avallano le tesi dei soccombenti.

BIBLIOGRAFIA

- ABBATTISTA G., *La rivoluzione americana*, Roma-Bari, 2012
- ABRAHAM R., *La réforme du mécanisme de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme: le Protocole n. 11 à la Convention*, in *Annuaire Français de droit international*, 1994
- ADAM R., TIZZANO A., *Lineamenti di diritto dell'Unione Europea*, Torino 2010
- ADHAR R., LEIGH I., *Religious Freedom in the Liberal State*, Oxford University Press, Oxford, 2013
- ALDRIDGE A., *La religione nel mondo contemporaneo*, Bologna 2005
- ALEXY R., *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna 2012
- ALICINO F., *Costituzionalismo e diritto europeo delle religioni*, Padova 2011
- ALICINO F., *Libertà religiosa*, in BUFFA F., CIVININI M.G. (a cura di), *La Corte di Strasburgo*, in *Gli Speciali di Questione Giustizia*, Aprile 2019
- AMATO G., PACIOTTI E., *Verso l'Europa dei diritti*, Bologna 2005
- ANNICCHINO P., *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 *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 1, 2013
- ANNICCHINO P., *La religione in giudizio tra Corte Suprema degli Stati Uniti e Corte europea dei diritti dell'uomo*, Bologna 2018
- ANNICCHINO P., *Tra margine di apprezzamento e neutralità: il caso «Lautsi» e i nuovi equilibri della tutela europea della libertà religiosa*, in MAZZOLA R. (a cura di), *Diritti e religione in Europa, Diritto e religione in Europa. Rapporto sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di libertà religiosa*, Bologna 2012
- ANRÓ I., *L'adesione dell'Unione europea alla Cedu. L'evoluzione dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali in Europa*, Milano 2015
- ANZON A., *Forma delle sentenze e voti particolari. Le esperienze di giudici costituzionali e internazionali a confronto*, ANZON A. (a cura di), *L'opinione dissenziente. Atti del seminario svoltosi in Roma nei giorni 5-6 Novembre 1993, Palazzo della Consulta*, Milano 1995
- ANZON A., *Per l'introduzione dell'opinione dissenziente dei giudici costituzionali*, in ANZON A. (a cura di), *L'opinione dissenziente, op. cit.*, Milano 1995
- ARAI-TAKAHASHI Y., *Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Antwerpen, 2002
- ARNADÖTTIR O. M., *Organised Retreat? The Move from Substantive to Procedural Review in the ECtHR's Case Law on the Margin of Appreciation*, in *European society of international law*, 4/2015
- ASPRELLA C., *L'opinione dissenziente de giudice*, Roma 2012
- BARTOLE S., *Simbolo religioso, simbolo passivo, simbolo civile: le metamorfosi forensi del Crocifisso*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, vol. 4, n. 1
- BARTOLE S., DE SENA P., ZAGREBELSKY V., *Commentario breve alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova 2012

BATES E., *The Birth of the European Convention on Human Rights and the European Court of Human Rights*, in CHRISTOFFERSEN J., RASK MADSEN M. (a cura di), *The European Court of Human Rights between Law and Politics*, Oxford, 2011

BATES E. *The Evolution of the European Convention: from its inception to the creation of a permanent court of human rights*, Oxford (NY), 2010

BELGIORNO DE STEFANO M.G., *Il crocifisso nelle aule scolastiche in Italia. Una condanna annunciata della Corte europea dei diritti umani*, in *Stato, chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), marzo 2010

BELGIORNO DE STEFANO M.G., *L'insegnamento della religione sotto il controllo della Corte europea dei diritti umani*, in *rivista della cooperazione giuridica internazionale*, X, 30 dicembre 2008

BELLOCCHI P., *Pluralismo religioso, discriminazioni ideologiche e diritto del lavoro*, in *ADL Argomenti di diritto del lavoro*, 2003

BENVENISTI E., *Margin of appreciation, Consensus and Universal Standards*, in *International Law and Politics*, Vol. 31, 1999

BETTETINI A., *Identità religiosa del datore di lavoro e licenziamento ideologico nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, n. 2, 2011

BIFULCO R., CARTABIA M., CELOTTO A. (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna 2001

BILANCIA P., *The Dynamic of the EU Integration and the Impact on the National Constitutional Law. The European Union After The Lisbon Treaties*, Milano 2012

BILANCIA P., DE MARCO E. (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti*, Milano 2004

BIN R., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano 1992.

BIONDI F., *Quale dialogo fra le Corti?*, in *Federalismi.it*, 2 ottobre 2010

BISCARETTI DI RUFFIA P., *Introduzione al diritto costituzionale comparato. Le "forme di governo" e le "forme di Stato". Le Costituzioni moderne*, Milano 1988

BLANDO G., *Secolarizzazione e laicità. Pratiche argomentative della CEDU*, Napoli 2019

BOBBIO N., *L'età dei diritti*, Torino 1990

BOSI D., HARVEY R., DEFILIPPI C. (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali commentate e annotate*, Napoli 2006

BOTTONI R.A., *Brevi considerazioni sul principio di laicità in Turchia alla luce dei recenti sviluppi*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2/2008

BOTTONI R.A., *Il principio di laicità in Turchia. Profili storico-giuridici*, Milano 2012.

BOTTONI R.A., *Laicità dello Stato e simboli religiosi nella Repubblica di Turchia*, in DIENI E., FERRARI A., PACILLO V. (a cura di), *I simboli religiosi tra diritto e culture*, Milano 2006

BOUSSIAKOU I., WHITE R.C.A., *Separate opinions in the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 2009

BRANDOLINO E., *La Corte europea dei diritti dell'uomo e l'annosa questione del velo islamico*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2006

BRATZA N., *The precious asset: Freedom of religion under the European Convention on Human Rights, in Religion and Discrimination Law in the European Union*, in HILL M. (a cura di), *European Consortium for Church and State Research*, Tier 2012

BRAUCH J.A., *The margin of appreciation and the jurisprudence of the European Court of Human Rights: threat to the rule of law*, in *Columbia Journal of European Law*, Vol. 11, 2004

BRENNAN W.J., *In défense of dissent*, in *The hastings law journal*, 1985

BRIBOSIA E., RINGELHEIM J., RORIVE I., *Reasonable Accommodation for Religious Minorities: a promising concept for European antidiscrimination law?*, in *Maastricht journal of European and comparative law*, ottobre 2010

BRICKER B., *Breaking the principle of secrecy. An examination of judicial dissent in european constitutional courts*, in *Law & policy*, 2017

BRUINSMA F.J., *Judicial identities in the European Court of Human Rights*, in VAN HOEK A et al. (a cura di), *Multilevel governance in enforcement and adjudication*, Cambridge 2006

BRUINSMA F.J., DE BLOIS M., *Rules of law from Westport to Wladiwostok. Separate opinions in the European Court of Human rights*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 1997

BRUINSMA F.J., DE BLOIS M., *The room at the top : separate opinions in the Grande Chambre of the ECHR (1998-2006)*, in *Ancilla Iuris*, 2008

BUFFA F., *Il parere consultivo nel protocollo n. 16*, in BUFFA F., CIVININI M.G. (a cura di), *La Corte di Strasburgo, op. cit.*, Aprile 2019

BUFFA F., *La giurisprudenza Cedu tra progresso sociale e conservazione dello status quo*, in BUFFA F., CIVININI M.G. (a cura di), *La Corte di Strasburgo, op. cit.*, Aprile 2019

BULTRINI A., (voce) *Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino 2000

BULTRINI A., *La pluralità dei meccanismi di tutela dei diritti umani in Europa*, Torino 2004

BULTRINI A., *Sentenze delle Camere, Rinvio dinanzi alla Grande Camera, Sentenze definitive*, in BARTOLE S., CONFORTI B., RAIMONDI G. (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova 2001

BUTTURINI D., *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionali italiano ed europeo*, Napoli 2009

CALASSO F., *Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medioevale*, Milano 1965

CALASSO F., *Medio Evo del diritto*, Milano 1954

CALZOLAIO E., *Mutamento giurisprudenziale e overruling*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. 67, n. 3/2013

CALZOLAIO E., *Tutela dei diritti fondamentali e giudice europeo*, atti del Convegno "Diritti fondamentali e diritti sociali", Università di Macerata, 2012

CANNATA C.A., GAMBARO A., *Storia della giurisprudenza europea. II. Dal Medioevo ai giorni nostri*, Torino 1984

CANNONE A., *Gli orientamenti della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia religiosa*, Bari 1997

CARACCIO A., GIANFREDA A., *Libertà di coscienza e diritto di dispensa dall'insegnamento religioso nel sistema scolastico norvegese: il caso «Folgero e altri c. Norvegia»*, in MAZZOLA R. (a cura di), *Diritto e religione in Europa*, op. cit., Bologna 2012

CARAVITA B., *Ai margini della dissenting opinion. Lo "strano caso" della sostituzione del relatore nel giudizio costituzionale*, Torino 2021

CARDAMONE D., *Assegnazione a formazioni giudiziarie nei procedimenti dinanzi alla Corte EDU* in BUFFA F., CARDAMONE D., PINTO DE ALBUQUERQUE P., *Efficacia della dissenting opinion*, in BUFFA F., CIVININI M.G. (a cura di), *La Corte di Strasburgo*, op. cit., Aprile 2019

CARDIA C., *Genesi dei diritti umani*, Torino 2003

CARDONE A., *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Milano 2012

CAROBENE G., *Identità religiose e modelli di protezione dei minori. La Kafala islamica*, Napoli 2017

CAROBENE G., *La libertà di religione, di manifestazione del credo religioso e il rispetto dell'ordine pubblico. Riflessioni in margine all'affaire Leyla Sahin davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritto e religione*, 2006

CAROZZA P. G., *Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law*, in *American Journal of International Law*, Vol. 97, 2003

CARTABIA M.(a cura di), *I diritti in azione: universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna 2007

CARTABIA M., *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione Europea*, in ID., (a cura di), *I diritti in azione op. cit.*, Bologna 2007

CARTABIA M., *L'universalità dei diritti umani nell'età dei "nuovi diritti"*, in *Quaderni costituzionali*, 2009

CASANOVA J., *Oltre la secolarizzazione. Le religioni alla riconquista della sfera pubblica*, Bologna 2000

CASSESE A., *I diritti umani oggi*, Roma-Bari 2005

CASSESE A., *Lineamenti di diritto internazionale penale, I, Diritto sostanziale*, Bologna, 2006

CASSESE S., *Dentro la Corte*, Bologna 2015

CASSESE S., *Una lezione sulla cosiddetta opinione dissenziente*, in *Quaderni di diritto costituzionale*, n. 4/2009

CASUSCELLI G., *Convenzione europea, giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo e sua incidenza sul diritto ecclesiastico italiano. Un'opportunità per la ripresa del pluralismo confessionale?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), settembre 2011

CATALDI G., Art. 15 in BARTOLE S., DE SENA P., ZAGREBESLKY V. (a cura di), *op. cit.*, Padova 2012

CAVANA P., *I simboli religiosi nello spazio pubblico nella recente esperienza Europea*, in *Stato chiese e pluralismo Confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), ottobre 2012

CECCANTI S., CURRERI S., *I partiti anti-sistema nell'esperienza italiana. il Movimento 5 Stelle come partito personale autoescluso*, in *Diritto pubblico comparato europeo* 2015

CECCANTI S., VASSALO S. (a cura di), *Come chiudere la transizione*, Bologna 2004

CHENAL R., TOMASI L., ZAGREBESLKY V., *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna 2019

CHIARAMONTE A., D'ALIMONTE R., *10 anni di (quasi) maggioritario. Una riforma (quasi) di uscita*, in CECCANTI S., VASSALLO S., *Come chiudere la transizione. Cambiamento, apprendimento e adattamento nel sistema politico italiano*, Bologna 2004

CHIEREGATO E., *I rapporti tra la Corte europea dei diritti dell'uomo e le corti nazionali: l'applicazione della dottrina del margine di apprezzamento come occasione mancata di dialogo nel caso Lautsi contro Italia*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comparato*, 2013

CIMBALO G., *Confessioni e comunità religiose nell'Europa dell'Est. Pluralismo religioso e politiche legislative degli stato*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, *Rivista telematica* (www.statoechiese.it), 8/2019

CIRAVEGNA M., *La nozione di «segno esteriore forte» tra problemi di definizione e presunzione di lesività: la sentenza «Dahlab c. Svizzera»*, in MAZZOLA R. (a cura di), *Diritto e religione in Europa*, Bologna 2012

CIVININI M.G., *Il valore del precedente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in BUFFA F., CIVININI M.G. (a cura di), *La Corte di Strasburgo, op. cit.*, Aprile 2019

COLAIANNI N., *Il crocifisso in giro per l'Europa: da Roma a Strasburgo (e ritorno)*, in *Stato, chiese e pluralismo confessionale*, novembre 2010

COLVIN R., *Laicità dello Stato e simboli religiosi nella Repubblica di Turchia*, in DIENI E., FERRARI A., PACILLO V. (a cura di), *I simboli religiosi tra diritto e culture*, Milano 2006

CONFORTI B., *Diritto Internazionale*, Napoli 2010

CONFORTI B., *L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme*, 2010

CONFORTI B., *La tutela internazionale della libertà religiosa*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, II, 2002,

CONFORTI B., *Specificità della materia dei diritti umani e diritto internazionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n.1, 2007

CONFORTI B., RAIMONDI G., (voce) *Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Enciclopedia giuridica, Aggiornamento*, vol. IV, Milano 2002

CONSORTI P., *Dialogo interreligioso e laicità*, in CONSORTI P., PELLECCIA E., *Diritti, tolleranza, memoria. Una città per la pace*, Pisa 2005

CONSORTI P., *Inter-religious dialogue: a secular challenge*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, *Rivista telematica* (www.statoechiese.it), giugno 2007

CONTI R., *La richiesta di "parere consultivo" alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla CEDU e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE. Prove d'orchestra per una nomofilachia europea*, in *Consulta online*, 18 maggio 2014

CONTI R., *Overruling giurisprudenziale e tutela della certezza del diritto*, in AA. VV., *Dialogando sui diritti – Corte di cassazione e CEDU a confronto*, Napoli 2016

CORBETTA P., SEGATTI P., *Un bipolarismo senza radici?*, Bologna 2004

COSIO R., FOGLIA R. (a cura di), *Il diritto europeo nel dialogo delle corti*, Milano 2013

COSTA J.P., *L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme: un rêve impossible ?*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, n. 2/2015

COTTA M., VERZICHELLI L., *Il sistema politico italiano*, Bologna 2011

CRIVELLI E., *I protocolli n. 15 e 16 CEDU: nel futuro della Corte di Strasburgo un rinvio pregiudiziale di interpretazione?* In *Quaderni costituzionali*, n.4/2013

CROCE M., *Il "Caso Lombardi Vallauri" dinanzi alla C.e.d.u: una riscossa della libertà nella scuola?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale Rivista telematica (www.statoe.chiese.it)*, ottobre 2010;

CROCE M., *Precedente giudiziale e giurisprudenza costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2006

D'AMICO M., *Laicità costituzionale e fondamentalismi tra Italia ed Europa: considerazioni a partire da alcune decisioni giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, 2/2015

D'ANGELO G., *Diritto ecclesiastico e legalità convenzionale. laicità e libertà religiosa tra Italia e Corte di Strasburgo. Casi e questioni*, Torino 2016

D'ANGELO G., *La libertà di religione (Art 9 CEDU)*, in DI STASI A. (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo è l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, Vicenza 2016

D'ANGELO G., *Ordinamenti giuridici e interessi religiosi. Argomenti di diritto ecclesiastico comparato e multilivello. Volume I, Il diritto ecclesiastico nel sistema CEDU*, Bologna 2017

D'ANGELO G., *Spazio pubblico e presenza simbolica della religione: l'approccio statunitense nella più recente giurisprudenza della Corte suprema*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 3/2005

D'ATENA A., GROSSI P. (a cura di), *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello. Tra Europa e Stati nazionali*, Milano 2004

D'IGNAZIO G. (a cura di), *Multilevel constitutionalism. Tra integrazione europea e riforma degli ordinamenti decentrati*, Milano 2011

DAHL R.A., *Quanto è democratica la Costituzione americana?*, Roma-Bari 2003

DE GAETANO V.A., *Alcune chiavi di lettura del sistema Cedu*, in BUFFA F., CIVININI M.G. (a cura di), *La Corte di Strasburgo, op. cit.*, Aprile 2019

DE GREGORIO L., RODRIGUEZ BLANCO M., *Fede, identità religiosa e formazione universitaria nel caso «Leyla Sahin c. Turchia»*, in MAZZOLA R. (a cura di), *Diritto e religione in Europa*, Bologna 2012

DE LUCA P., *Che fine ha fatto l'introduzione dell'opinione dissenziente? Suggestioni a partire da un'interessante risposta del Presidente emerito G. Silvestri*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 19 novembre 2014

DE SALVIA M., *Compendium della CEDU. Le linee guida della giurisprudenza relativa alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli 2000;

DE SALVIA M., *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Napoli 2001

DE SCHUTTER O., *L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme: feuille de route de la négociation*, in *Revue trimestrielle des droites de l'homme*, n.83/2010;

DE SCHUTTER O., *La cooperation entre la Cour europeenne des droits de l'homme et le juge national*, in *Revue belge du droit international*, 1997

DE SENA P., *Caratteri e prospettive del protocollo 16 nel prima dell'esperienza del sistema interamericano di protezione dei diritti dell'uomo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 3/2014

DE SIERVO U. (a cura di), *La difficile Costituzione europea*, Bologna 2011

DE VERGOTTINI G., *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna 2010

- DELMAS-MARTY M. (a cura di), *Verso un'Europa dei diritti dell'uomo. Ragion di Stato e diritti umani nel sistema della convenzione europea*, Padova 1994
- DESSÍ U., *Religioni e globalizzazione. Un'introduzione*, Roma 2019
- DI MARTINO A., *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali. Uno studio comparativo*, Napoli 2016
- DI STASI A. (a cura di), *CEDU e Ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, Padova 2016
- DOMIANELLO S., *La rappresentazione di valori nei simboli: un'illusione che alimenta ipocrisia e fanatismo*, in *Oliv*, Aprile 2005
- DONATI F., MILAZZO P., *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, in FALZEA P., SPADARO A., VENTURA L. (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
- DRZEMCZEWSKI A., *Commento all'articolo 46 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, (traduzione di RAIMONDI G.), in BARTOLE S., CONFORTI B., RAIMONDI G. (a cura di) *Commentario, op. cit.*, Padova 2001
- DURISOTTO D., *Istituzioni europee e libertà religiosa. CEDU e UE tra processi di integrazione Europea e rispetto delle specificità nazionali*, Napoli 2016
- ELEFANTE C., *Libertà religiosa e diritto all'istruzione (Passando dalla laicità): il caso Lautsi*, in D'ANGELO G., *Diritto ecclesiastico e legalità convenzionale*, Torino 2016
- ERVAS E., PAGOTTO T., *Achbita v. Eweida, Libertà religiosa e libertà d'impresa a confronto*, in *Federalismi.it, Focus Human Rights*, n. 2, 2017
- ESPOSITO V., *La libertà degli Stati nella scelta dei mezzi attuativi delle sentenze della corte europea dei diritti umani*, testo della relazione predisposta per il tirocinio in materia ordinamentale riservato agli uditori giudiziari, Roma, settembre 2002.
- EVANS C., *Religious Freedom in European Human Rights Law: The Search for a Guiding Conception*, in EVANS C., JANIS M.W., (a cura di), *Religion and International Law*, Boston-London 2004
- EVANS M.D., *Religious Liberty and International Law in Europe*, Cambridge, 1997
- FALCON G., *Le corti costituzionali e i loro giudici*, in *forumcostituzionale.it*, maggio 2011
- FALLETTI E., (voce) *Carta di Nizza. Carta europea dei diritti fondamentali*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, IV ed., Torino 2009
- FERIOLI E.A., *Il Belgio*, in CARROZZA P., DI GIOVINE A., FERRARI G.F., *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari 2009
- FERRAJOLI L., *La democrazia attraverso i diritti*, Roma-Bari 2013
- FERRARI A., *La lotta dei simboli e la speranza del diritto. Laicità e velo musulmano nella Francia di inizio millennio*, in DIENI E., FERRARI A., PACILLO V. (a cura di), *Symbolon/ diabolon. Simboli, religioni, diritti nell'Europa multiculturale*, Bologna 2005
- FERRARI G.F., *"Civil law" e "Common law": aspetti pubblicistici*, in CARROZZA P., DI GIOVINE A., FERRARI G.F., *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari 2009
- FERRARI S., *Il "burqa" e la sfera pubblica in Europa*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1/2012

FERRARI S., *Integrazione europea e prospettive di evoluzione della disciplina giuridica del fenomeno religioso*, in TOZZI V. (a cura di), *Integrazione europea e società multietnica. Nuove dimensioni della libertà religiosa*, Torino 2000

FERRARI S., *La Corte di Strasburgo e l'articolo 9 della Convenzione europea. Un'analisi quantitativa della giurisprudenza*, in MAZZOLA R. (a cura di), *Diritto e religione in Europa., op. cit.*, Bologna 2012

FERRARI S., *La nozione di laicità tra identità e pluralismo*, in CERETTI A., GARLATI L. (a cura di), *Laicità e stato di diritto*, Milano 2007

FERRARI S., *Le ragioni del velo*, in *Oliviero*, novembre 2004

FERRONE V., *Storia dei diritti dell'uomo. L'illuminismo e la costituzione del linguaggio politico dei moderni*, Roma-Bari 2014

FIORILLO V., *Il crocifisso a Strasburgo: l'Italia non è la Francia*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2010

FIORILLO V., *La sentenza della grande camera sul crocifisso: Il ritorno del margine di apprezzamento*, in *Quaderni costituzionali*, 2011

FIORILLO V., *Una battuta d'arresto per i diritti fondamentali degli insegnanti di religione con l'aggiunta di una vena d'ipocrisia: la sentenza Fernandez Martinez c. Spagna*, in *Federalismi.it*, settembre 2012

FLAUSS J.F., *Les juges des Pays d'Europe centrale et orientale à la Cour européenne des droits de l'homme: vues de l'extérieur*, in *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruxelles 1998

FLORES M., *Storia dei diritti umani*, Bologna 2008

FOKAS E., *Directions in Religious Pluralism in Europe: Mobilizations in the Shadow of European Court of Human Rights Religious Freedom Jurisprudence*, in *Oxford Journal of Law and Religion*, n. 4, 2015

FUMAGALLI CARULLI O., *Costituzione Europea, radici cristiane e Chiese*, in *Jus: rivista di scienze giuridiche*, 2005

FUSCO A., *L'indipendenza dei custodi*, Napoli 2019

GAJA G., *Carta dei diritti fondamentali e Convenzione europea: una relazione complessa*, in DE SIERVO U. (a cura di), *La difficile costituzione europea*, Bologna 2001

GAJA G., *Dissenting opinions in the International Court of Justice*, in RAGONE G., ZANON N. (a cura di), *The dissenting opinions. Selected essays*, Milano 2019

GALLAGHER P., *The European Convention on Human Rights and the Margin of Appreciation*, in *UCD Working Papers in Law, Criminology & Socio-Legal Studies*, n. 52, 2011;

GALLIANI D., (a cura di), *I diritti umani in una prospettiva Europea. Opinioni concorrenti e dissenzienti (2011-2015)*, Torino 2016.

GARDINO A., *La libertà di pensiero di coscienza e di religione nella giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo*, in ROLLA G. (a cura di), *Libertà religiosa e laicità. Profili di Diritto Costituzionale*, Napoli 2009

GARDINO CARLI A., *Stati e Corte europea di Strasburgo nel sistema di protezione dei diritti dell'uomo. Profili processuali*, Milano 2005

GENNUSA M.E., *La CEDU e l'Unione europea*, in CARTABIA M (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna 2007

GERARDS J., *Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine*, in *European Law Journal*, Vol. 17, n. 1, 2011

GERARDS J., *Procedural Review by ECtHR: A Typology*, in GERARDS J., BREMS E. (a cura di), *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases*, Cambridge 2017

GERARDS J., SENDEN H., *The Structure of Fundamental Rights and the European court of human rights*, in *International journal of constitutional law*, Vol. 7, n. 4, ottobre 2009

GIANNUZZO L., *Laicità europea e libertà religiosa alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in tema di simboli religiosi: ipotesi ricostruttive*, Tricase 2017

GIMM D., *Il significato della stesura di un catalogo europeo dei diritti fondamentali nell'ottica della critica dell'ipotesi di una Costituzione europea*, in ZAGREBELSKY G. (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Roma-Bari 2003

GORLANI M., *La dissenting opinion nella giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti: un modello importabile in Italia?*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 17 maggio 2002

GRANATA S., MAZZESCHI PISILLO R., RAIMONDI G., *Condizioni di ricevibilità*, in BARTOLE S., CONFORTI B., RAIMONDI G. (a cura di), *op.cit.*, Padova 2001

GRECO R., *Le sentenze "pilota" della Corte europea dei diritti dell'uomo: efficacia ultra partes?*, in *Processo penale e giustizia*, n.3/2015

GREENBAUM J.P., *Osservazioni sul ruolo delle opinioni dissenzienti nella giurisprudenza della Corte Suprema Statunitense*, in ANZON A. (a cura di), *L'opinione dissenziente, op. cit.*, Milano 1995

GREER S., *The interpretation of the European Convention On Human Rights: Universal Principle or Margin of Appreciation?*, in *UCL Human Rights Review*, Vol. n. 3, 2010;

GREER S., *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion Under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, Human Rights files, n. 17, 2000

GROSSO E., *La Francia*, in CARROZZA P., DI GIOVINE A., FERRARI G.F., *Diritto costituzionale comparato, op. cit.*, Roma-Bari 2009

HABERMAS J., TAYLOR C., *Multiculturalismo. Lotta per il riconoscimento*, Milano 2008

HENRARD K., *A Critical Appraisal of the Margin of Appreciation Left to States Pertaining to 'Church-State Relations' Under the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in FOGLETS M.C., ALIDADI K., VRIELINK J. (a cura di), *Test of Faith? Religious Diversity and Accommodation in the European Workplace (Cultural Diversity and Law in Association with RELIGARE)*, Aldershot, Ashgate, 2012

HENRARD K., *Duties of Reasonable Accommodation in Relation to Religion and the European Court of Human Rights: A Closer Look at the Prohibition of Discrimination, the Freedom of Religion and Related Duties of State Neutrality*, in *Erasmus Law Review*, Vol. 5, n. 1, 2012

HEREUX-DUBÉ C., *The Dissenting Opinion: Voice of the Future?*, In GARLICKI ET. AL., *Global Constitutionalism*, Yale Law School, 2008

HILL M., *Religious Symbolism and Conscientious Objection in the Workplace: An Evaluation of Strasbourg's Judgment in Eweida and Others v. United Kingdom*, in *Ecclesiastical Law Journal*, 15, 2013

HIRSCHL R., *Comparative law and religion*, in DIXON R., GINSBURG T. (a cura di), *The research handbook in comparative constitutional law*, Edward Elgar, 2011

HUGHES C.E., *The Supreme Court of United States: is foundation, methods and achievements, and interpretation*, Columbia 1928

IACOMETTI M., *La Spagna*, in CARROZZA P., DI GIOVINE A., FERRARI G.F., *Diritto costituzionale comparato, op. cit.*, Roma-Bari 2009

IANNONE M., *Overruling: mutamento improvviso della giurisprudenza in materia di norme regolatrici del processo*, <http://www.neldiritto.it/appdottrina.asp?id=6735#.VqZZclIntMk>.

IBÁN I.C., *Europa, diritto, religione*, Bologna 2010.

JACKSON D.W., (voce) *European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms (Council of Europe)*, in FORSYTHE D.P. (a cura di), *Encyclopedia of human rights*, Oxford 2009

JACKSON P.E., *Dissent in the Supreme Court. A Chronology*, University of Oklahoma Press, 1969.

JACOBS F.G., WHITE R.C.A. (a cura di), *The European Convention on Human Rights*, Oxford 1996

JACOT-GUILLARMOND O., *Règles, méthodes et principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in DECAUX E., IMBERT P.H., PETTITI L.E. (a cura di), *La Convention Européenne des droits de l'homme- Commentaire article par article*, Parigi 1999.

JUDT T., *Dopoguerra. Come è cambiata l'Europa alla fine della seconda guerra mondiale*, Roma-Bari 2015

KELEMEN K., *Judicial dissent in European constitutional Courts. A comparative and Legal Perspective*, London-New York 2018

KIRBY M.D., *Judicial dissent - common law and civil law traditions*, in *Law quarterly review*, 2007

KLERK Y., *Protocol n. 11 to the European Convention on human rights: a drastic revision of the supervisory mechanism under the ECHR*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 1996

KRATOCHVÍL J., *The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 29, n. 3, 2011

KRISHNAKUMAR A.S., *On the Evolution of the Canonical Dissent*, in *St. John's Legal Studies Research*, Paper No. 06-0069, 2000

LAFFRANQUE J., *Dissenting opinion and judicial independence*, in *Juridica International*, 2003

LAMARQUE E. (a cura di), *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*, Torino 2015

LANA A.G., *Il protocollo n. 16 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali: alcune riflessioni*, in *Diritti dell'uomo*, n. 3/2014

LARICCIA S., *Art 9. Libertà di pensiero di coscienza e di religione*, in BARTOLE S., CONFORTI B., RAIMONDI G. (a cura di), *op. cit.*, Padova 2001

LARICCIA S., *A cinquant'anni dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo: l'art. 9*, in *Studi in onore di Francesco Finocchiaro*, vol. II, Padova 2000

LEGG A., *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law Deference and Proportionality*, Oxford University Press, Oxford 2012

LEIGH I., *Balancing Religious Autonomy and Other Human Rights under the European Convention*, in *Oxford Journal of Law and Religion*, gennaio 2012

LETSAS G., *A theory of interpretation of the European convention on human rights*, Oxford University Press, Oxford, 2007

LETSAS G., *Two concepts of the margin of appreciation*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, n. 4, 2006

LICASTRO A., *I mille splendidi volti della giurisprudenza della Corte di Strasburgo: "guardarsi in faccia" è condizione minima del "vivere insieme"*, in *Stato, chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it) , n. 28/2014

LIDDEL R., *L'articolo 50*, in BARTOLE S., CONFORTI B., RAIMONDI G. (a cura di), *op. cit.*, Padova 2001

LIPARI M., *Il rinvio pregiudiziale previsto dal Protocollo n. 16 annesso alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU): il dialogo concreto tra le Corti e la nuova tutela dei diritti fondamentali davanti al giudice amministrativo*, in *Federalismi.it*, n. 3/2019

LOPRIENO D., *La libertà religiosa*, Milano 2009

LUGLI M., PASQUALI CERIOLI J., PISTOLESI I., *Elementi di diritto ecclesiastico europeo. Principi, modelli, Giurisprudenza*, Torino 2008

LUZZATO R., POCAR F., *Codice di diritto internazionale pubblico*, Torino 2016

MACRÍ G., *Europa, lobbying e fenomeno religioso. Il ruolo dei gruppi religiosi nella nuova Europa politica*, Torino 2004

MACRÍ G., *Il ruolo delle organizzazioni religiose in Italia e in Europa tra rappresentanza degli interessi e attività di lobbying*, in *Stato, chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it) 4 marzo 2013

MACRÍ G., *L'Europa fra le Corti. Diritti fondamentali e questione islamica*, Soveria Mannelli 2017

MADERA A., MARCHEI N., *Simboli religiosi "sul corpo" e ordine pubblico nel sistema giuridico turco: la sentenza "Ahmet Aslan e altri c. Turchia" e i confini del principio di laicità*, in MAZZOLA R., *Diritto e religione in Europa* (a cura di), *op. cit.*, Bologna 2012

MAHER J., *Eweida and others: a new era for article 9?*, in *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 63, n. 1, 2014

MANCINI S., *I simboli religiosi e conflitti nelle società multiculturali*, in DIENI E., FERRARI A., PACILLO V. (a cura di), *op. cit.*, Milano 2006

MANCINI S., *Il potere dei simboli, i simboli del potere. Laicità e religione alla prova del pluralismo*, Padova 2008

MANCINI S., *La sentenza della grande camera sul crocifisso: è corretta solo l'opinione dissenziente*, in *Quaderni costituzionali*, 2011

MANCINI S., *La supervisione Europea presa sul serio: la controversia sul crocifisso tra margine di apprezzamento e ruolo contro-maggioritario delle corti*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5/2009

MANCINI S., ROSENFELD M., *Sotto il velo della tolleranza. Un confronto tra il trattamento dei simboli religiosi di maggioranza e di minoranza nella sfera pubblica*, in *Ragion Pratica*, n. 39, 2012,

MANZELLA A., MELOGRANI P., PACIOTTI E., RODOTÀ S., *Riscrivere i diritti in Europa. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna 2001

MARCENÓ V., ZAGREBELSKY G., *Giustizia costituzionale*, Bologna 2012

MARCHEI N., *Ebrahimian c. Francia: una nuova vittoria per il principio di neutralità dello stato*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2016

MARGIOTTA BROGLIO F., *La legge francese sui simboli religiosi un anno dopo*, in FERRARI S. (a cura di), *Islam ed Europa. I simboli religiosi nei diritti del vecchio continente*, Roma 2006

MARGIOTTA BROGLIO F., *La protezione internazionale della Libertà religiosa nella convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, Milano 1967

MARTÍNEZ TORRÓN J., *Freedom of Religion in the European Convention on Human Rights under the influence of different European*, in *Pontifical academy of social sciences*, acta 17, 2012.

MARTINÉZ-TORRÓN J., *La giurisprudenza degli organi di Strasburgo sulla libertà religiosa*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'Uomo*, 2, 1993

MARTÍNEZ-TORRÓN J., *La (non) protezione dell'identità religiosa dell'individuo nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in MAZZOLA R. (a cura di), *Diritto e religione in Europa*, op. cit., Bologna 2012

MASSICARD E., *The Alevis in Turkey and Europe: Identity Managing Territorial Diversity*, Routledge, Oxon-New York, 2012.

MATTEI U., *Voce Precedente giudiziario e stare decisis*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, volume XIV, 1996

MC CREA R., *Religion in the Workplace: Eweida and others v. United Kingdom*, in *The modern law review*, marzo 2014

McCRUDDEN C., *Quando i giudici parlano di Dio. Fede, pluralismo e diritti umani davanti alle Corti*, Bologna 2019

MERRILS J.G., *The development of international law by The European Court of Human rights*, Manchester 1993

MINELLI C., *L'insegnamento della religione in uno stato confessionista: il caso Folgero*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2008

MONTANARI L., *Indipendenza della magistratura in Europa: verso un modello comune di garanzie?*, in TONIATTI R., MAGRASSI M (a cura di), *Magistratura, giurisdizione ed equilibri costituzionali*, Milano 2011

MORINI C., *La tutela dei diritti dei gruppi religiosi nel contesto regionale europeo*, Bari 2018

MORTATI C. (a cura di), *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, Milano 1964

MUSSELLI L., *Diritto e religione in Italia ed in Europa. Dai concordati alla problematica islamica*, Torino 2017

NALIN E., *I protocolli n. 15 e 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Studi sull'integrazione europea*, n.1/2014

NASCIMBENE B., *Laicità francese, stranieri e cittadini*, in BIN R., BRUNELLI G., PUGIOTTO A., VERONESI P. (a cura di), *La laicità crocifissa? Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici. Atti del seminario (Ferrara, 28 maggio 2004)*, Torino 2004

NIGRO R., *The margin of appreciation doctrine and the case-law of the european court of human rights on the islamic veil*, in *HR review*, 2010

NOVARESE F., *"Dissenting opinion e Corte europea dei diritti dell'uomo"*, in ANZON A. (a cura di), op. cit., Milano 1995

OLIVITO E., *Egalité de combat et "vivre ensemble". La Corte di Strasburgo e il divieto francese del velo integrale nei luoghi pubblici*, in *Diritti comparati*, 30 luglio 2014

- ORRU' E., *Il tribunale del mondo. La giustificazione del diritto penale internazionale. Analisi, critica, alternative*, Bologna, 2010
- PACILLO V., *Il divieto di discriminazione religiosa nel rapporto di lavoro subordinato*, in *Oliv*, 2014
- PALLADINO R., *Giudice unico e ricorsi irricevibili nel Protocollo 14 alla CEDU*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, n. 40/2012
- PANIZZA S., *Could there be an Italian way for introducing dissenting opinion? The decision-making process in the Italian Constitutional Court through discrepancies between the rapporteur judge and opinion-writer judge*, in RAGONE G., ZANON N. (a cura di), *The dissenting opinions. Selected essays*, Milano 2019
- PANIZZA S., *L'introduzione dell'opinione dissenziente nel sistema di giustizia costituzionale*, Torino, 1998
- PANUNZIO S.P., *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli 2005
- PARISI M., *Affermazione di principi in materia religiosa nella giurisprudenza delle Corti di Strasburgo e del Lussemburgo*, in MACRÌ G., PARISI M., TOZZI V., *Diritto civile e religioni*, Roma-Bari 2013
- PARISI M., *Il caso Cha'Are Shalom Ve Tsedek: un nuovo intervento della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in tema di libertà religiosa*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 3, 2001.
- PARISI M., *Il fenomeno religioso di fronte agli organi giurisdizionali europei*, in MACRÌ G., PARISI M., TOZZI V., *Diritto ecclesiastico europeo*, Roma-Bari 2006
- PARISI M., *Il caso Sindicatul pastorul cel Bun c. Romania. Riflessione sulle criticità della democrazia interna alle organizzazioni di tendenza religiosa*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2015
- PARISI M., *Insegnamento religioso, neutralità dell'istruzione pubblica ed educazione alla cittadinanza democratica: il caso Folgero contro Norvegia*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 3, 2009
- PARISI M., *Interventi pubblici a sostegno del fenomeno religioso e rispetto della legalità costituzionale. Il sistema dell'otto per mille all'esame della Corte dei Conti*, in *Diritto e religioni*, 2015
- PARISI M., *La sentenza Larissis della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e la tutela della libertà di religione*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1999
- PARISI M., *Linee evolutive dell'interpretazione giurisprudenziale dell'art 9 della convenzione di Roma. Sviluppi e prospettive per il diritto di libertà religiosa nello spazio giuridico europeo*, in FIORITA N., LOPRIENO D. (a cura di), *La libertà di manifestazione del pensiero e la libertà religiosa Nelle società multiculturali*, Firenze 2009
- PARISI M., *Orientamenti della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in tema di libertà religiosa*, in *Annali dell'Università del Molise*, 4, 2002
- PARISI M., *Simboli e comportamenti religiosi all'esame degli organi di Strasburgo. Il diritto all'espressione dell'identità Confessionale tra (presunte) certezze degli organi sovranazionali europei e (verosimili) incertezze dei pubblici poteri italiani*, in ID. (a cura di), *Simboli e comportamenti religiosi nella società plurale*, Napoli 2006
- PARODI G., *La Germania e l'Austria*, in CARROZZA P., DI GIOVINE A., FERRARI G.F., *Diritto costituzionale comparato* (a cura di), *op. cit.*, Roma-Bari 2009
- PAROLARI P., *Velo integrale e rispetto per le differenze nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: il caso SAS c. Francia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015

PASQUALI CERIOLI J., *La tutela della libertà religiosa nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), gennaio 2011

PEGORARO L., *Giustizia costituzionale*, in MORBIDELLI G., PEGORARO L., RINELLA A., VOLPI M., (a cura di), *Diritto pubblico comparato*, V edizione, Torino 2016

PEGORARO L., *Giustizia costituzionale comparata*, Torino 2007

PETTITI L.E., *Le opinioni separate, dissenzienti e concordanti dei giudici della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1989

PETTITI L.E., *Réflexion sur les principes et les mécanisme de la Convention*, in DECAUX E., IMBERT P.H., PETTITI L.E. (a cura di), *La Convention Européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Parigi 1999

PIN A., *Precedente e mutamento giurisprudenziale. La tradizione anglo-americana e il diritto sovranazionale europeo*, Padova 2017

PINELLI C., *Esposizione del Crocifisso nelle aule scolastiche e libertà di religione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2011

PIRAS L., *"Sentenze pilota" della Corte EDU: Quando conformarsi ad esse?*, in *Diritto e Giustizia*, n.2/2014

PIRRONE P., *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano 2004

PITRUZZELLA G., *Stato di diritto, indipendenza delle corti e sovranità popolare: armonia o conflitto?*, in BASSINI M., PITRUZZELLA G., POLLICINO O. (a cura di), *Corti europee e democrazia. Rule of law, indipendenza e accountability*, Milano 2019

POLLICINO O., *Allargamento dell'Europa ad Est e rapporti tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Milano 2010

POLLICINO O., *La Corte Costituzionale è una "Alta giurisdizione nazionale" ai fini della richiesta di parere alla Corte di Strasburgo ex prot. 16 CEDU?*, in LAMARQUE E. (a cura di), *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 CEDU*, Torino, 2015

POLLICINO O., *La Corte costituzionale è una "alta giurisdizione nazionale" ai fini della richiesta di parere alla Corte EDU ex Protocollo n. 16?*, in *Diritto dell'Unione Europea*, n. 2/2014

POLLICINO O., *Unione Europea e CEDU: analisi comparata della genesi e dei primi sviluppi della rispettiva azione, con particolare riferimento alla tutela dei diritti fondamentali*, in *Quaderni costituzionali*, 31 gennaio 2012

POLLICINO O., SCIARABBA V., *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale*, in *Forum di quaderni Costituzionali*, 26 marzo 2010

POSENATO N., *Il protocollo n. 16 alla CEDU e il rafforzamento della giurisprudenza sui diritti umani in Europa*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 3/2014

PROSPERI L., *Giurisdizione universale, Corte penale internazionale e principio di complementarità: una triangolazione possibile?*, in *Federalismi.it*, 4/2013

PUSTORINO P., *L'interpretazione della CEDU nella prassi della Commissione e della Corte di Strasburgo*, Napoli 1998

QUAINI P.M., RUSSO C., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, Milano 2006

RAFFAELLI R., *Dissenting opinions in the Supreme Courts of the member States*, in <http://www.europarl.europa.eu/studies>, 2012

RAGONE G., *Enti confessionali e licenziamento ideologico. Uno sguardo alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Ephemerides Iuris Canonici Nuova Serie*, Vol. 54, n. 1, 2014

RAIMONDI G., *Advantages and risks of separate opinions from the point of view of the European Court of human rights*, in RAGONE G., ZANON N. (a cura di), *The dissenting opinions. Selected essays*, Milano 2019

RAIMONDI G., *Il Consiglio d'Europa e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli 2008

RAIMONDI G., *Il Protocollo n. 11 alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo: una Corte unica per la protezione dei diritti dell'uomo in Europa*, in *Rivista Internazionale diritti dell'uomo*, vol. 1, 1994

RAIMONDI G., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e le corti costituzionali e supreme europee*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 24 marzo 2018

RAIMONDI G., *Ricorsi individuali*, in BARTOLE S., CONFORTI B., RAIMONDI G. (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova 2001

RANDAZZO B., *Giudici comuni e Corte europea dei diritti*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2002

RANDAZZO B., *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano 2012

RANDAZZO B., *Il giudizio dinanzi alla Corte europea dei diritti: un nuovo processo costituzionale*, in D'AMICO M., RANDAZZO B., *Alle frontiere del diritto costituzionale: scritti in onore di Valerio Onida*, Milano 2011

RANDAZZO B., *Interpretazione delle sentenze della Corte europea dei diritti ai fini dell'esecuzione (giudiziaria) e interpretazione della sua giurisprudenza ai fini dell'applicazione della CEDU*, in *Rivista AIC*, n. 2/2015.

RANDAZZO B., *Le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo: effetti ed esecuzione nell'ordinamento italiano*, in ZANON N. (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli 2006

RANIERI M., *Profili giuslavoristici del rapporto di lavoro degli insegnanti di religione cattolica nella scuola pubblica*, in *Diritto del lavoro*, 2014

REYNOLD F., *Disagreement and dissent in judicial decision-making*, London 2013

RICCA M., *Chi vuole il crocifisso? Domande semplici, democrazia interculturale, fede personale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 4, n. 1, 2010

RIDOLA P., *Diritti fondamentali e «integrazione» costituzionale in Europa. Tra passato e futuro: questioni di metodo comparativo nella costruzione di un diritto costituzionale europeo*, in ID., *Il principio libertà nello Stato costituzionale. I diritti fondamentali in prospettiva storico-comparativa*, Torino 2018

RIDOLA P., *Il "dialogo tra le corti": comunicazione o interazione?*, in *Percorsi costituzionali*, 2012

RIDOLFI A., *Giurisdizione costituzionale, Corti sovranazionali e giudici comuni: considerazioni a proposito del dialogo fra le Corti*, in *RivistaAic.it*, n. 3/2016

RINELLA A., *Diritti e libertà fondamentali*, in MORBIDELLI G., PEGORARO L., RINELLA A., VOLPI M., *Diritto pubblico comparato (Quinta edizione)*, Torino 2016

RIVIÈRE F., *Les opinions séparées des juges à la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant 2004

ROLLA G. (a cura di), *Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali e i rapporti tra giurisdizioni*, Milano 2011

ROY O., *L'Europa è ancora cristiana? Cosa resta delle nostre radici religiose*, Milano 2019

ROYER J. P., *Histoire de la justice en France*, Paris 1995

RUGGERI A., "Dialogo" tra le Corti e tecniche decisorie, a tutela dei diritti fondamentali, in *I quaderni europei*, n. 59, dicembre 2013

RUGGERI A., *Protocollo 16 e identità costituzionale*, in *Rivista di Diritti Comparati*, n.1/2020

RUGGERI A., *Ragionando su possibili sviluppi dei rapporti tra le Corti europee e i giudici nazionali (con specifico riguardo all'adesione dell'Unione alla CEDU e all'entrata in vigore del prot. 16)*, in *Rivista AIC*, n. 1/2014

RUGGERI A., SPADARO A., *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino 2019

RUGGIU I., *SAS vs. France punto Strasburgo conferma il divieto francese al burqa con l'argomento del "vivere insieme più di virgolette"*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 2014

SACCUCCI A., *L'entrata in vigore del Protocollo n. 14 e le nuove regole procedurali per la sua applicazione*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 4/2010

SALERNO F., *Le modifiche strutturali apportate dal Protocollo n. 14 alla procedura della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 2/2006

SANTERINI M., *Educazione, religioni e cittadinanza*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, fascicolo n. 1, aprile 2016

SANTINI G., *Europa medioevale*, Milano 1986

SANTOSUOSSO F., *Aspetti procedurali connessi alla eventuale ammissibilità delle opinioni dissenzienti*, in ANZON A. (a cura di), *L'opinione dissenziente*, Milano, 1995

SATTYAH P., *Judgments in England*, in *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile*, Padova 1988

SAUL M., *The European Court of Human Rights' Margin of Appreciation and the Processes of National Parliaments*, in *Human Rights Law Review*, Vol. 15, n. 4, 2015

SAULLE M.R., *Lezioni di organizzazione internazionale. Le organizzazioni internazionali e i diritti umani (volume II)*, Napoli 2003

SAVARESE E., *Il protocollo n. 14 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 3/2014

SCALIA A., *Remarks on dissenting opinion*, in ANZON A. (a cura di), *L'opinione dissenziente*, op. cit., 1995

SCIARABBA V., *Il giudicato e la CEDU: profili di diritto costituzionale, internazionale e comparato*, Padova 2013

SCIARABBA V., *La tutela dei diritti fondamentali nella Costituzione, nella Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, in *RivistaAic.it*, n. 1/2017

SCIARABBA V., *Tra fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova 2008

SERENI A. P., *Le opinioni separate dei giudici di tribunali internazionali*, in MORTATI C. (a cura di), *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, op. cit., Milano 1964

SHAKMAN HURD E., *Alevis Under Law: The Politics of Religious Freedom in Turkey*, in *Journal of Law and Religion*, 24, 2014

SHELTON D., *The Boundaries of Human Rights Jurisdiction in Europe*, in *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2002

SHETREET S., *Judicial independence and accountability: core values in liberal democracies*, in LEE H.P. (a cura di), *Judiciaries in Comparative perspective*, Cambridge 2011.

SILVESTRI G., *Verso uno "ius comune" europeo dei diritti fondamentali*, in *Quaderni costituzionali*, vol. 26 n.1, 2006

SMET S., *Lautsi v. Italy: the argument from neutrality*, in *Strasbourgobservers.com*, 2011

SORDA E., *Prime osservazioni a margine della sentenza Sindicatul pastorul cel Bun c. Romania. Un peculiare caso di limitazione della libertà di associazione di sacerdoti dipendenti laici di una congregazione religiosa*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 2013

SPADARO A., *La sentenza "Lautsi" sul Crocefisso: summum ius, summa iniura?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, I, 2010,

SPANO R., *Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity*, in *Human Rights Law Review*, Vol. 14, n. 3, 2014.

SPIELMANN D., *Allowing the Right Margin: the European Court of Human Rights and the national margin of appreciation doctrine: waiver or subsidiarity of european review?*, in *Cambridge Yearbook of european legal studies*, vol. 14, ottobre 2017

STARACE V., *Competenze della Corte*, in BARTOLE S., CONFORTI B., RAIMONDI G. (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e della libertà fondamentali*, op. cit. Padova 2001,

STARACE V., *Ricorsi interstatali*, in BARTOLE S., CONFORTI B., RAIMONDI G. (a cura di), *Commentario, op.cit.*, Padova 2001

STONE SWEET A., *Sur la constitutionnalisation de la convention européenne des droits de l'homme: cinquante ans après son installation, la Court européenne des droits de l'homme conçue comme une court constitutionnelle*, in *Revue trimestrielle de droits de l'homme*, 2009

STRADELLA E., *I diritti fondamentali nelle Corti. Primi spunti per una definizione della "fondamentalità" dei diritti nel diritto comparato*, in *La Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 2/2016

STROPPIANA L., *Stati Uniti*, Bologna 2013

SUNDERBERG F., *Articolo 41, Equa soddisfazione* (traduzione di RAIMONDI G.), in BARTOLE S., CONFORTI B., RAIMONDI G., *Commentario, op. cit.*, Padova 2001

SUNSTEIN C., *Why societies need dissent*, Harvard 2005

TANZARELLA P., *Il margine di apprezzamento*, in CARTABIA M. (a cura di), *I diritti in azione*, op. cit., Bologna 2007

TANZARELLA P., *Il Protocollo 14, un tentativo per alleggerire la Corte di Strasburgo*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2005

TANZARELLA P., *La decisione Lautsi contro Italia: due pesi e due misure*, in CARTABIA M. (a cura di), *Dieci casi sui diritti in Europa*, Bologna 2011

TARUFFO M., *Aspetti del precedente giudiziale*, in *Criminalia. Annuario di scienze penali*, Pisa 2015

TAVERNIER P., *L'actualité du principe de non rétroactivité dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme*, in DE SALVIA M., FLAUSS J. F. (a cura di), *La Convention européenne des droits de l'homme : développements récents et nouveau défis*, Bruxelles 1997

TEGA D., *Cercando un significato europeo di laicità: la libertà religiosa nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti*, in *Quaderni costituzionali*, XXX, 4, 2010

TEGA D., *La Corte di Strasburgo torna a pronunciarsi sul velo islamico. Il caso Sahin c. Turchia*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2004

TOMASI L., *Il dialogo tra Corti di Lussemburgo e d Strasburgo in materia di tutela dei diritti fondamentali dopo il trattato di Lisbona*, in BARUFFI M.C. (a cura di), *Dalla Costituzione europea al trattato di Lisbona*, Padova 2008

TONIATTI R., *L'indipendenza dei giudici sovranazionali e internazionali*, in *Diritto pubblico comparato europeo* 2010

TORRE A., *Common Law*, Rimini 2015

TORRE A., *Regno Unito*, Bologna 2013

TOSCANO M., *Il fattore religioso nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Itinerari giurisprudenziali*, Pisa 2018

TOSCANO M., *La libertà religiosa "organizzata" nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: prime linee di lettura*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiede.it), marzo 2008

TOZZI V., *La libertà religiosa in Italia e nella prospettiva Europea*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiede.it), 10 novembre 2014

TRUCCO L., *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione Europea. Un'analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Torino 2013

TSAKYRAKIS S., *Proportionality: An assault on human rights?*, in *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 7, n. 3, 2009

TULKENS F., *Freedom of Religion under the European Convention on Human Rights: A Precious Asset*, in *BYU Law Review*, n. 3, Vol. 2014

TULKENS F., *Questioni teoriche e metodologiche sulla natura e l'oggetto delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in MAZZOLA R. (a cura di), *Diritto e religione in Europa, op. cit.*, Bologna 2012

TURCHI V., *La pronuncia della grande chambre della Corte di Strasburgo sul caso Lautsi c. Italia: post nubila Phoebus*, in *Stato, chiese e pluralismo confessionale*, ottobre 2011

TURCHI V., *Libertà religiosa e libertà di educazione di fronte alla Corte di Strasburgo*, in *Stato chiese e pluralismo confessionale*, 29, 2012

VACCARI A., *La Corte europea dei diritti dell'uomo e il diritto di "vivere ensemble"*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 2015

VALENTINO A., *La sentenza sul caso S.A.S c. Francia della Corte europea dei diritti dell'uomo: principio di laicità e divieto assoluto di coprirsi il volto in pubblico*, in *Osservatorio costituzionale*, ottobre 2014

VALERO ESTARELLAS M. J., *El Derecho De Los Profesores De Religión Católica Al Respeto De Su Vida Privada y Familiar*, in *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n. 33, 2013

VAN DIJK P., VAN HOOFF G.J.K, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Second Edition, Boston 1990

- VANNUCCINI S., *Lineamenti essenziali sull'efficacia delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e sulle modalità di espletamento dell'attività in ordine alla c.d. "post-judgements phase"*, in *Federalismi.it*, 22 gennaio 2016
- VANONI L.P., *I simboli religiosi e la libertà di educare in Europa: Uniti nella diversità o Uniti dalla neutralità punto interrogativo*, in *Rivista AIC*, 2 luglio 2010
- VANONI L.P., *La nomina dei giudici supremi tra scontro politico e diritto costituzionale: il caso americano*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3/2017
- VANONI L.P., *La sentenza della grande camera sul crocifisso: è una pronuncia corretta*, in *Quaderni costituzionali*, 2011
- VARSORI A., *Il Congresso dell'Europa dell'Aja (7-10 maggio 1948)*, in AA.VV., *I movimenti per l'unità europea 1945-1954. Atti del Convegno internazionale*, Pavia 19-20-21 ottobre 1989
- VENTURA M., *Conclusioni. La virtù della giurisdizione europea sui conflitti religiosi*, in MAZZOLA R. (a cura di), *Diritto e religione in Europa*, op. cit., Bologna 2012
- VIGANÓ F., *Indipendenza delle Corti e judicial review della legislazione*, in BASSINI M., PITRUZZELLA G., POLLICINO O. (a cura di), *Corti europee e democrazia. Rule of law, indipendenza e accountability*, Milano 2019
- VILLANI U., *Dalla Dichiarazione universale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, II ed., Bari 2015
- VITALE A., *Corso di diritto ecclesiastico. Ordinamento giuridico e interessi religiosi*, Milano 1998
- VIZIOLI M., *Il diritto comunitario tra principio di non discriminazione e tutela delle differenze*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, Vol. 3, 2004
- VOETEN E., *The impartiality of international judges: evidence from the European Court of Human Rights*, in *American Political Science Review*, 102, 4, 2008
- VOLPI M., *L'indipendenza della magistratura nei documenti del Consiglio d'Europa e della rete Europea dei consigli di giustizia*, in *Diritto pubblico comparato europeo* 2010
- VÖRÖS L., *The impartiality of international judges: evidence from the European court of human rights*, in *American political science review*, 2008
- VOYATZIS P., *Pluralismo e libertà di religione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in MAZZOLA R. (a cura di), *Diritto e religione in Europa*, op. cit., Bologna 2012
- WEILER J.H.H., *Il crocifisso a Strasburgo: una decisione "imbarazzante"*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2010
- WEILER J.H.H., *Diritti fondamentali e confini fondamentali: lo spazio giuridico europeo e il conflitto tra standard e valori nella protezione dei diritti umani*, in ID. (a cura di), *La Costituzione dell'Europa*, Bologna 2003
- WIEBE R.H., *La democrazia americana*, Bologna 2015.
- WILDHABER L., *No consensus on consensus? The practice of the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Journal- HRLJ*, vol. 33, 2013
- YOUROW H. C., *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, *Connecticut Journal of Int'l Law*, Vol. 3, 1987
- ZAGREBELSKY G., *La Corte Costituzionale italiana*, in PASQUINO P., RANDAZZO B. (a cura di), *Come decidono le corti costituzionali (e altre corti)*, Milano 2009

ZAGREBELSKY G., *La Corte in-politica* Intervento del Prof. Gustavo Zagrebelsky, XXIII Premio Giuseppe Chiarelli, Corte costituzionale, 20 Ottobre 2004

ZAGREBELSKY G., *La legge e la sua giustizia*, Bologna 2008

ZAGREBELSKY V., *Aspetti della transizione alla democrazia dei paesi dell'ex blocco sovietico nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in BALDINETTI A., MANEGGIA A. (a cura di), *Processi politici nel Mediterraneo: dinamiche e prospettive*, Perugia 2009

ZAGREBELSKY V., *L'Ue e il controllo esterno della protezione dei diritti e delle libertà fondamentali in Europa. La barriera elevata dalla corte di Giustizia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol.9, n.1/2015

ZAGREBELSKY V., *La giurisprudenza casistica della Corte europea dei diritti dell'uomo: fatto e diritto alla luce dei precedenti*, in BISCOTTI B., BORSELLINO P., POCAR V., PULITANÓ D. (a cura di), *La fabbrica delle interpretazioni, Atti del 7° Convegno della Facoltà di Giurisprudenza Bicocca (Milano, 19-20 novembre 2009)*, Milano 2012

ZAGREBELSKY V., *La prevista adesione dell'Unione Europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 9 n.1, 2015

ZAGREBELSKY V., *Nove anni come giudice italiano a Strasburgo*, in BUFFA F., CIVININI M.G. (a cura di), *La Corte di Strasburgo, op. cit.*, Aprile 2019

ZAGREBELSKY V., *Pace sociale e margine di apprezzamento dei Governi nelle questioni di natura religiosa e morale*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 1, aprile 2013

ZANGHÌ C., *I progetti di Protocolli 15 e 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, n. 43/2014

ZANGHÌ C., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Torino 2002

ZANGHÌ C., *La mancata adesione dell'Unione Europea alla Cedu nel parere negativo della Corte di giustizia Ue*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, n.1/2015

ZOBELL K.M., *L'espressione di giudizi separati nella Suprema Corte: storia della scissione della decisione giudiziaria*, in MORTATI C. (a cura di), *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali, op. cit.*, Milano 1964

ZWAAK L., *The reform of the supervisory Mechanism under the european convention on Human rights: does it really matter?*, in BULTERMANN M., HENDRIKS A., SMITH J. (a cura di), *To Baehr in our minds, Essays on Human rights from the Heart of Netherlands*, SIM Special, n. 21, Utrecht 1998

ELENCO GIURISPRUDENZA CITATA

Ahmet Arslan and Others v. Turkey, no. 41135/98, 23 February 2010
Arrowsmith v. the United Kingdom, no. 7050/75, Commission report of 12 October 1978, DR 19
Association de solidarité avec les témoins de Jéhovah and Others v. Turkey, nos. 36915/10 and 8606/13, 24 May 2016
Bayatyan v. Armenia [GC], no. 23459/03, ECHR 2011
Belcacemi and Oussar v. Belgium, no. 37798/13, 11 July 2017
Bukharatyan v. Armenia, no. 37819/03, 10 January 2012
C. c. Regno Unito, no. 10358/83, 15 december 1983
Cha'are Shalom Ve Tsedek v. France [GC], no. 27417/95, ECHR 2000-VII
Chapman c. Regno Unito, no. 27238/95, 18 January 2001
Christine Goodwin c. Regno Unito, no. 28957/95, 11 July 2001
Religious Community of Jehovah's Witnesses of Kryvyi Rih's Ternivsky District v. Ukraine, no. 21477/10, 3 September 2019
Cumhuriyetçi Eğitim ve Kültür Merkezi Vakfı v. Turkey, no. 32093/10, 2 December 2014
Cyprus v. Turkey [GC], no. 25781/94, ECHR 2001-IV
Dahlab v. Switzerland (dec.), no. 42393/98, ECHR 2001-V
Dakir v. Belgium, no. 4619/12, 11 July 2017
Darby v. Sweden, no. 11581/85, Commission's report of 9 May 1989
Darby v. Sweden, 23 October 1990, Series A no. 187
Denominazione religiosa dei testimoni di Geova in Bulgaria c. Bulgaria, no. 5301/11, 10 november 2020
Dyagilev v. Russia, no. 49972/16, 10 March 2020
Ebrahimian v. France, no. 64846/11, CEDH 2015
Efstratiou v. Greece, 18 December 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-VI
Ehlert v. United States, 402 US 99, 1971
El Majjaoui and Stichting Touba Moskee v. the Netherlands (dec.), no. 25525/03, 14 February 2006
El Majjaoui and Stichting Touba Moskee v. the Netherlands (striking out) [GC], no. 25525/03, 20 December 2007
Eweida and Others v. the United Kingdom, nos. 48420/10 and 3 others, ECHR 2013
Fernández Martínez v. Spain [GC], no. 56030/07, ECHR 2014
Folgerø and Others v. Norway [GC], no. 15472/02, ECHR 2007-III
Francesco Sessa v. Italy, no. 28790/08, ECHR 2012
Grzelak v. Poland, no. 7710/02, 15 June 2010
Guzzardi v. Italia, no. 7367/76, 6 october 1980
Güler and Uğur v. Turkey, nos. 31706/10 and 33088/10, 2 December 2014
Gütl v. Austria, no. 49686/99, 12 March 2009
Hamidović v. Bosnia and Herzegovina, no. 57792/15, ECHR 2017
Hassan and Tchaouch v. Bulgaria [GC], no. 30985/96, ECHR 2000-XI

Herrmann v. Germany [GC], no. 9300/07, 26 June 2012
Hoffmann v. Austria, 23 June 1993, Series A no. 255-C
Irlanda c. Regno Unito, no. 9870/04. 18 January 1976
İzzettin Doğan and Others v. Turkey [GC], no. 62649/10, ECHR 2016
James e altri v. Regno Unito, no. 8793/79, 21 february 1986,
Kokkinakis v. Greece, 25 May 1993, Series A no. 260-A
Lachiri v. Belgium, no. 3413/09, 18 September 2018
Lang v. Austria, no. 28648/03, 19 March 2009
Larissis and Others v. Greece, 24 February 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-I
Lautsi and Others v. Italy [GC], no. 30814/06, ECHR 2011
Lee v. Weisman, 505, US 577, 24 june 1992
Leela Förderkreis e.V. and Others v. Germany, no. 58911/00, 6 November 2008
Leyla Şahin v. Turkey [GC], no. 44774/98, ECHR 2005-XI
Loizidou c. Turchia, no. 15318/89, 23 march 1995
Magyar Keresztény Mennonita Egyház and Others v. Hungary, nos. 70945/11 and 8 others, ECHR 2014
Manoussakis and Others v. Greece, 26 September 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-IV
Miroļubovs and Others v. Latvia, no. 798/05, 15 September 2009
Mockutė v. Lithuania, no. 66490/09, 27 February 2018
Mozer v. Republic of Moldova and Russia [GC], no. 11138/10, ECHR 2016
Neagu c. Romania, no. 49651/16, 10 november 2020
Otto-Preminger-Institut v. Austria, 20 September 1994, Series A no. 295-A
Perovy c. Russia, no. 47429/09, 20 october 2020
Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas and Others v. Austria, no. 40825/98, 31 July 2008
S.A.S. v. France [GC], no. 43835/11, ECHR 2014
Scollo v. Italia, no. 19133/91, 28 september 1995
Sinan Işık v. Turkey, no. 21924/05, ECHR 2010
Sindicatul "Păstorul cel Bun" v. Romania [GC], no. 2330/09, ECHR 2013
Soering c. Regno Unito, no. 14038/88, 7 july 1989
Süveges c. Ungheria, no. 50255/12, 5 January 2016
Tsatryan v. Armenia, no. 37821/03, 10 January 2012
Tyrer c. Regno Unito, no. 5856/72, 18 january 1978
Wasmuth v. Germany, no. 12884/03, 17 February 2011
X. and Church of Scientology v. Sweden, no. 7805/77, Commission decision of 5 May 1979, DR 16