

# Note dall'Europa

## **La sentenza della Grande Camera sul crocifisso: è una pronuncia corretta**

di *Luca P. Vanoni*

Pronunciandosi lo scorso 18 marzo a favore del ricorso italiano nel caso *Lautsi and Others v. Italy*, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha concluso la lunga e controversa battaglia legale intrapresa da una cittadina italiana atea contro la presenza dei crocifissi nelle aule scolastiche frequentate dai propri figli. Il caso era già stato discusso nel novembre 2009 dai giudici della Seconda sezione, che avevano condannato lo Stato italiano ritenendo l'esposizione di tale simbolo contrastante con il diritto all'educazione sancito dall'art. 2 del Protocollo n. 1. Non condividendo tale giudizio, la Grande Camera ha invece affermato che la scelta di esporre il crocifisso nelle aule scolastiche rientra nei limiti della discrezionalità accordata agli Stati nell'esercizio delle proprie funzioni educative, e non viola i diritti garantiti dalla Convenzione.

La Grande Camera ha innanzitutto precisato che non è suo compito «to examine the question of the presence of crucifixes in places other than State schools» e soprattutto «to rule on the compatibility of the presence of crucifixes in State-school classrooms with the principle of secularism as enshrined in Italian law» (§ 57). Così facendo i giudici europei hanno fin da subito preso le distanze dalla pronuncia precedente, chiarendo che non spetta loro giudicare il modello di laicità italiano, e neppure contestare le soluzioni adottate in proposito dal sistema scolastico del nostro paese, ma verificare la concreta lesione dei diritti sanciti dalla Convenzione. Le modalità di organizzazione delle scuole, infatti, rientrano nelle competenze di ciascuno Stato, e possono essere ritenute lesive dei diritti CEDU solo quando perseguano quel fine di indottrinamento che, secondo costante giurisprudenza, costituisce il limite che non può essere superato. Gli Stati europei, del resto, godono di un certo margine di apprezzamento nell'esercizio delle funzioni scolastiche che la Corte è tenuta di regola a rispettare anche in riferimento alle tradizioni che,

legittimamente, ciascun ordinamento intende perpetuare; tuttavia tale discrezionalità non è assoluta, perché «the reference to a tradition cannot relieve a Contracting State of its obligation to respect the rights and freedoms enshrined in the Convention and its Protocols» (§ 68).

Secondo la Corte il crocifisso deve essere considerato, in ogni caso, un simbolo religioso, ma ciò non è decisivo nella valutazione del caso di specie perché «there is no evidence before the Court that the display of a religious symbol on classroom walls may have an influence on pupils and so it cannot reasonably be asserted that it does or does not have an effect on young persons whose convictions are still in the process of being formed» (§ 66). Sotto questo profilo, la Corte ha riconosciuto che rendendo obbligatoria l'affissione dei crocifissi la normativa italiana ha attribuito una visibilità particolare alla religione maggioritaria del paese e che pertanto la presenza di tale simbolo possa essere avvertita dai ricorrenti come una mancanza di rispetto dei propri convincimenti; tuttavia tale percezione soggettiva non è sufficiente per dimostrare una reale lesione dei loro diritti, perché la maggiore visibilità accordata alla religione cattolica non è sufficiente, da sola, «to denote a process of indoctrination on the respondent State's part and establish a breach of the requirements of art. 2 Pr. n. 1» (§ 71). Il giudice europeo, infatti, ha precisato che l'esposizione di un simbolo prevalentemente passivo sui muri delle aule non è in grado esercitare sugli alunni un'influenza paragonabile ad un lezione o ad una funzione religiosa; inoltre gli effetti che il crocifisso può produrre sugli alunni non devono essere dedotti in astratto dalla sua natura di «potente simbolo esterno», ma verificati in concreto nel contesto in cui è posto, e cioè alla luce delle soluzioni adottate dal sistema scolastico italiano. In Italia la presenza di tale simbolo non è in alcun modo associata all'insegnamento obbligatorio del cristianesimo, ed anzi l'attenzione mostrata dalle scuole per le altre religioni (che si declina nella libertà concessa agli alunni di indossare simboli o indumenti che denotano il loro credo, nella organizzazione di corsi facoltativi di altre religioni, nel festeggiamento di feste non cattoliche quali il Ramadan) suggerisce piuttosto l'esistenza di un ambiente scolastico aperto al pluralismo confessionale e culturale. La Corte conclude così la sua analisi osservando che «there was nothing to suggest that the authorities were intolerant of pupils who believed in other religions, were non-believers or who held non-religious philosophical convictions» (§ 74), e che pertanto la decisione di esporre il crocifisso nelle aule scolastiche rientra nei limiti della discrezionalità accordata agli Stati.

La sentenza della Grande Camera nel caso *Lautsi* appare convincente per tre ordini di fattori. In primo luogo essa ha ricondotto il caso di specie nell'alveo della propria giurisprudenza richiamando la dottrina del margine di apprezzamento che era stata colpevolmente ignorata dai giudici della Seconda sezione. Anche in precedenza, infatti, la Corte EDU aveva sempre chiarito che non è suo compito giudicare le scelte delle autorità nazionali circa il ruolo storico che le tradizioni culturali occupano all'interno degli ambienti scolastici di ciascun paese: sia nei casi in cui ha accertato una violazione del diritto di educazione e libertà religiosa (come ad esempio *Folgero v. Norway*; *Zengim v. Turkey*) sia in quelli in cui ha respinto le pretese dei ricorrenti (*Sahin v. Turkey*; *Dogru v. France*)

la Corte europea ha sempre operato un bilanciamento prudente tra il nucleo essenziale delle libertà riconosciute dalla Convenzione e le soluzioni costituzionali adottate da ciascun ordinamento (per una analisi di tale giurisprudenza vedi L.P. Vanoni, *I Simboli religiosi e la libertà di educare in Europa: uniti nella diversità o uniti dalla neutralità?*, in *Rivista AIC*, n. 0, 2010). Utilizzando la dottrina del margine di apprezzamento, la Grande Camera ha così riaffermato la natura sussidiaria del sistema della Convenzione, che è strutturato per offrire una tutela supplementare dei diritti umani in Europa e non per sostituirsi interamente agli ordinamenti costituzionali nazionali.

In secondo luogo, l'analisi condotta dalla Grande Camera sulla effettiva violazione della libertà di educazione sembra mettere in crisi la tesi di chi, dopo la prima pronuncia, aveva individuato nel generale dovere di neutralità degli spazi pubblici il nucleo fondamentale di un unico modello di laicità europeo. La sentenza in commento ha ribadito che per trovare accoglimento le pretese dei cittadini europei devono provare che gli Stati abbiano condotto una reale azione di indottrinamento, ossia abbiano perseguito quel fine di proselitismo che è incompatibile con i valori del pluralismo e della tolleranza protetti dalla Convenzione. Coerentemente con questa visione, la Corte ha precisato che il dovere di neutralità che le autorità scolastiche devono assicurare nell'esercizio delle loro funzioni non si traduce nel diritto ad un ambiente sterile, e che la presenza dei crocifissi nelle aule può invece coesistere con un sistema scolastico pluralista e tollerante, capace di riconoscere e valorizzare tutte le culture e le religioni presenti. Viene così risolto il principale equivoco della prima sentenza Lautsi: la rimozione dei simboli religiosi dai luoghi pubblici non è il frutto di una opzione perfettamente neutrale, bensì la conseguenza di una certa visione del mondo che corrisponde ad uno dei moltissimi modelli in cui si declina (soprattutto in Europa) il principio di laicità. Il sistema della Convenzione, tuttavia, non chiede agli Stati di aderire a tale visione, né di abbracciare una iconografia per così dire *laïque*, bensì di proteggere i propri cittadini dalle concrete discriminazioni. Come osservato dal giudice Power nella sua *concurring opinion*, infatti, «neutrality requires a pluralist approach on the part of the State, not a secularist one».

Infine la pronuncia della Grande Camera opera una corretta distinzione tra le opinioni personali dei ricorrenti e i diritti loro garantiti dalla Convenzione. La presenza del crocifisso nelle aule può legittimamente essere percepita dai non credenti come contrastante le proprie opinioni e dunque, in ultima analisi, con l'idea di laicità che essi propugnano. Tuttavia tali «subjective perceptions» non sono in grado, in sé, di dimostrare una reale lesione dei propri diritti, perché la tutela della libertà di coscienza e religione non può tradursi in una generica pretesa a non sentirsi offesi, ma deve proteggere i cittadini da «premeditated acts of coercion» (cfr. *Buscarini v. San Marino*). Ciò non significa che le opinioni dei ricorrenti non meritino considerazione, ma che non è compito dei giudici riconoscerne il valore; la pretesa che lo Stato italiano rinunci alle proprie tradizioni culturali in nome di una certa idea di laicità può infatti essere sostenuta nelle sedi culturali e politiche preposte a tale compito, ma non presso la Corte EDU che, come ricordato dal giudice Rozakis nella sua *concurring opinion*, «is a court of law, not a legislative body». Nei conflitti tra laicità ed identità, pertanto, il compito dei giudici dovrebbe limitarsi alla

censura delle effettive violazioni di un diritto, distinguendo le pretese reali da quelle strumentali in cui i principi giuridici vengono pretestuosamente utilizzati per far valere, in sede giurisdizionale, le proprie pur legittime convinzioni: come ricordava il giudice americano Goldberg nella sentenza *Abington v. Schempp*, infatti, «the measure of constitutional adjudication is the ability and willingness to distinguish between real threat and mere shadow».

## **La sentenza della Grande Camera sul crocifisso: il ritorno del margine di apprezzamento**

di *Valentina Fiorillo*

La Grande Camera della Corte europea di diritti dell'uomo ha deciso, lo scorso 18 marzo, il merito del ricorso presentato dal Governo italiano a seguito della Sentenza *Lautsi contro Italia* del 3 novembre 2009 (sulla prima sentenza *ex multis* in senso critico J. Weiler, *Il crocifisso a Strasburgo: una decisione imbarazzante*, in *Quad. Cost.*, 1/2010; favorevolmente, invece, S. Mancini, *La supervisione europea presa sul serio; la controversia sul crocifisso tra margine di apprezzamento e ruolo contro-maggioritario delle Corti*, in *Giur. Cost.*, 5/2009). Nel ribaltare la prima sentenza di condanna, il ragionamento dei giudici della Grande Camera seguiva i seguenti passaggi logico-giuridici: 1) non vi è una nozione comune di laicità a livello europeo e ancor più in relazione alla questione dei simboli religiosi (parr. 26-28 e par. 68); 2) di conseguenza il mantenimento di una tradizione (così definita dalla Corte, par. 68) che contempla l'esposizione del crocifisso ricade nel margine di apprezzamento dello Stato (par. 68); 3) la Corte rispetta questo margine in virtù del principio di sussidiarietà e interviene solo nel caso in cui si configurino forme di indottrinamento a danno delle minoranze (parr. 69-72). Applicando siffatto *reasoning* la Corte è così tornata sui suoi passi, rimediando alla decisione «imbarazzante» del 2009 e rinunciando alla forzata e poco condivisibile giustificazione della politica del «muro bianco» (cfr. J. Weiler, *op. cit.*).

Una prima analisi della sentenza sollecita almeno tre ordini di riflessioni. Non si può non partire dalla lettura del ricorso del Governo italiano, significativamente diverso dalla memoria difensiva presentata in prima istanza. Poi, l'intero percorso logico che ha portato i giudici ad assolvere l'Italia si avvicina molto, pur essendo opposto nell'esito, al celebre caso *Folgerø contro Norvegia* (Grande Camera, 29 giugno 2007). Uno sguardo alla struttura della decisione e ai parametri che la Corte ha impiegato paiono avvalorare questa affermazione, come si vedrà a breve. In terzo ed ultimo luogo, la sentenza *Lautsi 2* viene in rilievo per una serie di riflessioni più complessive non soltanto sotto il profilo della dimensione europea di laicità e libertà religiosa, ma anche in merito al rapporto tra Corti in un'ottica di giurisdizione multilivello.

La prima memoria difensiva presentata dal Governo italiano portava con sé in gran parte la responsabilità della condanna dell'autunno 2009. In quell'occasione il Governo aveva imperniato la propria strategia difensiva interamente su un tentativo di storicizza-

zione del crocifisso, finendo con il rimanere schiacciato sulla contraddittoria posizione di chi voleva difendere la presenza di un simbolo religioso, alterandone del tutto l'autentico significato spirituale. Giova ricordare che alcune motivazioni di opportunità politica erano state addotte in quell'occasione, anche in riferimento alla presenza della croce nei simboli di alcuni partiti politici della I Repubblica. Il testo del ricorso avverso la decisione di primo grado presentato nel gennaio 2010 cambiava del tutto impostazione, attestandosi su una linea di consapevolezza del tradizionale margine di apprezzamento statale seguito dalla Corte di Strasburgo, piuttosto che proseguendo sulla strada di argomentazioni storiche e politiche. Il ricorso del Governo era imperniato su due considerazioni generali. In primo luogo, l'assenza di un consenso europeo ben consolidato tale da giustificare un allontanamento da parte della Corte della tradizionale teoria del margine di apprezzamento statale. (critico, su questo aspetto così come sull'intera decisione della Grande Camera, B. Conforti, *Crocifisso nelle scuole, una sentenza che lascia perplessi*, in *Affarinternazionali.it*, 24 marzo 2011). Argomento questo risultato vincente, se si considera che i giudici della Grande Camera lo hanno espressamente confermato (par. 70) anche a seguito di un riferimento alla legislazione e alla giurisprudenza comparata che non era stato per nulla svolto nella prima decisione del novembre 2009. I riferimenti comparati contenuti nei paragrafi da 26 a 28 evidenziano un ampio raggio di comportamenti rispetto al crocifisso, tra cui la Grande Camera non manca di menzionare la soluzione c.d. bavarese che pure in passato era stata da alcuni segnalata come meritevole di attenzione per la sua applicabilità al caso italiano (S. Ceccanti, *E se la Corte andasse in Baviera?*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *La laicità crocifissa? Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici*, Torino, Giappichelli, 2004, 1-26). Il secondo, e altrettanto solido, argomento impiegato dal Governo è rappresentato dalla descrizione del crocifisso quale simbolo «passivo» (nel ricorso del Governo par. 15 lett. a); la Grande Camera lo riprende al par. 72). Con tale aggettivo si intende esclusivamente l'innocuità del simbolo rispetto alla libertà di religione negativa dei giovani studenti e dei loro genitori. La Corte concorda nel ritenere che la circostanza in base alla quale a quel simbolo sia data una «visibilità preponderante» non sia sufficiente a configurare una violazione della libertà di non credere o di credere diversamente, che è configurabile solo a fronte di una politica di indottrinamento da parte della autorità statali (parr. 71-72).

Ed è proprio in merito alla teoria dell'indottrinamento che la Grande Camera richiama come precedente la sua stessa decisione nel caso *Folgerø contro Norvegia*. L'obbligatorietà di un insegnamento religioso o la coattiva partecipazione ad attività religiose sono fattispecie configurabili come forme di indottrinamento che violano i parametri convenzionali EDU. In *Folgerø* la Corte aveva condannato la Norvegia non tanto per l'insegnamento nelle scuole pubbliche di una materia «Cristianesimo, religione e filosofia» dove era dato grande rilievo soprattutto ai precetti cristiani, quanto piuttosto per la mancata previsione da parte del legislatore della possibilità per i genitori di richiedere per i propri figli un'esenzione *totale* da quell'insegnamento. Se da un lato pluralismo e obiettività rimangono beni assoluti da tutelare, dall'altro l'articolo 2 del Protocollo 1 non

implica un diritto per i genitori di mantenere l'ignoranza dei propri figli in merito al fenomeno religioso (*Folgerø* par. 89). In un altro passaggio rilevante di quella sentenza la Corte ricordava come la democrazia non fosse solo principio di maggioranza bensì ricerca costante di un equilibrio tra posizioni maggioritarie e minoritarie (par. 84, lett. f)); una ricerca che impegna perennemente sia il legislatore che le Corti. Nelle scuole italiane non vi è insegnamento obbligatorio della religione, le autorità pubbliche non negano visibilità ad altre sensibilità religiose, né tantomeno scoraggiano il pluralismo religioso, così come non vi sono politiche di intolleranza nei confronti dei non credenti. Quasi ad anticipare *Lautsi 2* e a confermare l'inquadratura della questione data dalla Corte di Strasburgo, la Corte di Cassazione pochi giorni prima aveva chiarito come la presenza del crocifisso nella aule giudiziarie non fosse in contrasto con la laicità dello Stato e non ledesse il diritto di libertà religiosa negativo dei non credenti (Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, sent. 14 marzo 2011, n. 5924, c.d. caso *Tosti*). Al tempo stesso la Suprema Corte specificava la necessità di un esplicito intervento legislativo per l'apposizione di altri simboli religiosi nei luoghi pubblici, evidenziando così una possibile scelta di *policy* che il legislatore potrebbe considerare.

Alcune brevi considerazioni finali vanno dedicate – senza la benché minima pretesa di esaustività – al tema fondamentale della tutela multi-livello dei diritti e del dialogo tra le Corti. La decisione della Grande Camera riporta la giurisprudenza di Strasburgo sull'usuale sentiero della sussidiarietà, lasciando alle Corti nazionali la possibilità di intervenire nell'ambito di un margine di apprezzamento. Quest'ultimo, di entità differente per i vari diritti tutelati dalla Convenzione, è inversamente proporzionale al grado di strutturazione e omogeneità di un diritto a livello europeo (cfr. G. De Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti*, Bologna, Il Mulino, 2010, 79-83). Esso risulta particolarmente ampio nei casi connessi all'esercizio della libertà religiosa ove il rispetto del margine di apprezzamento statale è la norma, la sua negazione è l'eccezione. Tanto è vero che quando la Corte nella prima sentenza *Lautsi* aveva dovuto giustificare l'allontanamento da quello standard, lo aveva fatto omettendo dalla citazione dei suoi stessi precedenti sui simboli religiosi il riferimento al margine di apprezzamento, che in realtà era stato fattore decisivo in quegli stessi casi (D. Tega, *Cercando un significato europeo di laicità: la libertà religiosa nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti*, in *Quad. Cost.*, 4/2010, 807 e 810 riferendosi in particolare a *Dahlab c. Svizzera* e *Sahin c. Turchia*). Un ritorno al consueto approccio sussidiario è quanto la Grande Camera ha scelto, finendo con il confinare la prima sentenza *Lautsi* allo status di «eccezione alla regola» su un tema particolarmente sensibile quale il crocifisso nelle scuole italiane (cfr. G. de Vergottini, *op. cit.*, 81, che in questo senso pare addirittura aver previsto la sentenza del 18 marzo 2011). La sentenza della Grande Camera ragionevolmente sconfessa le tentazioni neutraliste e separatiste di stampo turco-francese presenti nella prima decisione, dimostrando una maggiore attenzione nei confronti della peculiare concezione italiana di laicità, ampiamente divaricante rispetto a forme di ostilità o semplice indifferenza al fenomeno religioso variamente inteso (cfr. A. Barbera, *Il cammino della laicità*, in *Laicità e diritto*, a cura di S. Canestrari, Bologna, Bononia University Press, 2007). In conclusione, confermando quella che sembra la tesi

contenuta su questo argomento nell'ultimo volume di de Vergottini, è possibile affermare che il margine di apprezzamento è tornato a scuola dopo un'assenza forse ingiustificata e dando l'impressione di volerci restare.

## **La sentenza della Grande Camera sul crocifisso: è corretta solo l'opinione dissenziente**

di *Susanna Mancini*

L'unica cosa buona della sentenza *Lautsi* è l'opinione dissenziente del giudice Malinverni. Per il resto, la Corte EDU dà con questa decisione una delle prove più penose della sua storia. Concentro le mie osservazioni su due profili: l'uso incoerente del margine di apprezzamento (nominato 28 volte, un dato di per sé imbarazzante) e la confusione tra laicità dello Stato e libertà religiosa individuale.

La dottrina del margine di apprezzamento risponde, teoricamente, all'esigenza di conciliare universalismo e diversità. Dovrebbe cioè presiedere ad un'applicazione di *standard* universali di tutela dei diritti rispettosa dei contesti normativi e culturali degli Stati membri della Convenzione. Si tratta di un'alchimia delicatissima, a cui la Corte dovrebbe giungere dopo un'attenta valutazione di più fattori: la natura del diritto e del dovere statale, le circostanze esterne, la gravità della violazione ecc. In pratica la Corte, specie quando è in gioco la libertà religiosa, fa dipendere l'estensione del margine di apprezzamento dall'esistenza o meno del consenso, cioè da quanto il diritto in questione è omogeneamente strutturato in Europa. Maggiore l'omogeneità, minore il margine di apprezzamento. Il margine di apprezzamento suppone che le autorità nazionali siano in una posizione migliore rispetto alla Corte per applicare la Convenzione armoniosamente rispetto al contesto interno. La logica è pericolosa, perché, rispetto ad una Corte esterna, le «autorità nazionali» sono più sensibili alla cultura maggioritaria, mentre i diritti sono fondamentalmente contro-maggioritari, dato che le maggioranze dispongono già dello strumento legislativo per soddisfare i propri bisogni e desideri. Dunque, nell'applicare il margine di apprezzamento, la Corte dovrebbe essere molto cauta quando individua le «autorità nazionali» a cui riconoscerlo. Ora, anche i più intransigenti sostenitori della legittimità dell'affissione del crocifisso ammetteranno che la giurisprudenza interna è divisa.

La Corte EDU, dunque, nonostante affermi il contrario, prende posizione in una disputa tra giurisdizioni interne, schierandosi con i giudici amministrativi. La Corte, è vero, deve giudicare solo sulla compatibilità dell'affissione del crocifisso con la Convenzione. Nel riconoscere però un ampio margine di apprezzamento alle autorità nazionali, la Corte implicitamente afferma il dovere di queste ultime di agire nel rispetto del sistema interno. Le autorità nazionali, infatti, sono in una posizione di vantaggio perché conoscono il sistema interno, la cultura giuridica, i valori che ne sono alla radice. Non a caso, quando la Corte concede un ampio margine di apprezzamento, fa sempre riferimento a caratteristi-

che del sistema interno, che giudica compatibili con la Convenzione, e che giustificano la limitazione del diritto in questione. Per esempio, sia in *Dahlab* che in *Sahin*, che in *Dogru*, la Corte, nel legittimare il divieto apposto, rispettivamente, dalla Svizzera, dalla Turchia e dalla Francia, all'uso del velo islamico, fa abbondantemente leva sulla particolare importanza della laicità in quegli ordinamenti, definendola una pietra angolare del sistema, e un principio fondamentale che tutti debbono rispettare. Quindi è implicito nella dottrina del margine di apprezzamento che le autorità interne agiscano in difesa, ma anche nel rispetto, del particolare contesto nazionale. Nel caso italiano non è affatto pacifico che l'affissione del crocifisso – che la Corte EDU, in un inconsueto guizzo di lucidità, chiarisce essere un simbolo *religioso* e non culturale – sia compatibile con l'accezione di laicità come equidistanza, elaborata dalla Corte Costituzionale, cioè l'unico organo deputato ad interpretare la Costituzione. L'affissione del crocifisso è una questione delicatissima, che investe la stessa autocomprensione dello stato italiano e la sua autonomia morale e politica rispetto alla Chiesa. La Corte EDU è entrata come un elefante in una cristalleria, lasciando il campo non ad una soluzione condivisa dalle autorità italiane, ma ad una lettura confessionale della laicità che consente la strutturazione del privilegio della Chiesa cattolica. In questo senso, *Lautsi* non è una decisione pilatesca, né tantomeno minimalista – nel senso che Cass Sunstein attribuisce al minimalismo giudiziario – perché la Corte EDU, trincerandosi dietro il margine di apprezzamento, *decide*, schierandosi nettamente con una parte della società, della politica, della magistratura italiana, *contro* un'altra, e non certamente solo contro la pretesa della signora Lautsi.

La Corte non è in grado di separare i significati storici, filosofici ed ideologici della laicità dalla sua funzione in un sistema costituzionale, che è quella di *metodo*. La laicità *dello Stato*, cioè, per quanto possa tradursi in modelli diversi di gestione del rapporto tra Stato e religione, non può essere posta sullo stesso piano dell'ateismo della signora Lautsi. La laicità statale deve servire ad assicurare che i processi decisionali riflettano un pluralismo di vedute e non invece concezioni particolaristiche, comprese quelle maggioritarie. La laicità non è quindi «una concezione tra tante.» La Corte pone sullo stesso piano la protezione dei simboli religiosi da parte dello Stato e la difesa delle convinzioni filosofiche della ricorrente, affermando il dovere statale di rispettare queste ultime, ma anche che il rispetto varia da caso a caso, a seconda dell'esistenza o meno del consenso europeo. Questo modo di ragionare riduce la funzione della Corte al controllo sull'esistenza del consenso, in assenza del quale essa abdica al suo ruolo fisiologico di supervisore esterno. E ciò è esattamente quello che succede in questo caso, in cui la Corte si arrampica penosamente sugli specchi, in un crescendo di illogicità e di incoerenza. La Corte afferma che la presenza del crocifisso si accompagna nella scuola italiana ad un atteggiamento di apertura rispetto agli alunni di altre religioni, che sono liberi di sfoggiare i loro simboli religiosi, senza capire che, esponendo il crocifisso, lo Stato non esercita la propria libertà religiosa, ma fa una chiara scelta di campo. Inspiegabilmente, poi, la Corte evidenzia che i genitori restano liberi di educare la prole secondo i propri principi al di fuori dell'influenza esercitata dalla scuola pubblica, quando la controversia verte sulla possibile interferenza del crocifisso con la libertà nella scuola pubblica di



un paese democratico, e non sulla pervasività della propaganda religiosa in uno Stato teocratico. Del resto, la pur bellicosa signora Lautsi non ha mai insinuato che i crocifissi tormentassero i suoi figli anche a casa. Alla fine, la Corte è costretta ad ammettere che il crocifisso a scuola non può non notarsi, e che la sua presenza conferisce effettivamente maggiore visibilità alla religione di maggioranza, ma che questo non comprime la libertà religiosa perché non si traduce nell'indottrinamento degli alunni. Questa conclusione è di per sé gravissima, perché abbassa catastroficamente lo standard minimo di tutela delle minoranze religiose ed ideologiche, che sono ora costrette a tollerare qualunque manifestazione religiosa maggioritaria che non sconfini in un esplicito tentativo di indottrinamento. Ma ancora più sgomentante è l'argomento che sostiene la costruzione. La Corte afferma di non essere in possesso di dati che provino inequivocabilmente che la presenza del crocifisso a scuola interferisce con la sfera della coscienza degli alunni. E ciò perché il crocifisso è un «simbolo religioso essenzialmente passivo», diverso, si suppone, da altri simboli (attivi?) perniciosi per le coscienze dei bambini che ad essi siano esposti. In che cosa consista questa differenza non è chiarissimo, anche perché «attivo» e «passivo» non sono aggettivi che usualmente connotano i simboli religiosi. Per fortuna però la giurisprudenza di Strasburgo ci viene in soccorso. In *Dahlab*, la Corte aveva infatti legittimato il divieto apposto ad un'insegnante di sfoggiare il velo, giudicato un «potente simbolo religioso» in grado di «impressionare» gli alunni. Forse, quindi, il velo è attivo, e impressionante, perché si muove sulla testa della maestra, mentre il crocifisso è passivo, e poco interessante, perché, essendo attaccato al muro, sta fermo. Se è così, domani i locali delle scuole pubbliche potranno essere ornati, ad esempio, di statue di cera del papa a grandezza naturale, basta solo che non si muovano.

La realtà è che *Lautsi* si pone su di una linea di continuità rispetto alla giurisprudenza della Corte EDU, volta a legittimare restrizioni importanti ai diritti fondamentali pur di salvaguardare la libertà delle maggioranze cristiane (*Otto Preminger*, *Wingrove*), e assai meno benevola nei confronti delle minoranze ideologiche e religiose, in particolare islamiche (*Karandum*, *Dahlab*, *Sahin*, *Dogru*, *Kervanci*). Costruendo la Cristianità come elemento strutturale, ma anche escludente, della democrazia, la Corte non inventa certo nulla di nuovo, ma asseconda, e questo è grave, la deriva identitaria che sta travolgendo l'Europa e di cui la nuova costituzione clerico-fascista ungherese non costituisce che la punta dell'*iceberg*. *Lautsi* è in fondo solo un triste riflesso della crisi del progetto europeo e delle sue aspirazioni universalistiche. Una crisi che si coglie perfettamente nella solo apparentemente surreale opinione concorrente del giudice Bonello, il quale invita la Corte a limitarsi al suo «modesto ruolo», a non preoccuparsi di pluralismo e laicità, e a non mettere in questione le tradizioni nazionali, e si inalbera moltissimo ripensando alla decisione in cui sotto i colpi di Strasburgo cadde la censura turca a *Les onze milles verges* di Apollinaire. Come si può, si chiede Catone-Bonello, proteggere una simile «sconcezza trascendentale» e non il crocifisso, «simbolo senza tempo della redenzione attraverso l'amore universale»?

## L'aiuto al suicidio può essere un obbligo degli Stati?

di Maria Zanichelli

L'affermazione di nuovi diritti non è mai solo un processo «indolore» di ampliamento delle libertà e opportunità individuali. La capienza complessiva del set di diritti in un ordinamento non è infinita, e poiché i diritti costituiscono un sistema di equilibri e gerarchie, una loro moltiplicazione incontrollata non è senza conseguenze. Nuovi diritti significa anche, necessariamente, nuovi obblighi, modifiche nella ripartizione di risorse comunque limitate, ridefinizione delle priorità politiche, sottrazione di «peso» ai diritti preesistenti, bilanciamenti più complessi, acuirsi delle potenziali frizioni tra un diritto e l'altro (traggo la nozione «nuovi diritti» da M. Cartabia, *The Age of «New Rights»*, in [www.nyustraus.org/pubs/0910/docs/Cartabia.pdf](http://www.nyustraus.org/pubs/0910/docs/Cartabia.pdf)). Il riconoscimento di nuovi diritti, dunque, non può essere l'esito diretto delle evoluzioni che si producono incessantemente nelle società, bensì è un processo che va «governato», e di cui occorre monitorare costantemente gli effetti alla luce di parametri valutativi. I problemi attuali connessi alla fine della vita lo confermano. L'aspirazione a configurare in termini di diritti la pretesa oggi emergente dell'individuo di gestire personalmente la fine della propria vita fa sì che nelle ponderazioni giudiziali sia proprio il bene della vita, in determinate circostanze, a soccombere rispetto a istanze concorrenti con cui si trova a competere: autodeterminazione, diritto di rifiutare le cure, diritto alla privacy, dignità umana come proiezione soggettiva della qualità della vita. È noto quanto ha pesato il principio del consenso a scapito della tutela della vita nella sentenza della Cassazione italiana sul caso Englaro. Analogo l'orientamento del Bundesgerichtshof nella sentenza del 25 giugno 2010, che ha giudicato non punibile il distacco della sonda per l'alimentazione di una paziente in coma irreversibile poiché ciò corrispondeva alla sua volontà (volontà desunta, anche in quel caso, dalla testimonianza di un familiare su un'opinione da lei espressa verbalmente tempo prima). Come si vede, il riconoscimento di nuovi diritti produce effetti di sistema, fino a dilatare i confini della liceità penale. Le due sentenze citate, anche per il modo discutibile in cui è stata ricostruita la volontà delle pazienti, mostrano quanto sia rischioso assolutizzare l'autodeterminazione quale diritto fondamentale idoneo a concorrere al bilanciamento con altri diritti fondamentali. Non si tratta certo di negare qualunque valore o riconoscimento alle istanze dei pazienti. Occorre però valutare con cautela le conseguenze che comporta il fatto di qualificare tali istanze *tout court* come diritti, al punto da istituire un antagonismo tra diritto di rifiutare le cure e tutela della vita.

Una cautela anche maggiore si impone verso le richieste di legalizzare eutanasia e suicidio assistito, riconoscendo un vero e proprio «diritto di morire»: rivendicazione ulteriore, questa, distinguibile anche dalle situazioni relative alle due sentenze appena ricordate. È evidente infatti la differenza tra il rifiuto delle cure («diritto» già di per sé problematico, per le conseguenze cui può condurre) e un preteso «diritto di morire». Qui il linguaggio dei diritti ammanta di un'autorevolezza *erga omnes* istanze tuttora altamente controverse sul piano scientifico e nell'opinione pubblica. Si perde di vista, cioè, il dato

basilare per cui solo un bene cui la comunità, tramite l'ordinamento, annette valore può formare l'oggetto di un diritto, a maggior ragione di un diritto fondamentale. I diritti, per essere realmente tali, non possono sottrarsi al vaglio di quei processi dialettici che si svolgono sul piano sociale, culturale, istituzionale: solo qui eventualmente essi possono affermarsi, poiché è qui che si saggia la capacità di una nuova istanza di entrare armonicamente nel sistema dei diritti consolidato, senza incrinarne gli equilibri e senza snaturarne il significato complessivo.

Riguardo al suicidio, importanti elementi di riflessione sugli effetti aberranti che possono derivare dalla sua qualificazione come oggetto di un diritto sono offerti da una recente pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo (prima sezione): la sentenza del 20 gennaio 2011 sul caso *Haas c. Svizzera*. Chiamata a decidere circa l'esistenza di un obbligo dello Stato di aiutare al suicidio i cittadini, la Corte ha avuto il merito di porre l'accento sulla tutela della vita come compito prioritario degli Stati, ma non ha dissipato le ambiguità comunque derivanti dall'aver elevato la «scelta di morire» a diritto fondamentale dell'individuo. Il ricorrente, Ernst Haas, affetto da anni da una grave depressione, appartiene a Dignitas, associazione svizzera che assiste le persone intenzionate a suicidarsi garantendo loro una «morte con dignità». Vorrebbe suicidarsi assumendo pentobarbitale sodico (sostanza che provoca morte certa e indolore), ma è impossibilitato a procurarselo poiché la legge ne subordina la somministrazione a prescrizione medica, ed egli non rientra nelle condizioni cliniche per ottenerla. Lamenta pertanto una violazione dell'art. 8 CEDU: la legislazione svizzera, ostacolando la sua scelta di suicidarsi, attuerrebbe un'indebita ingerenza nella sua vita privata. Dopo che una sentenza del Tribunale federale ha respinto il suo ricorso negando l'esistenza di un diritto al suicidio con l'aiuto dello Stato (2A. 48/2006), Haas si è rivolto alla Corte di Strasburgo. Questa, riprendendo in gran parte le argomentazioni del Tribunale, ha concluso analogamente che la Svizzera non ha violato alcuna disposizione della CEDU. Preliminarmente va sottolineata l'incidenza allarmante dei suicidi in Svizzera: 1.300 casi annui e più di 60.000 tentativi, secondo dati forniti dal ricorrente e riportati nella sentenza. Aiuto e istigazione al suicidio non sono peraltro sanzionati nell'ordinamento svizzero, se non nel caso di movente egoistico; e comunque la pena è lieve: pecuniaria o detentiva fino a un massimo di cinque anni, a fronte per esempio della reclusione da cinque a dodici anni prevista in Italia.

Ripercorrendo l'argomentazione della sentenza, si nota che la Corte, pur non dando seguito all'istanza di Haas, non è tuttavia netta nell'escludere un obbligo degli Stati di agevolare un suicidio dignitoso, e non rinuncia a definire ripetutamente diritto la volontà di morire. Anzitutto è richiamata la sentenza *Pretty c. Regno Unito* del 2002, in cui fu affermato il principio che «una persona può rivendicare il diritto di esercitare la sua scelta di morire» (63). Anche in quel caso, in merito all'istanza della ricorrente (paziente incurabile che intendeva suicidarsi con l'aiuto del marito), la Corte concluse che la legge britannica che sanziona l'aiuto al suicidio non violava la CEDU; ma ammise che tale legge, ostacolando la scelta della paziente di «evitare una fine della vita che le si prospettava dolorosa e non dignitosa», interferiva potenzialmente con il diritto al rispetto della vita privata *ex art. 8* (67). Proprio l'interpretazione ampia del concetto di «vita privata» che

la Corte adottò in *Pretty*, riconducendo nel raggio d'azione dell'art. 8 l'autonomia personale, la dignità, la qualità della vita, è alla base del ricorso di Haas. Ora nella sentenza Haas l'idea della morte quale oggetto di libera scelta individuale da tutelare come diritto è ribadita dalla Corte ancor più esplicitamente: «il diritto di un individuo di decidere in che modo e in quale momento la sua vita deve terminare, a condizione che sia in grado di formarsi liberamente la propria volontà in proposito e di agire di conseguenza, è uno degli aspetti del diritto al rispetto della vita privata ai sensi dell'art. 8 della Convenzione» (51). La pretesa di Haas di ottenere il pentobarbitale senza prescrizione medica è esaminata dalla Corte sotto il profilo della configurabilità di un obbligo positivo dello Stato di adottare misure per consentire un «suicidio dignitoso»: qui gli Stati hanno un margine di apprezzamento (53). È però ribadito un importante criterio ermeneutico: la CEDU va letta come un tutto; non si può interpretare l'art. 8 senza tenere conto dell'art. 2 (diritto alla vita): gli Stati devono proteggere le persone anche dalle minacce che esse stesse pongono alla propria vita; devono pertanto impedire i suicidi che non siano frutto di decisioni libere e consapevoli (54). Sul «diritto di un individuo di scegliere quando e come vuole porre fine ai suoi giorni» non vi è consenso tra gli Stati, nota la Corte. L'aiuto al suicidio in alcuni ordinamenti è punito, in altri è depenalizzato, ma «la grande maggioranza degli Stati membri sembra dare più peso alla protezione della vita dell'individuo che al suo diritto di porvi fine». Il margine di apprezzamento è notevole (55). L'imposizione di una prescrizione medica mira legittimamente a proteggere gli aspiranti suicidi da decisioni precipitose. Proprio perché l'aiuto al suicidio in Svizzera è sanzionato lievemente, occorrono misure rigorose onde evitare abusi e condotte clandestine o illegali da parte delle associazioni operanti nel campo. Le restrizioni all'accesso al pentobarbitale mirano dunque a proteggere salute e incolumità pubblica (56-8). In conclusione, «anche supponendo che gli Stati abbiano un obbligo positivo di adottare misure che permettano di agevolare un suicidio nella dignità», nel caso di specie tale obbligo non è stato violato (61).

Si può certo guardare con favore a questa decisione, che opportunamente ristabilisce una priorità assiologica e giuridica: l'obbligo degli Stati è tutelare la vita più che facilitare la scelta di chi rinuncia alla vita stessa. D'altra parte non possono sfuggire alcune criticità che proprio la giurisprudenza di Strasburgo contribuisce a determinare in questa materia. Il caso Haas mette in luce la *slippery slope* che può generarsi dal riconoscimento di nuovi diritti. Il linguaggio dei diritti ha un'intrinseca forza persuasiva e «gravitazionale», per questo andrebbe utilizzato con cautela, anche in sede interpretativa. Riconducendo la libertà di scegliere tempo e modo della propria morte al diritto al rispetto della vita privata, la Corte ha messo in condizione gli individui di far valere tale diritto. Ma, come insegna la dogmatica classica, vi è un diritto a favore di un soggetto quando si può configurare un obbligo corrispondente in capo a un altro soggetto, cioè una serie di prestazioni che sostanziano l'attuazione del diritto stesso. E la teoria più recente dei diritti umani non ignora che i diritti, oltre che affermazioni deontologiche di principio, sono anche obiettivi che i governi devono perseguire. La Corte stessa interpreta abitualmente i diritti formulati nella CEDU concretizzandone i contenuti in termini di obblighi degli Stati. Se dunque la scelta di morire è un diritto, si potranno e si dovranno individuare gli obblighi correlativi,

e promuoverne l'attuazione. Un'istanza quale quella di Haas è allora conseguenza «naturale» delle preve aperture interpretative della Corte circa la morte come diritto, anzi pone la Corte dinanzi alle estreme conseguenze di tali aperture. Ammesso un legame in *Pretty* tra la scelta di darsi la morte e l'art. 8 CEDU, si è aperta la via per avanzare pretese nei confronti degli Stati, anche da parte di chi, come Haas, preferisce la morte a una vita che gli è insopportabile, pur non essendo paziente incurabile né sottoposto a terapie di sostegno vitale. A quel punto la Corte non può che rispondere che compito degli Stati è tutelare la vita. Vi sarebbe allora un diritto al suicidio ma non un diritto al suicidio assistito dallo Stato? Il suicidio, sembra dire la Corte, è un diritto solo per chi è in grado di procurarselo da solo, senza aiuto dello Stato, poiché anzi obbligo dello Stato è semmai adottare misure per prevenire l'abuso di quel «diritto». Di quale altro diritto fondamentale la Corte potrebbe dare un'interpretazione così paradossale? Un esito simile non è forse la dimostrazione più forte che la volontà di morire, semplicemente, non può essere definita un diritto?

L'argomentazione giudiziaria a tratti stride drammaticamente con il vissuto di sofferenza che è all'origine del caso. La conclusione che il suicidio è un diritto per chi sa porlo in essere (51), la distinzione tra propositi suicidi razionali e patologici (47), il punto di vista del Governo secondo cui Haas «disporrebbe di altre opzioni per porre fine alla sua vita» e la sua malattia «non gli impedirebbe di agire con mezzi propri, poiché le persone capaci hanno a disposizione numerose altre soluzioni per suicidarsi» (33, 38), sono spie di un disagio del diritto nel trattare una materia su cui è arduo statuire. Il suicidio come tale rimane una tragica esperienza esistenziale, refrattaria ad ogni qualificazione giuridica. Al diritto si dovrebbe chiedere invece di continuare a proteggere la vita, anche sanzionando ogni forma di aiuto al suicidio.

## **L'impeachment del Presidente lituano davanti alla Corte di Strasburgo**

di *Lara Trucco*

Volendo parafrasare in senso inverso un celebre titolo, si potrebbe dire che la sentenza della *Grande Chambre* del 6 gennaio 2011 (resa nell'*Aff. Paksas c. Lituania*, req. n. 34932/04) abbia provocato «poco rumore per tanto». A fronte, infatti, di un immeritato silenzio da parte dei *media* sulla vicenda, la decisione segna una tappa di grande rilievo nella copiosa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia elettorale (andando ad affiancarsi, tra le altre, alle pronunce rese sui casi *Mathieu-Mohin*, in punto di suffragio; *Yumak*, sulla soglia di sbarramento; nonché, più di recente, *Grosaru*, sulla verifica parlamentare delle elezioni), sia pur sul particolare profilo delle ineleggibilità. Del resto, che il caso sarebbe stato «unusual» (per utilizzare un'espressione tratta dall'unica «partly dissenting opinion» della decisione in parola), era facile da prevedere, se non altro in ragione del fatto che a darvi impulso era stato il Presidente della Lituania Rolandas Paksas, succeduto, nelle elezioni del 2003, a Valdas Adamkus. Comunque sia, la stessa decisione di ricorrere alla Corte di Strasburgo ha costituito l'approdo di una

vicenda piuttosto complessa, iniziata con un procedimento di *impeachment* nei confronti del succitato Paksas e conclusosi con la destituzione di questi, il 6 aprile 2004, ad opera del *Seimas*, ossia il Parlamento lituano, dalla carica presidenziale.

La destituzione aveva, a sua volta, fatto seguito all'accertamento, da parte della Corte costituzionale, il 31 marzo 2004, di «gravi violazioni» della Costituzione di cui il Presidente lituano si era reso responsabile nell'esercizio delle sue funzioni (quali l'attribuzione della cittadinanza ad un uomo d'affari straniero in odore di legami di tipo «mafioso» *contra legem* e «purely his own interests»; l'informativa resagli, circa le indagini che i servizi segreti stavano svolgendo su di lui; ed inoltre l'agevolazione della sua attività imprenditoriale con pressioni di tipo politico). Nella vacanza così determinatasi, la Presidenza della Repubblica era stata assunta *ad interim*, dapprima dal Presidente del Parlamento, Arturas Paulauskas, che ha ceduto, dipoi, la carica a Valdas Adamkus, eletto nuovamente Presidente il 27 giugno 2004 (entrambi questi soggetti forse più noti al vasto pubblico per aver traghettato la piccola Repubblica baltica nella NATO e nell'Unione europea). Nonostante la sua clamorosa destituzione, Paksas decise comunque di (ri) presentarsi alle elezioni presidenziali (convocate per il 13 giugno 2004), ottenendo, da parte della Commissione elettorale centrale (CEC), dapprima, il via libera e poi, invece, il rifiuto, di registrare il suo nominativo come candidato. E ciò perché, nel frattempo (il 4 maggio 2004), era intervenuta una apposita normativa volta ad impedire, per un periodo di cinque anni, l'elezione alla Presidenza della Repubblica per chi fosse stato rimosso dal proprio incarico a seguito di un procedimento di *impeachment*. Peraltro, tale «clausola temporale», in quanto reputata all'evidenza troppo benevola, avrebbe costituito oggetto, il 15 luglio 2004, di modifica da parte del legislatore, dopo esser stata giudicata incostituzionale (decisione del 25 maggio 2004) dalla Corte costituzionale, in quanto un Presidente già destituito: «may never again (...) hold an office provided for in the Constitution for which it is necessary to take an oath in accordance with the Constitution (...) as there would always exist a reasonable doubt (...) as to its reliability» (§ 34).

Di qui il ricorso da parte del Presidente destituito a vita, da cui è scaturita la decisione di cui si diceva all'inizio. Con tale pronuncia, la Corte di Strasburgo ha aderito, sia pure con le modalità singolari di cui si dirà, alle (molteplici) doglianze del ricorrente solo con riferimento all'art. 3 del Protocollo n. 1 da parte dell'ordinamento lituano, in ragione della natura permanente e irreversibile della decadenza da (qualunque) mandato elettivo prevista dal legislatore. La Corte, infatti, ha preliminarmente tenuto a rilevare l'unicità del caso lituano (§§ 61-62), dato che nella maggior parte degli Stati membri del Consiglio d'Europa di forma repubblicana, in cui è prevista una qualche procedura d'*impeachment* del Capo di Stato, essa o non risulta avere conseguenze dirette sui diritti elettorali dei soggetti riguardati; o le ha limitate nel tempo e/o nello spazio, rimanendo, comunque, consentita la candidatura in altri tipi di elezione. Nella sostanza, la Corte ha riconosciuto la massima importanza alle previsioni normative volte a consentire una qualche modulazione della portata temporale delle misure sanzionatorie, tale da renderne possibile un'applicazione confacente alle peculiarità della situazione (individuale e sociale). Pertanto, del tutto coerentemente, la Corte è pervenuta a censurare le disposizioni lituane

impugnate, dato che, nel caso di specie, non solo la sanzione non risultava accompagnata da un qualche limitazione temporale, ma, per di più, «the rule on which it is based is set in constitutional stone», presentando quindi «a connotation of immutability that is hard to reconcile with Article 3 of Protocol No. 1» (§ 110). Tuttavia, anche al di là della considerevole portata di un (tale) approccio che ha condotto a riconoscere (si starebbe per dire: incondizionatamente) al ricorrente almeno la possibilità di una candidatura parlamentare – si noti, peraltro, a tale riguardo, come già il 7 giugno 2009 Paksas fosse stato eletto al Parlamento europeo tra le fila lituane... (!) –, la pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo si segnala per una serie di questioni problematiche di ordine sia procedurale, sia sostanziale che si cercherà ora in estrema sintesi di passare in rassegna. Così, sotto il primo aspetto, balza subito agli occhi l'asimmetria del *decisum* della Corte di Strasburgo rispetto a quanto domandato da parte ricorrente, che si era limitata a reclamare il suo diritto a candidarsi alle elezioni presidenziali, ma che si è vista invece tutelare sul versante delle elezioni politiche. Peraltro, con riferimento ad un tale esito – conseguenza anche dell'*actio finium regundorum* effettuata dalla Corte, tesa a chiarire «that Article 3 of Protocol No. 1 applies only to the election of the “legislature”» (§ 71) –, potrebbero sorgere problemi di non poco conto in quegli ordinamenti in cui vigano forme di «voto fuso», in quanto difficilmente la distinzione operata dalla Corte potrebbe valere in tali casi. In secondo luogo, va notato come la Corte utilizzi ampiamente l'occasione per confermare la propria giurisprudenza in punto d'inapplicabilità sia dell'art. 13 CEDU (Diritto ad un ricorso effettivo) in presenza del *decisum* (inimpugnabile) di un giudice costituzionale (del resto, sottolinea la Corte, la procedura davanti alla Corte costituzionale lituana «which offers the guarantees of a judicial body»); sia dell'art. 6 CEDU (Diritto a un equo processo) nei casi in cui, come nella fattispecie, sia in discussione (si noti, non importa se davanti ad una giurisdizione costituzionale) non una «“determination” of the applicant’s “civil rights and obligations”», o una qualche «“criminal charge” against him» (§ 65), ma una questione di tipo *latu senso* politico.

Sempre sul versante procedurale, le maggiori criticità si sono, però, riscontrate con riguardo alla sussistenza delle due condizioni di ammissibilità di un ricorso, previste dall'art. 35, § 1 CEDU, concernenti, da un lato, l'esaurimento di tutte le strade giurisdizionali interne, e, dall'altro lato, il rispetto del perentorio termine di sei mesi per proporre il ricorso stesso. Così, quanto alla prima, sebbene non potesse escludersi (come, del resto, ammesso dalla stessa parte ricorrente) che, per tramite dell'instaurazione di un ulteriore contenzioso sull'intervenuta modifica legislativa sarebbe stato possibile provocare una nuova pronuncia sia dei giudici amministrativi, sia, soprattutto, della Corte costituzionale, il giudice di Strasburgo ha dimostrato di condividere l'idea per cui questo tipo di iniziativa non avrebbe potuto che portare ad una decisione di segno negativo sia dei primi (che già si erano pedissequamente collocati sull'orma della giurisprudenza costituzionale), sia della seconda, dal cui impulso si era generata la modifica legislativa *de qua* (sicché «the Constitutional Court would have no plausible reason to find fault with a legislative provision enacted by way of implementing its own ruling»). Ci pare, tuttavia, che tale pregiudizio della Corte europea non dovrebbe suscitare particolare consenso, non fosse

altro per la naturale capacità delle Corti di ravvedersi, anche in ragione del *turn-over* delle compagini giudicanti.

È stato, però, soprattutto il secondo requisito di ammissibilità a suscitare più di una perplessità (come comprova il fatto che su di esso si sia praticamente concentrata la *dissenting opinion*) in ragione della presunta – ma non ravvisata – tardività del ricorso. A ben vedere, infatti, la violazione dell'art. 3 del Protocollo I, è stata fatta valere il 30 settembre 2005, ossia quando era già scaduto il termine di sei mesi stabilito dalla Convenzione (decorrente, secondo il giudice Costa, dal 15 luglio 2004, data di entrata in vigore della legge abrogativa del predetto termine quinquennale di sospensione della possibilità di candidarsi alle elezioni presidenziali). La Corte, invece, nell'affermare la tempestività del ricorso, ha fatto perno sulla nozione di «illegittimità permanente» della situazione (costituita del divieto di candidarsi alle elezioni), derivandone la costante tempestività di eventuali ricorsi. Per la precisione, su questa base la Corte ha affermato l'ammissibilità (= non tardività) del ricorso quando, come nel caso di specie, «concerned statutory provisions that had not given rise to individual decisions against the applicants but had produced a permanent state of affairs, and which had been lodged more than six months after the entry into force of the provisions in question» (§ 83). Nondimeno, tale indicazione di principio risulta problematica non solo in riferimento al caso particolare (essendo discutibile che manchi un qualche provvedimento individuale, a meno di voler disconoscere tale qualità alla decisione di rigetto del 28 maggio 2004 della Corte amministrativa suprema dell'impugnativa del provvedimento di esclusione del ricorrente dalla lista dei candidati, con l'ulteriore conseguenza di non ritenere tale data nemmeno rilevante per il decorso del termine decadenziale), ma anche, più in generale, per il rischio di emarginare, come si sottolinea nella *dissenting opinion*, la previsione stessa di termini processuali, in quanto l'astrattezza costituisce normalmente una delle caratteristiche di cui è dotata la norma legislativa.

Il fatto è, ci pare, che, con la pronuncia in commento, la Corte abbia inteso garantire comunque uno spazio al proprio sindacato in materia d'ineleggibilità: sensazione che sembra confermata specialmente dalle considerazioni che possono formularsi sul piano del merito. V'è infatti da rilevare, a tale proposito, come la Corte abbia seguito, più che i principi posti nella sua giurisprudenza in tema di libere elezioni (ruotanti, com'è noto, sul riconoscimento in materia di un ampio margine di apprezzamento dello Stato), la strada del sindacato di proporzionalità della misura sanzionatoria di tipo politico. Ciò che ha condotto la Corte a disinteressarsi sostanzialmente del profilo rappresentato dal divieto di retroattività della sanzione, che potrebbe ritenersi maggiormente collegato al caso di specie, visto e considerato che né al momento della destituzione di Paksas, né in occasione della sua successiva ricandidatura alle presidenziali, ancora vigeva la misura sanzionatoria in questione... e che invece nell'economia della decisione rileva alla stregua di una semplice «impression», atta a consolidare il convincimento del giudice del carattere sproporzionato della sanzione, col far trasparire «that it was at least triggered by the specific desire to bar the applicant from standing in the presidential election called as a result of his removal from office» (§ 111).



## Il caso Sayn-Wittgenstein: ordine pubblico e identità costituzionale dello Stato membro

di Enzo Di Salvatore

La pronuncia della Corte di giustizia che qui si annota è originata da una questione pregiudiziale posta dal *Verwaltungsgerichtshof* austriaco, con cui si chiedeva se l'art. 21 TFUE, relativo alla libera circolazione delle persone, fosse d'ostacolo al rifiuto, espresso da una normativa nazionale, di riconoscere un cognome attribuito in un altro Stato membro ad un figlio adottivo (adulto). Nel caso di specie, si trattava di comprendere se la signora *Ilonka Sayn-Wittgenstein*, cittadina austriaca residente in Germania, potesse conservare il cognome nella forma «*Fürstin von Sayn-Wittgenstein*». A tal riguardo, nella causa principale con cui si era chiesto l'annullamento del decreto del *Landeshauptmann* di Vienna, che aveva rettificato il cognome della cittadina austriaca (eliminando dallo stesso le parole *Fürstin von*), la signora *Sayn-Wittgenstein* aveva osservato: che «il mancato riconoscimento degli effetti giuridici dell'adozione riguardo al nome» costituisse «un ostacolo alla libera circolazione delle persone», essendo, in questo modo, costretta a portare cognomi differenti nei diversi Stati membri; che non potesse legittimamente invocarsi il limite dell'ordine pubblico, mancandone i presupposti (necessità ed urgenza di farvi ricorso e sufficiente collegamento con lo Stato membro interessato); che una modifica del cognome, nei termini stabiliti dal decreto dell'autorità austriaca, costituisse una violazione del suo diritto al rispetto della vita familiare, come garantito dall'art. 8 della CEDU. Di contro, il *Landeshauptmann* di Vienna aveva sostenuto che non dovesse procedersi ad una disapplicazione della legge sull'abolizione della nobiltà del 1919, poiché, in ragione del rinvio effettuato dall'art. 149, comma 1, della Costituzione austriaca (*Bundesverfassungsgesetz*), essa aveva acquisito «valore costituzionale»: se si fosse proceduto ad una disapplicazione di detta legge, ne sarebbe derivata «una grave violazione dei valori fondamentali sui quali poggia l'ordinamento giuridico austriaco».

Con il suo rinvio, il giudice austriaco chiedeva, dunque, alla Corte di giustizia se ragioni di ordine costituzionale potessero autorizzare uno Stato membro a non riconoscere in tutti i suoi elementi il nome ottenuto da uno dei suoi cittadini per effetto di una adozione in un altro Stato membro. Nella sua pronuncia, la Corte non nega che detto rifiuto costituisca effettivamente una restrizione delle libertà riconosciute dall'art. 21 TFUE ad ogni cittadino dell'Unione. Pur tuttavia, essa ritiene di dover verificare se, nel caso di specie, sussistano ragioni tali da giustificare una legittima restrizione alla libertà di circolazione e di soggiorno dei cittadini UE. A tal fine, e sulla base delle diverse osservazioni presentate, essa giunge a considerare: da un lato, la libertà del cittadino UE; dall'altro, il limite dell'ordine pubblico e quello dell'identità costituzionale dello Stato membro.

Ebbene, il problema che qui preme porre in luce concerne esattamente i termini di tale rapporto, giacché, a ben vedere, esso involge due questioni tra loro non perfettamente sovrapponibili, e cioè: il c.d. ordine pubblico *materiale*, espresso dal concreto interesse sotteso ad una previsione costituzionale (cui si ricollegano le misure adottate dalle autorità

nazionali), e il c.d. ordine pubblico *ideale*, che riassumendosi nella formula della «identità costituzionale» dello Stato membro, esprimerebbe, almeno secondo la concezione fatta propria dal Governo austriaco, un nucleo di principi e/o di valori costituzionali non derogabili (su questa distinzione v. per tutti L. Paladin, *Ordine pubblico*, in *Nss.D.I.*, XII, Torino, 1965, 130 ss.; A. Pace, *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, in *Arch. giur.*, 1963, 111 ss.).

Ed infatti, mentre il giudice europeo ritiene che la nozione di ordine pubblico, quale deroga ad una libertà fondamentale, «deve essere intesa in senso restrittivo, di guisa che la sua portata non può essere determinata unilateralmente da ciascuno Stato membro senza il controllo delle Istituzioni dell'Unione europea» (e il ricorso ad essa può giustificarsi «solo in caso di minaccia reale e sufficientemente grave ad uno degli interessi fondamentali della collettività») (cfr. Corte giust., sent. 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega*, in *Racc.*, 2004, I-9609, punto 30; ma sulla nozione di «ordine pubblico» v. già Corte giust., sent. 4 dicembre 1974, causa 41/74, *Yvonne van Duyn*, in *Racc.*, 1974, 1337 ss., punto 18; Corte giust., sent. 28 ottobre 1975, causa 36/75, *Rutili*, in *Racc.*, 1975, punti 26 ss.; in dottrina v. F. Angelini, *Ordine pubblico nel diritto comunitario*, in *Dig. Disc. Pubbl. – Aggiornamento*, Torino, 2005, 503 ss.; *amplius* Id., *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, Padova, 2007), il Governo nazionale fa valere che «le disposizioni in questione nella causa principale mirano a salvaguardare l'identità costituzionale della Repubblica austriaca» ovvero: «una decisione a carattere fondamentale del legislatore costituente a favore di una formale parità di trattamento di tutti i cittadini dinanzi alla legge, volta a far sì che nessun cittadino austriaco possa acquisire prestigio particolare attraverso aggiunte al nome sotto forma di titoli nobiliari, onorificenze e dignità, la cui unica funzione sia quella di distinguere la persona che se ne fregia, e che non abbiano nessun legame con la sua professione o i suoi studi». In quest'ottica, pertanto, una restrizione alla libertà riconosciuta dal Trattato si giustificerebbe «alla luce della storia e dei valori fondamentali della Repubblica austriaca».

Questa prospettiva, invero, non è del tutto inedita, in quanto, com'è noto, è stata da tempo accolta da talune Corti costituzionali (come quella italiana o spagnola), che espressamente hanno discusso di valori ovvero di principi supremi o anche di principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale, per sottolineare come sul piano interno sussistano limiti non travalicabili dal diritto comunitario (oggi: dell'Unione). Più scopertamente, però, è stato il *Bundesverfassungsgericht* tedesco ad aver postulato – dapprima solo incidentalmente (sent. 1967) ed in seguito più manifestamente (sent. *Lissabon* 2009 e, in un senso in parte diverso, sent. *Mangold* 2010) – una sostanziale coincidenza tra il novero di detti valori o principi e la *Verfassungsidentität* (identità della Costituzione), sostenendo che detto concetto esprimerebbe un limite di carattere assoluto ovvero intangibile rispetto al processo di integrazione, al cui controllo sarebbe tenuto il Tribunale costituzionale federale (*Identitätskontrolle*). Questo epilogo, in tutta evidenza, finisce per rendere sostanzialmente equivalenti tra loro il concetto di «identità costituzionale» e il concetto di «ordine pubblico», che, sul piano internazionale, si configura tradizionalmente come un limite di carattere funzionale e assoluto. È evidente, però, che – al di là delle in-

terpretazioni che possono essere rese circa il significato da attribuire alla prescrizione di cui all'art. 4.2 TUE, relativa al rispetto dell'identità nazionale e al rispetto delle funzioni di mantenimento dell'ordine pubblico – il pensiero del giudice europeo si discosta dalla prospettiva affacciata dal Tribunale costituzionale federale tedesco (ed anche dall'opinione di parte della dottrina: cfr. A. Bleckmann, *Die Wahrung der «nationalen Identität» im Unions-Vertrag*, in *JZ*, 1997, 265 ss.): per il *Bundesverfassungsgericht*, infatti, l'identità costituzionale resta un *limite di carattere esterno* al processo di integrazione, tant'è che il suo rispetto viene rivendicato dal giudice costituzionale nazionale; per il giudice europeo, invece, essa – convertita come accade nel caso di specie, nell'esigenza di tutela, da parte della Repubblica austriaca, del suo ordine pubblico *materiale* – tende a configurarsi come un *limite di carattere interno* al processo di integrazione (per via della previsione espressa posta dall'art. 4.2 TUE (versione Lisbona) e già prima dall'art. 6.3 TUE (versione Amsterdam)). Non è un caso che, in un passaggio della sua pronuncia, la Corte sostenga che «nel contesto della storia costituzionale austriaca, la legge sull'abolizione della nobiltà può, in quanto elemento dell'identità nazionale, entrare in linea di conto nel bilanciamento di legittimi interessi con il diritto di libera circolazione delle persone riconosciuto dalle norme dell'Unione» (ma per un approccio non molto dissimile v. già M. Hilf, *Europäische Union und nationale Identität der Mitgliedstaaten*, in *Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz*, a cura di A. Randelzhofer, R. Scholz, D. Wilke, München, 1995, 157 ss.). È evidente, pertanto, che le due posizioni restano inconciliabili. Ritenerne, infatti, che il rispetto dell'identità costituzionale costituisca un limite di carattere esterno al processo di integrazione, significa anche qualificare detto limite come *assoluto* e non ammettere, dunque, alcun bilanciamento tra gli opposti interessi in gioco: tra quanto, cioè, lo Stato membro ritiene di dover *idealmente* opporre al processo di integrazione e i concreti interessi che, tutelati in sede europea, reclamano soddisfazione dinanzi al giudice nazionale. Ritenerne, invece, che l'identità possa «entrare in linea di conto nel bilanciamento di legittimi interessi con il diritto di libera circolazione delle persone» significa considerare detto limite come *relativo* e non consentire che lo Stato membro, in una prospettiva di alterità o di separazione rispetto al processo di integrazione, possa valutare unilateralmente se un dato principio o istituto del suo ordinamento giuridico si concreti in un elemento della sua identità costituzionale.

## **Il caso Sayn-Wittgenstein: la Corte di giustizia traccia un modello di «controlimiti europeizzati»?**

di *Pietro Faraguna*

Con la sentenza 22 dicembre 2010 (causa C-208/09) la Seconda Sezione della Corte di giustizia ha offerto alcuni chiarimenti significativi in tema di gestione procedimentale dell'applicazione dei c.d. controlimiti. La questione origina da una vicenda relativa all'utilizzo, attraverso i confini degli Stati membri, di cognomi che contengano particelle nobiliari: il fatto che la legge austriaca sulla «abolizione della nobiltà, degli ordini seco-

lari di cavalieri e dame e di determinati titoli e dignità» – che impediva alla ricorrente Frau Ilonka di giovare delle particelle onomastiche *Fürstin von*, anteposte al cognome Sayn-Wittgenstein – fosse dotata di forza costituzionale, rende la vicenda degna di un certo interesse. La Corte di giustizia si trovava, infatti, apparentemente di fronte a un caso in cui l'applicazione di una normativa nazionale (in questo caso, costituzionale) aveva l'effetto di imporre a un cittadino di uno Stato membro di utilizzare cognomi diversi in due Stati membri differenti, configurando una situazione nella quale la Corte aveva già riconosciuto una lesione della libertà di circolazione dei cittadini europei (sentenza *Grunkin-Paul*, e già *Konstantinidis* e *Garcia Avello*). La soluzione della Corte di giustizia nel caso qui commentato è stata invece nel senso di riconoscere che l'art. 21 TFUE non osta a che le autorità di uno Stato membro possano rifiutare di riconoscere il cognome nell'intera formulazione per il fatto che comprende un titolo nobiliare non consentito in uno Stato in base al diritto costituzionale interno. In questi termini la pronuncia della Corte potrebbe sembrare una resa incondizionata alle ragioni costituzionali interne di uno Stato membro, ma la lettura delle motivazioni conduce a qualche ulteriore e ben diversa considerazione.

La questione merita infatti un certo interesse non solo perché le norme statali coinvolte sono di diretta derivazione costituzionale, ma anche perché delle stesse norme potrebbe intendersi un legame – quantomeno storico – con la forma repubblicana dello Stato austriaco. Si staglia quindi sullo sfondo della vicenda la figura dei controlimiti, evocati indirettamente dalle osservazioni presentate dal Governo austriaco, secondo il quale le disposizioni in questione, «pur non essendo parte integrante del principio repubblicano», comunque «mirano a salvaguardare l'identità costituzionale della Repubblica austriaca» (punto 74 della sentenza). La Corte di giustizia si trova quindi alle prese con l'interpretazione – dalla prospettiva europea – del problema della tutela dell'identità nazionale, come riconfigurata a livello europeo dopo la c.d. europeizzazione dei controlimiti, disposta dall'art. 4, n. 2, TUE («L'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale»). Vi erano, d'altra parte, diverse circostanze che rendevano agevole il percorso della Corte verso l'esito a cui è giunta, che vanta l'indubbio pregio di disinnescare in radice un eventuale conflitto con le autorità giurisdizionali austriache sull'interpretazione del legame che la legge in questione intrattiene con gli elementi fondativi dell'ordinamento costituzionale dello Stato membro. Tra queste ragioni si possono includere la circostanza per la quale l'uso del nome in questione, pur avvenuto in buona fede, era tuttavia fondato su un'errata base giuridica, poiché fin dal primo momento la legge applicabile agli aspetti disciplinanti il nome dell'adottato avrebbe dovuto essere quella dello Stato di cittadinanza, ovvero la legge austriaca che vietava l'uso del prefisso *Fürstin von* (58). Pertanto, la rettificazione del cognome iscritto nei registri austriaci – a differenza del caso citato *Grunkin-Paul* – non comportava l'iscrizione di cognomi divergenti nei registri di stato civile di diversi Stati membri. L'interesse tutelato era quindi tutt'al più il legittimo affidamento, per un lasso di tempo significativo, del nome *Fürstin von Sayn-Wittgenstein* da parte di Frau Ilonka.

Di fronte a questi elementi, che sembravano poter suggerire un approccio minimalista, sono quindi ancor più significative le considerazioni di carattere generale che la Corte svolge, pur nei limiti dello stile narrativo che le è proprio. La questione viene espressamente formulata nei termini di un bilanciamento (*Abwägung* anche nella versione tedesca, lingua processuale della causa): in un piatto della bilancia le ragioni fondate sul diritto dell'Unione (nel caso, la libera circolazione delle persone), nell'altro le ragioni legate all'identità nazionale dello Stato membro («nel contesto della storia costituzionale austriaca, la legge sull'abolizione della nobiltà può, in quanto elemento dell'identità nazionale, entrare in linea di conto nel bilanciamento di legittimi interessi con il diritto di libera circolazione delle persone», 83). Il primo punto degno di attenzione è il fatto stesso che la Corte affermi la necessità di valutare se una normativa, pur attuativa dell'identità costituzionale di uno Stato membro, non sia sproporzionata rispetto agli obiettivi costituzionali che persegue (93). Ciò presuppone innanzitutto l'affermazione, priva di reticenze, della competenza della Corte a interpretare ciò che debba intendersi per «identità costituzionale degli Stati membri». Quindi la Corte, non diversamente dalle altre deroghe alle libertà garantite dai Trattati, afferma altresì la necessità di valutare che queste, anche se giustificate da un'applicazione del limite dell'ordine pubblico (nozione che può «variare da uno Stato membro all'altro e da un'epoca all'altra», 87), non vadano in ogni caso oltre a quanto è necessario per garantire la realizzazione (in questo caso) dell'obiettivo costituzionale fondamentale perseguito (93).

Un secondo motivo di attenzione emerge seguendo le tracce del bilanciamento disegnato dalla Corte nel corso delle righe della sentenza. La ricostruzione geometrica si confonde infatti ben presto nel corso delle motivazioni, nella misura in cui i contenuti dei piatti della bilancia vengono rimescolati, fino a perdere l'originaria etichetta: la legge costituzionale austriaca viene infatti valorizzata nella sua *ratio* di tutela del principio d'eguaglianza (in questo caso, peraltro, eguaglianza fra i cittadini austriaci!), e sintonizzata quindi sugli obiettivi perseguiti dallo stesso diritto dell'Unione, attraverso i suoi principi generali e l'art. 20 della Carta dei diritti (89). Inoltre tramite il riferimento all'art. 4, n. 2, TUE (rispetto dell'identità nazionale degli Stati membri), la Corte sembra portare nel piatto «comunitario» della bilancia ciò che inizialmente stava nel piatto «statale». Per quanto la bozza procedimentale di gestione dei controllimiti che sembra potersi desumere dalle indicazioni della Corte potrebbe sembrare inadeguata (almeno a chi guardi la vicenda dalla prospettiva del diritto costituzionale), deve riconoscersi che la Corte di giustizia non pare avere alternative realisticamente percorribili. Una soluzione più adeguata dovrebbe infatti farsi carico di evitare un esautoramento della *voice* – per dirla con A.O. Hirschman – delle Corti costituzionali degli Stati coinvolti: chi meglio potrebbe misurare il legame delle norme coinvolte con l'identità costituzionale, se non addirittura – per usare il lessico del bilanciamento di Robert Alexy – il «grado di non realizzazione o di violazione» dei principi coinvolti? È difficile infatti non riconoscere che il fatto che lo Stato membro coinvolto possa, allo stato dell'arte, esprimersi soltanto attraverso le osservazioni presentate alla Corte dal Governo, produca l'effetto – a dir poco anomalo – di affidare all'Esecutivo la tutela del nucleo duro della Costituzione, ov-

vero la sua essenza anti-maggioritaria. Va detto anche che il coinvolgimento delle Corti costituzionali, che porrebbe rimedio a questo paradosso, non sembra attivabile dall'alto, semplicemente perché manca uno strumento processuale idoneo, ossia una sorta di rinvio pregiudiziale discendente, che pure la dottrina ha dubitativamente ipotizzato (A. Ruggeri, *Sistema integrato di fonti, tecniche interpretative, tutela dei diritti fondamentali*, in *Pol. del Dir.*, 2010, 21). Per un altro verso, si può ipotizzare che la soluzione più idonea potrebbe passare attraverso la decisione delle Corti nazionali di ultima istanza di non promuovere il rinvio pregiudiziale laddove siano coinvolti principi che forgianno l'identità nazionale. Tale *escamotage* è però palesemente impercorribile. Ciò sia in virtù di ragioni di diritto dell'Unione (si pensi alla giurisprudenza *Köbler*, C-224/01, sent. 30 settembre 2003), arricchite dal fatto che con il Trattato di Lisbona l'eventuale conflitto tra norme statali – espressive dell'identità nazionale – e norme di diritto dell'Unione, possono oggi assumere una doppia veste: quella del rinvio pregiudiziale di interpretazione, nella parte in cui si chiede di verificare se la libertà garantita dal Trattato osti all'applicazione della normativa nazionale, e quella del rinvio pregiudiziale di validità, nella parte in cui la lesione dell'identità costituzionale, attraverso l'art. 4, n. 2 TUE, potrebbe essere motivo di invalidità della norma di diritto dell'Unione. Come se non bastasse, auspicare che le Corti di ultima istanza si astengano dal coinvolgere la Corte di giustizia, nel caso in cui siano coinvolte norme espressive dell'identità nazionale, pare una strada impedita – nell'ordinamento italiano – anche da ragioni di ordine costituzionale interno: la Corte costituzionale ha infatti già da tempo risolto la c.d. doppia pregiudizialità nel senso di dare «priorità logica e giuridica» al rinvio pregiudiziale. Di fronte a queste strade chiuse, l'unica aperta sembra quella volta a valorizzare lo strumento, già da tempo disponibile, che determina un coinvolgimento dal basso degli attori costituzionali coinvolti: le stessi Corti costituzionali, piuttosto di rimanere ferme nella loro opzione verso l'*exit*, potrebbero essere forse indotte da questo modello procedimentale a superare le ultime reticenze a promuovere il rinvio pregiudiziale, almeno laddove si corra il rischio che l'identità costituzionale dello Stato membro di cui all'art. 4, n. 2, TUE venga misurata dalla Corte di giustizia senza curarsi della loro posizione sul punto.

## **È legittimo sanzionare penalmente la permanenza irregolare dello straniero?**

di *Andrea Rovagnati*

Lo scorso 28 aprile la Corte di giustizia dell'Unione europea si è pronunciata su una questione pregiudiziale avente ad oggetto l'interpretazione di talune disposizioni della direttiva 2008/115/CE, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare. L'organo cui compete ultimamente il compito di assicurare il rispetto del diritto nell'applicazione e nell'interpretazione dei Trattati e degli atti normativi derivati, era stato interpellato da un organo giurisdizionale italiano nel corso di un giudizio di appello contro la decisione di

condanna alla pena di un anno di reclusione comminata in primo grado ad uno straniero che, avendo violato l'ordine di allontanamento dal territorio italiano entro 5 giorni che era stato emesso all'atto della scarcerazione per fine pena irrogatagli per reati in materia di stupefacenti, era stato giudicato colpevole per avere commesso il reato di permanenza illegale nel territorio dello Stato di cui all'art. 14, comma 5-ter del d.lgs. n. 286 del 1998. Più precisamente, la Corte di appello di Trento aveva chiesto alla Corte di giustizia di pronunciarsi – in via d'urgenza, ai sensi dell'art. 104 ter del Regolamento della Corte – in merito alla questione se la direttiva 2008/115/CE, non trasposta dallo Stato italiano entro il termine prescritto, ostasse a un duplice risultato, ossia: «alla possibilità che venga sanzionata penalmente la violazione di un passaggio intermedio della procedura amministrativa di rimpatrio, prima che essa sia completata con il ricorso al massimo rigore coercitivo ancora possibile amministrativamente», nonché «alla possibilità che venga punita con la reclusione sino a quattro anni la mera mancata cooperazione dell'interessato alla procedura di espulsione, ed in particolare l'ipotesi di inosservanza al primo ordine di allontanamento emanato dall'autorità amministrativa». Per comprendere meglio il senso di tali richieste pare utile ricordare il quadro normativo che avrebbe caratterizzato, secondo la ricostruzione del giudice *a quo*, la disciplina delle espulsioni degli stranieri irregolarmente presenti sul territorio dello Stato italiano in casi simili a quello sottoposto al suo giudizio. Stando all'ordinanza pronunciata dalla Corte di appello di Trento, la direttiva 2008/115/CE avrebbe previsto una procedura amministrativa di espulsione che, in determinate circostanze (ricorrenti nel caso di specie), avrebbe consentito l'adozione di un provvedimento di allontanamento dello straniero, nei cui confronti fosse stata adottata una decisione di rimpatrio, in luogo della intimazione di partenza volontaria (art. 7, paragrafo 4 e art. 8). A giudizio del giudice rimettente, inoltre, la direttiva in esame avrebbe imposto agli Stati membri incapaci di effettuare immediatamente l'allontanamento, pur ricorrendone i presupposti, di trattenere lo straniero presso centri di permanenza temporanea ovvero, ove ciò non fosse possibile, in istituti penitenziari, alle condizioni e nei limiti espressamente previsti (art. 15 e art. 16). Secondo la Corte di appello di Trento, il d.lgs. n. 286 del 1998, in contrasto con quanto disposto da previsioni considerate dotate di effetto diretto, avrebbe consentito di adottare un ordine di allontanamento volontario (art. 14, comma 5-bis) e di sanzionare penalmente l'eventuale sua violazione ad opera dello straniero (art. 14, comma 5-ter già citato).

Non interessa in questa sede valutare nel merito le questioni sottoposte alla Corte di giustizia, né gli assunti interpretativi sui quali esse si fondano, e neppure la decisione accolta dai giudici lussemburghesi (causa C-61/II PPU). Piuttosto, la vicenda ora ricordata costituisce l'occasione per tornare a riflettere sulla fisionomia che il sistema giurisdizionale nazionale assume quando esso deve operare in ambiti attratti nell'orbita dell'ordinamento dell'Unione europea, nonché sulle criticità che lo attraversano. È noto che, nel corso degli anni, la Corte di giustizia e la Corte costituzionale hanno definito i principi destinati a disciplinare i rapporti tra fonti europee e fonti interne, nonché i loro corollari processuali. La giurisprudenza sviluppata dalle due Corti impone agli organi giurisdizionali italiani, tra l'altro, di interpretare le disposizioni nazionali attribuendo ad esse signi-

ficati conformi alle norme ricavabili da disposizioni europee; di assicurare la prevalenza delle norme europee sulle norme interne contrastanti, perlomeno quando e nei limiti in cui le prime siano ricavate da disposizioni dei Trattati, dei regolamenti e delle direttive dotate di effetto diretto, non applicando le norme nazionali; di procedere nel medesimo modo nei casi in cui vi sia un contrasto tra norme europee dotate di effetto incidentale e norme interne; di garantire la prevalenza delle norme europee prive di effetto diretto o di effetto incidentale sulle norme interne contrastanti, cercando una declaratoria di illegittimità costituzionale delle seconde ad opera della Corte costituzionale. Si tratta di principi che, al di là della loro chiara e costante enunciazione, non sono privi di criticità già a livello teorico. Ma è al livello della loro concreta applicazione dove essi si rivelano assai problematici, mostrandosi inidonei a guidare in modo inequivocabile l'opera di interpretazione del dettato normativo svolta dai giudici. Ciò con rilevanti conseguenze non solo in termini di (in)certezza del diritto e di (dis)eguaglianza nel godimento dei diritti, ma anche in termini di (dis)equilibri nei rapporti tra poteri.

La vicenda riguardante la disciplina del rimpatrio di cittadini di Stati terzi irregolari è se non sintomatica, quanto meno indicativa degli inconvenienti evidenziati. La mancata attuazione legislativa della direttiva nei termini prescritti ha posto sulle spalle delle autorità giudiziarie – nazionali e sovranazionali – la responsabilità di scegliere se e come armonizzare la normativa interna e quella europea. I contenuti elastici dei principi sopra richiamati hanno consentito a livello interno l'adozione di soluzioni diverse, talvolta addirittura opposte: taluni magistrati, dopo avere riconosciuto effetto diretto alle disposizioni della direttiva non trasposta dallo Stato italiano, hanno disapplicato l'art. 14, comma 5-ter dal Testo unico giudicandolo incompatibile con quelle; altri, pur muovendo da identiche premesse sulla natura delle norme europee, hanno considerato corretto disapplicare incidentalmente i provvedimenti amministrativi presupposti dalla norma penale incriminatrice suddetta, purché adottati successivamente alla scadenza del termine di trasposizione della direttiva; altri hanno giudicato che tale soluzione fosse consentita anche nei confronti di provvedimenti amministrativi assunti antecedentemente a tale termine; altri ancora non hanno riconosciuto effetto diretto alle previsioni della direttiva, continuando pertanto ad applicare la disciplina normativa interna così come essa era stata generalmente intesa prima della scadenza del termine di trasposizione della direttiva; come si è detto, altri, e tra questi – recentissimamente – anche la Corte di cassazione, hanno chiesto alla Corte di giustizia chiarimenti sulla natura delle norme della direttiva (le decisioni degli organi giudicanti, così come le determinazioni assunte da talune Procure generali della Repubblica, possono essere consultate su [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)).

La pluralità di orientamenti registrati – similmente a quanto accaduto in sede di applicazione dell'art. 14, comma 5-quater del TU, il quale prevede la pena della reclusione da uno a cinque anni per lo straniero che continui a permanere illegalmente nel territorio dello Stato, in violazione di un nuovo ordine di allontanamento di cui all'art. 14, comma 5-bis che sia stato assunto per dare esecuzione a un nuovo provvedimento di espulsione emesso nei suoi confronti, ai sensi dell'art. 14, comma 5-ter – ha concorso a mettere in crisi, nella materia *de qua*, il principio della certezza del diritto; ha segnato l'operare di



discriminazioni nella applicazione del diritto tra cittadini che si trovavano in situazioni analoghe; ha spostato sul Giudiziario scelte che tradizionalmente sono – e che verosimilmente si vuole che continuino ad essere – in prima e in ultima battuta di competenza degli organi titolari di indirizzo politico.

Se si considera quanto sin qui detto, non si può non salutare con favore la pronuncia della Corte avente sede in Lussemburgo, che ha indicato ai giudici italiani di disapplicare l'art. 14, comma 5-ter in ragione della sua incompatibilità, con norme dotate di effetto diretto della direttiva 2008/115/CE. Ci sia consentito tuttavia di fare un'osservazione finale. Avrebbe probabilmente ragione chi osservasse che le descritte implicazioni negative non si sarebbero avute se l'Italia avesse dato tempestiva e piena attuazione alla direttiva, costituendo l'effetto diretto un principio formulato per rimediare alle gravi conseguenze, precisamente in tema di certezza del diritto ed uguaglianza dei diritti, generate dalla eventuale renitenza degli Stati membri ad adempiere gli obblighi stabiliti dal diritto europeo. E tuttavia, chiunque sia favorevole a un ordinamento che ambisca a chiamarsi ancora «stato di diritto», non può non guardare con preoccupazione a principi, come quelli elaborati dalla Corte di giustizia ed avallati dalla Corte costituzionale, che paradossalmente contribuiscono alla frantumazione della normazione prodotta a livello giurisprudenziale in una pluralità caotica di diversi indirizzi, almeno sino all'intervento auspicabilmente chiarificatore del supremo organo giurisdizionale europeo. Né può astenersi dal continuare a domandarsi se il difetto stia nel riconoscimento dei principi, nelle caratteristiche del sistema giurisdizionale integrato (statuale e sovranazionale) che se ne avvale, o nell'uno e nelle altre insieme.

## **Il servizio giuridico del Consiglio dell'Unione europea**

di *Jean-Claude Piris*

Il Consiglio europeo è formato dai Capi di Stato e di Governo dei paesi membri dell'Unione europea, cui si aggiungono il Presidente, ora stabile, dello stesso Consiglio e il Presidente della Commissione. Tale organo fornisce all'Unione gli impulsi necessari al suo sviluppo e ne definisce gli orientamenti e le priorità politiche generali. Il Consiglio dell'Unione europea si compone invece dei ministri dei ventisette Stati membri, incaricati di rappresentare i propri Governi. Gli atti normativi dell'Unione europea vengono adottati dal Consiglio, su proposta della Commissione, in molti casi anche attraverso il coinvolgimento del Parlamento europeo. In materia di politica estera e sicurezza comune (PESC), in cui è richiesta la stipulazione di accordi e trattati internazionali, il Consiglio europeo e il Consiglio dell'Unione europea ricoprono il ruolo di maggiore responsabilità.

Il principio del primato, la diretta applicabilità e l'effetto diretto del diritto dell'Unione europea, il carattere ufficiale di ciascuna delle ventitre lingue dell'Unione, il controllo di legittimità da parte della Corte di Giustizia – adita direttamente oppure tramite rinvio pregiudiziale – su ciascun atto normativo dell'Unione europea così come su qualsiasi trat-

tato internazionale, sono tutti elementi che rendono necessaria, per il Consiglio europeo e per il Consiglio dell'Unione europea, la presenza di un Servizio giuridico indipendente, che li assista nel rispetto della normativa dell'Unione, li rappresenti nel caso di controversie di fronte alla Corte di Giustizia e li coadiuvi nel mantenimento e nel miglioramento della qualità della legislazione

Dal punto di vista amministrativo, il Servizio giuridico fa parte del Segretariato Generale del Consiglio, tuttavia esso fornisce i propri pareri al Consiglio europeo, al Consiglio dell'Unione europea e alle loro rispettive articolazioni in totale indipendenza. Il Servizio giuridico è guidato da un Direttore Generale, che è anche il Consigliere giuridico (c.d. *Legal Counsel*) del Consiglio europeo e del Consiglio dell'Unione europea. L'organo si compone di circa trecento funzionari, tra cui centocinquanta giuristi che lavorano in sette diverse direzioni, in ognuna delle quali è assicurata la rappresentanza di ciascuno Stato membro. Di questi, circa cinquanta (c.d. *Legal Advisors*) sono incaricati di fornire pareri giuridici al Consiglio e alle sue diverse articolazioni nonché di rappresentare il Consiglio stesso nelle controversie di fronte agli organi giurisdizionali dell'Unione. Le prime sei direzioni esercitano rispettivamente le seguenti competenze: (I): mercato interno, energia, trasporti, ambiente; (II): affari sociali, ricerca, telecomunicazioni; (III): pesca e agricoltura, unione economica e monetaria, tasse, libera circolazione dei capitali e fondi strutturali; (IV): relazioni esterne, politica estera e sicurezza comune (PESC), cooperazione e sviluppo, politica commerciale e allargamento; (V): affari istituzionali, economici e amministrativi; (VI): giustizia e affari interni. La settima direzione, denominata direzione per la qualità della legislazione, è la numericamente più consistente, con ben cento effettivi (c.d. *Lawyers Linguists*)

Tutte le riunioni del Consiglio europeo, del Consiglio dell'Unione europea e del Comitato dei rappresentanti permanenti (COREPER) sono seguite personalmente dal Consigliere giuridico o da un Direttore del Servizio giuridico, mentre ai gruppi di lavoro ed ai comitati istituiti in seno al Consiglio l'assistenza giuridica è di norma garantita da un rappresentante del Servizio. Il ruolo di consulenza del Servizio giuridico consiste essenzialmente nel rendere pareri, oralmente oppure per iscritto, su qualsiasi questione emersa nel corso della seduta. Il Servizio giuridico ha inoltre la facoltà, anche di sua iniziativa, di attirare l'attenzione del Consiglio su particolari questioni. I suoi rappresentanti possono quindi intervenire durante ogni seduta per esprimere l'opinione del Servizio e suggerire la soluzione legalmente e politicamente più idonea nel caso concreto. I pareri del Servizio giuridico possono riguardare anche la corretta individuazione da parte della Commissione europea della base giuridica prevista dai Trattati per l'adozione di un futuro atto legislativo o per la stipulazione di un accordo internazionale, oppure la conformità alle previsioni, presenti in altri atti dell'Unione europea o nei Trattati internazionali, delle disposizioni contenute in una proposta normativa (inclusa la conformità ai principi di attribuzione delle competenze, di sussidiarietà e di proporzionalità), oppure ancora possono concernere le modalità con cui una proposta può essere modificata per raggiungere correttamente gli obiettivi politici del Consiglio. Il Servizio giuridico deve inoltre controllare che la motivazione dell'atto sia adeguatamente prevista nel suo preambolo (c.d. «considerando»). Il

mancato rispetto di questi presupposti (base giuridica, conformità ai principi dell'ordinamento internazionale e dell'Unione europea, obbligo di motivazione) può infatti condurre all'annullamento degli atti del Consiglio da parte della Corte di Giustizia.

Il Servizio giuridico può inoltre esprimere pareri in conformità con il Regolamento interno del Consiglio, per esempio verificando se un punto sia stato inserito entro i termini nell'ordine del giorno provvisorio, o controllando il rispetto dei *quorum* necessari per l'adozione di un atto o delle regole in merito alla pubblicità dei lavori del Consiglio, o ancora verificando la possibilità di adottare determinati atti secondo procedure scritte, oppure suggerendo la corretta interpretazione del Regolamento finanziario, delle norme in materia di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione e di accesso ai documenti, ecc. Il Servizio giuridico fornisce inoltre pareri interni allo stesso Segretariato Generale su questioni di natura amministrativo-contabile quali l'applicazione dello Statuto dei funzionari e l'interpretazione dello Statuto finanziario, esaminando anche i contratti stipulati per l'acquisto di beni immobili, mobili e di servizi. Non ultimo, il Servizio giuridico ha prestato la propria assistenza legale nell'ambito delle Conferenze intergovernative per la negoziazione dei Trattati dell'Unione europea, nel 1991 (per il Trattato di Maastricht), nel 1996 (per il Trattato di Amsterdam), nel 2000 (per il Trattato di Nizza), nel 2003 (per il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa) e nel 2007 (per il Trattato di Lisbona). I pareri e i contributi scritti del Servizio giuridico si configurano come atti autonomi del Consiglio, essi vengono tradotti in tutte le lingue ufficiali dell'Unione europea e poi trasmessi a tutti i suoi membri.

La trattazione delle controversie dinanzi alla Corte di Giustizia, al Tribunale e al Tribunale della Funzione Pubblica impegna almeno un terzo dell'attività del Servizio giuridico del Consiglio, sebbene questa proporzione possa variare nel tempo e da un settore all'altro della legislazione. Questo tipo di competenza comporta quasi sempre la difesa tecnica del Consiglio nelle ipotesi di ricorsi di annullamento, di dichiarazione di illegittimità degli atti o di richieste di risarcimento danni. Due o a volte tre membri del Servizio giuridico vengono incaricati dal Direttore Generale di rappresentare il Consiglio nei singoli procedimenti, scegliendo ad esempio un giurista del Servizio competente nella materia oggetto della controversia che, se necessario, può essere affiancato da un altro giurista che conosca fluentemente la lingua in cui viene discusso il caso. Nella maggior parte dei casi il Consiglio si aggiudica le controversie promosse nei suoi confronti. Quando risulta soccombente, esso deve assumere tutte le misure necessarie per conformarsi al giudizio della Corte, per esempio riadottando l'atto sulla base dei corretti presupposti giuridici oppure a seguito di una nuova consultazione del Parlamento europeo, o ancora eliminando le disposizioni ritenute illegittime.

Il Servizio giuridico assume anche un ruolo centrale nel mantenimento e nel miglioramento della qualità della legislazione europea, che deve risultare il più semplice, chiara e precisa possibile per tutti i suoi destinatari, siano essi istituzioni nazionali, imprese o singoli cittadini. Sulla base dell'accordo interistituzionale del dicembre 1998, che forniva le linee-guida per la qualità della legislazione comunitaria, i Servizi giuridici delle tre istituzioni (Parlamento europeo, Consiglio e Commissione) si riuniscono per sviluppare

e promuovere la qualità della legislazione con l'obiettivo di rendere gli atti normativi dell'Unione europea più chiari e precisi. A tal proposito, il Regolamento interno del Consiglio dell'Unione europea (art. 22) dispone che: «il servizio giuridico è incaricato di verificare, in tempo utile, la qualità redazionale delle proposte e dei progetti di atti e di formulare suggerimenti di carattere redazionale all'attenzione del Consiglio e dei suoi organi» Tale compito viene svolto dai giuristi del Servizio, oltre che dalla direzione per la qualità della legislazione, che seguono l'*iter* procedurale (spesso tortuoso) di tutte le proposte di atti normativi dell'Unione attraverso le diverse articolazioni del Consiglio. La direzione per la qualità della legislazione, composta all'incirca da cento giuristi linguisti (almeno quattro per ognuna delle ventitre lingue ufficiali dell'Unione europea), è responsabile della versione finale di ciascun atto normativo adottato dal Consiglio. Essa si occupa anche di controllare che l'atto in questione mantenga esattamente lo stesso significato in ogni versione linguistica, dal momento che ciascuna di queste è ugualmente ufficiale.

Traduzione a cura di Paolo Zicchittu