



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

Facoltà di Giurisprudenza

Pubblicazioni del Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale

DANIELE CAMONI

**DIRITTO ALL'ISTRUZIONE
E OPINIONI DISSENZIENTI
IN PROSPETTIVA COMPARATA**



G. Giappichelli Editore



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

Facoltà di Giurisprudenza

Pubblicazioni del Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale

Studi di diritto pubblico

107

La Collana “Pubblicazioni del Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale” dell’Università degli Studi di Milano raccoglie monografie e altri risultati inediti di ricerche, individuali e collettive, di studiosi che svolgono attività di studio e ricerca nel Dipartimento.

Essa comprende Studi di Diritto costituzionale, di Diritto amministrativo, di Diritto internazionale ed europeo, di Diritto processuale civile, di Diritto comparato, di Storia del diritto, di Politica economica.

La qualità scientifica delle pubblicazioni è assicurata da una procedura di c.d. double blind peer review ad opera di revisori esterni.

DANIELE CAMONI

DIRITTO ALL'ISTRUZIONE
E OPINIONI DISSENZIENTI
IN PROSPETTIVA COMPARATA



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2023 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 979-12-211-2928-1

ISBN/EAN 979-12-211-5148-0 (ebook - pdf)

Il volume è pubblicato con il fondo FJ_MONNET20ABARA_01 - We the Europeans: identity, citizenship and the future of the EU.

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

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

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

A papà, che mi guarda e mi guida da lassù.

A mamá, por todo.

INDICE

pag.

PARTE PRIMA TEORIA E PRASSI DELL'OPINIONE DISSENZIENTE

CAPITOLO 1

OPINIONE DISSENZIENTE E DIRITTO ALL'ISTRUZIONE. BREVI QUESTIONI DI METODO E CONTENUTO

1. Perché comparare. La comparazione tra metodo interpretativo e merito dei diritti soggettivi 3
2. Cosa comparare. I conflitti sul diritto all'istruzione in prospettiva comparata 13
3. Come comparare. Il diritto sostanziale all'istruzione attraverso il prisma dell'opinione dissenziente 22

CAPITOLO 2

L'OPINIONE DISSENZIENTE NEL DIRITTO COMPARATO. PROFILI ISTITUZIONALI

1. La *dissenting opinion* nella Corte Suprema degli Stati Uniti 27
2. Breve storia del *voto particular* in Spagna, con particolare attenzione alla Costituzione del 1978 e al *Tribunal Constitucional* 43

	<i>pag.</i>
3. Tribunali internazionali e opinioni dissenzienti: alcuni spunti	57
4. Considerazioni sul dissenso giudiziario nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo	61
5. Il (non) <i>dissent</i> presso la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ed il ruolo dell'Avvocato Generale	69

PARTE SECONDA

DIRITTO ALL'ISTRUZIONE E OPINIONI DISSENZIENTI NELLA GIURISPRUDENZA COMPARATA

CAPITOLO 1

IL DIRITTO ALL'ISTRUZIONE DI FRONTE ALLE MINORANZE

1. Istruzione e minoranze linguistiche in Spagna. Una premessa costituzionale	77
2. L'eterna controversia della <i>inmersión lingüística</i> in Catalogna e il paradosso della "maggioranza minoritaria" castigliana	81
3. Istruzione e minoranze razziali negli Stati Uniti: le <i>affirmative actions</i> nel sistema educativo, tra pari opportunità e discriminazioni "al rovescio"	95
3.1. L'inizio di tutto. Il caso <i>Regents of the University of California v. Bakke</i>	96
3.2. Le <i>affirmative actions</i> attraverso la lente delle opinioni dissenzienti di <i>Justice</i> Thomas	103
3.3. Gli sviluppi successivi della giurisprudenza della Corte Suprema: da <i>Grutter v. Bollinger</i> a <i>Fisher v. University of Texas (Fisher II)</i> , passando per <i>Gratz v. Bollinger</i>	108
3.4. Postilla. Quale futuro per le <i>affirmative actions</i> "educative" negli Stati Uniti?	116
4. Diritto all'istruzione e minoranze davanti alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo	120

	<i>pag.</i>
4.1. I casi <i>D.H. v. Czech Republic</i> e <i>Orsus v. Croatia</i> e le opinioni dissenzienti, tra Sezioni semplici e Grande Camera	122
4.2. Il diritto di accesso all'istruzione delle persone con disabilità: i casi <i>Enver Sahin v. Turkey</i> e <i>G.L. c. Italie</i> e le corrispondenti opinioni separate	133

CAPITOLO 2

DIRITTO ALL'ISTRUZIONE
E PRINCIPIO DI UGUAGLIANZA.
IL CASO PARADIGMATICO
DELL'EDUCAZIONE DIFFERENZIATA PER SESSO

1. Costituzione e sistema educativo spagnolo	141
1.1. ¿ <i>Separados pero iguales?</i> La <i>educación diferenciada</i> in Spagna e la STC 31/2018 (prima parte, ovvero della legittimità teorica del modello educativo)	146
1.2. I <i>votos particulares</i> di Valdés Dal-Ré, Xiol Ríos e Balaguer Callejón	150
1.3. Per un dissenso personale ai <i>votos particulares</i> alla STC 31/2018	155
2. <i>Same-sex schools</i> e genere sessuale come elementi di discriminazione negli Stati Uniti?	161
2.1. Il caso <i>Mississippi University for Women v. Hogan</i> . Quando ad essere discriminato è l'uomo ...	162
2.2. Il caso <i>United States v. Virginia. We (military women) can do it, too!</i>	167
2.2.1. L'opinione concorrente del <i>Chief Justice</i> Rehnquist e la <i>dissenting opinion</i> di <i>Justice</i> Scalia	170
3. Un confronto giurisprudenziale tra Spagna e Stati Uniti in materia di educazione differenziata per sesso	176

CAPITOLO 3

LA DIMENSIONE EUROPEO-CONVENZIONALE
DEL RAPPORTO TRA ISTRUZIONE E RELIGIONE

1. L'uso "privato" del velo islamico nelle aule universitarie. Il caso <i>Leyla Sahin v. Turkey</i> e l'opinione dissenziente del Giudice Tulkens	181
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

	<i>pag.</i>
2. L'insegnamento di materie confessionalmente connotate e lo scontro tra maggioranza e minoranza in <i>Folgero v. Norway</i>	187
3. L'uso "pubblico" dei simboli religiosi e l'esposizione "scolastica" del crocifisso: dall'unanimità laicista di <i>Lautsi v. Italy (Lautsi I)</i> al <i>revirement</i> della Grande Camera (<i>Lautsi II</i>), con alcune opinioni separate sullo sfondo	191
4. Come applicare <i>Lautsi II</i> ? Il caso <i>Perovy v. Russia</i>	203
5. Il "diritto di educare" nelle organizzazioni di tendenza. Il caso <i>Fernández Martínez v. Spain</i>	208

CAPITOLO 4

IL FINANZIAMENTO PUBBLICO DEI SISTEMI EDUCATIVI "DIFFERENZIATI", TRA SPAGNA E STATI UNITI: FACOLTÀ, DIRITTO O PRIVILEGIO?

1. Premessa	219
2. Il finanziamento della <i>educación diferenciada</i> spagnola, tra facoltà legislativa e diritto soggettivo: la STC 31/2018 (seconda parte)	220
2.1. I <i>votos particulares discrepantes</i> di Roca Trías e Balaguer Callejón	224
2.2. La STC 74/2018 quale indice di continuità (e rafforzamento?) rispetto alla STC 31/2018	227
2.3. Il <i>voto particular discrepantes</i> di Valdés Dal-Ré e Balaguer Callejón	228
3. Finanziamenti, benefici fiscali e scuole religiose negli Stati Uniti, tra <i>Establishment Clause</i> e <i>Free Exercise Clause</i>	233
3.1. Una breve premessa: <i>Everson v. Board of Education</i>	235
3.2. L'opzione contraria al finanziamento. Casistica giurisprudenziale e ricostruzione critica attraverso alcune <i>dissenting opinions</i>	238
3.3. L'opzione favorevole al finanziamento: la svolta di <i>Mueller v. Allen</i>	243
3.4. Due casi (affini?) con soluzioni diverse: <i>Locke v. Davey</i> ...	250
3.4.1. L'opinione dissenziente di <i>Justice</i> Scalia	252
3.5. ... e <i>Espinoza v. Montana Department of Revenue</i>	253
3.5.1. L'opinione dissenziente di <i>Justice</i> Breyer	258
3.6. Una annotazione conclusiva (e definitiva?)	260

	<i>pag.</i>
<i>Conclusioni. Le opinioni separate tra estensione e restrizione dei diritti fondamentali</i>	265
<i>Bibliografia</i>	279

PARTE PRIMA
TEORIA E PRASSI
DELL'OPINIONE DISSENZIENTE

CAPITOLO 1

OPINIONE DISSENZIENTE
E DIRITTO ALL'ISTRUZIONE.
BREVI QUESTIONI DI METODO E CONTENUTO

SOMMARIO: 1. Perché comparare. La comparazione tra metodo interpretativo e merito dei diritti soggettivi. – 2. Cosa comparare. I conflitti sul diritto all'istruzione in prospettiva comparata. – 3. Come comparare. Il diritto sostanziale all'istruzione attraverso il prisma dell'opinione dissenziente.

1. *Perché comparare. La comparazione tra metodo interpretativo e merito dei diritti soggettivi.*

Dedicare un lavoro monografico ad alcuni sviluppi “sostanziali” dell’istituto processuale dell’opinione dissenziente¹ – in sintesi, l’evoluzione

¹Secondo H. CAMPBELL BLACK, *Black's Law Dictionary*, 4^a ed., West Pub. Co., St. Paul, 1968, p. 559, il termine *dissent* «is most commonly used to denote the explicit disagreement of one or more judges of a court with the decision passed by the majority», mentre «a concurring opinion is one filed by one of the judges or justices, in which he agrees with the conclusions or the result of another opinion filed in the case (which may be either the opinion of the court or a dissenting opinion) though he states separately his views of the case or his reasons for so concurring» (*ivi*, p. 363). Ai fini del presente lavoro, quando si farà riferimento alla categoria dell’opinione dissenziente *tout court* – o a formule generali analoghe (opinione non maggioritaria, opinione di minoranza, opinione separata) – senza ulteriori specificazioni, si alluderà ad uno “scostamento” dalla soluzione della maggioranza in termini generali e riferibile ad entrambe le categorie. In fondo, anche l’opinione concorrente rivela un grado di dissenso rispetto alle argomentazioni della maggioranza o all’esigenza di aggiungere qualcosa rispetto a quanto essa non ha detto.

ed i contrasti giurisprudenziali sorti all'interno delle Corti costituzionali e/o Supreme di Spagna e Stati Uniti, nonché nel contesto sovranazionale della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, in materia di diritto all'istruzione – rappresenta una “sfida nella sfida”, nella quale alla complessità preliminare delle sfaccettature istituzionali si aggiunge la delicatezza dell'analisi comparata del diritto soggettivo interessato.

Provando ad applicare l'insegnamento di de Vergottini sulla corretta metodologia della comparazione giuridica nel terreno del diritto costituzionale², tre sono gli indici strutturali da tenere in considerazione: «perché comparare (problema della funzione); cosa comparare (problema dell'oggetto); come comparare (problema del metodo)»³.

Occorre premettere che il tema delle opinioni di minoranza è stato analizzato dalla dottrina soprattutto in una prospettiva istituzionale, volta a coglierne nascita, sviluppi ed effetti in relazione agli organi giurisdizionali di riferimento ed alle tecniche interpretative impiegate, nonché in ordine alle declinazioni di tale poliedrico strumento con le funzioni dei diversi poteri dello Stato⁴.

² Sulla comparazione come (quinto) metodo interpretativo, cfr. per tutti P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, Duncker & Humblot, Berlin, 1998, p. 164 ss.

³ G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, 8ª ed., vol. I, CEDAM, Padova, 2011, p. 3. In parallelo, seguendo altresì la lezione di L.-J. CONSTANTINESCO, *Il metodo comparativo*, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 114-115, si prenderanno le mosse dalla regola generale che «esige che lo studioso esamini il termine attraverso le fonti, gli strumenti, lo spirito e la prospettiva dell'ordinamento del quale esso fa parte», per poi declinare la stessa attraverso le cinque regole metodologiche ivi indicate: «la prima prescrive di esaminare il termine da comparare così com'è. La seconda impone di analizzare tale fattore nell'ambito delle sue fonti originarie. La terza richiede di studiare questo dato nella complessità e nella totalità delle fonti che, nel relativo diritto, concorrono a formulare, precisare, interpretare e applicare la regola giuridica. La quarta ingiunge di rispettare la gerarchia delle fonti dell'ordinamento del quale il termine fa parte. La quinta impone di utilizzare, nell'interpretazione di tale elemento, non il metodo ermeneutico praticato nell'ordinamento del comparatista, ma quello impiegato nel diritto al quale il termine appartiene».

⁴ Per alcune ricostruzioni comparate sull'argomento, si vedano, tra le più recenti, K. KELEMEN, *Judicial Dissent in European Constitutional Courts. A Comparative and Legal Perspective*, Routledge, London, 2019; E. FERIOLI, *Dissenso e dialogo nella giustizia costituzionale*, Wolters Kluwer-CEDAM, Milano-Padova, 2018; A. DI MARTINO, *Le opi-*

Non sarà quindi ripreso il dibattito “di principio” tra argomentazioni favorevoli – dominanti, a parere di chi scrive – e contrarie al dissenso giudiziario, limitandoci a ricordare che «in materia non si possono formulare opzioni valide in assoluto, senza verificare, caso per caso, alla luce delle particolari condizioni di un determinato ordinamento, se i profili favorevoli possono prevalere sulle controindicazioni, se i pregi dell’istituto non corrono il rischio di essere annullate dai difetti»⁵.

Al contrario, il legame “di contenuto” dell’opinione separata con la macro-categoria dei diritti fondamentali (o con uno di essi volta a volta individuato)⁶ non è stato tradizionalmente approfondito in modo sistematico e “individualizzato” – guardando cioè alla configurazione ed evoluzione di uno o più diritti soggettivi attraverso la lente specifica del dissenso – con l’eccezione della pregevole ricostruzione (dottrinale ed empirica) di Cámara Villar sull’esegesi ed evoluzione giurisprudenziale dei *derechos fundamentales* riconosciuti nella Costituzione spagnola del 1978,

nioni dissenzienti dei giudici costituzionali. Uno studio comparativo, Jovene, Napoli, 2016; C. ASPRELLA, *L’opinione dissenziente del giudice*, Aracne, Roma, 2012 e W. MAJOR, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, Aix-en-Provence-Paris, 2005.

⁵G. ROLLA, *Indirizzo politico e Tribunale costituzionale in Spagna*, Jovene, Napoli, 1986, p. 146. Secondo W.J. BRENNAN, *In defense of dissents*, in *Hastings Law Journal*, 37, 1985, p. 429, «to explain why a dissenter holds out, we should examine some of the many different functions of dissents. Not only are all dissents not created equal, but they are not intended to be so. In other words, to answer ‘why write’, one must first define precisely what it is that is being written».

⁶Per una problematizzazione generale del tema, cfr. V. BALDINI (a cura di), *Cos’è un diritto fondamentale? Atti del Convegno annuale di Cassino, 10-11 giugno 2016*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017. Sulla natura “fondamentale” dei diritti attraverso la lente della comparazione giuridica, cfr. *ivi*, E. STRADELLA, *Primi spunti per una definizione della “fondamentalità” dei diritti nel diritto comparato*, p. 51 ss. Infine, per un inquadramento storico-comparato, si vedano P. RIDOLA, *Il principio libertà nello stato costituzionale. I diritti fondamentali in prospettiva storico-comparativa*, Giappichelli, Torino, 2018 e G.F. FERRARI, *Le libertà. Profili comparatistici*, Giappichelli, Torino, 2011, nonché, sul piano metodologico, L. PEGORARO, A. RINELLA, *Introduzione al diritto pubblico comparato. Metodologie di ricerca*, CEDAM, Padova, 2002, p. 169 ss. (Diritti e libertà fondamentali. Problemi definitori nel diritto comparato).

pur limitata al primo decennio di attività del *Tribunal Constitucional* (1981-1991)⁷.

In ogni caso, lo studio dell'opinione separata in relazione agli effetti procedurali – relativi alle ricadute sul funzionamento delle Corti interessate e sugli altri poteri statali – e, solo raramente, a quelli sostanziali, può essere “anticipata”, guardando (con prospettiva in parte diversa rispetto a quella abituale) alla stessa interpretazione intrinseca della natura del dissenso giudiziario.

Come è stato ricordato, «il dissenso, allora, non appare del tutto correttamente inteso, come problema di diritto costituzionale, quando lo si riduce a problema di giustizia costituzionale, che si incentra cioè intorno al se e al perché sia opportuno o meno introdurre il dissenso nelle decisioni della Corte costituzionale. Il dissenso interessa il diritto costituzionale perché è tema che investe le concezioni della Costituzione, della sua interpretazione, del suo rapporto con il complesso dell'esperienza del diritto»⁸.

Assumendo la piena validità di questa seconda dimensione, si ritiene che un'analisi dell'istituto della *dissenting opinion* da parte di alcune Corti “apicali” (a livello nazionale e sovranazionale) e che possa contribuire arricchire l'estesa produzione scientifica già pubblicata sull'argomento non può prescindere anche da un selettivo inquadramento “di merito”: quest'ultimo dovrà allora considerare in modo prevalente l'interpretazione ed applicazione dei diritti fondamentali – qui limitato al campo d'indagine della libertà di istruzione – attraverso il prisma delle posizioni giudiziarie di minoranza.

In questo senso, le opinioni separate rivelano le diverse possibilità interpretative sottese alla varietà delle disposizioni normative, a maggior ragione laddove siano coinvolti diritti fondamentali, configurandosi esse come «el resultado de una interpretación distinta o, lo que es más sólitto, parcialmente distinta y, por ello, la evidencia misma de la

⁷ Cfr. G. CÁMARA VILLAR, *Votos particulares y derechos fundamentales en la práctica del Tribunal Constitucional español (1981-1991)*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.

⁸ S. NICCOLAI, *Dissenso e diritto costituzionale. Appunti per una riflessione*, in *Questione Giustizia*, 4, 2015, p. 65.

quebra de la tradicional idea de la interpretación como razonamiento lógico y perfectamente previsible conducente a la única solución correcta»⁹.

Sulla stessa lunghezza d'onda, si è detto che «il dissenso riguarda il diritto costituzionale in quanto specchio delle concezioni della Costituzione, della sua interpretazione e, quindi, della complessiva concezione del diritto che caratterizza ciascun ordinamento»¹⁰. Neppure il diritto all'istruzione può sottrarsi a questa lettura, poiché dotato di sicura rilevanza (sostanziale) costituzionale, nonché frutto delle differenti concezioni giuridiche, sociali ed ideologiche che animano le politiche educative e che si riflettono nell'interpretazione giurisdizionale e nello scontro relativo a casi controversi¹¹.

Nel merito, come è stato affermato dalla STC 26/1981, de 17 de julio, del *Tribunal Constitucional* spagnolo – con formula estensibile a qualsiasi Corte chiamata a proteggere le libertà fondamentali alla luce di

⁹G. CÁMARA VILLAR, *Votos particulares y derechos fundamentales*, cit., p. 11, il quale vede anche in tale strumento un istituto di costante valutazione degli equilibri tra l'astratta norma costituzionale e la concreta realtà sociale dei fatti. In parallelo, secondo P. HÄBERLE, *La jurisdicción constitucional institucionalizada en el estado constitucional*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 5, 2001, p. 180, le opinioni dissenzienti «son expresión de la 'publicidad y carácter abierto de la Constitución', de la apertura de sus intérpretes y del 'pluralismo de la Constitución', consecuencia, en último término, del tópico 'tiempo y cultura constitucional'; posibilitan alternativas interpretativas en el sentido de 'pensar en posibilidades'».

¹⁰E. FERIOLI, *Dissenso e dialogo nella giustizia costituzionale*, cit., p. 221. Per S. PANIZZA, *L'introduzione dell'opinione dissenziente nel sistema di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1998, p. 56, l'idea stessa del dissenso all'interno di un organo collegiale giudiziario risiede nella accettazione «delle conseguenze di un presupposto, di natura generale, secondo cui il processo di interpretazione e applicazione del diritto non si risolve sul piano della logica dimostrativa, non è pertanto riconducibile al c.d. sillogismo giudiziale, inteso quale suprema forza della necessità deduttiva, e non produce un risultato scientificamente apprezzabile in termini di vero o falso».

¹¹In questo senso, allora, «occorre svelare le analogie e le differenze fra due o più ordinamenti, ovvero fra istituti, normative e sentenze. Un'operazione intellettuale di raffronto, dove sono però le dissonanze che esaltano maggiormente la comparazione, producendo davvero un valore aggiunto» (T.E. FROSINI, *Scienza giuridica e diritto comparato*, in *Nomos*, 3, 2021, p. 4).

una Carta fondamentale – «nada que concierna al ejercicio por los ciudadanos de los derechos que la Constitución les reconoce, podrá considerarse nunca ajeno a este Tribunal»¹².

Tale considerazione si rivela utile al fine di evidenziare la centralità acquisita, in modo progressivo, dalle Corti costituzionali quali “Giudici dei diritti fondamentali”¹³, superando così l’originaria dimensione kelseniana che vedeva in esse il solo “Giudice dei conflitti” tra competenze formali appartenenti a poteri ed enti dello Stato¹⁴.

Le descritte annotazioni sul metodo e, soprattutto, sull’interpretazione del contenuto dei diritti soggettivi valgono altresì in relazione alle pronunce della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, all’applicazione della CEDU ed alla possibilità, per i suoi componenti, di pronunciare *separate opinions/opinions séparées*¹⁵ nelle ipotesi di discrepanza rispetto alla soluzione finale.

¹² STC 26/1981, FJ14. Cfr. anche U.S. Supreme Court, *Fletcher v. Peck*, 10 U.S. 87 (1810), p. 147 (JOHNSON, J., concurring): «It is our duty to decide on the rights, but not on the speculations of parties».

¹³ Legando tra loro “metodo” dell’opinione dissenziente e “merito” dei diritti soggettivi, tale lettura generale sembra valere a maggior ragione nei casi in cui è possibile sollevare questioni di costituzionalità in via diretta: come affermato da G. REPETTO, *Sull’introduzione dell’opinione dissenziente nel giudizio di costituzionalità*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 1, 2021, p. 402, «vi è una chiara tendenza a rinvenire l’istituzionalizzazione dell’opinione dissenziente lì dove il giudice con funzioni di controllo di costituzionalità sia investito del potere di apprezzare in via diretta (anche) *fatti* e non solo norme, ad esempio nel quadro dei procedimenti attivati con accesso diretto dei singoli a tutela dei loro diritti fondamentali».

¹⁴ A. CARDONE, F. DONATI, M.C. GRISOLIA, G. TARLI BARBIERI (a cura di), *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio*. *Lectio magistralis di Paolo Caretti*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2016. Con riferimento al modello italiano, l’oscillazione tra i due poli è stata evidenziata da B. CARAVITA (a cura di), *La giustizia costituzionale in trasformazione: la Corte costituzionale tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti*, Jovene, Napoli, 2012.

¹⁵ Cfr. art. 45.2 CEDU (nelle versioni inglese e francese), ove si parla di *separate opinions* e *opinions séparées*. R.P. ANAND, *The role of individual and dissenting opinions in international adjudication*, in *International & Comparative Law Quarterly*, 14, 1965, pp. 788-789, distingue anche tra *separate* e *dissenting opinions* nell’ambito del diritto internazionale: in tale ricostruzione, pertanto, l’opinione separata è intesa come sinonimo di

In tale dimensione, può essere utile evidenziare come la stessa CEDU e la Corte di Strasburgo siano state considerate da certa dottrina in una prospettiva (non sempre condivisa)¹⁶ volta ad assimilare la prima ad una Carta costituzionale di respiro sovranazionale e la seconda ad una «Cour constitutionnelle européenne dans le domain des droits de l'homme»¹⁷.

Siffatta impostazione può essere ulteriormente sottolineata alla luce della giurisprudenza della stessa Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, la quale ha fatto riferimento al ruolo della CEDU quale «constitutional instrument of European public order in the field of human rights»¹⁸, fermo in ogni caso restando che la Carta convenzionale presenta un'indiscutibile attitudine «ad alimentare la tutela costituzionale dei diritti fondamentali»¹⁹.

Al di là dell'inquadramento formale, la comparazione tra ordinamenti

opinione concorrente (o individuale) e non quale iperonimo. Da ultimo, per una comparazione sistematica, si veda il *Report on separate opinions of Constitutional Courts* (Opinion No. 932/2018) della Commissione europea per la democrazia attraverso il Diritto (Commissione di Venezia), pubblicato il 18 dicembre 2018.

¹⁶L. FAVOREU, *Les Cours de Luxembourg et de Strasbourg ne sont pas de cours constitutionnelles*, in *Melanges en l'honneur de Louis Dubouis. Au carrefour des droits*, Dalloz, Paris, 2002, p. 35 ss.

¹⁷J.F. FLAUSS, *La Cour européenne des droits de l'homme est-elle une cour constitutionnelle?*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 36, 1998, p. 713, il quale non rinuncia però a manifestare le sue perplessità al riguardo. Sulla possibilità di assimilare la Corte di Strasburgo a una Corte costituzionale, si vedano B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Giuffrè, Milano, 2012 e *Il giudizio dinanzi alla Corte Europea dei Diritti: un nuovo processo costituzionale*, in *Rivista AIC*, 4, 2011; L. WILDHABER, *Un avenir constitutionnel pour la Court européenne des droits de l'homme?*, in *Revue universelle des droits de l'homme*, 2002, p. 1 ss. e R. RYSSDAL, *Vers une Cour constitutionnelle européenne*, in *Collected Courses of the Academy of European Law*, II, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague-London-Boston, 1993, p. 20.

¹⁸ECHR, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland* (Grand Chamber), 30 June 2006, § 156, la quale riprende la formula della “dimensione costituzionale” già enunciata da ECHR (Grand Chamber), *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom*, 7 July 2011 e ECHR (Grand Chamber), *Loizidou v. Turkey*, 23 February 1995, § 75.

¹⁹G. SORRENTI, *Le carte internazionali sui diritti umani: un'ipotesi di “copertura” costituzionale “a più facce”*, in *Politica del Diritto*, 3, 1997, p. 349.

nazionali e modello sovranazionale della CEDU può comunque trovare valida giustificazione alla luce di una ineludibile «continuità tra il piano dell'ermeneutica costituzionale ed i nuovi fronti che si aprono nella giurisprudenza sovranazionale europea»²⁰.

Nella descritta prospettiva sostanziale, non pare quindi fuori luogo il riferimento all'esistenza di una "materia costituzionale" nella quale, sul piano europeo-convenzionale, si intrecciano «rapporti che reclamano una regolamentazione, quanto meno a livello di principi, in un contesto normativo diverso e (che aspira ad essere) "superiore" rispetto a quello edificato dalle altre fonti del diritto»²¹.

In ogni caso – ed in parallelo alle ricostruzioni di diritto "interno" sull'interpretazione delle libertà educative negli Stati Uniti e Spagna²² – l'interesse dominante in questa sede attiene alla funzione "pratica" svolta dalla Corte di Strasburgo quale giudice europeo della tutela dei diritti²³,

²⁰ G. REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Jovene, Napoli, 2011, p. 332. In questo senso, è stato sostenuto da R. BARTOLI, *I rapporti tra costituzionalismo europeo e costituzionalismo nazionale*, in *Sistema Penale*, 14 aprile 2022, p. 2, che «la Convenzione e la Corte europea abbiano – per così dire – completato il costituzionalismo moderno. Se il costituzionalismo nazionale è soprattutto limite al potere politico del legislatore, il costituzionalismo europeo è limite verso lo Stato complessivamente inteso in tutte le sue articolazioni di potere».

²¹ Q. CAMERLENGO, *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 59. In questo senso, può parlarsi di "materia costituzionale" «non come astrazione di contenuti che prescindono dal dato normativo per desumerne conseguenze più o meno 'logiche' ma, al contrario, come insieme di oggetti e di contenuti che hanno nelle diverse costituzioni europee un preciso riferimento testuale e che concorrono a definire come 'costituzione' il testo stesso di riferimento» (L. VIOLINI, *Prime considerazioni sul concetto di 'Costituzione europea' alla luce dei contenuti delle vigenti carte costituzionali*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1998, p. 1230).

²² Sul rapporto tra giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti e Corti sovranazionali europee nell'interpretazione ed applicazione del diritto costituzionale, cfr. K. LENAERTS, *Le juge et la Constitution aux États-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, Bruylant, Bruxelles, 1988.

²³ Sui diversi piani di tutela dei diritti fondamentali a livello europeo/convenzionale, vedi E. MALFATTI, *I "livelli" di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, Giappichelli, Torino, 2018 e F. FABBRINI, *Fundamental Rights in Europe: Challenges and Transformations in Comparative Perspective*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

spesso diviso al suo interno tra posizioni di maggioranza (tradotte in sentenza) e di minoranza che, oggetto di opinioni separate, hanno rivelato – anche in assenza di un accoglimento successivo – la presenza di importanti contrasti a proposito dell'interpretazione di determinate libertà fondamentali.

La funzione della presente analisi si inserisce, quindi, in una dimensione di studio teorico e ricostruzione dottrinale attraverso il ricorso casistico-analitico alle opinioni dissenzienti contenute in numerose controversie giudiziarie²⁴, quale «indagine finalizzata ad una migliore conoscenza sia nell'ambito dell'organizzazione costituzionale che in quello dei diritti»²⁵ e con particolare attenzione al secondo profilo, al fine di comprendere il ruolo svolto dagli organi giurisdizionali nella definizione ed interpretazione delle posizioni soggettive coinvolte.

La presenza di opinioni minoritarie – anche laddove rimaste tali – è quindi utile a tale scopo, in quanto esse saranno analizzate al fine di comprendere lo “stato” del dibattito giurisprudenziale sulle questioni in esame, senza trascurare la prospettiva “utilitaristica” del giudice di (provare a) persuadere una maggioranza che ne accolga i contenuti²⁶.

Sul punto, deve anche ritenersi che il dibattito sulle differenti funzioni dell'opinione separata nelle Corti costituzionali e/o Supreme non può essere ridotto alla mera ricostruzione tecnico-procedurale, legata solo al ruolo istituzionale delle Corti ed alle regole interpretative e di decisione da esse impiegabili.

Accanto a questi profili essenziali, emergono infatti importanti ricadute rispetto alle soluzioni giuridiche applicate, essendo l'opinione “separata” potenzialmente diretta ad influenzare sia la giurisprudenza dell'organo nel quale è pronunciata (nella speranza di provocare un *overruling* o

²⁴ In questo senso, come ricorda A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Presentazione*, in L.-J. CONSTANTINESCO, *Il metodo comparativo*, cit., p. LIII, «sotto il profilo strutturale, il metodo comparativo richiede sempre una sapiente tecnica casistica, qualunque sia il tipo di approccio prescelto».

²⁵ G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, cit., p. 17.

²⁶ In questa seconda dimensione, secondo il *voto particular discrepante* del Giudice XIOL RÍOS alla STC 31/2018, «nunca es agradable formular una opinión disidente. Representa la confesión pública de un fracaso en la capacidad de persuasión para conformar una opinión mayoritaria».

revirement), sia l'azione del Legislatore in ordine all'adozione di determinate soluzioni di merito²⁷.

In quest'ultima direzione emerge anche un approccio interessante – eppure discusso – riconducibile alla teoria dottrinale della *demosprudence* (*through dissent*), secondo la quale la critica (minoritaria) espressa in sede giudiziaria può andare oltre le tecnicità giuridiche dell'opposizione “accademica” rispetto alla maggioranza per porsi quale pubblica dichiarazione di dissenso “sociale”, rivolta ad una collettività indeterminata o volta a sollecitare l'intervento di altri poteri²⁸.

L'opinione dissenziente assume così una dimensione che è stata definita “visionaria”, proiettata verso il futuro, poiché «writing such an opinion, the judge is not only addressing his peers. He knows that his comments will be read by all the addressees of the decision: citizens, lower courts, public authorities, but also by future generations»²⁹.

²⁷ Rievocando la distinzione tra «in-house impact» e «external impact» proposta da R. BADER GINSBURG, *The Role of Dissenting Opinions*, in *Minnesota Law Review*, 95, 2010, p. 1 ss. e ripresa da M. D'AMICO, *The legacy of Ruth Bader Ginsburg*, in *Rivista AIC*, 4, 2021, p. 148 ss. Con riferimento alla possibile incidenza del *dissent* sull'azione legislativa in ottica comparata, sia consentito rinviare anche a D. CAMONI, *L'opinione dissenziente nelle Corti costituzionali: un formante giurisprudenziale con influenza sul procedimento legislativo?*, in *DPCE online*, numero speciale, 2022, p. 10 ss.

²⁸ Cfr. L. GUINIER, *The Supreme Court, 2007 Term – Foreword: Demosprudence Through Dissent*, in *Harvard Law Review*, 122, 2008, p. 49: «Demosprudential dissent has three particular interrelated elements that enable it to reach beyond a traditional judicial or purely legal audience. First, on a substantive level, the dissent probes or tests a particular understanding of democracy. It engages with a core issue of democratic legitimacy, democratic accountability, democratic structure, or democratic viability. Second, its style likely deviates from the conventional point-by-point refutation of the majority's logical flaws. It may set forth the facts of the case followed by a different, imagined alternative [...] Third, at a procedural level, the dissenting opinion speaks to nonjudicial actors, whether legislators, local thought leaders, or ordinary people, and encourages them to step in or step up to revisit the majority's conclusions».

²⁹ W. MASTOR, *The performative effect of the separate opinions on the majority decisions of Constitutional Courts*, in N. ZANON, G. RAGONE (a cura di), *The dissenting opinion. Selected Essays*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 127. Analogamente, per Y. TEW, *Strategic judicial empowerment*, in *American Journal of comparative law* (forthcoming), 2022, p. 77, «sometimes [...] dissenting opinions may increase public support of court decisions

Invero, la specificità di tale profilo non è altro che il riflesso minoritario (dotato, tuttavia, di “vocazione” maggioritaria) di una dimensione “strategica” del cosiddetto *judicial empowerment* – in questo caso, una sorta di *dissenting empowerment* – in forza del quale «judges that are conscious about establishing a court’s legitimacy and influence are sensitive about appealing to a broader audience beyond the court»³⁰.

2. Cosa comparare. I conflitti sul diritto all’istruzione in prospettiva comparata.

Con riferimento all’oggetto materiale della comparazione, la scelta del diritto all’istruzione/educazione – con particolare attenzione agli ordinamenti di Spagna e Stati Uniti, nonché al modello sovranazionale della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo – merita di essere considerata in primo luogo in relazione al corrispondente inquadramento giuridico “interno”.

La “dimensione costituzionale” dell’istruzione qui proposta risulta altresì ispirata dalla lettura – applicabile oltre il contesto italiano di origine – dell’istituzione scolastica quale organo “costituzionale” che «ha la sua posizione, la sua importanza al centro di quel complesso di organi che formano la Costituzione»³¹.

by boosting acceptance among opponents of the decision’s procedural justice, particularly in a highly polarized political environment».

³⁰ Y. TEW, *Strategic judicial empowerment*, cit., p. 73. Sul punto, già P.M. WALD, *The Rhetoric of Results and the Results of Rhetoric: Judicial Writings*, in *University of Chicago Law Review*, 62, 1995, p. 1412, aveva affermato che «dissent speaks to the rest of the court, to courts in other places, to higher courts, to Congress, to future generations; it brings no hope of present reward or vindication». Valgano, in proposito, anche le parole di Justice SCALIA, riportate da A.J. WHITE, *Antonin Scalia, Legal Educator*, in *National Affairs*, 51, spring 2022: «Who do you think I write my dissents for? ‘Law students’, the reporter answered. ‘Exactly’, he replied. ‘And they will read dissents that are breezy and have some thrust to them. That’s who I write for’».

³¹ Cfr. P. CALAMANDREI, *Discorso pronunciato al III Congresso dell’Associazione a difesa della scuola nazionale (ADSN)*, Roma 11 febbraio 1950, pubblicato in *Scuola democratica*, IV supplemento al n. 2 del 20 marzo 1950, p. 1 (oggi disponibile anche in *L’Ateo*, 3, 2002, p. 4 ss.).

In particolare, la scelta comparativa tra Spagna e Stati Uniti trova fondamento nell'ampiezza e indeterminatezza (o addirittura assenza, come nel caso americano, pur restando il legame con altri diritti e principi fondamentali) delle disposizioni costituzionali in materia di educazione; nello sviluppo di una giurisprudenza "educativa" conflittuale e ricca di spunti (come dimostrato dalla contrapposizione tra pronunce maggioritarie e opinioni dei giudici minoranza) e, infine, nella presenza di opinioni dissenzienti e concorrenti che hanno operato sia come indici anticipatori di importanti *overruling* giurisprudenziali, sia come "spie" di possibili mutamenti futuri nelle rispettive Corti costituzionali/Supreme.

Con riferimento al caso spagnolo, è conosciuta la difficoltà dei Padri Costituenti di pervenire ad una soluzione condivisa in ordine all'articolazione specifica del diritto consacrato nell'art. 27 CE. Come è stato ricordato, «las fuerzas sociales y políticas que confluyeron en el proceso constituyente no consiguieron verdaderamente un 'pacto escolar' pleno y propiamente dicho»³².

Al contrario, si decise di "lasciare aperte" – sul piano dell'applicazione concreta – le questioni più conflittuali in materia (su tutte, la contrapposizione tra educazione pubblica e privata, nonché il ruolo dell'insegnamento della religione cattolica), facendo dell'art. 27 CE una norma "indefinita", soggetta a contrapposte interpretazioni ed implementazioni legislative e rispetto alle quali il TC è stato in numerose occasioni chiamato a porre dei punti fermi, a partire dalla STC 5/1981³³.

In relazione al modello statunitense, il terreno di analisi presenta profili di ulteriore complicazione, dettati in primo luogo dalla difficoltà (quando non impossibilità) di individuare nel testo della Costituzione un vero e proprio diritto fondamentale all'educazione che sia "giustiziabile" in quanto tale³⁴.

Sul punto, risuonano ancora le controverse parole spese dalla Corte Suprema nel caso *San Antonio Independent School District v. Rodriguez*

³² G. CÁMARA VILLAR, *Votos particulares y derechos fundamentales*, cit., p. 302.

³³ Cfr. J. BARNÉS VÁZQUEZ, *La educación en la Constitución de 1978 (Una reflexión conciliadora)*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 12, 1984, p. 23 ss.

³⁴ Per una ricostruzione storica sull'argomento, vedi D.W. BLACK, *The fundamental right to education*, in *Notre Dame Law Review*, 94(3), 2019, p. 1059 ss.

(1973), ove affermò – per cinque voti a quattro – che «education, of course, is not among the rights afforded explicit protection under our Federal Constitution. Nor do we find any basis for saying it is implicitly so protected»³⁵.

Il rinvio alla dimensione giurisdizionale del diritto all'istruzione assume una configurazione ancor più rilevante in relazione al riconoscimento e tutela dei diritti da parte dei giudici nel quadro dell'ordinamento statunitense: in questo senso, valgono le celebri parole di C.H. Hughes (futuro *Chief Justice* della Corte Suprema nel 1930-1941), quando affermò che «we live under a Constitution but the Constitution is what the judges say it is»³⁶.

L'assenza del riconoscimento di un diritto soggettivo all'istruzione – costituzionalmente garantito in termini formali ed autonomi³⁷ – impedi-

³⁵ U.S. Supreme Court, 411 U.S. 1 (1973), p. 35. Tale impostazione è stata in seguito confermata in U.S. Supreme Court, *Kadrmas v. Dickinson Public Schools*, 487 U.S. 450 (1988), p. 458; *Papasan v. Allain*, 478 U.S. 265 (1986), p. 284 e *Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202 (1982), p. 223. *Contra*, U.S. Supreme Court, *San Antonio Independent School District v. Rodriguez*, cit., p. 99, J. MARSHALL (with whom J. DOUGLAS, concurs), dissenting: «I therefore cannot accept the majority's labored efforts to demonstrate that fundamental interests, which call for strict scrutiny of the challenged classification, encompass only established rights which we are somehow bound to recognize from the text of the Constitution itself. To be sure, some interests which the Court has deemed to be fundamental for purposes of equal protection analysis are themselves constitutionally protected rights» e, in dottrina, S.G. CALABRESI, M.W. PERL, *Originalism and Brown v. Board of Education*, in *Michigan State Law Review*, 2015, soprattutto p. 111 ss. A commento, cfr. C.J. OGLETREE JR., *The Legacy and Implications of San Antonio Independent School District v. Rodriguez*, in *Richmond Journal of Law and the Public Interest*, 17, 2014, p. 515 ss.

³⁶ C.H. HUGHES, J.G. SCHURMAN, *Addresses and papers of Charles Evans Hughes, Governor of New York, 1906-1908*, Putnam's Sons, New York, 1908, p. 139.

³⁷ L'unico riconoscimento espresso (ed effimero) di tale diritto – seppur a livello di Corte d'Appello – si rinviene in *Gary B. v. Whitmer*, 957 F.3d 616 (6th Cir. 2020), p. 648, secondo cui «this Court must assess whether a basic minimum education – meaning one that plausibly provides access to literacy – is a fundamental right. Applying the substantive due process framework [...] we conclude that the answer is yes». In senso opposto, *ivi*, p. 663, MURPHY, J., dissenting, per il quale «substantive due process has never compelled states to provide their residents with the funds they need to exercise fundamental rights. It has instead barred states from interfering with the exercise of

sce quindi di assumere lo stesso quale specifica norma-parametro per vagliare la costituzionalità delle disposizioni che chiamano in gioco decisioni legislative e politiche aventi riflessi educativi³⁸.

Ciononostante, non sono mancate fattispecie nelle quali il tema ha comunque assunto un rilevante protagonismo, pur rimanendo “sullo sfondo” di controversie interpretate e risolte alla luce del meta-principio di uguaglianza sancito dal Quattordicesimo Emendamento (*Due Process Clause*), ovvero attraverso l'applicazione delle *Establishment* e *Free Exercise Clauses* in materia religiosa.

In questa prospettiva, è di notevole interesse ricordare che, durante la decisione, da parte della Corte Suprema, dei casi *Bolling v. Sharpe*³⁹ e *Brown v. Board of Education*⁴⁰ – in ordine alla (il)legittimità della segregazione razziale negli istituti scolastici – le bozze originarie delle sentenze redatte dal *Chief Justice* Earl Warren presentavano riferimenti all'esistenza di un diritto soggettivo all'educazione quale «fundamental liberty»⁴¹, poi tatticamente espunti e “riconvertiti” in indici utili per una risoluzione delle controversie alla luce del principio di uguaglianza⁴².

those rights». La decisione ha avuto vita breve, poiché la sua avocazione alla Corte d'Appello in composizione plenaria (*rehearing en banc*) ha determinato – ai sensi della *Sixth Circuit Rule*, 35(b) – il venir meno della pronuncia precedente; il caso è stato infine dichiarato *moot* per cessata materia del contendere.

³⁸ A margine, si tenga presente che gli Stati Uniti rimangono l'unico Stato della comunità internazionale a non aver ancora ratificato ufficialmente la Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989. Sul rapporto conflittuale tra la suddetta Convenzione e il quadro dei principi educativi alla luce del costituzionalismo statunitense, cfr. D.M. SMOLIN, *Overcoming Religious Objections to the Convention on the Rights of the Child*, in *Emory International Law Review*, 20, 2006, p. 81 ss.

³⁹ U.S. Supreme Court, 347 U.S. 497 (1954).

⁴⁰ U.S. Supreme Court, 347 U.S. 483 (1954).

⁴¹ H.J. HACKER, W.D. BLAKE, *The Neutrality Principle: The Hidden Yet Powerful Legal Axiom at Work in Brown versus Board of Education*, in *Berkeley Journal of African-American Law & Policy*, 8, 2006, p. 47. Per una ricostruzione del “dietro alle quinte” di *Brown*, vedi M. TUSHNET, K. LEZIN, *What Really Happened in Brown v. Board of Education*, in *Columbia Law Review*, 91(8), 1991, p. 1867 ss.

⁴² Per M. KLARMAN, *An Interpretive History of Modern Equal Protection*, in *Michigan Law Review*, 90, 1991, pp. 238-239, «the rationale of *Brown v. Board of Education* con-

San Antonio Independent School District v. Rodriguez rappresenta, a tutti gli effetti, una vera e propria «law of the Land»⁴³, confermata a più riprese dalla giurisprudenza della Corte Suprema, pur a fronte di alcune incertezze nella connessione sistematica con altre pronunce: il riferimento corre in particolare al caso *Plyler v. Doe* (1982) – anch'esso precedente (ancora) vincolante⁴⁴ – nel quale la stessa Corte dichiarò l'illegittimità di una legge dello Stato del Texas che permetteva alle pubbliche autorità il trattenimento di fondi destinati all'istruzione di persone entrate illegalmente negli Stati Uniti e autorizzava le scuole a negare l'iscrizione a tali soggetti⁴⁵.

firms the Court's commitment to the limited fundamental rights approach to equal protection rather than to the racial classification rule».

⁴³ Cfr. U.S. Supreme Court, *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1 (1958), p. 24 (Mr. Justice FRANKFURTER, concurring): «Our kind of society cannot endure if the controlling authority of the Law as derived from the Constitution is not to be the tribunal specially charged with the duty of ascertaining and declaring what is 'the supreme Law of the Land'».

⁴⁴ Sul punto, non sembra casuale che, in un'intervista del 4 maggio 2022, il Governatore (repubblicano) del Texas Abbott abbia annunciato l'intenzione di riportare strategicamente la questione decisa in *Plyler* davanti alla Corte Suprema degli Stati Uniti, con l'esplicito obiettivo di provocare un *overruling* della giurisprudenza corrispondente.

⁴⁵ Cfr. M. PABÓN LÓPEZ, *Reflections on Educating Latino and Latina Undocumented Children: Beyond Plyler v. Doe*, in *Seton Hall Law Review*, 35(4), 2005, p. 1373 ss. Come ha ricordato T.D. LYNCH, *Education as a Fundamental Right: Challenging the Supreme Court's Jurisprudence*, in *Hofstra Law Review*, 26(4), 1998, p. 997, con riferimento al rapporto tra la giurisprudenza di *Rodriguez* e *Plyler*, quest'ultima «conflicts sharply with the *Rodriguez* court's conclusion that a fundamental right to education does not exist. Specifically, the *Plyler* court spoke of ensuring that all children have the right to receive a 'basic education'. However, since illegal aliens are not a suspect class and since the *Plyler* court asserted that education is not a fundamental interest, the conclusion that children of illegal aliens have a right to an education does not logically follow. Specifically, the Court failed to articulate how it was able to conclude that all children have a right to a 'basic education' for the purpose of preserving our society if education does not qualify as a fundamental interest». Con riferimento a *Plyler*, cfr. *ivi*, p. 230, Justice MARSHALL, concurring: «I continue to believe that an individual's interest in education is fundamental, and that this view is amply supported 'by the unique status accorded public education by our society, and by the close relationship between education and some of our most basic constitutional values'».

L'importanza di fondo della posizione soggettiva in questione si lega, a sua volta, con un rinnovato interesse rispetto alla materia. Infatti, di recente il dibattito si è intrecciato con ulteriori profili rispetto alla libertà di espressione ed a quella di insegnamento (entrambe riconducibili al “contenitore” del Primo Emendamento).

In concreto, a partire dal 2021 sono state approvate numerose leggi statali – da parte di Stati a maggioranza politica repubblicana⁴⁶ – che impongono (in modo esplicito o implicito) restrizioni, divieti e sanzioni pecuniarie di vario genere rispetto all'utilizzo, in ambito scolastico, di determinati concetti ed espressioni aventi ad oggetto *divisive concepts*⁴⁷ relativi a questioni razziali, sessuali o di genere. Il riferimento principale è legato soprattutto all'insegnamento nelle scuole della cosiddetta *critical race*

⁴⁶ Cfr. S. SCHWARTZ, *Map: Where Critical Race Theory Is Under Attack*, in *www.edweek.org*, updated 05 May 2023.

⁴⁷ Già enunciati nell'*Executive Order on Combating Race and Sex Stereotyping*, § 2(a), adottato dal Presidente Trump il 22 settembre 2020: «Divisive concepts means the concepts that (1) one race or sex is inherently superior to another race or sex; (2) the United States is fundamentally racist or sexist; (3) an individual, by virtue of his or her race or sex, is inherently racist, sexist, or oppressive, whether consciously or unconsciously; (4) an individual should be discriminated against or receive adverse treatment solely or partly because of his or her race or sex; (5) members of one race or sex cannot and should not attempt to treat others without respect to race or sex; (6) an individual's moral character is necessarily determined by his or her race or sex; (7) an individual, by virtue of his or her race or sex, bears responsibility for actions committed in the past by other members of the same race or sex; (8) any individual should feel discomfort, guilt, anguish, or any other form of psychological distress on account of his or her race or sex; or (9) meritocracy or traits such as a hard work ethic are racist or sexist, or were created by a particular race to oppress another race. The term “divisive concepts” also includes any other form of race or sex stereotyping or any other form of race or sex scapegoating». Tale atto è stato revocato dall'*Executive Order on Advancing Racial Equity and Support for Underserved Communities Through the Federal Government*, adottato dal Presidente Biden il 20 gennaio 2021. Da ultimo, si veda la legge promulgata dal Governatore della Florida DeSantis – *Individual Freedom Act*, nota anche come *Stop the Wrongs to Our Kids and Employees (Stop WOKE) Act* – in vigore dal 1° luglio 2022, in forza della quale è considerato illegittimo «subjecting any individual, as a condition of employment [...] or passing an examination, to training, instruction, or any other required activity that espouses, promotes, advances, inculcates, or compels such individual to believe specified concepts constitutes discrimination based on race, color, sex, or national origin».

theory (CRT), «a framework that can be used to theorize, examine and challenge the ways race and racism implicitly and explicitly impact on social structures, practices and discourses»⁴⁸.

È alquanto probabile che tali legislazioni – che già hanno determinato l'apertura di interessanti dibattiti dottrinali⁴⁹ – susciteranno copiose controversie presso i corrispondenti organi giudiziari (magari sino ad approdare davanti alla Corte Suprema)⁵⁰.

Infine, con riferimento alle previsioni normative della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, la genesi e disciplina dell'art. 2, Prot. 1 CEDU (Diritto all'istruzione), «caratterizzata da continue controversie»⁵¹, contiene anch'essa profili di calcolata incertezza⁵² che, frutto della

⁴⁸ T.J. YOSSO, *Whose culture has capital? A critical race theory discussion of community cultural wealth*, in *Race, Ethnicity and Education*, 8(1), 2005, p. 70.

⁴⁹ Cfr. E. VOLOKH, *Who Decides What Is Taught in Government-Run K-12 Schools?*, in *The Volokh Conspiracy*, 21 March 2022, secondo cui «while teachers have considerable rights, for instance, to say what they want outside class, when they are teaching on behalf of the school, their speech in class is the government's speech, and they have no special First Amendment right to dictate what that speech would be» e, con particolare riferimento all'insegnamento universitario, K. WHITTINGTON, *The trouble with banning critical race theory*, in *www.areomagazine.com*, 16 June 2021, per il quale «a good university should be a place where “divisive concepts” are freely discussed. If the ideas that emerge are wrongheaded, then we make progress by critically examining and rebutting them – not by attempting to suppress them. Lawmakers' misguided efforts to exclude disfavoured ideas from campus stifle intellectual freedom». In termini generali, si veda E. CHEMERINSKY, H. GILLMAN, *Free speech on campus*, Yale University Press, New Haven-London, 2017.

⁵⁰ Tra le cause già instaurate (a livello statale), cfr. U.S. District Court of New Hampshire, *Mejia et al. v. NH Department of Education, Commissioner et al.* (20 December 2021) e *Local 8027, AFT-New Hampshire, AFL-CIO et al. v. NH Department of Education, Commissioner et al.* (13 December 2021).

⁵¹ J. WOELK, *Articolo 2, Protocollo n. 1*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, CEDAM, Padova, 2012, p. 815.

⁵² Emergenti soprattutto dalla prima parte della citata disposizione, ove si afferma (con formula negativa) che «il diritto all'istruzione non può essere rifiutato a nessuno». In questo senso, «l'atteggiamento prudente degli Stati ha trasformato il testo dalla sua forma originale – ‘ogni persona ha diritto all'istruzione’ – a quella attuale [...] evitando così nella dizione della disposizione la conseguenza di obblighi positive di prestazione

mediazione tra Stati differenti sul piano socio-culturale e delle reciproche riserve, hanno chiamato in numerose occasioni la Corte di Strasburgo a pronunciarsi sui “confini” di diritti e questioni che si intrecciano, in modo rilevante e a vario titolo, con la tematica strettamente educativa (il “diritto ad essere educati”).

All'interno di questa ricostruzione “sostanzialista” il profilo della metodologia applicata dagli organi giurisdizionali è comunque sempre latente, se è vero che il dissenso giudiziario non è riferibile (solo) al contenuto sottostante ad un determinato diritto (e quindi al suo riconoscimento nel merito), bensì anche alla critica nei confronti di un attivismo delle Corti che individua – nuovi – diritti e ne plasma la struttura oltre i confini del *self-restraint* giudiziario⁵³, facendosi così Legislatore positivo⁵⁴.

L'opinione dissenziente diventa, in tal modo, strumento privilegiato per una dimostrazione il più ampia e trasparente possibile delle diverse modalità attraverso le quali ricostruire ed interpretare le Carte costituzio-

incombenti agli Stati» (*ibid.*). Sulle origini storico-politiche di tale disposizione, cfr. F. MARGIOTTA BROGLIO, *La protezione internazionale della libertà religiosa nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 84 ss.

⁵³ Con riferimento alla legalizzazione del matrimonio tra persone dello stesso sesso da parte della Corte Suprema degli Stati Uniti, cfr. U.S. Supreme Court, *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015), SCALIA, J., dissenting, p. 2 (slip op.): «it is not of special importance to me what the law says about marriage. It is of overwhelming importance, however, who it is that rules me. Today's decree says that my Ruler, and the Ruler of 320 million Americans coast-to-coast, is a majority of the nine lawyers on the Supreme Court. The opinion in these cases is the furthest extension in fact – and the furthest extension one can even imagine – of the Court's claimed power to create “liberties” that the Constitution and its Amendments neglect to mention».

⁵⁴ Per N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *Federalismi.it*, 3, 2021, p. 97, «la Costituzione dice quel che c'è scritto, non già quel che oggi ci piacerebbe che essa dicesse, sulla base di improbabili letture “dinamiche”. Se la si vuole cambiare, e basarsi sulla sua rinnovata autorità, ebbene, e di nuovo, gli assertori del mutamento convincano partiti, Parlamento ed elettori a fare i passi conseguenti». Riprendendo anche le celebri parole di M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, II, 2006, p. 1668, «occorre rifuggire, insomma, i rischi di un *costituzionalismo irenico* che si limiti a celebrare i trionfi dei diritti fondamentali grazie alla giurisdizione (anzi: alle giurisdizioni) e tornare ad un *costituzionalismo polemico* che si misuri con il potere».

nali ed i Trattati internazionali, guardando in particolare al catalogo dei diritti inviolabili ivi riconosciuti (e riconoscibili?).

Nel descritto contesto, si apre quindi un delicato scenario di interpretazioni contrapposte, rivolte ad estendere il contenuto “di partenza” di tali libertà – o, addirittura, a configurarne declinazioni ulteriori, secondo la prospettiva del catalogo “aperto” dei diritti fondamentali⁵⁵ – sulla base degli sviluppi della coscienza ed evoluzione della società⁵⁶, da un lato ed a “contenerne” (in sede giudiziaria) il perimetro applicativo entro i confini originari tracciati dal Legislatore al momento dell’adozione dell’atto in questione, dall’altro⁵⁷.

Il diritto all’istruzione oscilla così tra interpretazioni estensive, che aspirano a trascendere i casi concreti e a convertirsi in regole di carattere sistematico e prospettive più restrittive (*self-restraint*), volte a definirne il “corretto” contenuto attraverso la critica degli ampliamenti indebitamente realizzati da parte dell’autorità giudiziaria.

In questa prima prospettiva comparata, volta a “fissare” le premesse sulle quali si articoleranno i Capitoli successivi, emerge un inquadramento dell’istruzione come diritto fondamentale spesso ambiguo nelle diverse formulazioni normative, indefinito in alcuni contenuti, controverso nella

⁵⁵ Con riferimento all’ordinamento italiano, cfr. per tutti la ricostruzione di A. BARBERA, *Articolo 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli-Foro Italiano, Bologna-Roma, 1975, p. 80 ss. *Contra*, a favore della tesi della natura “chiusa” di tale catalogo, A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, CEDAM, Padova, 1990, p. 4 ss.

⁵⁶ Sul punto, peraltro, come ricordato da N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della “coscienza sociale”, interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista AIC*, 4, 2017, pp. 12-13, «bisogna intendersi molto bene sul significato dell’espressione “coscienza sociale”, particolarmente dal punto di vista di una teoria dell’interpretazione costituzionale [...] Andrebbe almeno chiarito sulla base di quali dati e presupposti possano essere scorti e interpretati i mutamenti della coscienza sociale, particolarmente quando la finalità di questa indagine sia, appunto, l’interpretazione di disposizioni costituzionali che fungono da parametri di riferimento per la validità di norme legislative».

⁵⁷ Cfr. C. TRIPODINA, *L’argomento originalista nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali*, in F. GIUFFRÈ, I. NICOTRA (a cura di), *Lavori preparatori e original intent nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 229 ss.

sua applicazione giurisdizionale e dotato di una dimensione strutturale «composit[a]» o «a più componenti»⁵⁸, quasi sempre inscindibile dalla necessità di operare bilanciamenti con altri diritti di pari rango formale.

Nella descritta prospettiva, il diritto all'istruzione può così essere declinato sotto varie modalità: quale libertà di accedere al sistema scolastico – sia dal punto di vista delle modalità “normative” di accesso, sia in relazione alla possibilità di fruire dello stesso da parte di soggetti affetti da patologie limitanti sul piano motorio – ma anche come diritto a disporre di determinate versioni “ideologiche” di educazione (religiose o laiche; separate o integrate per sesso)⁵⁹, finanche potendo pretendere di godere della necessarietà dell'intervento pubblico a tutela del diritto allo studio presso determinate istituzioni⁶⁰.

3. *Come comparare. Il diritto sostanziale all'istruzione attraverso il prisma dell'opinione dissenziente.*

Con riferimento all'impostazione metodologica, la dimensione pluriforme, mutevole e finanche conflittuale del diritto all'istruzione, nonché il suo intreccio costante con libertà altrettanto fondamentali – i principi di uguaglianza e non discriminazione, di espressione, di libertà religiosa – può essere ricostruita attraverso l'osservatorio della giurisprudenza delle Corti costituzionali e/o Supreme e delle opinioni separate che ad essa si affiancano, sia per evidenziare alcune tecnicità e spunti ulteriori di con-

⁵⁸ E. FAGNANI, *Tutela dei diritti fondamentali e crisi economica: il caso dell'istruzione. Stato di attuazione, funzioni amministrative e finanziamento del sistema*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 168.

⁵⁹ In costante “equilibrio” con altri principi costituzionali e sovranazionali altrettanto rilevanti (il diritto all'uguaglianza, alla non-discriminazione, al rispetto delle convinzioni etico-morali dei genitori).

⁶⁰ Il riferimento principale è alla spinosa questione del finanziamento delle scuole che perseguono modelli educativi “differenziati” (in quanto fondati, ad esempio, su una specifica visione ideologico-religiosa del vivere comune o sull'esigenza pedagogica di separare gli studenti per ragione di genere) ed all'esistenza di una mera facoltà o di un vero e proprio obbligo giuridico per le istituzioni pubbliche di provvedere al loro finanziamento.

tenuto (opinioni concorrenti), sia soprattutto per contrastare in modo arcigno soluzioni per nulla condivise (opinioni dissenzienti).

Tra le macro-tematiche che interessano – in modo diretto o indiretto – il diritto all'istruzione, è stata ritenuta opportuna la seguente classificazione per aree tematiche. Nel Capitolo introduttivo della Parte seconda si è deciso di confrontare la disciplina teorico-costituzionale del diritto all'istruzione con alcune modalità di (non) implementazione concreta in favore di specifiche minoranze sociali.

Guardando all'ordinamento spagnolo, il tema delle minoranze è stato in primo luogo considerato in relazione alla spinosa questione del diritto all'insegnamento in una determinata lingua, soprattutto laddove questa sia dotata di un regime giuridico di co-ufficialità rispetto al castigliano⁶¹.

Il riferimento immediato corre, da un lato, allo sviluppo del metodo di insegnamento fondato sulla cosiddetta *inmersión lingüística* – in particolare, nella *Comunidad Autónoma* della Catalogna – e, dall'altro, al fatto che, a seguito di una controversa implementazione dello stesso da parte dei partiti nazionalisti che hanno governato (in modo quasi monopolistico) quel territorio, si sono verificate numerose disfunzionalità rispetto al progetto originario, a discapito di una maggioranza di lingua castigliana spesso ridotta ad essere una minoranza “di fatto”.

In relazione al modello statunitense, il campo privilegiato di elezione non può non essere quello della configurazione ed applicazione di sistemi “proattivi” di *affirmative actions* – principalmente in favore della minoranza afro-americana – nel contesto dell'istruzione superiore/universitaria, in ragione della natura divisiva (sul piano giuridico, sociale e politico) dell'argomento e di una giurisprudenza della Corte Suprema sino ad oggi molto flessibile ma, allo stesso tempo, oltremodo polarizzata⁶².

Con riferimento alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, il conflitto merita particolare attenzione rispetto alla (il)legittimità di modelli educativi differenziati per origine etnico-razziale – previsti in alcuni Stati per la scolarizzazione di minoranze di origine romaní – in relazione ai quali il Giudice convenzionale si è pronunciato con esiti contrapposti tra

⁶¹ Cfr. *infra*, Parte II, Cap. I, § 2.

⁶² Cfr. *infra*, Parte II, Cap. I, § 3.

Sezioni semplici e Grande Camera, in uno stimolante confronto tra maggioranze e minoranze⁶³.

Il Capitolo centrale è invece dedicato ad un raffronto tra il diritto all'istruzione e il principio di uguaglianza, *rectius* allo sviluppo di determinate modalità educative che potrebbero confliggere con l'applicazione della parità di trattamento tra persone di sesso maschile e femminile⁶⁴.

Il perno della discussione è così focalizzato sull'esistenza di istituti di formazione che – in Spagna (*educación diferenciada*) e Stati Uniti (*same-sex schools*) – separa(va)no gli studenti per questioni di genere (sulla base di scelte ispirati a specifici modelli pedagogici) e sulla loro conformità al dettato costituzionale.

Nel Capitolo successivo si affronterà il tema delle relazioni tra diritto all'istruzione/educazione e questioni religiose, con particolare attenzione ad alcuni casi particolarmente controversi affrontati dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo⁶⁵.

Infine, il Capitolo conclusivo sarà dedicato ad un'analisi della disciplina del finanziamento pubblico dei modelli educativi "differenziali" e confessionali tra Spagna e Stati Uniti, guardando nello specifico all'incrocio tra argomentazioni maggioritarie e dissenzienti⁶⁶.

Sul piano metodologico, non mancheranno riferimenti selettivi all'esistenza di alcuni "contatti" episodici tra pronunce giurisprudenziali maggioritarie e opinioni separate di giudici appartenenti anche ad ordinamenti differenti in ottica transnazionale, nonché tra le stesse opinioni minoritarie⁶⁷.

⁶³ Cfr. *infra*, Parte II, Cap. I, § 4.

⁶⁴ Cfr. *infra*, Parte II, Cap. II.

⁶⁵ Cfr. *infra*, Parte II, Cap. III.

⁶⁶ Cfr. *infra*, Parte II, Cap. IV.

⁶⁷ Applicando le categorie concettuali impiegate da G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Il Mulino, Bologna, 2010, è da evitare in questo contesto il ricorso alla nozione del "dialogo tra Corti" (o tra giudici) – «un luogo comune diffuso ma scientificamente discutibile» (*ivi*, p. 9), dovendo piuttosto parlarsi di un ricorso alla comparazione quale «forma di erudizione discorsiva, della ricostruzione di un 'orizzonte ricognitivo' che offra al giudicante una panoramica sul diritto prossimo al caso da decidere, o di citazione intesa a comprovare e rafforzare l'argomentare del giudice (comparazione probatoria)» (*ivi*, p. 128). Come evidenziato an-

A fronte della ricostruzione comparata che si intende conferire al lavoro in questione, è doveroso partire delineando nel Capitolo introduttivo le origini e gli sviluppi “istituzionali” dell’opinione dissenziente in alcuni ordinamenti, sia in una prospettiva nazionale, sia in relazione all’esperienza di matrice sovranazionale della Corte di Strasburgo⁶⁸.

L’obiettivo è inquadrare l’incidenza che l’istituto della *dissenting opinion* ha avuto in una ricostruzione preliminare della sua dimensione “statica” – riferibile alla novità della sua introduzione nei diversi modelli – e, soprattutto, nei suoi sviluppi “dinamici”, laddove cioè essa ha inciso sulle modalità di intendere la funzione delle Corti costituzionali e sulle declinazioni del “fare giurisprudenza” nell’applicazione del diritto all’istruzione, attraverso il confronto tra orientamenti maggioritari e posizioni “soccombenti”.

Solo una volta costruite queste premesse introduttive sarà possibile approfondire i contrasti ed i confronti tra maggioranze e minoranze, in relazione alle diverse configurazioni del diritto all’istruzione – «perhaps the most important function of state and local governments»⁶⁹ – nonché di alcuni sotto-profili che esso necessariamente porta con sé.

In definitiva, la duttilità del diritto soggettivo all’istruzione, la varietà dei contenuti ed il suo continuo intersecarsi con diritti e questioni altret-

che dall’allora Presidente del TC (2013-2017) PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL (Speech by the President of the Constitutional Court of Spain – 22 May 2015 (coe.int), «el diálogo entre tribunales no es el mero conocimiento y la eventual cita de las resoluciones dictadas por tribunales extranjeros o internacionales, sino el proceso de influencias recíprocas que se produce cuando un tribunal reacciona conscientemente ante la apreciación que de su actuación ha realizado otro».

⁶⁸ Percorrendo il sentiero “sostanzialista” che si intende conferire al presente lavoro, una prospettiva analoga – che raccoglie, a livello CEDU, opinioni dissenzienti e giurisprudenza maggioritaria – è già stata adottata in P. PINTO DE ALBUQUERQUE (autore), A. SACCUCCI (a cura di), *I diritti umani in una prospettiva europea. Opinioni concorrenti e dissenzienti (2016-2020)*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021; P. PINTO DE ALBUQUERQUE, C.H. PRECIADO DOMÈNECH, *Hablemos de Derechos Humanos. La doctrina del TEDH y su aplicación en España desde los votos particulares del Juez Paulo Pinto de Albuquerque*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020 e P. PINTO DE ALBUQUERQUE (autore), D. GALLIANI (a cura di), *I diritti umani in una prospettiva europea. Opinioni concorrenti e dissenzienti (2011-2015)*, Giappichelli, Torino, 2016.

⁶⁹ U.S. Supreme Court, *Brown v. Board of Education of Topeka*, cit., p. 493.

tanto fondamentali rappresentano il fulcro sul quale si impernia il presente lavoro, in una prospettiva nella quale l'opinione minoritaria diventa la "chiave" per aprire gli scrigni delle molteplici posizioni esistenti a proposito della natura di tale diritto.

Il punto di partenza e, al tempo stesso, approdo finale – a titolo di *research question*⁷⁰ – è quindi l'articolazione di un ragionamento il più sistematico possibile sulla scia del cammino (comparato) sperimentato dal diritto all'istruzione negli ordinamenti in esame, sia in senso estensivo⁷¹, sia in relazione alla possibilità di limitare tali interpretazioni in senso restrittivo⁷², alla luce del raffronto tra la giurisprudenza maggioritaria e le soluzioni volta a volta proposte dalle opinioni dissenzienti e concorrenti⁷³.

⁷⁰ Cfr. R. SCARCIGLIA, *Metodi e comparazione giuridica*, CEDAM, Padova, 2016, p. 137 ss.

⁷¹ In tal senso, «la comparazione multilaterale, applicata agli ordinamenti dei paesi che hanno le medesime strutture sociali, economiche e politiche, può offrire valide indicazioni sulle tendenze evolutive di alcuni istituti o perfino di certe branche del diritto» (L.-J. CONSTANTINESCO, *Il metodo comparativo*, cit., p. 275).

⁷² Assume notevole interesse (con i corrispondenti adattamenti ai casi di specie) la distinzione dottrinale enunciata da L.R. HELFER, E. VOETEN, *Walking Back Human Rights in Europe?*, in *European Journal of International Law*, 31(3), 2020, p. 813, tra *walking back dissents* («minority opinions which assert that the Grand Chamber has overturned or misconstrued prior case law in a way that favours the government») e *walking forward dissents*, «which assert that the Court has overturned or misconstrued past case law in a way that favours the applicant».

⁷³ In questa prospettiva, emerge soprattutto una «protective quality of separate opinions, in the sense of protecting minorities», secondo l'impostazione illustrata da W. MASTOR, *The performative effect of the separate opinions on the majority decisions of Constitutional Courts*, cit., p. 129.

CAPITOLO 2

L'OPINIONE DISSENZIENTE NEL DIRITTO COMPARATO. PROFILI ISTITUZIONALI

SOMMARIO: 1. La *dissenting opinion* nella Corte Suprema degli Stati Uniti. – 2. Breve storia del *voto particular* in Spagna, con particolare attenzione alla Costituzione del 1978 e al *Tribunal Constitucional*. – 3. Tribunali internazionali e opinioni dissenzienti: alcuni spunti. – 4. Considerazioni sul dissenso giudiziario nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. – 5. Il (non) *dissent* presso la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ed il ruolo dell'Avvocato Generale.

1. *La dissenting opinion nella Corte Suprema degli Stati Uniti.*

In una breve ricostruzione “istituzionale” sulla nascita e sviluppo dell’opinione dissenziente – che funge da “cornice” entro la quale collocare gli sviluppi (comparati) del dissenso in materia educativa – occorre prendere le mosse dal modello giurisdizionale degli Stati Uniti (con particolare attenzione all’esperienza della Corte Suprema), poiché nessun altro ordinamento può dirsi maggiormente influenzato dalla presenza della *dissenting opinion*, tanto in termini tecnico-giurisdizionali quanto a livello di ricadute politiche, istituzionali e financo socio-culturali.

Sul piano storico e della strutturazione del sistema giudiziario, è possibile distinguere tre diversi momenti dell’esperienza deliberativa della Corte Suprema statunitense. In primo luogo, dall’inizio della sua attività giurisdizionale¹ sino all’avvento alla Presidenza di John Marshall nel

¹ U.S. Supreme Court, *West v. Barnes*, 2 U.S. (2 Dall.) 401 (1791).

1801, la Corte Suprema decideva secondo il tradizionale metodo britannico delle *seriatim opinions*², limitandosi a rendere note, in successione, le opinioni individuali dei diversi giudici riuniti in collegio³.

L'avvio della lunga era Marshall (1801-1835), come è noto, trasformò per sempre il volto del costituzionalismo – americano e non – aprendo, a partire da *Marbury v. Madison*⁴, ampi orizzonti al principio di rigidità costituzionale ed al conseguente controllo diffuso di costituzionalità delle norme di legge, da quel momento sotto-ordinate alla Costituzione, intesa quale Legge Fondamentale gerarchicamente superiore.

È qui possibile affermare che la rivoluzione giuridica scatenata dalla controversia costituzionale più celebre di tutti i tempi radica le sue origini in una visione della realtà pragmatica e disincantata, volta a porre il neonato organo giudiziario al centro della vita politica e sociale ed a conferire ad esso quella *auctoritas* rispetto alle altre grandi istituzioni dello Stato di cui era sfornita, con i conseguenti riflessi sulle modalità di deliberazione⁵.

² Cfr. K.M. ZO BELL, *L'espressione di giudizi separati nella Suprema Corte: storia della scissione della decisione giudiziaria*, in C. MORTATI (a cura di), *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, Giuffrè, Milano, 1964, p. 70, il quale affermava che «nelle cause trattate davanti alla *House of Lords*, i punti di vista di tutti coloro che partecipavano alla decisione potevano essere espressi all'interno, ma nessun giudice parlava per il Tribunale, e nemmeno per la maggioranza. Inoltre [...] le opinioni dei Lords non erano pubblicate e divulgate, al tempo della Rivoluzione». U. MATTEI, *Il modello di Common Law*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 147, fa presente come «lo stile inglese [...] sia più congruente con la tradizione non positivista tipica del *common law*; i giudici separatamente collaboravano nell'intrapresa di scoprire il diritto, in quanto custodi di un patrimonio sapienziale, e non in quanto membri di una Corte organo ufficiale dello Stato».

³ Ricorda K.M. ZO BELL, *L'espressione di giudizi separati nella Suprema Corte*, cit., p. 71, che, in realtà, il caso da prendere in considerazione quale punto d'avvio dovrebbe essere U.S. Supreme Court, *Georgia v. Brailsford*, 2 U.S. 402 (1792), nel quale vennero riportate per la prima volta le posizioni dei suoi singoli componenti: sull'argomento anche F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La Judicial Review en la pre-Marshall Court*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 28, 2011, p. 159-162. Per una attenta ricostruzione delle tecniche deliberative nelle Corti del Regno Unito – dalla *seriatim opinion* al *single majority judgment* – si veda A. DI MARTINO, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali*, cit., pp. 171-198.

⁴ U.S. Supreme Court, *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

⁵ Sul ruolo del potere giudiziario, cfr. A. HAMILTON, *Paper No. 78*, in G.W. CA-

In tale contesto, Marshall – pur non potendo fregiarsi di essere stato il primo ad aver agito in tal modo⁶ – ebbe il merito di sistematizzare⁷ la prassi “extra-normativa” di rendere note le deliberazioni della Corte Suprema secondo la formula della *opinion of the Court*, in forza della quale egli pronunciava le decisioni giudiziarie a nome dell’intera istituzione, senza che fossero però note le posizioni dei suoi componenti.

La dimensione “politica” del passaggio dalla *seriatim* all’opinione unitaria della Corte era evidente⁸ e che tale fosse il palcoscenico di riferimento lo dimostra la non celata ostilità – già alle origini del caso *Marbury* – tra lo stesso *Chief Justice* ed il Presidente federale Thomas Jefferson, il quale non risparmiò dure parole di disapprovazione alla nuova prassi decisoria⁹.

REY, J. MCCLELLAN (a cura di), *The Federalist*, Liberty Fund, Indianapolis, 2001, pp. 401-408.

⁶K.M. ZO BELL, *L'espressione di giudizi separati*, cit., p. 72, nota 39, richiama sul punto *Brown v. Barry*, 3 U.S. (3 Dall.) 365 (1797), ove già si alludeva ad una pronuncia resa sotto forma di *opinion of the Court*. J.M. AUSTIN, *The Law of Citations and Seriatim Opinions: Were the Ancient Romans and the early Supreme Court on the Right Track?*, in *Northern Illinois University Law Review*, 31, 2010, p. 27, allude addirittura alla prassi inaugurata da Edmund Pendleton, *Chief Justice* della Corte Suprema della Virginia tra il 1788 ed il 1803, il quale «did away with seriatim opinions, choosing for the judges to work in private before announcing a unified opinion», recependo l’insegnamento britannico di Lord Mansfield, il quale, divenuto *Lord Chief Justice* del *King’s Bench*, nel 1756, pose fine ad una consolidata prassi plurisecolare, con l’introduzione della deliberazione collegiale in Camera di consiglio e la successiva redazione di un’unica *opinion of the Court*.

⁷A partire da U.S. Supreme Court, *Talbot v. Seeman*, 5 U.S. (1 Cranch) 1 (1801).

⁸Ben lo evidenzia M. TODD HENDERSON, *From ‘Seriatim’ to Consensus and Back Again: A Theory of Dissent*, in *University of Chicago Public Law & Legal Theory*, Working Paper No. 186, 2007, p. 43, quando ricorda che «despite the long history of openness in the judicial process, Lord Mansfield instituted a change to unanimity in order to achieve greater legal control over the commercial law. Chief Justice Marshall seized upon this same power to increase the reach of the judiciary into new realms. This extension was not simply a greater centralization of power, but also an increase in establishment of broad norms and the enabling force behind modernity’s juridical monarchy».

⁹«Un giudizio viene cucito insieme alla meglio in camera di consiglio, forse con la maggioranza di uno, reso come fosse unanime, e con la silente acquiescenza dei membri pigri o timidi, da un astuto Presidente, che manipola la legge a suo piacimento, a se-

All'interno della stagione così descritta può essere identificata una terza fase del *modus operandi* della Corte Suprema, consolidatosi sino ai giorni nostri, vale a dire quello della cristallizzazione – in calce alla soluzione “finale” dell'organo giurisdizionale – delle opinioni divergenti di alcuni suoi componenti: in tale direzione, la prima *concurring opinion* è stata attribuita al giudice William Johnson in *Huidekoper's Lessee v. Douglass* (1805)¹⁰, mentre il primo *dissent* in senso stretto parrebbe essere stato pronunciato da William Paterson nel caso *Simms & Wise v. Slacum* (1806)¹¹.

Sul punto, non è irrazionale sostenere come l'introduzione della *opinion of the Court* abbia rappresentato, sotto certi aspetti, un'innovazione più rilevante per il sistema giudiziario statunitense di quanto non sia invece accaduto con il *dissent*¹². Ad una attenta lettura, infatti, quest'ultimo

conda del suo modo di ragionare» (T. JEFFERSON, *Lettera a Thomas Ritchie*, 25 dicembre 1820, in P.L. FORD, *The Works of Thomas Jefferson*, Putnam's Sons, New York-London, 1905, p. 175).

¹⁰U.S. Supreme Court, *Huidekoper's Lessee v. Douglass*, 4 U.S. 392 (1805). Sull'importanza di Justice Johnson nella storia della Corte Suprema – ritenuta equiparabile a quella del Chief Justice MARSHALL – cfr. M. KOLSKY LEWIS, *Justice William Johnson and the History of Supreme Court Dissent*, in *Georgetown Law Journal*, 83, 1995, pp. 2081-2082, secondo cui «had Johnson not initiated the practice of writing separately, the Court could have gone without a meaningful dissent during its first thirty-five years [...] Justice Johnson made it possible for later Justices to dissent by establishing, at an opportune time, the propriety of the dissent itself».

¹¹U.S. Supreme Court, *Simms & Wise v. Slacum*, 7 U.S. 300 (1806).

¹²Le origini “extra-normative” del dissenso giudiziario troveranno ulteriore sviluppo soprattutto nell'esperienza del *Bundesverfassungsgericht* tedesco (BVerfG). In particolare, a livello federale, con la pronuncia nel celeberrimo caso *Der Spiegel* (1966) – in ordine al rapporto tra libertà di stampa e sequestro di copie e rotative per violazione della legislazione in materia di segreto di Stato – l'*erster Senat* del BVerfG decise, in una decisione inedita (non suffragata da alcuna norma di legge), di rendere note le argomentazioni sostenute dai Giudici favorevoli e contrari all'esistenza di una violazione costituzionale, omettendo però di pubblicare i nomi corrispondenti. Sulle origini tedesche dell'opinione dissenziente, cfr. F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La recepción del Sondervotum en Alemania*, in *Revista de las Cortes Generales*, 77, 2009, p. 7 ss. e K.M. MILLGRAM, *Separate opinions und Sondervotum in der Rechtsprechung des Supreme Court of the United States und Bundesverfassungsgerichts*, Duncker & Humblot, Berlin, 1985.

si configura come un'evoluzione della *seriatim opinion* britannica, ora incardinata in un contesto nel quale alla sequenza di singole opinioni si sostituisce una decisione imputabile alla Corte istituzionalmente considerata¹³.

Al netto delle argomentazioni addotte a favore e contro l'opinione "non maggioritaria"¹⁴, occorre ricordare che, dal momento in cui lo storico e biografo statunitense Burton Hendrick coniò la fortunata espressione del *dissenting Justice*¹⁵ – da intendersi come «the gentleman who differs, not only from the particular majority opinion, but from the spirit that informs it»¹⁶ – la giurisprudenza della Corte Suprema ha iniziato ad essere interpretata (in un'ottica retrospettiva, eppure ineludibile per avere un quadro completo delle sue evoluzioni) anche attraverso le opinioni dei giudici rimasti in minoranza.

In tal modo, si è creata una sorta di "mitologia" del giudice dissenziente, polemicamente irriducibile ed ancorato a difesa della sua posizione minoritaria¹⁷: tra i molti, si possono ricordare William Johnson¹⁸ e

¹³In realtà, l'intreccio tra *opinion of the Court* e opinione dissenziente giustifica anche la lettura secondo cui la decisione della Corte «appare dunque non come un atto unitario e impersonale imputato al collegio, ma piuttosto come il resoconto di una disputa tra dotti giureconsulti, in cui ciascuno ha e tiene ad avere una posizione personale distinta, se non contrapposta, a quella degli altri (A. ANZON, *La motivazione delle decisioni della Corte Suprema statunitense (struttura e stile)*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1994, p. 53).

¹⁴Nella dottrina statunitense, ineludibile è il richiamo alla ricostruzione storica di P.E. JACKSON, *Dissent in the Supreme Court. A Chronology*, University of Oklahoma Press, Norman, 1969. Recentemente, cfr. anche M. UROFSKY, *Dissent and the Supreme Court: Its Role in the Court's History and the Nation's Constitutional Dialogue*, Vintage Books, New York, 2015.

¹⁵B. HENDRICK, *Bulwark of the Republic – A Biography of the Constitution*, Little, Brown and Company, Boston, 1937, p. 417.

¹⁶K.M. ZO BELL, *Division of Opinion in the Supreme Court. A History of Judicial Disintegration*, in *Cornell Law Review*, 44, 1959, p. 196.

¹⁷Cfr. A. BARTH, *Prophets with Honor: Great Dissents and Great Dissenters in the Supreme Court*, Knopf, New York, 1974.

¹⁸Vedi A.J. LEVIN, *Mr. Justice William Johnson, Creative Dissenter*, in *Michigan Law Review*, 43(3), 1944, p. 497 ss.

Benjamin Curtis¹⁹ nel corso dell'Ottocento, John Marshall Harlan²⁰ e Oliver Wendell Holmes²¹ nel primo Novecento, per approdare ai più recenti John Paul Stevens²², Antonin Scalia²³ e Ruth Bader Ginsburg²⁴, nonché al contemporaneo Clarence Thomas²⁵.

In secondo luogo, lungo il corso della storia della *Supreme Court* è possibile individuare alcune *dissenting opinions* – soprattutto in materia di diritti e libertà fondamentali – la cui rilevanza *a posteriori* è equiparabile a quella delle sentenze che le avrebbero poi recepite (in modo più o meno esplicito), determinando importanti cambiamenti politici, istituzionali e socio-culturali²⁶.

¹⁹ Per un'analisi del celebre dissenso di Justice CURTIS nel caso *Dred Scott*, cfr. S.A. STREICHLER, *Justice Curtis's dissent in the Dred Scott Case: an interpretive study*, in *Hastings Constitutional Law Quarterly*, 24, 1996-1997, p. 509 ss.

²⁰ Cfr. P.S. CANELLOS, *The Great Dissenter: The Story of John Marshall Harlan, America's Judicial Hero*, Simon & Schuster, New York, 2021 e F.B. LATHAM, *The great dissenter: John Marshall Harlan, 1833-1911*, Cowles Book Company, New York, 1970.

²¹ Cfr. A. LIEF, *The Dissenting Opinions of Justice Oliver Wendell Holmes*, Vanguard Press, New York, 1929.

²² Cfr. B. BARNHART, G. SCHLICKMAN, *John Paul Stevens. An independent life*, Northern Illinois University Press, DeKalb, 2010.

²³ Si veda G.F. FERRARI, *Nino Scalia: analisi giurisprudenziale del pensiero di un giudice conservatore*, in *Giur. cost.*, 3, 2016, p. 1191 ss. e, da ultimo, G. PORTONERA, *Antonin Scalia*, IBL Libri, Torino, 2022. Nella dottrina statunitense più recente, B.G. SLOCUM, F.J. MOOTZ, *Justice Scalia: Rhetoric and the Rule of Law*, University of Chicago Press, Chicago-London, 2019.

²⁴ Cfr. R. UBER, *Ruth Bader Ginsburg at the Supreme Court: Oral Arguments, Majority Opinions and Dissents*, DuBois, Mammoth Publishing, 2019.

²⁵ Cfr. A. FELDMAN, *Do Dissents of the Past Foreshadow Dissents on the Current Court?*, 31st May 2022; *The dissenting-est Dissenters on the modern Court*, 26th February 2018 e *King of Dissents*, 22nd June 2016, in www.empiricalsctus.com. Sulla *judicial philosophy* del Giudice di origine afroamericana, cfr. T. SANDEFUR, *Clarence Thomas's jurisprudence unexplained*, in *New York University Journal of Law & Liberty*, 4, 2009, p. 535 ss. e H.M. HOLZER, *The Supreme Court opinions of Clarence Thomas, 1991-2006: a conservative's perspective*, McFarland & Co., Jefferson, 2007, nonché l'autobiografico C. THOMAS, *My Grandfather's Son: A Memoir*, Harper Collins, New York, 2007.

²⁶ Per un dettagliato riepilogo dei più celebri *dissent*, cfr. M. TUSHNET (a cura di), *I dissent. Great opposing opinions in landmark Supreme Court cases*, Beacon Press, Boston,

In proposito, la più celebre è, senza ombra di dubbio, quella prodotta da Marshall Harlan nel caso *Plessy v. Ferguson* (1896)²⁷, la cui sentenza «consacrò la dottrina del 'separati ma uguali', secondo la quale non era in contrasto col principio di uguaglianza previsto al Quattordicesimo Emendamento un trattamento che prevedesse sistemazioni distinte secondo la razza nel godimento di pubblici servizi»²⁸.

In tale direzione, le celeberrime parole di (solitario) dissenso da questi pronunciate²⁹ – saranno recepite, sul piano dei contenuti, in *Brown v. Board of Education* (1954)³⁰, la quale, rovesciando il citato precedente, sancì all'unanimità l'incostituzionalità della segregazione razziale negli istituti scolastici.

Nello stesso orizzonte, si possono menzionare il *revirement* della giurisprudenza iper-liberista sancita da *Lochner v. New York* (1905)³¹ ad opera di *West Coast Hotel Co. v. Parrish* (1937)³² o il dissenso di Justice Brandeis in *Olmstead v. United States* (1928) in materia di diritto alla riservatezza, poi recepito in *Katz v. United States* (1967)³³.

2008. Secondo A. MUSMANNO, *Dissenting Opinions*, in *University Kansas Law Review*, 6, 1958, p. 408-409, «America would not be America without dissenting opinions. It is by constant and critical supervision that the leak in the roof is discovered, the break in the dam is revealed, the rent in the garment of justice is exposed».

²⁷ U.S. Supreme Court, *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

²⁸ J.P. GREENBAUM, *Osservazioni sul ruolo delle opinioni dissenzienti nella giurisprudenza della Corte Suprema statunitense*, in A. ANZON (a cura di), *L'opinione dissenziente. Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 5 e 6 novembre 1993*, Milano, Giuffrè, 1995, p. 191-192.

²⁹ U.S. Supreme Court, *Plessy v. Ferguson*, cit., p. 559: «in view of the Constitution, in the eye of the law, there is in this country no superior, dominant, ruling class of citizens. There is no caste here. Our Constitution is color-blind, and neither knows nor tolerates classes among citizens. In respect of civil rights, all citizens are equal before the law».

³⁰ U.S. Supreme Court, 347 U.S. 483 (1954).

³¹ Con le opinioni dissenzienti di Harlan (condivisa da White e Day) e Holmes.

³² Diffusamente sulla predetta giurisprudenza S.G. TARROW, *Lochner versus New York: a political analysis*, in *Labor History*, 5(3), 1964, p. 277 ss. e, di recente, D.E. BERNSTEIN, *Lochner v. New York: A Centennial Retrospective*, in *Washington University Law Quarterly*, 85(5), 2005, p. 1469 ss.

³³ U.S. Supreme Court, 389 U.S. 347 (1967).

Infine, in tema di protezione della collettività omosessuale, si ricordi il superamento della criminalizzazione di determinate tipologie di condotte sessuali (sodomia) – sancita in *Bowers v. Hardwick* (1986)³⁴ – da parte di *Lawrence v. Texas* (2003)³⁵, che determinò l'illegittimità della corrispondente legge texana per violazione del Quattordicesimo Emendamento. In quest'ultimo caso, peraltro, le linee fondamentali dell'opinione dissenziente di Justice Stevens in *Bowers* sono espressamente riprese nell'opinione sottoscritta dalla maggioranza in *Lawrence*.

Sul piano dell'evoluzione temporale del *dissent*, è possibile individuare un'ulteriore – ed interessante – scansione per periodi cronologici³⁶. Una prima fase può essere fatta correre dall'inizio della Presidenza del Chief Justice Marshall sino agli albori del Ventesimo secolo.

Caratteristiche rilevanti di tale stagione sono la limitatezza quantitativa del *dissent* rispetto al totale delle opinioni espresse dalla Corte³⁷, l'utilizzo da parte di un ridotto numero di giudici e, soprattutto, una concezione “filosofica” dell'opinione dissenziente che – quale eccezione alla *opinion of the Court* – «tended to be particularly apologetic in tone, as dissenting Justices felt obligated to justify their deviation from the status quo»³⁸.

Un'altra finestra temporale è invece aperta dal ricordato caso *Lochner*, a partire dal quale si registra una maggior diffusione delle opinioni dissenzienti ed un mutamento della loro impostazione concettuale: in parti-

³⁴ U.S. Supreme Court, 478 U.S. 186 (1986).

³⁵ U.S. Supreme Court, 539 U.S. 558 (2003).

³⁶ Cfr. K.M. ZO BELL, *L'espressione di giudizi separati*, cit., 76 ss. nonché l'anonimo *Note: from consensus to collegiality: the origins of the “respectful” dissent*, in *Harvard Law Review*, 124, 2011, p. 1306 ss.

³⁷ Cfr. le risultanze statistiche fornite da E.A. EVANS, *The Dissenting Opinion-Its Use and Abuse*, in *Missouri Law Review*, 3, 1938, pp. 138-141, in ordine alle pronunce emesse tra il 1789 ed il 1928. Sinteticamente, emergono percentuali di *dissent* del 15,83% (1789-1879), 13,52% (1880-1902) e 16,2% (1903-1928), riconducibili – dal *greatest* al *lowest dissenter* – a Douglass White, Marshall Harlan, Field, Brewer, Holmes, Brandeis, Miller, McReynolds, Bradley e Clifford. Su quest'ultimo profilo, cfr. F. FERNÁNDEZ SEGADO, *El Justice Oliver Wendell Holmes: “The great dissenter” de la Supreme Court*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 25, 2010, pp. 141-142.

³⁸ *Note: from consensus*, cit., p. 1308.

colare, la *dissenting opinion* diviene uno strumento per evidenziare in modo sempre più proattivo (e polemico) differenze ideologiche rispetto alla soluzione maggioritaria³⁹.

Tra le ragioni di siffatto scostamento sono state evidenziate soprattutto la normalizzazione della prassi del *dissent* – favorita da un'esperienza ormai secolare – ed il consolidamento della Corte Suprema quale attore essenziale nell'equilibrio tra i poteri, con la conseguenza che «the Justices of 1905 were not tepidly defining institutional practice when they bucked unanimity to register dissent, as they once had been. Rather, they were conforming to a well-established convention of dissenting»⁴⁰.

Una terza fase del dissenso in seno alla Corte Suprema è stata indicativamente inaugurata a partire dai primi anni Quaranta del Ventesimo secolo⁴¹. Nel dettaglio, a far data dal 1942 si è assistito ad un irrobustimento delle tendenze manifestatesi nel corso della stagione precedente, con un aumento esponenziale dei *dissents*⁴² ed un quadro argomentativo

³⁹ Con particolare attenzione all'esperienza della Corte Taft (1921-1930), cfr. l'analisi di R. POST, *The Supreme Court Opinion as Institutional Practice: Dissent, Legal Scholarship, and Decision-making in the Taft Court*, in *Minnesota Law Review*, 85, 2001, p. 1267 ss. Nella dottrina italiana, vedi A. ZORZI GIUSTINIANI (a cura di), *Diritti fondamentali e interessi costituiti: W.H. Taft Presidente della Corte Suprema degli Stati Uniti (1921-1930)*, Giuffrè, Milano, 2006.

⁴⁰ R. POST, *The Supreme Court Opinion*, cit., p. 1312.

⁴¹ In termini convenzionali, si assume come data di svolta il 29 marzo 1937, giorno in cui la Corte Suprema pubblicò la sentenza *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, che determinò un'inversione di tendenza nell'interpretazione delle misure economico-sociali implementate dall'amministrazione guidata da F.D. Roosevelt. Scorrendo i dati forniti da J.P. GREENBAUM, *Osservazioni sul ruolo*, cit., p. 196, infatti, la percentuale di dissenso oscilla – negli anni indicati tra parentesi – dal 27,06% al 33,56% (1937-1938), per calare leggermente nel biennio successivo e aumentare nuovamente dal 36,42% al 43,86% (1941-1942) e dal 43,86% al 58,39% (1942-1943), stabilizzandosi in modo costante ben oltre il 50% dei casi. Analogamente, per E.C. VOSS, *Dissent: Sign of a Healthy Court*, in *Arizona State Law Journal*, 24, 1992, p. 661, «in just four or five short years, the average of 12% dissents per year elevated to almost 34% in 1938, over 36% in 1941, and over 58% in 1943. After that, the Court never looked back». Per un'analisi dettagliata (anno per anno) dei dissensi, si vedano le apposite sezioni dedicate nella *Harvard Law Review*.

⁴² Cfr. M. TODD HENDERSON, *From 'Seriatim' to Consensus*, cit., pp. 38-39: «The

sempre più ampio e ragionato, quando non apertamente belligerante nei confronti dell'esito maggioritario delle sentenze⁴³.

Al fine di poter spiegare il descritto mutamento di tendenza – sotto certi aspetti, più significativo rispetto al passaggio dalla prima alla seconda delle epoche descritte – è necessario fare riferimento ai seguenti profili.

Sul piano della composizione della Corte Suprema, è stato ricordato che, durante la Presidenza di Harlan Fiske Stone (1941-1946), la stessa «had an extremely low level of judicial service at any level»⁴⁴. Inoltre, durante le Presidenze degli Stati Uniti di F.D. Roosevelt (1933-1945) e Truman (1945-1953), i criteri di nomina furono orientati più dalla volontà politica di individuare soggetti che condividessero una visione “democratico-rooseveltiana” del sistema federale e dei meccanismi di regolazione economica del mercato e della società⁴⁵ che non, invece, dal desiderio di dar corso ad una filosofia giurisprudenziale omogenea su questioni di più ampio respiro costituzionale⁴⁶.

A livello positivo, l'approvazione del *Judiciary Act* nel 1925⁴⁷ determinò uno snellimento del carico di lavoro della Corte Suprema, grazie al-

last 50 years of Supreme Court history since the time of Chief Justice Stone has been characterized by a proliferation of dissents. During the first 140 years of Court history dissents appeared in less than seven percent of cases; since that time there have been dissenting opinions in over half of all opinions issued by the Supreme Court».

⁴³ *Ivi*, p. 38, nota 198: «Not only has the number of dissents increased but so has the vitriol. When justices did dissent during the Marshall Court, they did so reluctantly and apologetically. This was in part due to the collegial atmosphere that existed in the 'boardinghouse Court' [...] This type of name calling and hyperbolic rhetoric is a far cry from the day when justices rarely had the courage to dissent, and when they did, the guilty feelings compelled them to apologize publicly».

⁴⁴ T.G. WALKER, L. EPSTEIN, W.J. DIXON, *On the Mysterious Demise of Consensual Norms in the United States Supreme Court*, in *Journal of Politics*, 50, 1988, p. 374, nota 20.

⁴⁵ In risposta alla stagione della Corte Suprema presieduta da Hughes (1930-1941), particolarmente combattiva nei confronti della legislazione di implementazione del *New Deal*: è nota, in questo senso, la contrapposizione tra i conservatori *Four Horsemen* (Van Devanter, McReynolds, Sutherland e Butler) e i liberali *Three Musketeers* (Brandeis, Stone e Cardozo). Cfr. L. KALMAN, *The Constitution, the Supreme Court and the New Deal*, in *American History Review*, 110(4), 2005, p. 1052 ss.

⁴⁶ *Note: from consensus*, cit., pp. 1313-1314.

⁴⁷ In proposito, ricorda R. POST, *The Supreme Court Opinion as Institutional Prac-*

l'introduzione della "regola aurea" della *rule of four*, secondo la quale essa è tenuta a giudicare nel merito sulle richieste di *certiorari* unicamente nel caso in cui almeno quattro giudici del Collegio ne facciano richiesta⁴⁸.

In questo modo, pertanto, l'enorme discrezionalità rimessa alla Corte fece sì che essa preferisse selezionare solo i casi più complessi e dotati di conseguenze giuridiche rilevanti⁴⁹, secondo uno schema che lega in modo proporzionale il grado di discrezionalità nell'individuazione delle fattispecie ed il tasso di dissenso⁵⁰.

Inoltre, è stata sottolineata l'importanza di ulteriori fattori, quali l'affermazione della filosofia del *legal realism*⁵¹ – dovuta soprattutto all'influ-

tice, cit., p. 1272, come «it was Taft who conceived and pushed through Congress the Judiciary Act of February 13, 1925, which 'cut... to the bone' the mandatory appellate jurisdiction of the Supreme Court, substituting therefore discretionary review by writs of certiorari». Si tenga tuttavia presente la posizione mediana dello stesso Taft in materia di dissenso, secondo cui «important questions of law should not be broken anymore than we can help by dissents» (cit. in W.F. MURPHY, *Elements of Judicial Strategy*, University of Chicago Press, Chicago-London, 1964, p. 47).

⁴⁸ Cfr. J.M. LEIMAN, *The Rule of Four*, in *Columbia Law Review*, 57(7), 1957, p. 975 ss.

⁴⁹ Per B.L. BARTELS, *The Sources and Consequences of Polarization in the U.S. Supreme Court*, in J.A. THURBER, A. YOSHINAKA, *American Gridlock: The Sources, Character, and Impact of Political Polarization*, Cambridge University Press, New York, 2015, p. 194, «underlying the Court's selection of the cases it will hear and decide on (at the certiorari stage) are two basic sub-agendas: (1) the *volitional agenda*, which contains the hot button legal-political issues that are highly salient to the justices and that allow justices to pursue their policy goals; and (2) the *exigent agenda*, which contains cases on which the Court must settle legal questions, resolve lower court splits, and therefore manage the judicial hierarchy by giving clear signals to the lower courts and performing basic functions of institutional maintenance».

⁵⁰ Cfr. M. HALL, *Docket Control as an Influence on Judicial Voting*, in *Justice System Journal*, 10, 1985, p. 243 ss. e S. HALPERN, K. VINES, *Institutional Disunity, the Judge's Bill and the Role of the U.S. Supreme Court*, in *Western Political Quarterly*, 30, 1977, p. 471 ss. Nella recente dottrina italiana, una ricostruzione sulle tecniche di selezione delle controversie in F. FERRARIS, «*Rationing Justice*». *La selezione dei ricorsi nelle Corti Supreme di Stati Uniti e Italia*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 33 ss.

⁵¹ «[...] o lo que es igual, de un abandono de la búsqueda del significado auténtico de la normas constitucionales y su sustitución por el acomodo de los principios constitucionales a las necesidades sociales y a los valores mutantes de cada momento histórico» (F. FERNÁNDEZ SEGADO, *El Justice Oliver Wendell Holmes*, cit., p. 149). In dottrina,

enza di *Justice* Holmes – ed alla nomina di tre accademici di assoluto prestigio, quali William Orville Douglas (Columbia Law School e Yale), Felix Frankfurter (Harvard) ed il già citato Harlan Fiske Stone (Columbia Law School).

Tornando alla ricordata scansione temporale, è possibile identificare un'ulteriore stagione a partire dal 1957, con il progressivo affermarsi della consuetudine di dissentire *respectfully*⁵². Prendendo le mosse dalla “rivoluzione costituzionale” inaugurata dalla *Warren Court* (1953-1969)⁵³ si assiste alla costante necessità – quando non al dovere – di dare risposte soddisfacenti a questioni scottanti sul piano delle libertà fondamentali e dei diritti della persona⁵⁴.

Così, da un lato è stata avvertita la necessità di mantenere uno stretto contatto con le sempre più diffuse sensibilità presenti all'interno del corpo sociale; dall'altro si percepisce l'esigenza di preservare quella neutralità istituzionale e prestigio così faticosamente acquisiti dalla Corte in un periodo di quasi due secoli, giacché «for an individual Justice to 'respectfully dissent' from his peers is to reinforce the view of the Court as an impartial and professional adjudicative body capable of exercising neither Force nor Will, but merely judgment»⁵⁵.

Da ultimo, l'esperienza della Corte presieduta da John Roberts – a partire dal 2005 e tutt'ora in corso – ha dimostrato la necessità di dover fare i conti con un Collegio sempre più ideologicamente polarizzato verso le ali estreme delle ideologie giudiziarie presenti in seno alla Corte, in ra-

cfr. G. TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, Giuffrè, Milano, 1962 e G. BOGNETTI, *Il pensiero filosofico giuridico nord-americano del XX secolo. I fondatori: Holmes, Pound, Cardozo*, Istituto editoriale cisalpino, Milano, 1958.

⁵² Cfr. U.S. Supreme Court, *Roviano v. United States*, 353 U.S. 53, 1957, p. 71 (CLARK, J., dissenting) e *La Buy v. Howes Leather Co.*, 352 U.S. 249, 1957, p. 269 (BRENNAN, J., dissenting). In dottrina, *Note: from consensus*, cit., p. 1317 ss.

⁵³ M.J. HORWITZ, *The Warren Court and The Pursuit of Justice*, in *Washington & Lee Law Review*, 50, 1993, p. 5.

⁵⁴ Una ricostruzione sistematica dei casi più significativi della Corte Warren in R.W. GALLOWAY JR., *Third Period of the Warren Court: Liberal Dominance (1962-1969)*. *The Supreme Court History Project: The Warren Court 1962-1969*, in *Santa Clara Law Review*, 20, 1980, p. 773 ss.

⁵⁵ *Note: from consensus*, cit., p. 1320.

gione del venir meno, all'indomani delle dimissioni di *Justice Kennedy* (effettive dal 31 luglio 2018), della tradizionale figura equilibratrice dello *swing voter*⁵⁶.

In questo senso, si suole definire *swing vote* il voto di quel giudice che non è *a priori* inquadrabile entro una determinata opzione ideologica: in tal senso, se pure è vero che qualsiasi giurista che entri a far parte della Corte Suprema porta con sé un bagaglio di impostazioni giuridico-filosofiche, è vero anche che quello stesso giudice potrebbe non essere del tutto "allineato" all'opzione politico-ideologica in forza della quale è stato presumibilmente nominato dal Presidente degli Stati Uniti (comunque mantenendosi entro i confini dell'ideologia "di partenza"), così come potrebbe accadere che assuma posizioni sempre più moderate nel corso della sua permanenza presso la Corte⁵⁷.

In tale direzione, le ragioni che avevano condotto alla ricerca di una logica per certi aspetti "compromissoria" del *respectful dissent* sembrerebbe essere poco a poco sfumata, in un'epoca nella quale i fortissimi contrasti a livello politico-istituzionale rischiano di riverberarsi negativamente sull'attività della Corte ed i meccanismi del suo funzionamento⁵⁸.

⁵⁶ Alle diverse sfaccettature della giurisprudenza di *Justice Kennedy* è dedicato il numero 35(5), *Supplemental Issue*, della *Georgia State University Law Review* del 2019. In particolare, sulla sua filosofia giudiziaria in materia penale, cfr. P. INSOLERA, *Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)*, in *Diritti Comparati*, 1, 2020, p. 97 ss.

⁵⁷ Sulla figura dello *swing voter* o *median Justice*, cfr. *Note. Getting Back to Basics: Recognizing and Understanding the Swing Voter on the Supreme Court of the United States*, in *Minnesota Law Review*, 101, 2017, p. 1247 ss; P.K. ENNS, P.C. WOHLFARTH, *The Swing Justice*, in *Journal of Politics*, 75(4), 2013, p. 1089 ss. e L. EPSTEIN, T. JACOBI, *Super Medians*, in *Stanford Law Review*, 61, 2008, p. 43, i quali ricordano come «when median Justices are ideologically remote from their nearest colleagues [...] they will emerge as super medians. They will find themselves on the winning side of cases, breaking ties [...] and authoring opinions in key cases. But when medians are ideologically proximate to their closest colleagues [...] they will be far less dominant».

⁵⁸ All'uopo, B.L. BARTELS, *The Sources and Consequences*, cit., p. 196, è stato saggio profeta, quando ha affermato che «if either Justice Kennedy or a justice who is ideologically incongruent with the sitting President should die or retire, we will likely witness the most politically cantankerous appointment and confirmation process in history. I refer to this as the "blockbuster scenario". If such a scenario occurred, the President

In particolare, può ricordarsi in quest'ultimo senso che l'attivazione della cosiddetta *nuclear option* in Senato, nel 2017, da parte del Partito Repubblicano – nell'ambito del procedimento di *confirmation* di Gorsuch quale *Associate Justice* presso la Corte Suprema – ha determinato la rottura della “regola di compromesso” sino ad allora esistente per porre termine ad un dibattito, aprendo le porte ad un sistema “partigiano” di nomina e conferma dei più alti funzionari federali e di fortissima polarizzazione (politica) presso gli organi giurisdizionali⁵⁹.

Ai sensi della *Rule XXII* del Regolamento del Senato (come modificato nel 1975), infatti, è previsto che, nel corso di un qualsiasi dibattito, sedici senatori possano presentare una *motion of cloture*, così da porre termine al relativo confronto parlamentare.

A tal fine, è però necessario il voto favorevole di almeno tre quinti dei componenti: ne deriva che, in teoria, qualunque misura bisognosa del voto assembleare necessita – in caso di attività ostruzionistiche – del voto di almeno sessanta senatori, in quanto un'eventuale azione di *filibustering* della minoranza può essere “rovesciata” attraverso la citata *motion of cloture*⁶⁰.

would have the opportunity to create the first ideologically reliable/homogenous majority coalition since the liberal coalition on the Warren Court of the 1960s». In tal senso, infatti, deve essere interpretata la *narrow confirmation* di Justice Kavanaugh (50 voti contro 48) da parte del Senato il 6 ottobre 2018. Sul travagliato procedimento di nomina di Kavanaugh, cfr. R. MARCUS, *Supreme Ambition: Brett Kavanaugh and the Conservative Takeover*, Simon & Schuster, New York, 2019.

⁵⁹ Lo scenario risulta così del tutto opposto a quello tedesco. In questo senso, secondo E. FERIOLI, *La dissenting opinion nella giustizia costituzionale europea di matrice kelseniana*, in *DPCE*, 3, 2017, p. 697, «in Germania, la profonda fiducia della popolazione e delle istituzioni nei confronti della Corte costituzionale è fondata sulla presunzione della sua imparzialità e della sua coerenza interna. Pertanto, la rarità della divergenza, lungi dal provare l'inutilità dell'istituto, denota un'efficacia del dissenso che, anziché canalizzarsi verso l'esterno, tende piuttosto al collaudo interno della completezza e della ragionevolezza delle decisioni». In parallelo, per A. DI MARTINO, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali*, cit., p. 502, «la percezione di un diaframma tra corte e partiti è stata determinata sia dall'autocomprensione dei giudici costituzionali, che hanno fortemente creduto nella loro imparzialità e indipendenza, sia in un atteggiamento di rispetto, da parte delle forze politiche, dei processi decisionali del BVerfG».

⁶⁰ Così, secondo C. FISK, E. CHEMERINSKY, *The Filibuster*, in *Stanford Law Review*,

Al contrario, il mancato ricorso all'ostruzionismo non impedisce che il Senato proceda al passaggio della legislazione ed alla conferma dei giudici nominati alla Corte Suprema, anche a maggioranza non qualificata⁶¹.

Detto meccanismo di “blocco”, tuttavia, può a sua volta essere superato dalla richiesta, proveniente da una maggioranza semplice, di modifica “a titolo di consuetudine” della descritta regola parlamentare – come stabilito dalla Corte Suprema sin dalla sentenza *United States v. Ballin* (1892)⁶², onde far sì che qualunque provvedimento possa essere adottato con tale maggioranza.

In questo modo, nel 2013 e nel 2017 le Amministrazioni guidate da Barack Obama e Donald Trump, entrambe prive di maggioranza qualificata al Senato, sono riuscite ad ottenere la conferma delle candidature rispettivamente proposte⁶³, evitando di dover addivenire ad un compromesso con il partito di opposizione⁶⁴. Da allora, qualsiasi nomina presidenziale a giudice della *Supreme Court* può essere confermata a maggioranza semplice, sulla base del gioco di sponda tra Presidente e Senato (ove vi sia coincidenza ideologica)⁶⁵.

Sul piano della produzione del dissenso in seno alla Corte, «although opinions are still issued as an ‘opinion of the court’ and separate opinions

49, 1997, p. 182, «[I]t is now commonly said that sixty votes in the Senate, rather than a simple majority, are necessary to pass legislation and confirm nominations».

⁶¹ In questo senso, *Justice Alito* è stato confermato nel 2006 con 58 voti favorevoli e 42 contrari e *Justice Thomas* nel 1991 con 52 favorevoli e 48 contrari.

⁶² U.S. Supreme Court, 144 U.S. 1 (1892).

⁶³ Relative a giudici federali, nel primo caso e alla nomina di un giudice per la Corte Suprema, nel secondo. Cfr. G. ARAVANTINO LEONIDI, *The day filibuster died. Le modifiche del regolamento del Senato statunitense e il secondo mandato Obama*, in *Nomos*, 3, 2013.

⁶⁴ Ampiamente sull'argomento, L.P. VANONI, *La nomina dei giudici supremi tra scontro politico e diritto costituzionale: il caso americano*, in *DPCE*, 3, 2017, p. 833 ss.

⁶⁵ Per un riferimento “empirico” all'ideologia dei giudici della Corte Suprema, cfr. J.A. SEGAL, A.D. COVER, *Ideological Values and the Votes of U.S. Supreme Court Justices*, in *American Political Science Review*, 83, 1989, p. 557 ss. e J.A. SEGAL, L. EPSTEIN, C.M. CAMERON, H.J. SPAET, *Values and the Votes of U.S. Supreme Court Justices Revisited*, in *Journal of Politics*, 57(3), 1995, p. 812 ss.

are merely concurrences or dissents, the practical effect has been a change back to writing separately – back nearly to the tradition of *seriatim*»⁶⁶.

Pertanto, non sembra implausibile sostenere che il ruolo del *Chief Justice* Roberts potrebbe diventare in alcuni casi decisivo, tanto a livello di mediazione tra le contrapposte ideologie *conservative* e *liberal* quanto attraverso una (meno percepibile) attività di salvaguardia del ruolo istituzionale della Corte nel rapporto con i restanti poteri dello Stato⁶⁷ ed un'opinione pubblica sempre più consapevole della importanza della *Supreme Court* nella configurazione dei vari aspetti della vita sociale e politica della Federazione⁶⁸.

In tale contesto, peraltro, si tratterà anche di comprendere fino a che punto la giurisprudenza della Corte sarà influenzata dal sentire sociale⁶⁹

⁶⁶ M. TODD HENDERSON, *From 'Seriatim' to Consensus*, cit., p. 39.

⁶⁷ Sul tema, cfr. B. POMERANCE, *The king in his court: Chief Justice John Roberts at the center*, in *Albany Law Review*, 83(1), 2019/2020, p. 169 ss. e ID., *Center of order. Chief Justice John Roberts and the coming struggle for a respected Supreme Court*, in *Albany Law Review*, 82(2), 2018/2019, p. 449 ss.

⁶⁸ Tale funzione compromissoria da parte del *Chief Justice* sembrerebbe tuttavia essere venuta meno – o, comunque, divenuta più difficile – con la nomina di Coney Barrett (27 ottobre 2020) in sostituzione di Bader Ginsburg: in questo senso, se in precedenza il suo voto poteva essere decisivo per “rompere” il pareggio a quattro voti tra conservatori e progressisti, a partire dalla descritta sostituzione egli potrà forse essere decisivo nel tentativo di “limare” i profili più rigidamente ortodossi del “fronte originalista” solo laddove riesca a convincere almeno un altro Giudice conservatore ad “unirsi” a lui (in combinazione con i tre giudici *liberal*). Per un commento, cfr. A. FELDMAN, *Was it Ever Really Roberts' Court?*, in *www.empiricalsctus.com*, 17th May 2022.

⁶⁹ Il tema è stato trattato da J. BLACKMAN, *Judicial Courage*, in *Texas Review of Law & Politics*, 26, 2022, p. 359, il quale richiama sul punto le parole spese dal *Chief Justice* REHNQUIST nel suo *dissent from the bench* (29 giugno 1992) in U.S. Supreme Court, *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992): «Once the Court starts looking to the currents of public opinion regarding a particular judgment, it enters a truly bottomless pit from which there is simply no extracting itself». L'argomento è stato di recente ripreso in U.S. Supreme Court, *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. ___ (2022), p. 69 (slip op.): «We do not pretend to know how our political system or society will respond to today's decision overruling *Roe* and *Casey*. And even if we could foresee what will happen, we would have no authority to let that knowledge influence our decision. We can only do our job, which is to interpret the law, apply longstanding principles of *stare decisis*, and decide this case accordingly».

o, viceversa, potrà determinare mutamenti nell'adozione di decisioni politiche⁷⁰, il che imporrà di presidiare costantemente i risultati della cartina di tornasole costituita dalle decisioni adottate e dalle (più che probabili) *dissenting opinions* pronunciate.

2. Breve storia del voto particular in Spagna, con particolare attenzione alla Costituzione del 1978 e al Tribunal Constitucional.

Tra le esperienze che contemplano l'emissione di voti non coincidenti con quello della maggioranza, quella spagnola è una delle più suggestive, sia sotto il profilo della "tradizione" storica, sia in ragione dell'intreccio tra *voto particular*, contesto socio-politico e sviluppo del sistema istituzionale⁷¹, anche in relazione all'articolazione di un solido modello di diritti e libertà fondamentali⁷².

Il punto di partenza di questa avventura plurisecolare affonda le sue radici nelle *Ordenanzas de Medina* del 1489, promulgate dai Sovrani cattolici Ferdinando d'Aragona e Isabella di Castiglia. In particolare, il Cap. XIV prevedeva la custodia di uno speciale *Libro secreto del Acuerdo*, nel quale venivano annotate le opinioni (non motivate) di tutti i giudici che avevano concorso alla deliberazione di una sentenza, affinché vi fosse prova tangibile – in caso di contestazioni sollevate da un giudice del Collegio o dalle parti processuali – dell'*iter* deliberativo seguito⁷³.

⁷⁰ Detto profilo ha trovato riconoscimento soprattutto nella dottrina statunitense della cosiddetta *demosprudence*. Per un'ampia ricostruzione sul tema, cfr. L. GUINIER, *The Supreme Court 2007 term foreword: demosprudence through dissent*, cit.

⁷¹ Vedasi il rinvio da parte della STC 36/1981, FJ7, al contenuto di una pronuncia del *Tribunal de Garantías Constitucionales* repubblicano pubblicata il 3 novembre 1934, come ricordato da L. AGUIAR, *El Tribunal de Garantías de la II República: una reflexión*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 8, 1983, p. 290.

⁷² Sull'intreccio tra *voto particular* e tutela dei diritti fondamentali, il rinvio immediato corre a G. CÁMARA VILLAR, *Votos particulares y derechos fundamentales*, cit., soprattutto p. 95 ss.

⁷³ Il testo completo è disponibile in *Novísima Recopilación de las Leyes de España*, Tomo II, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1993, pp. 350-351. Analogamente, nel caso tedesco ricordava K. NADELMANN, *Il «dissenso» nelle decisioni giudiziarie*. Pubblici-

Tuttavia, tale tecnica decisoria non può essere considerata come una vera e propria opinione dissenziente. Difettano, infatti, la pubblicità e la motivazione⁷⁴, nonché il carattere limitato delle controversie alle quali essa era applicabile⁷⁵ e l'impossibilità di inquadrarla nella cornice delle tradizionali argomentazioni che ne hanno sorretto l'introduzione⁷⁶.

Questa modalità di *voto reservado* fu poi estesa alla legislazione processuale in campo civile e penale⁷⁷. Nel dettaglio, la LEC e la LECrim stabilivano che il giudice dissenziente fosse comunque obbligato a sottoscrivere la sentenza "contestata", potendo tuttavia dare atto – con dettaglio di motivazione, nelle successive ventiquattro ore – della propria contrarietà in un "libro riservato"⁷⁸.

In parallelo, un'apertura ancora più netta era rinvenibile nella regolamentazione dei processi dinanzi al giudice amministrativo. Infatti, la *Ley de lo Contencioso-Administrativo, de 13 de septiembre de 1888* statuiva (artt. 62 e 99) la piena pubblicità delle opinioni dissenzienti – nominative e motivate – le quali venivano pubblicate assieme al testo finale della sentenza e così rese note in forma pubblica ed alle parti⁷⁹: detta innova-

tà contro segretezza, in C. MORTATI, *Le opinioni dissenzienti*, cit., p. 49, che «in alcuni Stati tedeschi, pur vigendo il sistema dell'assoluta segretezza, il giudice aveva la facoltà di allegare un dissenso scritto a quella parte degli atti giudiziari che non era accessibile al pubblico. Ciò era consentito in Prussia, dove una tale regola processuale serviva a tutelare i dissenzienti nell'ipotesi che fosse promossa un'azione contro l'intera Corte, sostenendo l'illegittimità del giudizio».

⁷⁴ Le motivazioni erano infatti raccolte «en un libro enquadernado, sin poner causas y razones algunas de las que les movió a votar».

⁷⁵ «Pleytos arduos, y de substancia, especial en todos los que exceden de cien mil maravedís».

⁷⁶ Ricorda L. LUATTI, *Profili costituzionali del voto particolare. L'esperienza del Tribunale costituzionale spagnolo*, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 166-167, che si trattava di una «facoltà [...] riconosciuta nell'interesse prevalente dei giudici, piuttosto che dei giudicati, essendo la funzione preminente ed essenziale della verbalizzazione quella di garanzia dei componenti il collegio».

⁷⁷ Cfr. *Real Decreto de 3 de febrero de 1881 por el que se aprueba el Proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento civil* (LEC) e *Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba el Proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento criminal* (LECRim).

⁷⁸ Artt. 367 LEC e 156 LECrim.

⁷⁹ Cfr. L. LUATTI, *Profili costituzionali*, cit., p. 168; G. CÁMARA VILLAR, *Votos parti-*

zione ebbe tuttavia vita breve⁸⁰, venendo sostituita con la ricordata disciplina “conservatrice” contenuta nella LEC da parte della successiva legge processuale amministrativa del 1894⁸¹.

Più stimolante appare l'esperienza – breve ma intensa (1933-1939) – del *Tribunal de Garantías Constitucionales* (TGC) introdotto dalla Costituzione della Seconda Repubblica del 1931⁸². Dal punto di vista strutturale, l'art. 122 CE prevedeva una composizione pletorica e variegata, essendo tale organo costituito da un Presidente (di designazione parlamentare), nonché dal Presidente dell'*Alto Cuerpo consultivo de la República*, il Presidente del *Tribunal de Cuentas*, due deputati scelti dalle *Cortes*, un rappresentante per ognuna delle costituende Regioni, due componenti eletti dai rappresentanti dei *Colegios de Abogados* e quattro docenti in materie giuridiche, per un totale di ventisei componenti.

È opportuno soffermarsi sulla predetta composizione, per due motivi. Da un lato, essa è stata interpretata quale portato di una pregressa ambiguità di fondo in ordine alla configurazione dell'organo di giustizia costituzionale⁸³; dall'altro, si è voluto vedere nella struttura profondamente

culares y derechos fundamentales, cit., pp. 65-66 e F.J. EZQUIAGA GANUZAS, *El voto particular*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 92-93.

⁸⁰ In proposito, G. CÁMARA VILLAR, *Votos particulares y derechos fundamentales*, cit., p. 27, ricorda le durissime parole pronunciate contro il *voto particular* da Manuel Aguirre, Conde de Tejada de Valdosera – durante l'esame parlamentare della *Ley de lo Contencioso-Administrativo* del 1888 – il quale parlò di «anarquía judicial», «embriones de sentencias» e «sentencias con estrambote».

⁸¹ Cfr. L. MARTÍN REBOLLO, *El proceso de elaboración de la Ley de lo Contencioso-Administrativo de 13 de septiembre de 1888*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1975, p. 217, il quale fa riferimento, tra le motivazioni addotte nel progetto di riforma per la soppressione dell'istituto, alla (ritenuta) perdita di prestigio dei Tribunali amministrativi, la sopravvenuta debolezza delle loro pronunce e l'assenza di utilità per il diritto soggettivo invocato dalle parti.

⁸² Cfr. M. BASSOLS COMA, *El Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010.

⁸³ Ben lo evidenziano F. RUBIO LLORENTE, *Del Tribunal de Garantías al Tribunal constitucional*, in *Revista de Derecho Político*, 16, 1982-1983, p. 31 e L. LUATTI, *Profili costituzionali*, cit., p. 170. Sul punto, F. TOMÁS Y VALIENTE, *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, in ID., *Obras completas*, vol. III, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 2137-2142, ha evidenziato la prevalenza della di-

politica e, *a posteriori*, politicizzata del TGC⁸⁴ una tra le cause principali di un funzionamento quantomeno difficoltoso⁸⁵.

Come è noto, il richiamo all'impostazione – giurisdizionale/kelseniana o politica/schmittiana – delle funzioni attribuibili al giudice costituzionale è da sempre il punto di partenza per una riflessione sugli istituti che da esso traggono origine e sulla loro implementazione in termini giuridico-istituzionali. In questo senso, il dibattito costituente sembrò fin da subito orientato a favore della seconda soluzione, come dimostrato dai lavori preparatori.

A tal proposito, l'art. 118 dell'*Anteproyecto* prevedeva una sorta di *référé législatif* in versione spagnola secondo cui il TGC, una volta rilevato un vizio di costituzionalità, avrebbe avuto l'unica possibilità di rimettere la questione al Presidente della Repubblica, affinché costui investisse il Parlamento della decisione finale⁸⁶.

mensione politica rispetto a quella strettamente giurisdizionale quale causa del fallimento storico di tale esperienza.

⁸⁴ F. RUBIO LLORENTE, *Del Tribunal de Garantías al Tribunal constitucional*, cit., pp. 31-32, allude, ad esempio, alle designazioni di J. Calvo Sotelo e C. Silió – di tendenza monarchico-conservatrice e già Ministri – da parte degli Ordini forensi, in sede di elezione dei membri per il TGC (tra luglio e ottobre del 1933), in ragione del loro carattere marcatamente anti-repubblicano, in contrapposizione al governo progressista guidato da Azaña. Cfr. anche J.J. LINZ, J.R. MONTERO, M.A. RUIZ, *Elecciones y política*, in A. CARRERAS, X. TAFUNELL (a cura di), *Estadísticas históricas de España: siglos XIX-XX*, 2ª ed., vol. III, Fundación BBVA, Bilbao, 2005, p. 1111, i quali evidenziano come, tra i giudici di estrazione parlamentare, dieci furono scelti sul fronte delle forze conservatrici e cinque tra esponenti progressisti.

⁸⁵ Sul punto, è tuttavia assai difficile (se non addirittura capzioso) provare a tracciare una connessione tra situazioni causali ed effetti conseguenti. Come infatti affermato da M. CONTRERAS CASADO, J.R. MONTERO, *Una Constitución frágil: revisionismo y reforma constitucional en la Segunda República española*, in *Revista de Derecho Político*, 12, 1981-1982, p. 26, «lo cierto es que la tantas veces puesta de relieve fragilidad del sistema político republicano tuvo su inevitable correlato en la fragilidad del ordenamiento constitucional, sin que nos atrevamos a decir que la una fue consecuencia estricta de la otra, por que la realidad es que fueron inextricablemente unidas».

⁸⁶ Si vedano le parole del deputato ELOLA, in *Diario de Sesiones de las Cortes constituyentes de la República española*, 76, 1931, pp. 2416-2417, secondo cui un controllo di costituzionalità delle leggi affidato ad un organo giurisdizionale avrebbe rappresentato

La logica di fondo era quella di cercare una soluzione “compromissoria” tra un controllo che non fosse di esclusiva matrice giurisdizionale – con conseguenze invalidanti delle norme di legge – e il mantenimento dei principî della sovranità parlamentare e popolare⁸⁷.

Tale configurazione non trovò, però, accoglimento nel testo costituzionale definitivo, il quale riconobbe al TGC l'esclusivo controllo della conformità a Costituzione delle norme di legge impugnate⁸⁸.

Se, poi, ci si attiene ai requisiti che Kelsen enunciò quali indici fondamentali per la corretta interpretazione di un organo di giustizia costituzionale⁸⁹, si osserva uno scenario antitetico rispetto al modello prefigurato dal giurista austriaco: dalla presenza di un numero irragionevole di componenti ad una quota assai ristretta di giuristi di professione⁹⁰, passando attraverso un sistema di elezione dei suoi componenti di ascendenza politica ed una loro forte dipendenza (soggettiva e funzionale) da Parlamento, Governo e partiti politici, gli auspici per una Corte costituzionale “giurisdizionale” non erano i migliori⁹¹.

un'indebita ingerenza del potere giudiziario nel campo della sovranità riservata in via esclusiva a quello legislativo.

⁸⁷ Una conferma nelle parole di JIMÉNEZ DE ASÚA (Presidente della Commissione incaricata della stesura del testo costituzionale), in *Diario de Sesiones de las Cortes constituyentes de la República española*, 28, Tomo II, 1933, p. 647.

⁸⁸ Al netto delle funzioni attribuite al nuovo organo di giustizia costituzionale, le ritenenze erano dirette anche nei confronti del TGC in quanto tale. Lo dimostra l'emendamento (non accolto) del deputato XIRAU, *Diario de Sesiones de las Cortes constituyentes de la República española*, 28, Tomo V, 1931, p. 2637 ss., volto a sostituire il TGC – «una deformidad jurídica que [...] me atrevería a calificar de espantosa» – con un *Consejo de la República* dotato di un potere di veto sospensivo, chiamato a risolvere i conflitti di competenza legislativa tra Stato e Regioni, sempre a livello politico e non giurisdizionale. I dubbi per l'attribuzione del controllo di costituzionalità ai giudici ordinari erano invece espressi dal deputato CASTRILLO, in *Diario de Sesiones de las Cortes constituyentes de la República española*, 76, cit., 2418, per il quale affidare il controllo di costituzionalità alla giustizia ordinaria avrebbe significato snaturarne la funzione fondamentale.

⁸⁹ Cfr. H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 174-175.

⁹⁰ Evidenzia infatti M. BASSOLS COMA, *El Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República*, cit., p. 87, che «tanto para el cargo de Presidente como de Vocales regionales no se exigía la condición de licenciado en Derecho».

⁹¹ M. BASSOLS COMA, *El Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República*,

Sul piano dell'esercizio delle proprie competenze, è stato ricordato come il TGC sia stato adito in contate occasioni quale giudice della costituzionalità delle leggi tanto dai cittadini quanto, soprattutto, dagli organi costituzionali e dai giudici, preferendosi invece la delicata via dell'*amparo* e della risoluzione dei conflitti di competenza tra Stato e Regioni⁹².

A tali considerazioni, si venne a sommare fin da subito quello che è stato ritenuto un chiaro utilizzo del TGC come "contropotere giudiziario" al Governo in carica⁹³ e rispetto al quale la presenza del *voto particular* può costituire un'interessante cartina di tornasole.

In proposito, si tenga presente che i testi preparatori della LOTGC configuravano la conoscibilità dell'opinione non maggioritaria in modo ristretto. L'art. 44.5 del relativo *Anteproyecto*, infatti, circoscriveva la pubblicità dell'opinione dissenziente ad una delibera del Tribunale adottabile solo in (non meglio definiti) casi eccezionali, mentre l'art. 37.5 del *Proyecto* lo estendeva alle ipotesi autorizzate dal Tribunale o a situazioni eccezionali⁹⁴.

L'art. 41 del testo definitivo della LOTGC, invece, estese l'applicazione del suddetto strumento, consentendo al giudice dissenziente di

cit., pp. 51-52, ricorda come, durante la discussione della *Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales* (LOTGC), Alvaro de Albornoz (Ministro della Giustizia e futuro primo Presidente del TGC) avesse manifestato l'idea secondo cui la difesa della Costituzione era da intendersi come funzione politica e non certo giurisdizionale. P. CRUZ VILLALÓN, *Dos modos de regulación del control de constitucionalidad: Checoslovaquia (1920-1938) y España (1931-1936)*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 5, 1982, p. 137, ha parlato di «desnaturalización del órgano de control de constitucionalidad a partir de su mismo proceso electoral». Una lettura critica delle modalità di composizione del TGC anche in F. FERNÁNDEZ SEGADO, *El Tribunal de Garantías Constitucionales: la problemática de su composición y del estatuto jurídico de sus miembros*, in *Revista de Derecho Público*, III, 1988, p. 277 ss.

⁹² Si veda F. RUBIO LLORENTE, *Del Tribunal de Garantías al Tribunal constitucional*, cit., pp. 35-36.

⁹³ Cfr. *ivi*, p. 31: «este esquema político se llenó, como era inevitable, de un contenido político. Todos los vocales del Tribunal de Garantías llegaron a él por razones estrictamente políticas y no siempre plausibles».

⁹⁴ Cfr. F.J. EZQUIAGA GANUZAS, *El voto particular*, cit., pp. 94-95 e J.L. CASCAJO CASTRO, *La figura del voto particular en la jurisdicción constitucional española*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 17, 1986, p. 174.

rendere nota, in forma nominativa e motivata, il proprio parere contrario, il quale sarebbe stato depositato insieme al provvedimento giurisdizionale.

Si tratta, quindi, di comprendere quale utilizzo ne è stato fatto sotto il profilo della tecnica giuridica, quali sono le cause che hanno determinato una tale applicazione e le conseguenze che ne sono derivate.

Sul versante critico, diversi autori hanno indicato il ricorso al *voto particular* quale tentativo di “giurisdizionalizzare” rivendicazioni politiche e identificato nel suo uso distorto una delle cause principali della cattiva fama di cui ha goduto il TGC⁹⁵, tanto da essere assunto dai Costituenti del 1977-1978 come monito da non replicare nella configurazione di un organo di giustizia costituzionale⁹⁶.

Dall'altro, dottrina altrettanto autorevole – pur non mancando di evidenziare profili poco commendevoli – ha cercato di cogliere anche aspetti positivi nell'attività del TGC, quale istituzione costretta ad operare in un contesto di profonda *crispación* politica⁹⁷ e, in quanto tale, travolta dalla forza irrefrenabile di eventi ad essa non direttamente imputabili.

In tali termini, il TGC sarebbe stato “vittima” di un sistema di partiti ed istituzionale e non causa di quella politicizzazione che ad esso si è vo-

⁹⁵ G. TRUJILLO, *Juicio de legitimidad e interpretación constitucional: cuestiones problemáticas en el horizonte constitucional español*, in *Revista de Estudios políticos*, 7, 1979, p. 155, parla di sentenze «de derechas o de izquierdas, con la consiguiente pérdida de auctoritas del Tribunal», mentre A. GARRORENA MORALES, *La sentencia constitucional*, in *Revista de Derecho Político*, 11, 1981, p. 19, allude allo «nada estimulante de ciertas experiencias habidas en el constitucionalismo de entreguerras: recuérdese aquí, sin más [...], lo que fue la práctica de tales ‘votos particulares’ durante nuestra Segunda República, al amparo del artículo 41 de la Ley Reguladora del Tribunal de Garantías Constitucionales».

⁹⁶ Ricorda L. LUATTI, *Profili costituzionali*, cit., p. 180, che «l'esperienza del *Tribunal de Garantías Constitucionales*, pur nella sua brevità temporale, si rivelò gravida di ammonimenti per il costituente del 1978», ricavandosi «due insegnamenti fondamentali: da un lato, l'opportunità di attribuire il controllo di legittimità costituzionale ad organi con caratteristiche giurisdizionali; dall'altro, l'incapacità della giustizia costituzionale a risolvere la crisi del sistema, anzi la probabilità che, in tale contesto, divenga un ulteriore fattore di debolezza dell'assetto costituzionale».

⁹⁷ Si veda M. TUÑÓN DE LARA, *La coyuntura histórica española de 1930-1931*, in *Revista de estudios políticos*, 31-32, 1983, p. 39 ss.

luta ricondurre⁹⁸. Pertanto, piuttosto che di soluzioni positive o negative *tout court* è forse necessario alludere ad un quadro di sfumature in ordine agli elementi descritti, i quali, in un giudizio di comparazione, non sembrerebbero tuttavia oscillare verso una preponderanza di quelli positivi.

Rimane, comunque, ferma la considerazione di un modello di giustizia costituzionale innovativo per l'epoca e che – tanto per cause proprie quanto per ragioni esogene – ha rappresentato un esempio paradigmatico per la comprensione delle difficoltà che possono affliggere una Corte costituzionale sia a livello strutturale, sia in relazione ai rapporti con i diversi poteri dello Stato in determinati contesti storici⁹⁹.

Con riferimento all'attuale *Tribunal Constitucional* disegnato dalla Costituzione democratica del 1978, il tema dell'opinione dissenziente non ebbe, nel corso dei dibattiti parlamentari, una considerazione particolarmente rilevante¹⁰⁰, assumendo una posizione defilata fino all'approvazione finale, intervenuta senza sussulti.

Ad oggi, la disciplina del *voto particular* nel TC è regolata dal combinato disposto degli artt. 164.1 CE e 90.2 della *Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional* (LOTC)¹⁰¹. Se la prima disposizione citata ha il merito di costituzionalizzare l'opinione dissenziente (il

⁹⁸ Per F. RUBIO LLORENTE, *Del Tribunal de Garantías al Tribunal constitucional*, cit., pp. 35-36, «es claro que el Tribunal no fue tomado nunca en serio por quienes podían y debían hacerlo. No fue utilizado como un órgano útil para llevar a cabo la depuración del ordenamiento adecuándolo a la Constitución y en cambio fue utilizado sin ningún escrúpulo para buscar a través de él la solución de problemas políticos muy graves que, como evidencia la práctica, no podían ser resueltos a través del Tribunal».

⁹⁹ Secondo L. LUATTI, *Profili costituzionali*, cit., p. 182, «il ricordo del suo esito non positivo, lungi dal determinare il rifiuto di ogni forma di giustizia costituzionale, agì da stimolo perché fossero superate le carenze e le ambiguità precedenti, specie per quanto concerne la composizione e l'organizzazione dell'organo».

¹⁰⁰ Cfr. M.J. RIDAURA MARTÍNEZ, *La regulación de los votos particulares en la Constitución de 1978*, in E. ÁLVAREZ CONDE (a cura di), *Diez años de régimen constitucional*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 385-389.

¹⁰¹ «El Presidente y los Magistrados del Tribunal podrán reflejar en voto particular su opinión discrepante, siempre que haya sido defendida en la deliberación, tanto por lo que se refiere a la decisión como a la fundamentación. Los votos particulares se incorporarán a la resolución y cuando se trate de sentencias, autos o declaraciones se publicarán con éstas en el Boletín Oficial del Estado».

che non accade, ad esempio, né negli Stati Uniti né in Germania)¹⁰², è soprattutto dalla disciplina contenuta nella LOTC che è possibile trarre un quadro completo in ordine alla strutturazione e sviluppo del *voto particular*.

Innanzitutto, la formalizzazione del dissenso è pubblica e nominativa, come si ricava dalla *voluntas* del Legislatore in sede costituente e dall'indicazione secondo cui ciascun giudice può plasmare in un'opinione dissenziente – destinata a formare corpo unico con la deliberazione finale ed essere pubblicata nel *Boletín Oficial del Estado* – la propria opinione contraria a quella della maggioranza¹⁰³.

Inoltre, come dimostrato dalla prassi, la presenza del *voto particular* non è di per sé rivelatrice in termini assoluti del grado di dissenso in ordine ad un dato provvedimento. Infatti, fin dagli inizi del funzionamento del TC (12 luglio 1980)¹⁰⁴ è stata accettata la consuetudine che esso possa essere sottoscritto da più giudici o che, ove redatto da una o più mani, vi possano aderire altri giudici.

Detto in altri termini, il “peso” del dissenso è qui dato dal numero complessivo di sottoscrittori (*rectius* aderenti) ad ogni voto, a prescindere

¹⁰² Nel caso statunitense, l'opinione dissenziente si configura come vera e propria consuetudine giudiziaria; in quello tedesco, a seguito della riforma del 1970 della legge sul funzionamento della Corte costituzionale federale del 1951 (BVerfGG), il § 30.2 dispone che «if a Justice expressed a differing view on the decision or its reasoning during the deliberations, he or she may set forth this view in a separate opinion; the separate opinion shall be annexed to the decision. The Senates may disclose the distribution of votes in their decisions. Further details shall be set out in the Rules of Procedure».

¹⁰³ F. BALAGUER CALLEJÓN (a cura di), *Derecho constitucional*, vol. I, Tecnos, Madrid, 2019, p. 347, inquadra l'opinione dissenziente come «expresión palmaria de las peculiaridades de las normas y de la interpretación constitucionales, así como de la quiebra del viejo dogma de la interpretación como razonamiento lógico y perfectamente previsible conducente a la única solución legal correcta».

¹⁰⁴ Il primo provvedimento giurisdizionale del neonato TC è riconducibile all'ATC 1/1980 (11 agosto 1980); la prima sentenza (STC 1/1981) venne pronunciata il 26 gennaio 1981 ed il primo *voto particular* (dissenziente) è stato sottoscritto da RUBIO LLORENTE (STC 4/1981) in merito alla necessità di interpretare il possibile contrasto tra la Costituzione e le norme legislative antecedenti in termini di incostituzionalità ovvero di abrogazione.

dal numero “quantitativo” di voti non maggioritari espressi.

Inoltre, la pubblicizzazione del dissenso è subordinata ad una previa manifestazione già in sede di deliberazione. Ciò comporta non solo l'impossibilità di produrre *dissent* “a sorpresa” una volta che le singole questioni ed il dispositivo siano stati decisi, ma sembrerebbe in linea con uno degli scopi fondamentali dell'opinione dissenziente: mettere in campo una soluzione alternativa alla maggioranza dopo una prima discussione, favorendo un confronto tra le diverse posizioni ed eventualmente spostando gli equilibri in una direzione piuttosto che in un'altra (anche “riassorbendo” eventuali voci di dissenso entro i confini della soluzione prevalente)¹⁰⁵.

Da ultimo, il *voto particular* è riferibile in modo espresso tanto alla parte dispositiva (*voto discrepante*) quanto a quella motiva (*voto concorrente*), ed abbraccia qualsiasi tipologia di provvedimento adottabile dal Giudice delle Leggi, sia esso *Sentencia*, *Auto* o *Declaración*.

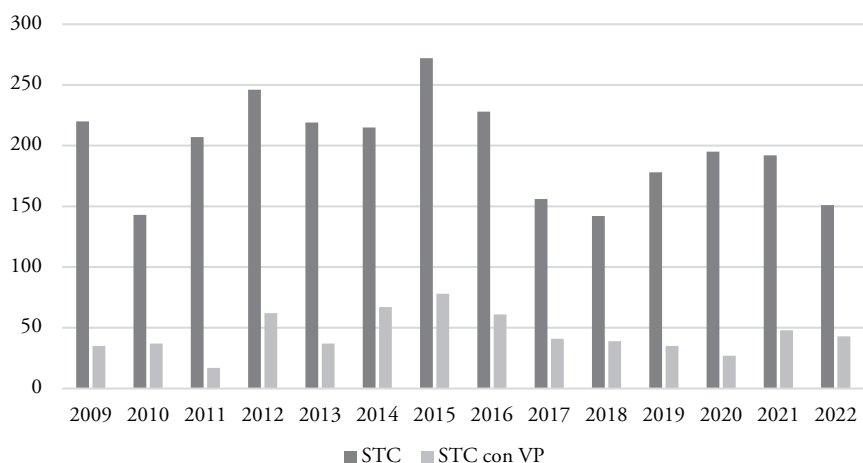
Sul piano statistico, assumendo quale cornice di riferimento il periodo compreso tra il 2009 ed il 2022 e concentrando – per ragioni numerico-qualitative – la riflessione scientifica alle sole decisioni adottate sotto la forma di sentenza (STC), si possono osservare i seguenti dati¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Cfr. L. LUATTI, *Profili costituzionali*, cit., p. 133. Ciò non toglie che, come ricordato da A. FELDMAN, *Empirical SCOTUS: The recent role of separate opinions*, in *www.scotusblog.com*, 13th November 2019, il richiamo nelle opinioni di maggioranza di precedenti opinioni dissenzienti/concorrenti possa essere utilizzato a fini “strategici”, «both to rehash old ideas and to help justify new ones».

¹⁰⁶ Con l'obiettivo di “fissare” una cornice temporale definita, si è scelto di prendere le mosse dal 2009 in ragione del carattere “simbolico” di quest'ultima annata nella recente attività del TC. Essa, infatti, rappresenta un importante spartiacque nella giurisprudenza costituzionale spagnola, giacché con STC 155/2009 il Giudice delle Leggi ha dotato di contenuto “para-normativo” il requisito della *especial transcendencia constitucional*, previsto per l'interposizione dei *recursos de amparo* dalla *Ley Orgánica 6/2007*, imprimendo così un importante mutamento (anche sostanziale) nella gestione di tale istituto processuale e della tutela dei diritti.

Tabella 1. – *Sentenze/ordinanze e votos particulares (2009-2022)*

Anno	Tot. STC + ATC	Tot. STC	STC con VP	% VP
2009	506	220	35	16
2010	351	143	37	26
2011	394	207	17	8
2012	495	246	62	25
2013	517	219	37	17
2014	520	215	67	31
2015	501	272	78	29
2016	437	228	61	27
2017	331	156	41	26
2018	274	142	39	27
2019	362	178	35	20
2020	369	195	27	14
2021	307	192	48	25
2022	329	151	43	28
TOT.	5693	2764	627	23



In ordine al contenuto dei *votos particulares*, si impone una precisazione. Dal punto di vista della tipologia delle opinioni non maggioritarie, si registrano opinioni dissenzienti individuali (sottoscritte da un solo giudice), opinioni dissenzienti “unitarie” ma formulate da una pluralità di giudici (*voto conjunto*) e opinioni – individuali o collettive – alle quali aderiscono “*ad adiuvandum*” altri giudici (*voto colectivo*).

Per tale ragione, occorre procedere secondo uno schema di ragionamento “trasversale”, volto ad interpretare il dato numerico. In primo luogo, occorre considerare non solo quante sentenze presentano *votos particulares*, bensì anche quanti *votos particulares* contiene ognuna di queste.

Lo stesso dato del numero di pronunce con opinioni dissenzienti potrebbe trarre in inganno, ove non si considerasse la prassi (particolarmente diffusa, anche per ragioni di economia processuale) secondo cui spesso il *voto particular* è predisposto da un unico giudice, al quale altri colleghi dissenzienti possono associarsi.

Se ne ricava, pertanto, che né il numero di sentenze non redatte all'unanimità è sovrapponibile del tutto con il numero di *votos particulares* né, soprattutto, questi ultimi coincidono con il numero effettivo di giudici che hanno dissentito. Da un lato, infatti, l'indicazione del numero di sentenze con opinioni dissenzienti consente di tracciare una ricostruzione “quantitativa” dell'incidenza del *voto particular* nel contesto generale del sistema di giustizia costituzionale, onde definire la proporzione tra pronunce unanimi e non.

In tal modo, la presenza di un tasso percentuale “assoluto” di dissensi del 23% ca. e l'utilizzo del *voto particular* da parte dei singoli giudici evidenzia un ricorso non elevato all'opinione dissenziente, bensì fisiologico ed inquadrabile entro i confini della normale dialettica all'interno di un Collegio giudicante¹⁰⁷.

¹⁰⁷ In termini ancor più “parsimoniosi”, per quanto riguarda i giudici costituzionali tedeschi, dal 1971 – anno di introduzione del dissenso formalizzato – al 2019 risultano essere stati pronunciati 2.295 provvedimenti, di cui solo 168 caratterizzati dalla presenza di almeno un'opinione dissenziente (7,3% ca. del totale). Tale percentuale si è mantenuta alquanto costante nel corso del quarantennio considerato: 8,5% tra il 1971 ed il 1979 e 5,45% tra il 1979 ed il 1989, con un aumento massimo fino al 15,44% tra il 2004 e il 2008. I dati corrispondenti sono disponibili in https://www.bundesverfassun.gsgericht.de/SharedDocs/Downloads/EN/Statistik/statistics_2019.pdf?__blob=publicati

Dall'altro, l'analisi del numero effettivo di *dissents* (sia in termini oggettivi – numero di voti – che soggettivi – numero di giudici) permette di riflettere più in profondità sulle implicazioni derivanti dal *quantum* e dal *quomodo* dell'utilizzo del *voto particular*.

Da ciò sembrerebbe potersi ricavare la conclusione secondo cui – pur in un contesto nel quale, soprattutto in tempi recenti, il filo della tensione politica percorre sempre più l'ordito delle decisioni e dei rapporti personali¹⁰⁸ – il confronto tra i diversi giudici è proteso verso una ricerca di compromessi e non impostato secondo una rigida logica aversativa (all'americana), nella quale gli stessi tendono a dividersi in gruppi ideologici “schierati” *ex ante* a favore o contro una determinata soluzione.

Tabella 2. – *Sentenze e votos particulares per sentencia (2009-2022)*

Anno	Tot. STC	STC con 1 VP	STC con 2 VP	STC con 3 VP	STC con 4 VP	STC con 5 VP	Tot. VP
2009	220	14	3	13	5	-	35
2010	143	10	1	5	20	1	37
2011	207	12	4	-	-	1	17
2012	246	38	16	5	3	-	62
2013	219	30	6	-	-	1	37
2014	215	58	8	1	-	-	67
2015	272	66	9	2	1	-	78
2016	228	43	18	-	-	-	61

onFile&v=3, p. 12. Non risultano, invece, statistiche in ordine al numero di dissensi “soggettivi” (per giudice) per ogni sentenza.

¹⁰⁸ In questo senso, il punto di maggior tensione è stato toccato con la bozza del *voto particular* di CONDE-PUMPIDO TOURÓN – diffusa furtivamente alla stampa – alla STC 148/2021, de 14 de julio (incostituzionalità della dichiarazione dell'*estado de alarma*, al fine di fronteggiare la pandemia da Covid-19), nella quale egli accusava i suoi colleghi di essere «legos en derecho» (ignoranti in diritto) e «juristas de salón». Tali gravi espressioni sarebbero poi state espunte dal testo ufficiale dell'opinione dissenziente e oggetto di pubblica ammenda da parte dello stesso giudice.

2017	156	30	10	1	-	-	41
2018	142	20	14	3	2	-	39
2019	178	27	4	3	1	-	35
2020	195	16	9	1	1	-	27
2021	192	31	10	5	1	1	48
2022	151	26	11	3	-	3	43
TOT.	2764	421	123	42	34	7	627

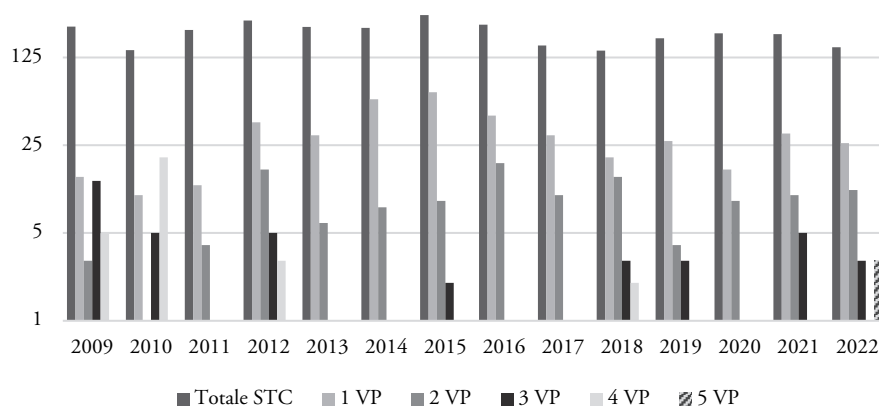
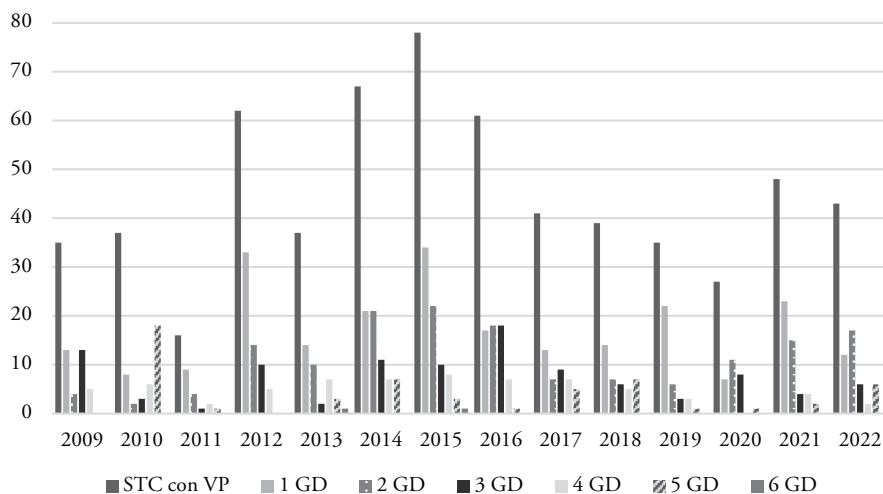


Tabella 3. – *Sentenze con voto particular e giudici dissenzienti (GD) per sentenza (2009-2022)*

Anno	STC con VP	STC con 1 GD	STC con 2 GD	STC con 3 GD	STC con 4 GD	STC con 5 GD	STC con 6 GD	Tot. GD
2009	35	13	4	13	5	-	-	80
2010	37	8	2	3	6	18	-	135
2011	17	9	4	1	2	1	-	33
2012	62	33	14	10	5	-	-	111
2013	37	14	10	2	7	3	1	89
2014	67	21	21	11	7	7	-	159

2015	78	34	22	10	8	3	1	161
2016	61	17	18	18	7	1	-	140
2017	41	13	7	9	7	5	-	107
2018	39	14	7	6	5	7	-	101
2019	35	22	6	3	3	1	-	60
2020	27	7	11	8	-	1	-	58
2021	48	23	15	4	4	2	-	91
2022	43	12	17	6	2	6	-	102
TOT.	627	240	158	104	68	55	2	1427



3. *Tribunali internazionali e opinione dissenziente: alcuni spunti.*

L'esperienza dei Tribunali di diritto internazionale, *stricto sensu* considerati – distinti sia dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sia dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea e deputati alla risoluzione di controversie tra soggetti di diritto internazionale¹⁰⁹ – impone una considera-

¹⁰⁹ Cfr. sul tema G. ARANGIO-RUIZ, L. MARGHERITA, E. TAU ARANGIO-RUIZ, *Sog-*

zione dell'opinione dissenziente che «si ricollega storicamente alle peculiari caratteristiche dell'arbitrato internazionale moderno nell'epoca formativa, che risale alla fine del secolo XVIII»¹¹⁰.

In tale contesto, la diffusione del *dissent* si inserisce in un quadro ordinamentale dotato di proprie peculiarità¹¹¹ e rispetto al quale i prodromi della modernità possono essere identificati nei Tribunali arbitrali istituiti con le Convenzioni dell'Aia del 1899 e 1907 al fine di regolamentare conflitti tra Stati sovrani¹¹².

Tale profilo di giurisdizione "inter-istituzionale" appare interessante per un duplice ordine di ragioni. In primo luogo, l'introduzione dell'opinione dissenziente non risponde ad un apprezzamento teorico-dottrinale delle sue virtù astratte, quanto piuttosto al fatto che l'arbitrato come tecnica di risoluzione delle controversie è stato utilizzato soprattutto dagli Stati di *common law*, che già ammettevano il dissenso nei propri ordinamenti interni.

Sul punto, si è anche ricordata una non trascurabile similitudine tra il sistema giuridico di questi ultimi e la configurazione dei modelli classici di giustizia internazionale, con particolare attenzione alla presenza di «principi e norme che non sono stati formulati in termini rigorosi e pre-

gettività nel diritto internazionale, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XIV, UTET, Torino, 1999, p. 299 ss.

¹¹⁰ Cfr. A.P. SERENI, *Le opinioni separate dei giudici dei Tribunali internazionali*, in C. MORTATI, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, cit., p. 127.

¹¹¹ È ancora valida la considerazione (*ivi*, p. 126) secondo cui, nell'ordinamento internazionale, «poiché il modo di risoluzione delle controversie è rimesso alla volontà delle parti, queste possono all'uopo non soltanto adottare metodi diversi da quello giudiziario (quali ad es. la conciliazione) ma anche istituire procedimenti che presentano in parte le caratteristiche di quello giudiziario ed in parte di procedimenti diversi».

¹¹² Cfr. R.P. ANAND, *The role of individual and dissenting opinions in international adjudication*, cit., p. 794 ss. Per una ricostruzione storica dell'introduzione del *dissent* nello scenario dei Tribunali internazionali, cfr. I. HUSSAIN, *Dissenting and Separate Opinions at the World Court*, Märtinij Mijhoff Publishers, Dordrecht, 1984 e F. JHABVALA, *Declarations by Judges of the International Court of Justice*, in *American Journal of International Law*, 72(4), 1978, p. 830 ss.

cisi»¹¹³ ed all'importanza dell'interpretazione giudiziaria quale regola applicativa in un ordinamento ove limitata è la presenza di norme di diritto positivo e quasi nulla la forza vincolante del precedente giudiziario¹¹⁴.

Inoltre, il passaggio da un sistema arbitrale (a conciliazione extra-giudiziaria) ad uno di vera e propria giurisdizione internazionale ha determinato un importante rovesciamento nell'interpretazione della *dissenting opinion*.

Se, infatti, nel primo caso, il voto di minoranza «aveva lo scopo di addurre le ragioni a sostegno del punto di vista [...] della parte che aveva nominato il giudice dissenziente»¹¹⁵, successivamente essa «non poteva più avere la funzione di difendere la tesi del soccombente»¹¹⁶, divenendo così espressione imparziale delle sole ragioni giuridiche sottese alla mancata condivisione della soluzione maggioritaria¹¹⁷.

A livello pratico, si ricordi che l'opinione dissenziente è contemplata presso la Corte Internazionale di Giustizia (ICJ)¹¹⁸, la Corte Penale in-

¹¹³ A.P. SERENI, *Le opinioni separate dei giudici dei Tribunali internazionali*, cit., p. 141.

¹¹⁴ Su quest'ultimo profilo si vedano, tra i molti, G. GUILLAUME, *The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators*, in *Journal of International Dispute Settlement*, 2, 2011, p. 5 ss. e M. SHAHABUDEEN, *Precedent in the World Court*, Cambridge University Press, Cambridge-New York, 1996.

¹¹⁵ A.P. SERENI, *Le opinioni separate dei giudici dei Tribunali internazionali*, cit., p. 129.

¹¹⁶ *Ivi*, p. 131.

¹¹⁷ Sul punto, vedi le parole di Dionisio Anzilotti (Giudice della Corte Permanente di Giustizia Internazionale nel periodo 1922-1939) nel caso *Danzig and the International Labour Organization* (1930), richiamate da J.M. RUDA, *The Opinions of Judge Dionisio Anzilotti at the Permanent Court of International Justice*, in *European Journal of International Law*, 3, 1992, p. 101: «Very much to my regret I do not concur in the opinion of the Court and it is my duty to say so. Since, in my view, a dissenting opinion should not be a criticism of that which the Court has seen fit to say, but rather an exposition of the views of the writer, I shall confine myself to indicating as briefly as possible what my point of view is and the grounds on which it is based».

¹¹⁸ Art. 57, Statuto ICJ. Inoltre, l'art. p. 97, comma secondo, del corrispondente Regolamento dispone che «any judge may, if he so desires, attach his individual opinion to the judgment, whether he dissents from the majority or not; a judge who wishes to record his concurrence or dissent without stating his reasons may do so in the form of a

ternazionale (ICC)¹¹⁹, il Tribunale Internazionale per il diritto del mare (ITLOS)¹²⁰ ed il Centro internazionale per il regolamento delle controversie relative ad investimenti (*International Centre for Settlement of Investment Disputes* – ICSID)¹²¹, mentre non è stata accolta dal Comitato d'Appello dell'Organizzazione mondiale del Commercio¹²².

In proposito, può essere interessante limitarsi a riproporre in questa sede la considerazione secondo cui il favore o disfavore avverso il *dissent* viene ancorato a due categorie concettuali tra loro antitetiche, vale a dire quelle della “segretezza” e della “trasparenza”¹²³.

Da un lato, si fa valere l'idea di ascendenza franco-napoleonica secondo cui l'attività giurisdizionale è il prodotto di un'autorità spersonalizzata che esprime un'opinione “organica” per il tramite del soggetto a ciò preposto (il giudice). In questo contesto, l'idea del segreto assoluto sulla posizione dei membri giudicanti servirebbe a proteggerne l'indipendenza “esterna”, preservandone la libertà di giudizio.

Viceversa, mettendosi a nudo le diverse soluzioni soggettive, si rischierebbe di creare una sorta di conflitto interstatale, facendo coincidere la

declaration». Sul dissenso presso la ICJ, cfr. G. GAIA, *Dissenting opinions in the International Court of Justice*, in N. ZANON, G. RAGONE (a cura di), *The dissenting opinion*, cit., p. 155 ss.

¹¹⁹ Cfr. art. 83, comma quarto, dello Statuto di Roma (portato alla firma il 17 luglio 1988).

¹²⁰ Art. 30, comma terzo dello Statuto ITLOS. Interessante, inoltre, è il richiamo alla possibile natura unificatrice derivante dalla “minaccia” di opinioni dissenzienti contenuta nell'art. 7, comma secondo, della *Resolution on the internal judicial practice of the Tribunal*: «The Drafting Committee should prepare a draft judgment which not only states the opinion of the majority as it appears then to exist but which may also attract wider support within the Tribunal». *Amplius*, T. TREVES, *Pros and cons of individual opinions in international Tribunals: the experience of the law of the sea Tribunal*, in N. ZANON, G. RAGONE (a cura di), *The dissenting opinion*, cit., p. 165 ss.

¹²¹ Cfr. art. 48 della Convenzione di Washington del 1965.

¹²² Sul punto, cfr. M. KOLSKY LEWIS, *The Lack of Dissent in WTO Dispute Settlement*, in *Journal of International Economic Law*, 9, 2006, p. 895 ss.

¹²³ Cfr. J. MALENOVSKI, *Les opinions séparées et leurs répercussions sur l'indépendance du juge international*, in *Anuario Colombiano de Derecho Constitucional*, 3, 2010, p. 35.

posizione di un certo giudice con gli interessi della parte in conflitto ed alimentando il sospetto reciproco¹²⁴.

Dall'altro, invece, l'utilizzo del *dissent* sarebbe strumento di garanzia di indipendenza, in quanto il giudice avrebbe la possibilità di manifestare la sua opinione in modo libero ed esplicito (senza doverla "nascondere" tra le pieghe del ragionamento maggioritario e formalmente unanime), palesandosi allo stesso tempo la presenza o meno di influenze politiche esterne¹²⁵.

Non sembra, pertanto, possibile attribuire in termini assoluti e formalistici un carattere positivo o negativo all'opinione dissenziente in siffatto contesto: oscillando nel delicato campo dell'opportunità e delle percezioni soggettive, rimane ancor oggi attuale la considerazione secondo cui «il valore e l'utilità delle opinioni separate di giudici internazionali sono dunque in funzione delle qualità dei membri del collegio, della fermezza e del tatto del presidente, dello spirito di colleganza e di mutuo rispetto di tutti i membri del collegio, del senso di responsabilità e di misura dei giudici che le estendono»¹²⁶.

4. *Considerazioni sul dissenso giudiziario nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.*

Movendo verso esperienze sovranazionali di stampo europeo, nell'ordinamento disegnato dalla Convenzione di Roma del 4 novembre 1950 lo strumento dell'opinione dissenziente merita un'analisi specifica, anche in forza del ruolo svolto della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (ritenuta da certa dottrina, come già ricordato, in parte equiparabile ad

¹²⁴ Cfr. J.P. COSTA, *Les opinions séparées des juges: est-ce une bonne institution dans une juridiction internationale?*, in S. KATUOKA (a cura di), *Law in the Changing Europe. Liber Amicorum Pranas Kūris*, Mykolo Romerio universiteto Leidybos centras, Vilnius, 2008, pp. 118-119.

¹²⁵ Cfr. K.J. KEITH, *The International Court of Justice: Primus Inter Pares?*, in *International Organizations Law Review*, 5, 2008, p. 17.

¹²⁶ A.P. SERENI, *Le opinioni separate dei giudici dei Tribunali internazionali*, cit., p. 160.

una Corte costituzionale di dimensioni europee)¹²⁷.

Sul piano storico, l'introduzione del *dissent* deriva dalla necessità di legare tradizioni giuridico-giurisdizionali, provenienze e formazioni culturali diverse tra loro, anche recependo l'esperienza degli Stati di *common law*, nei quali il dissenso giudiziario (*rectius*, la manifestazione dell'opinione del singolo giudice) era una realtà consolidata¹²⁸.

In parallelo, la pregnante dimensione "sociale" delle pronunce del Giudice di Strasburgo può altresì essere letta come una conferma nel merito dell'utilità di siffatto strumento, essendo «la sua disciplina [...] adeguata alla materia oggetto della decisione, che può dar adito a differenti opinioni e rendere opportuna una continua evoluzione per proteggere diritti fondamentali nuovi, via via emergenti e ricollegabili a quelli contemplati nella Convenzione attraverso l'esegesi di nozioni vaghe ed indeterminate»¹²⁹.

¹²⁷ Secondo A. ANZON, *Forma delle sentenze e voti particolari. Le esperienze di giudici costituzionali e internazionali a confronto*, in A. ANZON, *L'opinione dissenziente*, cit., p. 179, l'esperienza della Corte di Strasburgo «[...] è quella che, con le dovute distinzioni, appare la meglio raffrontabile con quella delle Corti [costituzionali nazionali], dal momento che la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo non dirime controversie tra Stati, ma giudica di lesioni di diritti individuali». Per L. WILDHABER, *Constitutional Future for the European Court of Human Rights?*, in *Human Rights Law Journal*, 23, 2002, p. 161, «whether the European Court of Human Rights is itself a 'Constitutional Court' is largely a question of semantics. We can always call it a quasi-Constitutional Court, *sui generis*».

¹²⁸ Cfr. E. CRIVELLI, *L'opinione dissenziente nella prassi della Corte di Strasburgo*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2016, p. 676 e L. LUATTI, *Profili costituzionali*, cit., 40, nonché (a commento sul ruolo del *dissent* nella CEDU), C. GRABENWARTER, *Die Bedeutung der "dissenting opinion" in der Praxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, in *Journal für Rechtspolitik*, 1, 1999, p. 16 ss. e L. WILDHABER, *Opinions dissidentes et concordantes de juges individuels à la Cour européenne des droits de l'homme*, in R.J. DUPUY (a cura di), *Mélanges en l'honneur de N. Valticos*, A. Pedone, Paris, 1999, p. 529 ss.

¹²⁹ F. NOVARESE, *«Dissenting opinion» e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in A. ANZON, *L'opinione dissenziente*, cit., pp. 367-368. Sull'argomento insiste anche E. CRIVELLI, *L'opinione dissenziente*, cit., p. 678 ss., in relazione all'evoluzione della giurisprudenza convenzionale in merito all'art. 8 CEDU (rispetto della vita privata e familiare). Per una giurisprudenza analoga in materia religiosa – attraverso il mezzo dell'opinione dissenziente – cfr. M. DURANTE, *Le opinioni dissenzienti della Corte di Strasburgo e la*

In quest'ultimo senso, si ricordino ad esempio le opinioni dissenzienti dei giudici Rysdhal ed Evrigenis in *Schiesser v. Switzerland* (1979)¹³⁰. Nel caso specifico, il Giudice di Strasburgo aveva ritenuto che non violasse l'art. 5.3 CEDU una previsione della legislazione elvetica che rimetteva in capo ad un Avvocato distrettuale (e non a un giudice) la possibilità di decidere sulle limitazioni provvisorie della libertà personale di persone indiziate di reato.

Le opinioni dissenzienti indicate affermavano, invece, che qualsiasi privazione della libertà personale affidata ad un soggetto non qualificabile come "giudice" – in quanto privo dei necessari requisiti di indipendenza ed imparzialità – fosse in contrasto con la normativa CEDU. Tali posizioni minoritarie diverranno poi lentamente giurisprudenza maggioritaria¹³¹, per essere infine consacrate dalla Grande Camera in *Huber v. Switzerland* (1990)¹³².

Allo stesso modo, anche le opinioni concorrenti possono contribuire a rendere più chiara la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. In questo senso, la *concurring opinion* pronunciata in *Yoh-Ekale Mwanje v. Belgium* (2011)¹³³ è stata decisiva per favorire una revisione della giurisprudenza della CEDU a proposito dell'espulsione da paesi dell'Unione di persone affette da gravi patologie mediche.

In concreto, i limiti stringenti sanciti in *N. v. United Kingdom* (2008)¹³⁴

tutela della libertà religiosa: un capovolgimento di prospettiva, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2, 2020, p. 170 ss.

¹³⁰ ECHR, *Schiesser v. Switzerland*, 4 December 1979.

¹³¹ Cfr. ECHR, *Duinhof and Duijf v. The Netherlands*, 22 May 1984; *Skoogström v. Sweden*, 2 October 1984 e *Pauwels v. Belgium*, 26 May 1988.

¹³² ECHR, *Huber v. Switzerland*, 23 October 1990.

¹³³ ECHR, *Yoh-Ekale Mwanje v. Belgium*, 20 December 2011. Cfr. ivi l'opinione parzialmente concorrente dei giudici TULKENS, JOČIENĚ, POPOVIĆ, KARAKAŞ, RAIMONDI e PINTO DE ALBUQUERQUE, §§ 5-6: «Nous estimons tenus, afin de préserver la sécurité juridique, de suivre l'approche de la Grande Chambre dans l'affaire *N. c. Royaume-Uni*. Nous pensons cependant qu'un seuil de gravité aussi extrême – être quasi-mourant – est difficilement compatible avec la lettre et l'esprit de l'article 3, un droit absolu qui fait partie des droits les plus fondamentaux de la Convention et qui concerne l'intégrité et la dignité de la personne».

¹³⁴ Secondo cui «aliens who are subject to expulsion cannot in principle claim any entitlement to remain in the territory of a Contracting State in order to continue to

sono stati “reinterpretati” in forma estensiva a partire dal caso *Paposhvili v. Belgium* (2016), ove la Grande Camera ha ritenuto che l’art. 3 CEDU – divieto di trattamenti inumani e degradanti – fosse violato non solo in situazioni di immediato pericolo di morte, bensì anche in contesti nei quali il rimpatrio della persona interessata avrebbe ragionevolmente determinato una seria compromissione di condizioni di salute già di per sé precarie¹³⁵.

Sul piano del diritto positivo, la disciplina del dissenso “europeo” è contenuta negli artt. 45.2 CEDU e 74.2 del Regolamento di procedura. Nel primo caso, si allude in termini generali (e neutri) all’adozione di una *separate opinion/opinion séparée*, mentre nella normativa procedurale si parla di «*separate opinion, concurring with or dissenting from that judgment*» ed anche di un atipico «*bare statement of dissent*», il che sembrerebbe forse legittimare anche la possibilità di un *dissent* immotivato.

In tale contesto, a fronte di ricostruzioni statistico-valutative nelle quali il dato quantitativo delle opinioni non maggioritarie è stato letto in relazione alla formazione culturale dei singoli giudici, allo Stato di provenienza e perfino al contenuto delle stesse opinioni separate¹³⁶, è ora possibile soffermarsi su alcune conclusioni proposte dalla dottrina.

Dalla pronuncia della sua sentenza inaugurale, nel 1960¹³⁷ e sino al 1992, la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo ha adottato 326 sentenze,

benefit from medical, social or other forms of assistance and services provided by the expelling State. The fact that the applicant’s circumstances, including his life expectancy, would be significantly reduced if he were to be removed from the Contracting State is not sufficient in itself to give rise to breach of Article 3» (ECHR, *N. v. the United Kingdom*, 22 May 2008, § 42).

¹³⁵ Cfr. ECHR, *Paposhvili v. Belgium*, 13 December 2016, § 183.

¹³⁶ In questo senso, si è anche operata una dettagliata distinzione (R.C.A. WHITE, I. BOUSSIAKOU, *Separate Opinions in the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 9, 2009, p. 45) «between opinions addressing the foundations of the reasoning of the judgment of the Court and those addressing criticisms of consistency in the Court’s case law; between opinions concerned with admissibility issues and fact-finding and opinions concerned with substantive rights; and between those motivated by different approaches to the interpretation of the Convention, broadly a close textual approach versus a broader purposive interpretation».

¹³⁷ ECHR, *Lawless v. Ireland*, 14 November 1960.

con 158 opinioni “non maggioritarie” (48,5% del totale)¹³⁸. Estendendo poi tale termine di un quindicennio, sino a giugno del 2006 (data di istituzione della Quinta Sezione) risulta che la stessa aveva reso 6749 pronunce, delle quali 900 (13,3%) presentavano almeno un’opinione non maggioritaria¹³⁹; a titolo di specificazione ulteriore, tra il 1° gennaio 1999 ed il 31 dicembre 2007 la Grande Camera ha pronunciato 166 sentenze, di cui solo 24 (14,5%) sono state adottate all’unanimità¹⁴⁰.

È doveroso rendere conto di un dato: la prima finestra temporale evocata (1960-1992) presenta una soglia di dissenso elevata rispetto a quanto invece si registra nell’arco di tempo posteriore (1992-2006). Ciò si spiega in ragione dell’incremento notevole di ricorsi di cui è stata investita la Corte a partire dall’entrata in vigore del Protocollo n. 11 nel 1998 (art. 34), che ha ristrutturato il meccanismo dei ricorsi al Giudice di Strasburgo, garantendo ai cittadini europei la possibilità di proporre ricorso in forma diretta¹⁴¹.

¹³⁸ F. NOVARESE, «*Dissenting opinion*» e Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, cit., p. 377. Si potrebbero qui indicare anche i dati suggeriti da R.C.A. WHITE, I. BOUSSIAKOU, *Separate Opinions*, cit., pp. 47-48 (tratti da F. RIVIÈRE, *Les opinions séparées des juges de la Cour européenne des droits de l’Homme*, Bruylant, Brussels, 2004, p. 25), ove si allude alla presenza di 908 opinioni separate nel periodo 1960-1998 su un totale di 837 sentenze, variamente caratterizzate quali *dissenting opinions* (413) *concurring opinions* (204), *partially dissenting opinions* (170) *separate opinions* (95) e *declarations* (26). L’assenza del numero di provvedimenti dotati di opinioni non maggioritarie, tuttavia, non consente di estrapolare alcuna indicazione significativa in ordine al rapporto tra pronunce totali e *dissents*, risultando pertanto detta elencazione in certo modo superflua (fors’anche ambigua, visto che il maggior numero di opinioni dissenzienti/concorrenti rispetto al totale delle sentenze adottate suggerisce che diverse pronunce contengono una pluralità di voti particolari).

¹³⁹ E. VOETEN, *The Politics of International Judicial Appointments: Evidence from the European Court of Human Rights*, in *International Organization*, 61, 2007, p. 684.

¹⁴⁰ In parallelo, R.C.A. WHITE, I. BOUSSIAKOU, *Separate Opinions*, cit., p. 52, ricordano che «the number of judgments of the Grand Chamber between 1999 and 2007 which found a violation of some Convention provision is 111 (67 percent)».

¹⁴¹ Cfr. i dati riportati in https://www.echr.coe.int/Documents/Facts_Figures_1959_2009_ENG.pdf, 5, ove si afferma che «barely ten years after the reform, the Court has delivered its 10,000th judgment. Its output is such that more than 90% of the Court’s judgments since its creation in 1959 have been delivered between 1998 and 2009».

Più recentemente, si è sottolineato che «dal 1° gennaio 2008 al 30 giugno 2018, delle 9841 sentenze di camera e di Grande Camera, solo 1596 pronunce recano opinioni separate (173 di Grande Camera e 1423 di Camera), pari a una percentuale del 16,22%, mentre ben 8245 sentenze (pari all'83,78%) non recano tali opinioni»¹⁴².

Tale considerazione, peraltro, è da legare anche al processo di riforma della giurisdizione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, soprattutto in ragione di quanto stabilito nella Conferenza di Brighton del 2012 e nel corrispondente Protocollo n. 15, il quale ha cercato di circoscrivere il raggio d'azione del Giudice europeo dei diritti attraverso la formalizzazione delle categorie della sussidiarietà e del margine di apprezzamento dei singoli Stati¹⁴³.

Volendo ora raffrontare i risultati complessivi derivanti dalla pronuncia di opinioni dissenzienti con le modalità di composizione della Corte ed il suo carattere inter-statale ed inter-culturale, si può osservare quanto segue.

In ordine al primo profilo (formazione culturale e provenienza nazionale), è stato suggerito che «while the link between the ideologies of governments and judges seems obvious from an U.S. perspective, judicial appointments may be much less motivated by political considerations in many European countries»¹⁴⁴.

In questo senso, il fatto che ogni (Governo di ogni) Stato membro del Consiglio d'Europa proceda alla selezione di una terna di giudici – al cui interno l'Assemblea parlamentare del Consiglio stesso provvederà ad indicare il candidato ritenuto più idoneo a ricoprire tale carica – sembra-

¹⁴² P. PINTO DE ALBUQUERQUE, D. CARDAMONE, *Efficacia della «dissenting opinion»*, in F. BUFFA, M.G. CIVININI (a cura di), *La Corte di Strasburgo. Gli speciali di «Questione Giustizia»*, aprile 2019, p. 149.

¹⁴³ Si veda M.R. MADSEN, *Rebalancing European Human Rights: Has the Brighton Declaration Engendered a New Deal on Human Rights in Europe?*, in *Journal of International Dispute Settlement*, 9, 2018, p. 199 ss.

¹⁴⁴ E. VOETEN, *The Politics*, cit., pp. 679-680. *Contra*, J.F. FLAUSS, *La Cour européenne des Droits de l'Homme est-elle une Cour constitutionnelle?*, cit., p. 711 ss., il quale afferma che «le processus de sélection est totalement clandestin. En d'outre termes, les choix sont souvent déterminés par le cabinet ministeriel, à partir de considérations qui privilègent l'appartenance partisane et/ou la fidélité politique».

rebbe “diluire” la possibilità di un controllo politico “nazionale” entro i confini di una struttura particolarmente ampia dell’organo (ad oggi, quarantasette componenti)¹⁴⁵.

In merito a possibili condizionamenti derivanti dalla nomina di un giudice da parte di uno Stato che potrebbe essere oggetto di una futura controversia, invece, appare difficile estrapolare una presunzione di carenza di imparzialità dalle modalità di selezione o anche solo da un’analisi statistica¹⁴⁶. In ogni caso, resta fermo che, confermando tale ipotesi, il voto “viziato” andrebbe ad essere “contro-bilanciato” e superato da quello dei restanti componenti del Collegio giudicante¹⁴⁷.

Tuttavia, occorre anche considerare il fatto che l’incidenza (indiretta) delle pronunce della Corte di Strasburgo sulla legislazione ed il sistema giudiziario degli Stati membri ha sollevato interrogativi sulle modalità di esercizio, da parte della Corte stessa, delle proprie funzioni giurisdizionali.

¹⁴⁵ Per una lettura critica dei criteri di nomina dei Giudici della Corte di Strasburgo, vedi A. OSTI, *La (s)elezione dei giudici della Corte europea dei diritti dell’uomo tra teoria e prassi*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 2, 2022, p. 487 ss.; K. LEMMENS, *(S)electing Judges for Strasbourg A (Dis)appointing Process?* e D. KOSAŘ, *Selecting Strasbourg Judges. A Critique*, in M. BOBEK (a cura di), *Selecting Europe’s Judges: A Critical Review of the Appointment Procedures to the European Courts*, Oxford University Press, Oxford, 2015, rispettivamente p. 95 ss. e p. 120 ss.

¹⁴⁶ Cfr. E. VOETEN, *The Impartiality of International Judges: Evidence from the European Court of Human Rights*, in *American Political Science Review*, 102, 2008, p. 418: «The practice of interpreting court decisions to make inferences about what motivates judges stems largely from data limitations. Either dissenting opinions, the primary data source in studies of judicial behaviour, are not publicly available, or courts have too few judgments to allow for viable statistical inquiries that can discriminate between motivations».

¹⁴⁷ Cfr. F.J. BRUINSMA, *The Room at the Top: Separate Opinions in the Grand Chambers of the ECHR (1998-2006)*, in *Ancilla Iuris*, 2008, pp. 37-38, richiamando le parole di Christos Rozakis, giudice greco presso la Corte di Strasburgo nel periodo 1998-2011: «the Court has proved to be very independent, without any liability to the States. This is partly due to the fact that the judges almost live in a vacuum and work *in abstracto*, far from their home countries in a detached environment. You forget the country you come from. Judges feel themselves assessed by their colleagues, they create their self-image in the eyes of their colleagues, and they run the risk of losing their respectability in their immediate environment if they pay too much attention to the interests of their home country».

In tal senso, infatti, il Giudice convenzionale ha spesso oscillato tra i poli opposti del *judicial activism*, da un lato e del *judicial restraint*, dall'altro¹⁴⁸. Ne è derivato che i giudici nominati da Stati sostenitori del processo di integrazione europea sembrerebbero avere meno remore nell'emettere pronunce di condanna nei confronti degli stessi, al contrario di coloro i quali provengono da realtà statali più scettiche in proposito¹⁴⁹.

In ogni caso, si tenga presente l'ineliminabilità di una naturale "politicità" insita nel *modus interpretandi et iudicandi* della Corte di Strasburgo, anche alla luce delle motivazioni storiche e culturali che ne portarono alla creazione. In questo senso, «ECtHR judges are politically motivated actors in the sense that they have policy preferences on how to best apply abstract human rights in concrete cases, not in the sense that they are using their judicial power to settle geopolitical scores»¹⁵⁰.

Da ultimo, è da rimarcare che il connubio tra differenti tradizioni giuridiche non solo pare aver contribuito alla creazione, in tema di protezione dei diritti fondamentali, di una disciplina giuridica sempre più unitaria in seno all'ordinamento CEDU (esportabile verso ordinamenti statali eterogenei)¹⁵¹ ma, allo stesso tempo, potrebbe inserirsi nella cornice di

¹⁴⁸ Si veda A. DI MARTINO, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali*, cit., pp. 411-412, la quale evidenzia come, a fronte del prevalere di una «interpretazione evolutiva o costruttiva, che ricerca espansivamente l'oggetto e il fine del trattato [...] il risvolto di tale tendenza è quindi una prevalenza dei *dissents* di natura opposta, volti a sottolineare i meriti [...] del *judicial restraint*».

¹⁴⁹ Così E. VOETEN, *The politics*, cit., p. 693. Un'eccezione potrebbe essere quella evocata dal medesimo A., *The Impartiality*, cit., p. 428, per il quale «judges from former socialist countries were about 20% more likely to vote against their own governments than were other judges. This corroborates the anecdotal evidence that these judges were particularly keen on demonstrating their independence from the government and rectifying deficiencies in their domestic human rights situations».

¹⁵⁰ E. VOETEN, *The Impartiality*, cit., p. 432.

¹⁵¹ In questo senso, secondo E. FERIOLI, *La dissenting opinion nella giustizia costituzionale europea di matrice kelseniana*, cit., p. 715, «l'argomento 'nazionale' risulta prevalentemente usato per valorizzare il metodo comparativo delle deliberazioni della Corte che, in quanto elemento strutturale del ragionamento del giudice europeo, agevola la visibilità delle tradizioni nazionali in materia di diritti fondamentali al fine ul-

una «crescente richiesta verso la pubblicizzazione dei voti contrari presente nei sistemi improntati al principio della segretezza delle decisioni giudiziarie, tradizionalmente non favorevoli – a parte alcune esperienze storiche peculiari e ad ogni modo non riferibili ad organi di giustizia costituzionale – alla formalizzazione delle opinioni dissenzienti»¹⁵².

5. *Il (non) dissent presso la Corte di Giustizia dell'Unione europea ed il ruolo dell'Avvocato Generale.*

In questa breve rievocazione di alcune tra le più significative esperienze di voto dissenziente, sia da ultimo consentito un rapido rinvio ad alcuni profili dell'attività della Corte di Giustizia (CGUE), con particolare attenzione alla figura dell'Avvocato Generale¹⁵³.

Dal punto di vista delle origini storiche, un antesignano dell'Avvocato Generale è stato identificato nel *Commissaire du Gouvernement* presente nel sistema di giustizia amministrativa francese, il quale «[avait] pour mission d'exposer les questions que présente à juger chaque recours contentieux et de faire connaître, en formulant en toute indépendance ses conclusions, son appréciation, qui doit être impartiale, sur les circonstances de fait de l'espèce et les règles de droit applicables ainsi que son opinion sur les solutions qu'appelle, suivant sa conscience, le litige soumis à la juridiction à laquelle il appartient»¹⁵⁴.

timo di individuare stabili convergenze interpretative sugli oggetti tutelati dalla Convenzione».

¹⁵² L. LUATTI, *Profili costituzionali*, cit., p. 40.

¹⁵³ Per un'ampia analisi monografica del ruolo e funzioni dell'Avvocato Generale, si vedano L. CLEMENT-WILZ, *La fonction de l'Avocat general près la Cour de Justice*, Bruylant, Bruxelles, 2011; R. LEÓN JIMÉNEZ, *La figura del Abogado General en el Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas*, Reus, Madrid, 2007 e C. IANNONE, *L'avvocato generale della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 1, 2002, p. 123 ss.

¹⁵⁴ Cfr. Conseil d'Etat, 5/3 SSR, du 29 juillet 1998. A seguito della sentenza ECHR, *Kress v. France*, 7 June 2001 – che ha condannato la Francia per violazione del principio del giusto processo in ordine alle funzioni della suddetta figura – la sua denominazione è stata mutata in *rapporteur public* (Décret n. 2009-14 du 7 janvier 2009) e favorita una maggior indipendenza e contraddittorio con le parti processuali.

In tal senso, non pare casuale che, nel 1951, la stesura del progetto di Statuto della Corte di Giustizia fosse stata affidata a Maurice Lagrange (già *Commissaire du Gouvernement*), il quale concepiva detta Corte come una trasposizione europea del *Conseil d'Etat*¹⁵⁵, chiamata a sindacare in via amministrativa gli atti esecutivi di un'autorità superiore¹⁵⁶.

A livello di diritto positivo, il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) prevedeva¹⁵⁷ che la Corte di Giustizia fosse assistita da otto Avvocati Generali, i quali «present[ano] pubblicamente, con assoluta imparzialità e in piena indipendenza, conclusioni motivate sulle cause che, conformemente allo Statuto della Corte di Giustizia, richiedono il suo intervento»¹⁵⁸. Inoltre, l'art. 252, comma 2 TFUE stabilisce che cinque posti sono riservati (in forza di accordi informali interstatali) a Germania, Francia, Italia, Spagna e Regno Unito, mentre i restanti sono ciclicamente ripartiti tra i rimanenti Stati membri¹⁵⁹.

¹⁵⁵ Cfr. M. DARMON, *La fonction d'Avocat general à la Cour de justice des Communautés européennes*, in AA.VV., *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs? Melanges a l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, Paris, 1996, p. 76 e K. BORGSMTDT, *The Advocate General at the European Court of Justice: a Comparative Study*, in *European Law Review*, 13, 1988, p. 110. Nelle parole di J. RODRÍGUEZ-ZAPATA, *Prólogo*, in R. LEÓN JIMÉNEZ, *La figura del Abogado General*, cit., p. 11, «el Abogado General es, en primer lugar, una simple transposición al Derecho comunitario del modelo francés de lo contencioso-administrativo basado, como es sabido, en el dogma 'juger l'Administration c'est aussi et encore administrer' y en el papel del Conseil d'Etat francés».

¹⁵⁶ Cfr. L. CLEMENT-WILZ, *The Advocate General: A Key Actor of the Court of Justice of the European Union*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 14, 2011-2012, pp. 589-590, la quale ricorda che «two other founder Member States, Belgium and the Netherlands, had a similar officer in their national court systems. Given the existence of this prestigious and well-established post in three of the six founding Member States, the Advocate General was immediately understood to be an important figure within the context of the then EEC».

¹⁵⁷ Cfr. art. 252.1 TFUE.

¹⁵⁸ Art. 252.2 TFUE.

¹⁵⁹ A seguito della fuoriuscita del Regno Unito dall'Unione europea (effettiva dal 31 gennaio 2020), gli Stati membri hanno deciso che il posto riservato alla Gran Bretagna sia occupato a rotazione tra gli Stati che non hanno diritto ad un Avvocato Generale in forma permanente (cfr. *Declaration by the conference of the representatives of the governments of the member States*, 29 gennaio 2020). Dal 10 settembre 2020 tale posto è occupato dal rappresentante nominato dal Governo greco.

Tale dato numerico è tuttavia divenuto obsoleto in forza della Dichiarazione n. 38 (allegata al Trattato di Lisbona), la quale prevede che «se, in conformità dell'articolo 252, comma 1 TFUE, la Corte di giustizia chiederà che il numero degli avvocati generali sia aumentato di tre (ossia undici anziché otto), il Consiglio, deliberando all'unanimità, approverà tale aumento».

Avendo detta Dichiarazione avuto seguito effettivo a partire dalla Decisione del Consiglio 2013/336/UE¹⁶⁰, la Corte è composta da sei AG “permanenti” (i cinque descritti, con l'aggiunta della Polonia, come concordato in quella sede) e cinque “a rotazione” (oggi assegnati a Estonia, Irlanda, Cipro, Croazia e Lettonia)¹⁶¹.

Tuttavia, mentre prima del Trattato di Nizza (2001) egli era chiamato ad intervenire in tutti i procedimenti, la citata formulazione – letta in combinato disposto con quella contenuta nel testo vigente dello Statuto della Corte¹⁶² – sembra averne circoscritto il raggio d'azione, essendosi stabilito che il Giudice di Lussemburgo possa risolvere le controversie sottopostegli anche senza l'intervento preventivo dell'Avvocato Generale, ove la causa non sollevi nuove questioni di diritto¹⁶³.

Per quanto riguarda il Tribunale, si può menzionare il fatto che la nomina degli AG è prevista solo in termini eventuali ed è decisa volta a volta per ogni singola causa¹⁶⁴.

In concreto, la prassi consolidata prevede che tali procedimenti si

¹⁶⁰ La quale ha esteso il numero degli AG prima a nove (a partire dal 1° luglio 2013, data di adesione della Croazia all'Unione europea) e poi a undici (a decorrere dal 7 ottobre 2015, in coincidenza con il rinnovo parziale triennale dei membri della CGUE). Cfr. S. CRESPI, *Articolo 8*, in C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, P. IANNUCELLI (a cura di), *Le regole del processo dinanzi al giudice dell'Unione europea*, Editoriale scientifica, Napoli, 2017, p. 39.

¹⁶¹ Dal 31 gennaio 2020, vi sono cinque AG “permanenti” e sei AG “a rotazione”.

¹⁶² Contenuto nel Protocollo n. 3, accluso al Trattato di Lisbona.

¹⁶³ Cfr. art. 20.5 Statuto CGUE.

¹⁶⁴ Cfr. art. 49, comma 1 Statuto CGUE e artt. 17-19 Reg. proc. TPI. In particolare, l'art. 17 prevede che il Tribunale sia necessariamente assistito da un Avvocato Generale quando si riunisce in seduta plenaria mentre, quando siede in Sezione, la presenza di quest'ultimo è richiesta laddove il Tribunale ritenga «che lo esigano la difficoltà in diritto o la complessità in fatto della causa» (art. 19).

svolgano nella quasi totalità dei casi senza il loro intervento¹⁶⁵. Inoltre, a differenza di quanto accade presso la CGUE, quella dell'AG è piuttosto una funzione temporanea (essendo tale ruolo affidato ad un giudice dello stesso Tribunale) e non una carica istituzionale deputata in via esclusiva allo svolgimento di tali competenze.

È noto che la disciplina dei Trattati, nonché dei relativi Statuti e Regolamenti, non contempla la previsione dell'opinione concorrente/dissenziante in seno alla Corte di Giustizia dell'Unione europea. Ciononostante, alcune suggestioni possono comunque essere invocate, soprattutto a fronte delle sollecitazioni per una sua possibile introduzione¹⁶⁶.

In particolare, è stato avanzato che tale carenza potrebbe forse essere supplita dall'attività esercitata dallo stesso AG, il quale, pur non assumendo le vesti del giudice dissenziente, può incidere in qualche modo sul contenuto della deliberazione finale¹⁶⁷.

Sul punto, è ben evidente che giudice dissenziente e AG non sono figure equiparabili. Da un lato, infatti, il secondo interviene in un momento anteriore alla deliberazione e non concorre alla fase deliberativa della sentenza; dall'altro, il giudice dissenziente manifesta il proprio *dissent* quale reazione rispetto alla soluzione conclusiva (dunque, rende la pro-

¹⁶⁵ Come ricordato da C. RITTER, *A New Look at the Role and Impact of Advocates-General – Collectively and Individually*, in *Columbia Journal of European Law*, 12, 2006, p. 754, «since the establishment of the CFI in 1989, the CFI has designated an Advocate-General in only four cases: Tetra Pak [nel 1994], Stahlwerke PeineSalzgitter [nel 1991], Rhône-Poulenc (“Polypropylene”) [nel 1991], and Automec II/Asia Motor France [nel 1993]».

¹⁶⁶ Si vedano A. DI MARTINO, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali*, cit., pp. 424-429; J. AZIZI, *Unveiling the EU Courts' Internal Decision-Making Process: A Case for Dissenting Opinions?*, in *ERA Forum*, 12, 2011, p. 49 ss. e M. HÖRETH, *Richter contra Richter: Sondervoten beim EuGH als Alternative zum “Court Curbing”*, in *Der Staat*, 50, 2011, p. 191 ss.

¹⁶⁷ Suggestivamente, per A. DI MARTINO, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali*, cit., p. 432, «le conclusioni degli avvocati generali si sono rivelate, ad alcuni effetti, dei sostituti funzionali delle opinioni dissenzienti». Cfr. anche J. LAFFRANQUE, *Dissenting Opinion in the European Court of Justice – Estonia's Possible Contribution to the Democratisation of the European Union Judicial System*, in *Juridica International*, IX, 2004, p. 18 ss.

pria opinione *ex post*) ed è parte attiva del procedimento collegiale di decisione¹⁶⁸.

Tuttavia, può anche porsi in luce il fatto che, qualora la Corte ritenga di doversi discostare dal parere reso dall'AG¹⁶⁹, quest'ultima interpretazione normativa rimane comunque presente nel tessuto giuridico – e, cosa più importante, nelle stanze della Corte e nelle menti dei giudici – potendo eventualmente fungere da stimolo e substrato qualificato per un possibile *revirement* (in modo analogo a quanto può accadere con una *dissenting opinion*)¹⁷⁰.

In ogni caso, la sua funzione è diretta ad incidere sulla conformazione della (futura) giurisprudenza europea¹⁷¹, sia quando la Corte decida di non conformarsi al parere reso in sede conclusiva – nel qual caso, la soluzione elaborata potrebbe trovare accoglimento in un orientamento successivo – sia laddove egli fornisca una ricostruzione del caso che, non smentita in sede di giudizio, potrebbe essere la base per un affinamento

¹⁶⁸ Cfr. T. CAPETA, *Advocate General: Bringing Clarity to CJEU Decisions: A Case-Study of Mangold and Kucukdeveci*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 14, 2011-2012, p. 563 ss.

¹⁶⁹ Non è abituale che la CGUE si discosti dalle Conclusioni dell'AG. Tra i casi più recenti e significativi, merita di essere menzionata la controversia C-42/17 (M.A.S. e M.B. o caso Taricco II), nella quale l'Avvocato Generale Yves Bot aveva sollecitato la CGUE a confermare la controversa soluzione adottata nel caso *Taricco I*, in ordine alla natura processuale (e non sostanziale) del regime di prescrizione penale. Ciononostante, a seguito del rinvio pregiudiziale operato dalla Corte costituzionale (con ordinanza n. 24/2017), la CGUE ha “fatto propria” l'opposta prospettiva italiana, poi confermata in modo definitivo dal Giudice delle Leggi con Sentenza n. 115/2018.

¹⁷⁰ Ricorda S. TURENNE, *Advocate Generals' Opinions or Separate Opinions? Judicial Engagement in the CJEU*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 14, 2011-2012, p. 734 – richiamando W. VAN GERVEN, *The Role and Structure of the European Judiciary Now and in the Future*, in *European Law Review*, 21, 1996, p. 222 – che «AG's Opinions served a similar purpose as a concurring or a dissenting opinion, in showing the way in which he believes the Court should follow».

¹⁷¹ Come affermato da S. CRESPI, *Articolo 8*, cit., p. 41, «il fatto che [...] le Conclusioni degli AG contribuiscano, seppur in senso lato, a fare giurisprudenza UE è anche la ragione per cui esse sono sempre state pubblicate, al pari delle sentenze, nella Raccolta ufficiale della CG (sino alla fine del 2011, data in cui essa è cessata)».

e/o approfondimento di soluzioni giurisprudenziali precedenti¹⁷².

In quest'ultimo senso, le conclusioni dell'AG fungono sempre da punto di riferimento per i giudici al momento dell'adozione della decisione, oltre a poter rendere più intellegibile e completo il percorso argomentativo ivi seguito e, come pocanzi ricordato, eventualmente a garantire un'autorevole voce in capitolo sulla formazione e sviluppo delle linee giurisprudenziali future¹⁷³.

¹⁷² Cfr. M. WATHELET, *Opinions dissidentes: la Court de Justice de l'Union européenne sera-t-elle le dernier des mohicans?*, in AA.VV., *Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Court de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 1034. Come evidenziato da S. TURENNE, *Advocate Generals' Opinions*, cit., p. 734, «the AG's Opinions [...] provide (1) a summary of the existing case law, (2) a doctrinal analysis of its strengths and weaknesses to the extent that this is relevant to the case at issue, (3) references to the body of principles that can be shown to underlie or embrace the issue(s) raised in the present case, (4) references to doctrines or principles advocated in other legal systems or in other courts in the country or in other legal systems».

¹⁷³ Vedi D. RUIZ-JARABO COLOMER, M. LÓPEZ ESCUDERO, *L'institution de l'avocat général à la Cour de justice des Communautés européennes*, in G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS (a cura di), *Mélanges en hommage à Fernand Schockweiler*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999, p. 523 ss. Per una ricostruzione sistematica sull'influenza del ruolo dell'AG nella giurisprudenza europea, cfr. C. ARREBOLA, A.J. MAURICIO, H. JIMÉNEZ PORTILLA, *An Economic Analysis of the Influence of the Advocate General on the Court of Justice of the European Union*, in *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 5, 2016, p. 82 ss. e A. ALBORS-LLORENS, *Securing Trust in the Court of Justice of the EU: The Influence of the Advocates General*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 14, 2011-2012, p. 509 ss.

PARTE SECONDA

DIRITTO ALL'ISTRUZIONE E OPINIONI
DISSENZIENTI NELLA GIURISPRUDENZA
COMPARATA

CAPITOLO 1

IL DIRITTO ALL'ISTRUZIONE DI FRONTE ALLE MINORANZE

SOMMARIO: 1. Istruzione e minoranze linguistiche in Spagna. Una premessa costituzionale. – 2. L'eterna controversia della *inmersión lingüística* in Catalogna e il paradosso della “maggioranza minoritaria” castigliana. – 3. Istruzione e minoranze razziali negli Stati Uniti: le *affirmative actions* nel sistema educativo, tra pari opportunità e discriminazioni “al rovescio”. – 3.1. L'inizio di tutto. Il caso *Regents of the University of California v. Bakke*. – 3.2. Le *affirmative actions* attraverso la lente delle opinioni dissenzienti di Justice Thomas. – 3.3. Gli sviluppi della giurisprudenza della Corte Suprema: da *Grutter v. Bollinger* a *Fisher v. University of Texas (Fisher II)*, passando per *Gratz v. Bollinger*. – 3.4. Postilla. Quale futuro per le *affirmative actions* “educative” negli Stati Uniti? – 4. Diritto all'istruzione e minoranze davanti alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. – 4.1. La tutela educativa delle minoranze etniche. I casi *D.H. v. Czech Republic* e *Orsus v. Croatia* e le opinioni dissenzienti, tra Sezioni semplici e Grande Camera. – 4.2. Il diritto di accesso all'istruzione delle persone con disabilità. I casi *Enver Sahin v. Turkey* e *G.L. c. Italie* e le corrispondenti opinioni separate.

1. *Istruzione e minoranze linguistiche in Spagna. Una premessa costituzionale.*

La questione dell'insegnamento in un contesto caratterizzato dall'indice culturale del plurilinguismo impone una premessa sulla configurazione di tale specificità nella Costituzione spagnola e, soprattutto, sulle sue declinazioni concrete, a partire dalla regolamentazione contenuta nell'art. 3 CE¹.

¹ Sulla regolazione del plurilinguismo spagnolo, si vedano A. MILIAN I MASSANA, *Más sobre derechos lingüísticos. Reflexiones sobre los límites constitucionales y su interpreta-*

Si tenga innanzitutto presente che la tutela delle “dimensioni linguistiche” trova il suo fondamento nel preambolo del testo costituzionale, il quale riconosce la volontà di «proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones»².

In una delle prime sentenze in materia, il TC ha affermato che l'art. 3 CE definisce in termini strutturali «las líneas maestras del modelo lingüístico de la Constitución Española»³. Nel dettaglio, esso proclama al comma primo l'ufficialità del solo castigliano in tutto il territorio dello Stato, nonché l'obbligo di conoscerlo ed il diritto di usarlo da parte dei cittadini.

Nel comma secondo, si afferma la parallela ufficialità delle “altre” lingue spagnole, d'accordo con quanto previsto nei corrispondenti Statuti

ción por el Tribunal Constitucional, Tirant lo Blanch-IEA, Valencia, 2016; P. FABIRO FIDALGO, *El Derecho de usar y el deber de conocer las lenguas en la Constitución Española de 1978*, Iustel, Madrid, 2013; A. LÓPEZ CASTILLO (a cura di), *Lenguas y Constitución española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013; J.M. PÉREZ FERNÁNDEZ (a cura di), *Estudio sobre el Estatuto Jurídico de las lenguas en España*, Atelier, Barcelona, 2006, nonché, nella dottrina italiana, G. POGGESCHI, *Le nazioni linguistiche della Spagna autonómica*, CEDAM, Padova, 2002.

²La configurazione e funzione dei preamboli costituzionali sono state analizzate da F. LONGO, *Struttura e funzioni dei preamboli costituzionali. Studio di diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2021 e J. TAJADURA TEJADA, *Funciones e valore dei preamboli costituzionali*, in *Quad. cost.*, 3, 2003, p. 509 ss.

³STC 82/1986, FJ1. Si riporta il testo completo dell'art. 3 CE: «1. El castellano es la lengua española oficial del Estado. Todos los españoles tienen el deber de conocerla y el derecho a usarla. 2. Las demás lenguas españolas serán también oficiales en las respectivas Comunidades Autónomas de acuerdo con sus Estatutos. 3. La riqueza de las distintas modalidades lingüísticas de España es un patrimonio cultural que será objeto de especial respeto y protección». A commento, si vedano J.J. SOLAZÁBAL ECHAVARRÍA, *El régimen constitucional del bilingüismo*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 55, 1999, p. 11 ss.; J. PRIETO DE PEDRO, *Artículo tercero: las lenguas de España*, in O. ALZAGA VILLAAMIL, *Comentarios a la Constitución española de 1978*, vol. I, Edersa, Madrid, 1996; I. AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, *Reflexiones jurídicas sobre la oficialidad y el deber de conocimiento de las lenguas*, in S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (a cura di), *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. II, Civitas, Madrid, 1991, p. 678 ss. e A. MILIAN I MASSANA, *La regulación constitucional del multilingüismo*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 10, 1984, p. 123 ss.

regionali⁴; infine, nel comma terzo è prevista un'esigenza di protezione "attenuata" delle realtà linguistiche non tutelate a livello statutario⁵ e, quindi, prive di un regime di co-ufficialità⁶.

Sul piano specifico del diritto all'educazione in Spagna – consacrato dall'art. 27 CE – non è possibile prescindere da quanto esposto in ordine ai profili generali del pluralismo linguistico, dovendosi quindi riconoscere l'esistenza di legame significativo tra gli artt. 3 e 27 CE⁷.

In particolare, possono essere riprese le parole pronunciate dal Giudice Gabaldón López nel *voto particular* alla STC 337/1994, ove affermava che no «cabe hablar de un derecho a la educación, cuyo objeto es el pleno desarrollo de la personalidad humana, si no puede establecerse el vehículo esencial a través del cual todo saber informativo o formativo ha de transmitirse, o sea el lenguaje»⁸.

⁴ Ad oggi, il regime di co-ufficialità linguistica è previsto nei Paesi Baschi rispetto all'*euskera*; in Catalogna rispetto al catalano ed all'aranese (parlato nella Val d'Aran); in Galizia rispetto al *gallego*; nella *Comunidad Valenciana* rispetto al *valenciano*; in Navarra rispetto all'*euskera* (nelle sole aree confinanti con il Paese Basco e specificamente individuate) e nelle Isole Baleari rispetto al catalano.

⁵ Per A. MILIAN MASSANA, *Los derechos lingüísticos en la enseñanza, de acuerdo con la Constitución*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 7, 1983, p. 362, «el párrafo 3.º del artículo 3.º CE, al disponer que la riqueza de las modalidades lingüísticas de España será objeto de especial respeto y protección, respalda la necesaria incorporación de las lenguas en los planes de enseñanza respectivos [...], ya que se hace imposible pensar que pueda protegerse eficazmente una lengua manteniéndosela al margen del proceso educativo».

⁶ Per una discutibile applicazione di tale inciso si veda STC 75/2021, FJ2, in ordine all'utilizzo del *bable*/asturiano – introdotto con fonte non statutaria, bensì regolamentare – nel Parlamento regionale delle Asturie. Sulla tutela delle lingue minoritarie non co-ufficiali, cfr. J.M. PÉREZ FERNÁNDEZ, *La tutela de las lenguas regionales o minoritarias estatutarias y su encaje en el modelo constitucional español. ¿Un tertium genus en el reconocimiento de los derechos lingüísticos?*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 89, 2010, p. 157 ss.

⁷ Tale tipologia di legame – desumibile da una lettura sistematica delle disposizioni citate – era ancora più esplicito nell'art. 50 della Costituzione della Seconda Repubblica del 1931, ove si affermava che «las regiones autónomas podrán organizar la enseñanza en sus lenguas respectivas, de acuerdo con las facultades que se concedan en los Estatutos. Es obligatorio el estudio de la lengua castellana [...]».

⁸ Il rapporto tra diritto all'educazione e diritti linguistici è ampiamente affrontato da A. MILIAN I MASSANA, *Derechos lingüísticos y derecho fundamental a la educación. Un estudio comparado: Italia, Bélgica, Suiza y España*, Civitas, Madrid, 1994.

Occorre quindi interrogarsi sulle modalità attraverso cui l'insegnamento *delle* e, soprattutto, *nelle* lingue riconosciute come co-ufficiali si affiancano, nei rispettivi territori, alla lingua castigliana.

È stato ricordato che, nelle realtà territoriali bilingue, sono stati implementati due diversi modelli linguistico-educativi⁹. Da un lato, in alcune CC.AA. è stato introdotto un sistema di *separación electiva*, in forza del quale la predisposizione integrale di programmi di studio in castigliano o nella lingua co-ufficiale è subordinata alla libera scelta degli alunni, con la creazione di due binari omogenei ma paralleli (separati dall'insegnamento esclusivo nella lingua prescelta)¹⁰.

Dall'altro, in altre CC.AA. sono stati preferiti modelli di *conjunción lingüística* (detto anche *bilingüismo integral* o, secondo la formula maggiormente impiegata, *inmersión lingüística*), nei quali il criterio elettivo è sostituito da un sistema di ibridazione linguistica obbligatoria tra castigliano e lingua co-ufficiale, con la prevalenza di quest'ultima quale strumento di insegnamento¹¹ e l'obiettivo di rimediare ad una sua situazione pregres-

⁹ Cfr. E. ALBERTÍ ROVIRA, *El régimen lingüístico de la enseñanza (Comentario a la STC 337/1994, de 23 de diciembre)*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 44, 1995, pp. 249-251. Sui diversi "modelli linguistici" in prospettiva comparata, cfr. si vedano J. WOELK, F. PALERMO, *Diritto costituzionale comparato dei gruppi e delle minoranze*, CEDAM, Padova, 2008, pp. 179-181; E.J. RUIZ VIEYTEZ, *Lenguas y Constitución. Una visión del derecho lingüístico comparado en Europa*, in *Revista Vasca de Administración Pública*, 72, 2005, p. 231 ss. e E. PALICI DI SUNI, *Intorno alle minoranze*, Giappichelli, Torino, 2002.

¹⁰ Cfr. Ley Foral 18/1986, de 15 de diciembre, del euskera (Navarra); Ley 3/1986, de 29 de abril, de normalización lingüística, art. 18 (Islas Baleares); Ley 4/1983, de 23 de noviembre, de uso y enseñanza del valenciano, art. 19 (Comunidad Valenciana); Ley 3/1983, de 15 de junio, del Parlamento gallego, de normalización lingüística (gallego); Ley 10/1982, de 24 de noviembre, del Parlamento Vasco, básica de normalización del uso del euskera, art. 15 (Paese Basco).

¹¹ Come ricordato dal *Conseil Constitutionnel* francese, *Décision n° 2021-818 DC du 21 mai 2021*, § 19, in ordine all'incostituzionalità dell'insegnamento delle lingue regionali introdotto dall'art. 4 della *Loi Molac* del 21 marzo 2021, «l'enseignement immersif d'une langue régionale est une méthode qui ne se borne pas à enseigner cette langue mais consiste à l'utiliser comme langue principale d'enseignement et comme langue de communication au sein de l'établissement». Sul modello (pluri)linguistico francese e la sentenza in esame, vedi A.J. SÁNCHEZ NAVARRO, *Pluralismo e inmersión lingüística: el caso*

sa di marginalizzazione. In questo modo, lo scopo è il raggiungimento di un dominio paritario di entrambe le lingue da parte degli studenti.

2. *L'eterna controversia della inmersión lingüística in Catalogna e il paradosso della "maggioranza minoritaria" castigliana.*

Ai fini qui di interesse, è doveroso prendere le mosse dalla disciplina della *inmersión lingüística* prevista nella *Comunidad Autónoma* catalana, regolata a partire dalla *Ley 7/1983, de 18 de abril, de normalización lingüística en Cataluña* e più volte integrata in momenti successivi. Sul punto, pare utile un'indicazione schematica delle disposizioni più controverse contenute in tale legge.

Ai sensi dell'art. 14.2, i bambini avevano il diritto di ricevere il "primo insegnamento" scolastico (*primera enseñanza*) nella propria lingua abituale (*lengua habitual*), fosse questa il catalano o il castigliano.

In secondo luogo, l'art. 14.4 disponeva che tutti gli studenti – a prescindere dalla loro lingua abituale al momento dell'inizio dell'insegnamento – dovevano essere in grado di utilizzare in modo normale e corretto (*conocimiento suficiente*) il catalano ed il castigliano al termine del loro percorso di studi.

L'art. 15 imponeva un obbligo di conoscenza sufficiente del catalano e castigliano ai fini del rilascio del titolo educativo di *graduado escolar*; infine, l'art. 20 stabiliva che i centri educativi erano tenuti a fare della lingua catalana il mezzo di espressione normale, sia nelle attività interne (incluse quelle di natura amministrativa), sia quelle con rilevanza esterna.

Con ordinanza del 15 febbraio 1984, la *Sección de lo Contencioso-administrativo* del *Tribunal Supremo* (TS) sollevava questione di costituzionalità delle norme pocanzi riportate¹². In relazione all'art. 14.2 esso contestava che, se i bambini avevano diritto a ricevere il primo insegnamento

francés (Anotaciones sobre la decisión del Consejo Constitucional Francés-Décision n.º 2021-818 DC, de 21 de mayo de 2021), in *Teoría y Realidad Constitucional*, 49, 2022, p. 365 ss.

¹² Il testo integrale dell'ordinanza può essere letto in *La lengua de enseñanza en la legislación de Cataluña*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1994, p. 17 ss.

nella propria lingua abituale, tale diritto *a contrario* non sussisteva nelle fasi successive del ciclo educativo, con il rischio che le istituzioni regionali potessero giungere ad imporre un concreto regime di monolinguisimo catalano.

Rispetto all'art. 14.4, invece, il TS scorgeva nell'utilizzo della formula normativa del "dover poter usare in modo normale e corretto" il catalano un obbligo di conoscenza della lingua catalana, contrario all'art. 3.1. CE.

Con riferimento all'art. 15, era denunciata una violazione di carattere funzionale – relativa alla distribuzione del quadro di competenze tra lo Stato e le CC.AA. – con riferimento all'art. 149.1.30 CE, che riserva alle istituzioni statali, in via esclusiva, la regolamentazione delle condizioni di ottenimento dei titoli accademici.

Infine, una censura analoga a quella riferibile all'art. 14.4 era rivolta all'art. 20, il quale sembrava imporre, in modo illegittimo, l'uso della lingua catalana anche al di fuori dell'ambito pedagogico-educativo (ad esempio, nelle comunicazioni amministrative).

Come evidenziato dalla sentenza del STC 337/1994, due sono gli interrogativi fondamentali sui quali occorre soffermarsi. In primo luogo, esiste un diritto – costituzionalmente tutelato – a scegliere la lingua co-ufficiale (castigliano o catalano) nella quale si desidera essere educati nelle CC.AA. che prevedono tale modello bicefalo?

Nel caso in cui tale risposta sia negativa, esiste un conseguente diritto delle istituzioni regionali a determinare in quali termini entrambe le lingue devono essere impiegate (e con quali limiti)?¹³.

In relazione al primo interrogativo, il TC escludeva l'esistenza di un diritto soggettivo a ricevere un'educazione scolastica unicamente in una determinata lingua ufficiale, nel caso di specie quella castigliana a discapito della lingua "regionale" co-ufficiale¹⁴.

Tale impostazione rispondeva all'esigenza di garantire un'equilibrata implementazione del modello educativo di *conjunción lingüística*, con l'obiettivo di favorire – a fini di integrazione e coesione sociale – un inse-

¹³ A commento nella dottrina italiana, cfr. M. IACOMETTI, *La giurisprudenza del Tribunale costituzionale spagnolo nel biennio 1993-1994*, in *Giur. cost.*, III, 1995, p. 3993 ss.

¹⁴ Cfr. STC 337/1994, cit., FJ11.

gnamento bilanciato di entrambe le lingue, nel rispetto delle rispettive competenze dello Stato e delle CC.AA.

In questo senso, a fronte dell'esigenza di procedere ad una "normalizzazione" dell'uso del catalano (all'indomani del centralismo ed omogeneizzazione culturale imposti durante la lunga dittatura franchista), il TC ha ritenuto legittimo che la lingua catalana costituisse il baricentro del predetto modello bilingue, ferma restando la parallela necessità di non escludere il castigliano quale lingua ordinaria di insegnamento ed utilizzo quotidiano.

La sentenza commentata presentava un'importante – e solitaria – opinione dissenziente del Giudice gallego Díaz Eimil¹⁵. In primo luogo, egli contestava la prospettiva costituzionale assunta dalla maggioranza, la quale a suo avviso riconduceva erroneamente la controversia alla ampia dimensione educativa dell'art. 27 CE e non al più limitato terreno della co-ufficialità linguistica dell'art. 3 CE.

In questo senso, dal contenuto di quest'ultima disposizione si ricavava – in relazione alle realtà territoriali bilingue – che il regime di co-ufficialità linguistica non aveva altro significato se non quello di attribuire piena efficacia a qualsiasi atto compiuto in una delle lingue riconosciute. Ciononostante, essa non ammetteva né il dovere di conoscere ed utilizzare la lingua co-ufficiale¹⁶, né tantomeno il diritto delle CC.AA. di imporne l'insegnamento, a maggior ragione laddove non fosse prevista (come nel caso catalano) alcuna possibilità di scelta da parte degli studenti.

¹⁵Non si è considerato il *voto particular* di GABALDÓN LÓPEZ, in parte dissenziente (laddove non è stata dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 15) ma soprattutto concorrente, giacché «el fallo debió formularse de modo que la interpretación que lleva a cabo la Sentencia se expresara en el fallo, para que sólo ella pudiera considerarse conforme a la Constitución y no otra distinta ni un desarrollo al margen de la misma del que no se desprenda el reconocimiento del derecho a recibir la enseñanza en castellano».

¹⁶Con logica stringente, DÍAZ EIMIL evidenziava che il dovere di conoscenza (e, conseguentemente, di utilizzo) di una lingua è riferito dall'art. 3 CE al solo castigliano e non alle lingue co-ufficiali; del resto, l'emendamento n. 106 al testo costituzionale, presentato dalla Minoranza catalana e rivolto ad estendere tale obbligo anche alle lingue co-ufficiali nei rispettivi territori, era stato respinto, evidenziando una volta di più la costruzione "asimmetrica" voluta dal Legislatore costituente. Sul mancato dovere di conoscenza delle lingue co-ufficiali, cfr. STC 82/1986, FJ3.

Del resto, l'inesistenza del primo obbligo indicato era già stata affermata dallo stesso TC in relazione all'art. 1.2, *Ley 3/1983, de 15 de junio, de normalización lingüística* del Parlamento gallego, la quale imponeva un obbligo di conoscenza generale della lingua gallega¹⁷.

Ne derivava che l'art. 3 CE non impediva affatto al cittadino residente in una realtà territoriale bilingue di utilizzare in modo prevalente – quando non addirittura esclusivo – la lingua (nazionale) castigliana nell'ambito delle sue relazioni con i pubblici poteri, ivi inclusa l'Amministrazione scolastica, secondo un criterio personale di libera scelta¹⁸.

Tale considerazione di sistema trovava proiezione in relazione al modello educativo configurato dalle istituzioni catalane. Se è vero che la previsione costituzionale di un regime di co-ufficialità linguistica autorizzava la CC.AA. ad implementare e diffondere l'insegnamento in lingua catalana – anche in via esclusiva (vale a dire addirittura escludendo l'insegnamento in lingua castigliana) – è altrettanto vero che siffatto modello educativo non poteva essere l'unico a disposizione, dovendo convivere con un parallelo sistema di educazione integrale in castigliano, a seconda della scelta compiuta dagli interessati¹⁹.

Díaz Eimil censurava così l'alterazione concettuale compiuta dalla

¹⁷ STC 84/1986, cit.

¹⁸ A livello convenzionale, si ricordi tuttavia che, secondo quanto affermato da ECHR, *Case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" v. Belgium (merits)*, 23 July 1968, §§ 3 e 6, con riferimento al diritto all'educazione sancito dall'art. 2, Protocollo n. 1 CEDU, da un lato «the first sentence of Article 2 (P1-2) does not specify the language in which education must be conducted in order that the right to education should be respected» e, dall'altro, l'art. 2, comma 2 «does not require of States that they should, in the sphere of education or teaching, respect parents' linguistic preferences, but only their religious and philosophical convictions».

¹⁹ Confermano tale lettura V. MARTÍN SANZ, *El empleo del idioma autonómico en el sistema educativo (A propósito de la Sentencia de la Sala 3.a, Sección 7.a, del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1996)*, in *Revista de Administración Pública*, 146, 1998, p. 205, secondo cui «la causa de la polémica surgida de la puesta en práctica de la inmersión lingüística en el sistema educativo puede descansar, en primer lugar, en que parece difícil aceptar que desde los postulados básicos de la libertad no pueda derivarse un derecho a elegir la lengua docente» e A. GUAITA MARTORELL, *Lenguas de España y artículo 3 de la Constitución*, Civitas, Madrid, 1989, p. 79 ss.

maggioranza, la quale aveva trasformato il “diritto” alla conoscenza del catalano – con la possibilità di implementazione ed uso facoltativo da parte degli interessati – in un “dovere” imperativo di conoscenza ed impiego, senza alcuna possibilità di alternativa²⁰.

A sua volta, tale imposizione disconosceva le specificità identitario-culturali delle realtà sociali conviventi in Catalogna – in particolare, di quella a prevalente matrice castigliana (peraltro maggioritaria) – con il rischio di mettere in discussione una convivenza pacifica²¹, dovendo evitarsi qualsiasi tentazione di suprematismo culturale²², destinato a sfociare in una sorta di “sovrano etno-linguistico”²³.

Il *voto particular discrepante* di Díaz Eimil è stato (purtroppo) profetico in ordine alla deriva che avrebbe assunto il sistema educativo catalano negli anni successivi.

Infatti, a partire da allora il modello astratto di *inmersión lingüística* – (quasi) paritario e bilingue – si è poco a poco trasformato in un grimaldello politico di *sumersión (mono)lingüística*²⁴, imponendo nei fatti un

²⁰ Con parole di F. SAVATER, *Falacias de la legitimación histórica*, in *Claves de razón práctica*, 7, 1990, p. 36, «reivindicar el derecho de los hablantes a su lengua es una cosa; reivindicar el derecho de una lengua a crearse hablantes obligatorios es otra diferente».

²¹ Già paventato da STC 337/1994, cit., FJ8: «ha de admitirse el riesgo de que las disposiciones que adopten las Comunidades Autónomas pueden afectar al uso de la otra lengua cooficial y, de este modo, a la ordenación del pluralismo lingüístico que la Constitución y los respectivos Estatutos de Autonomía establecen».

²² Il riferimento è al *voto particular* di OLLERO TASSARA alla STC 132/2019, de 13 de noviembre, nel quale egli, opponendosi al rigetto di una questione di costituzionalità relativa alla modifica del c.d. codice civile catalano (Ley del Parlamento de Cataluña 3/2017, de 15 de febrero), dichiarava strenuamente di non volersi sottomettere ai «supremacismos de quienes –a estas alturas– se sienten humillados si se les trata como si fueran iguales a los demás». Per una raccolta delle sue opinioni dissenzienti come giudice costituzionale (2012-2021), si veda A. OLLERO, *Votos particulares*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

²³ Cfr. M. BARCIA LAGO, *Soberanía nacional y lengua. Constitución española y cooficialidad lingüística*, Dykinson, Madrid, 2021.

²⁴ Ne deriva che «pur rispettando formalmente la dottrina del *Tribunal* sulla necessità che il castigliano non sia escluso dai piani didattici», si è proceduto a «relega[re] la lingua nazionale in posizione chiaramente secondaria; il tutto, sembra, in un’ottica di sostanziale nazionalizzazione linguistica della popolazione residente» (D.E. TOSI, *Diritto alla lingua in Europa*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 182). A.

unico modello di insegnamento incentrato sull'utilizzo della sola lingua catalana²⁵.

L'esigenza di tutelare una minoranza (linguistico-culturale) catalana si è così trasformata in un'ansia di dominio che, favorita da maggioranze parlamentari nazionaliste – e poi indipendentiste – a livello regionale, ha generato un modello speculare a quello che i Padri Costituenti si erano impegnati a rimuovere rispetto al mancato riconoscimento delle specificità territoriali, con la paradossale aggravante che ora è una minoranza linguistica e culturale ad imporsi ad ogni costo sulla maggioranza (castigliana)²⁶.

In questo modo si sono lentamente avverati i pericoli di un'imposizione linguistica strisciante e della rottura di una convivenza pacifica paventati nell'indicata opinione dissenziente, attraverso la costruzione di un modello educativo rivolto ad una emarginazione del castigliano²⁷ ed alla reiterata inottemperanza alle pronunce giurisdizionali che si sono nel tempo susseguite sull'argomento.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El régimen jurídico de las lenguas en las escuelas españolas*, in *Revista Jurídica de Castilla-León*, 25, 2011, p. 300, ha parlato di un «proceso de inversión lingüística».

²⁵ In questo senso, come ha ricordato R. BLANCO VALDÉS, *Políticas lingüísticas y construcción nacional: el laboratorio español*, in *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 17, 2013, p. 488, da allora si sarebbe assistito ad un «cambio progresivo que conducirá a paso firme a la superación del modelo bilingüista que inspiraba aquella norma y a su sustitución por un creciente y manifiesto monolingüismo institucional».

²⁶ Mutuando le crude espressioni dell'opera di M. JARDÓN, *La "normalización lingüística" como anormalidad democrática. El caso gallego*, Siglo XXI, Madrid, 1993, si è così passati da un tentativo di normalizzazione linguistica – nobilmente previsto in Costituzione ma fin da subito "adulterato" per fini opposti a quelli "originari" – ad una vera e propria anomalia democratica.

²⁷ Può essere utile qui ricordare ECHR, *Cyprus v. Turkey*, 10 May 2001, §§ 273-280, la quale, pur escludendo l'inesistenza di un diritto ad essere istruiti in una lingua scelta, aveva riconosciuto – nel caso specifico – il diritto di alcuni studenti greco-ciprioti, residenti nella zona occupata turco-cipriota dell'isola di Cipro, di essere educati nella propria lingua materna, poiché «the option available to Greek-Cypriot parents to continue their children's education in the north is unrealistic in view of the fact that the children in question have already received their primary education in a Greek-Cypriot school there» (*ivi*, § 278).

Da ultimo, deve essere menzionato il Decreto-ley 6/2022, de 30 de mayo, *por el que se fijan los criterios aplicables a la elaboración, aprobación, validación y revisión de los proyectos lingüísticos de los centros educativos*, con il quale la *Generalitat* catalana ha deciso di non dare esecuzione alla pronuncia del *Tribunal Superior de Justicia* (TSJ) che aveva imposto – anche attraverso un procedimento di esecuzione coattiva – l'esigenza di garantire almeno il 25% delle lezioni in castigliano.

La “ribellione” è stata poi cristallizzata nella Ley 8/2022, de 9 de junio, *sobre el uso y el aprendizaje de las lenguas oficiales en la enseñanza no universitaria*, secondo cui «el catalán, como lengua propia de Cataluña, es la lengua normalmente utilizada como lengua vehicular y de aprendizaje del sistema educativo, y la de uso normal en la acogida del alumnado recién llegado. El castellano se emplea en los términos que fijan los proyectos lingüísticos de cada centro» (art. 2.1).

Ciononostante, con sentenza 4664/2022, de 23 de diciembre, il TSJ catalano (Sezione Quinta) ha stabilito che, pur a fronte delle suddette riforme, nel caso specifico l'alunna ricorrente aveva diritto a fruire dell'insegnamento in lingua spagnola non solo di quest'ultima materia, bensì anche di una o più materie “addizionali” che, in forza della loro importanza nel curriculum e rilevanza quantitativa nel monte-ore educativo, possono essere considerate materie “fondamentali”.

Tale ultima giurisprudenza è stata in seguito confermata dallo stesso TSJ con ordinanza del 10 gennaio 2023, la quale ha riconosciuto – a fronte di una richiesta di educazione bilingue formulata in seguito all'adozione della normativa sopra citata – la corrispondente misura cautelare, imponendo che il ricorrente riceva «de forma efectiva en castellano, aparte del asignatura o materia correspondiente al aprendizaje de dicha lengua, una o unas materias o asignaturas adicionales que, por su importancia en el conjunto del currículo y su carga lectiva, puedan ser consideradas como principales».

In termini generali, non è casuale che la specifica “questione linguistica” abbia, in un certo senso, anticipato i ben più drammatici scenari della “questione catalana”, simbolicamente riconducibili alla STC 31/2010

sullo Statuto regionale²⁸, innescati con lo “pseudo-referendum” del 2014 e deflagrati con la “pseudo-dichiarazione” di indipendenza del 10 ottobre 2017.

Sul primo versante, si ricordi che, da un lato, con l'adozione della successiva *Ley 1/1998, de 7 de enero, de política lingüística*²⁹, è stato dichiarato che «el catalán, como lengua propia, es la lengua de todas las instituciones de Cataluña, y en especial [...] de la enseñanza» (art. 2.2.a).

Dall'altro, tale afflato nazionalista è stato ulteriormente rafforzato, attraverso l'inserimento di specifiche rivendicazioni linguistiche all'interno del nuovo Statuto regionale del 2006 (EAC), con l'obiettivo di garantirne una capacità di resistenza all'abrogazione, secondo lo schema del *blindaje competencial*. In particolare, il catalano era stato imposto quale «lengua de uso normal y preferente» (art. 6.1) nel sistema dei rapporti con le Pubbliche Amministrazioni, nonché come lingua di obbligata – e generalizzata – conoscenza da parte di tutti i cittadini (art. 6.2).

A tal proposito, è stato evidenziato che gli sviluppi concreti ai quali si è arrivati dipendono altresì da una più che discutibile (per non dire errata) ricostruzione del TC in ordine alle citate disposizioni statutarie. In particolare, alla luce dell'art. 3 CE e della giurisprudenza costituzionale, è evidente che l'art. 6.2 EAC configurava un precetto in radice incostituzionale, il che avrebbe dovuto imporne l'immediato annullamento da parte del TC.

Ciononostante, attraverso una controversa interpretazione costituzionalmente orientata, il TC è giunto a sostenere che tale disposizione era conforme alla Costituzione, non dovendo riconoscersi un «deber genera-

²⁸ Cfr. J.M. CASTELLÀ ANDREU, *Tribunal Constitucional y proceso secesionista catalán: respuestas jurídico-constitucionales a un conflicto político-constitucional*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 37, 2016, p. 561 ss. e R. TUR AUSINA, E. ÁLVAREZ CONDE, *Las consecuencias jurídicas de la sentencia 31/2010, de 28 de junio, del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Cataluña. La sentencia de la perfecta libertad*, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2010. Con riferimento STC 31/2010, si veda il numero monografico di *Teoría y Realidad Constitucional*, 27, 2011.

²⁹ Sui profili di (in)costituzionalità sollevati dalla normazione in esame, si veda il numero monografico *Lenguas y Constitución* della rivista *Teoría y Realidad Constitucional*, 2, 1998, con contributi di T. RAMÓN FERNÁNDEZ, S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, A. LÓPEZ PINA, J. PRIETO DE PEDRO, M. HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN.

lizado para todos los ciudadanos de Cataluña», bensì «la imposición de un deber individual y de obligado cumplimiento que tiene su lugar específico y propio en el ámbito de la educación»³⁰.

In questo modo, si imponeva in forma surrettizia e per via di “creazione” giurisprudenziale un nuovo obbligo giuridico che non era previsto dal testo costituzionale³¹ e, al contrario, sembra invece trovare giustificazione nella dimensione “quantitativo-soggettiva” del suo terreno di elezione³².

³⁰ STC 31/2010, FJ14.b). In questo senso, con specifico riferimento alla questione linguistica, il Giudice dissenziente CONDE MARTÍN DE HIJAS ha parlato di «rechazable uso de la técnica de negar el sentido jurídico del precepto, dándole uno diferente del que permiten sus términos literales, para así salvar su constitucionalidad en una interpretación conforme»; allo stesso modo, esso è stato (s)qualificato dal Giudice dissenziente RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ come una vera e propria «sentencia oculta», la quale fa forzatamente dire allo Statuto – ed alla stessa Costituzione – ciò che esso non dice mentre, per il Giudice dissenziente RODRÍGUEZ ARRIBAS, si tratta di una «interpretación conforme a la Constitución, que hace decir a esas frases lo contrario de lo que realmente dicen, rebasando, en esta ocasión, los límites». Per una interessante lettura della sentenza in questione attraverso i *votos particulares* prodotti, cfr. E. ÁLVAREZ CONDE, R. TUR AUSINA, *El Estatuto de Cataluña a través de los votos particulares a la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 27, 2011, p. 315 ss.

³¹ Come ha ricordato M.^a MOLERO MARTÍN-SALAS, *Las lenguas cooficiales en el aula, y su uso dentro del sistema educativo*, in *Revista de Derecho Político*, 114, 2022, p. 69, «resulta sorprendente la labor interpretativa del Tribunal, para convertir en constitucional lo que a priori tiene todo el aspecto de no serlo. Parece claro que la intención de la CA era entenderlo como un auténtico deber, a todos los efectos, si bien la interpretación del TC consigue salvar el precepto, y considerar que sí lo sea en el ámbito educativo; que no es poco».

³² Detto profilo problematico è stato ripreso anche dalla STC 75/2021, FJ2, cit., laddove la possibilità – introdotta per mezzo di un Regolamento parlamentare – di utilizzare il *bable*/asturiano nella sede del Parlamento regionale è stata ritenuta conforme all'art. 3.2 CE, poiché «no tiene como resultado la atribución de los efectos propios de la oficialidad a una lengua propia, pues no reconoce al bable/asturiano como “medio normal de comunicación” ante todos los poderes públicos radicados en el territorio autonómico, sino únicamente reconoce determinados efectos en el seno de la institución parlamentaria autonómica». La sentenza presentava un unico *voto particular discrepante* del Giudice ROCA TRÍAS (oltre a quello concorrente del Giudice GONZÁLEZ-TREVI-

Nella stessa prospettiva, dopo aver dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 6.1 EAC (il quale stabiliva un uso preferenziale del catalano da parte delle Pubbliche Amministrazioni e nei mezzi di comunicazione), il TC non ha comunque rinunciato ad affermare la possibilità, per il Legislatore regionale, di adottare «las adecuadas y proporcionadas medidas de política lingüística tendentes a corregir, de existir, situaciones históricas de desequilibrio de una de las lenguas oficiales respecto de la otra, subsanando así la posición secundaria o de postergación que alguna de ellas pudiera tener»³³.

Ferma restando la difficoltà di determinare quando tale squilibrio della lingua co-ufficiale venga meno, occorre chiedersi cosa potrebbe succedere una volta raggiunto questo punto ottimale, ovvero laddove la situazione di asimmetria arrivi addirittura ad invertirsi a discapito del castigliano, quantomeno nel sistema educativo³⁴.

Il punto non è privo di rilevanza, se è vero che l'ambiguità della prima considerazione³⁵ ha dato fin da subito la stura ad una politica linguistica delle istituzioni catalane ancor più "aggressiva", diretta a trasformare – *de iure* e, soprattutto, *de facto* – il castigliano in lingua minoritaria all'interno degli stessi confini regionali³⁶.

JANO SÁNCHEZ), nel quale si censurava l'aver eluso il senso e la finalità della norma impugnata, che introdurrebbe un (limitato) regime mascherato di co-ufficialità senza ricorrere alla necessaria riforma statutaria.

³³ STC 31/2010, cit., FJ14.a).

³⁴ Come ha fatto presente X. MURO I BAS, *Los deberes lingüísticos y la proyección de la cooficialidad lingüística sobre la distribución de competencias en la reciente jurisprudencia constitucional (Sentencias 337/1994 y 147/1996)*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 49, 1997, p. 268, «si se acepta esta justificación, podría pensarse que en el futuro, una vez corregida la situación de desigualdad y lograda una equiparación en el uso social de las dos lenguas, el catalán dejara de ser el 'centro de gravedad'. ¿Podría llegar a pensarse que si la situación de desequilibrio se invirtiera en favor del catalán la lengua docente tuviera un efecto compensatorio, pero esta vez en favor del castellano? [...] El planteamiento expuesto da pie a ello».

³⁵ Secondo i dati forniti dall'Istituto di Statistica per la Catalogna (IDESCAT), *Informe de política lingüística 2018* (gencat.cat), p. 11, tra il 1981 ed il 2018 la conoscenza del catalano è aumentata dal 79,8% al 94,4% (fermo restando che già nel 1986 era del 90,3%); la capacità di parlarlo dal 64% (1986) all'81,2% (2018) e quella di leggerlo dal 60,5% (1986) all'85,4% (2018).

³⁶ Per A.L. ALONSO DE ANTONIO, *La cuestión lingüística en la Sentencia del Tribunal*

Come è stato correttamente affermato, a fronte di una volontà (in origine implicita e poi sempre più esplicita) del Legislatore regionale di trasformare il catalano in lingua esclusiva (ed escludente), la giurisprudenza ha posto un velo davanti ai suoi occhi, dando per buono che catalano e spagnolo fossero lingue equiparate nella Pubblica Amministrazione e nelle istituzioni, sia nelle relazioni interne e tra Amministrazioni, sia nei rapporti con i cittadini³⁷. Nulla di ciò, nei fatti, si è rivelato vero.

Al contrario, si ricordi l'ordinanza del 31 gennaio 2014, n. 71, del TSJ catalano, in forza della quale per la prima volta è stato imposto che almeno il 25% delle ore di lezione siano realizzate in castigliano, con particolare riferimento all'insegnamento della stessa lingua castigliana e di almeno un'altra materia fondamentale. Tale principio "minimo" – allora riferito al singolo caso *sub iudice*³⁸ – è stato poi esteso a livello regionale con sentenza del medesimo TSJ del 16 dicembre 2020, n. 8675³⁹.

Al netto degli auspicabili effetti che potrebbe avere in concreto quest'ultima pronuncia⁴⁰, deve considerarsi che, a fronte degli ultimi dati

Constitucional sobre el Estatuto de autonomía de Cataluña, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 27, 2011, p. 454, «esa frase es la llave para que desde los partidos nacionalistas catalanes se continúe con la política de implantación del catalán como lengua preponderante en Cataluña en detrimento del castellano que puede verse relegado a un papel secundario».

³⁷ F. DE CARRERAS, J. DOMINGO, *La aplicación de la Ley catalana de política lingüística: su control judicial*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 12-13, 2003, p. 96.

³⁸ In questo modo, tuttavia, il riconoscimento (peraltro teorico) di un diritto costituzionale si rivela, con parole di F. DE CARRERAS, *Fundamento de la política lingüística del nacionalismo catalán*, in *Cuadernos de Alzate*, 20, 1999, p. 108, «puro papel mojado ya que [...] la política de inmersión lingüística reduce este derecho de los padres a la llamada 'atención particularizada', que en modo alguno garantiza el derecho».

³⁹ Sentenza passata in giudicato a seguito della dichiarazione di inammissibilità del ricorso per cassazione della *Generalitat* catalana dinanzi al *Tribunal Supremo* (decreto del 18 novembre 2021).

⁴⁰ In parallelo, si consideri anche la STSJCV 75/2022, de 15 de febrero, pp. 15-16, con la quale il TSJ della *Comunidad Valenciana* – in relazione all'insegnamento scolastico *del* (e *in*) valenciano – ha affermato l'esigenza che «sin perjuicio del mantenimiento de la lengua propia de la C.A. como centro de gravedad del sistema, se haga efectiva la presencia vehicular del castellano, en una *proporción razonable*, que no haga ilusoria o simplemente constituya un artificio de mera apariencia de la obligada utilización del castellano como lengua vehicular».

raccolti dall'IDESCAT nel 2018 – secondo cui il 52,7% è di madrelingua castigliana ed il 31,5% di madrelingua catalana⁴¹ – è stato tuttavia riscontrato che, su 2214 programmi educativi, in nessun istituto scolastico è rispettata la “regola” del 25% (salvi i pochissimi casi di studenti che si sono visti riconoscere tale diritto in sede giudiziaria).

Inoltre, nel 98,5% dei casi è previsto l'utilizzo obbligatorio del solo catalano all'interno dei plessi scolastici e nell'88,8% dei casi le comunicazioni ed informazioni alle famiglie avvengono unicamente in tale lingua⁴².

Alla luce di questo scenario – evolutosi, nel tempo, ben oltre il ragionevole punto di partenza (fomentare l'uso di una lingua co-ufficiale) – il *voto particular* solitario di Díaz Eimil appariva velato da un evidente timore, sfociato in una lacerazione sociale ancora in corso nel territorio catalano.

In particolare, pur a fronte di un contesto nuovo – la legge catalana era stata adottata solo un decennio prima della citata sentenza ed era ancora in fase di sviluppo – tale opinione dissenziente rifuggiva l'astrattismo teorico di cui era imbevuta la STC 337/1994⁴³, paventando un ventaglio di rischi concreti, tra i quali il predominio fattuale della lingua catalana su quella castigliana ed il suo utilizzo come arma politico-identitaria, diretta a creare quella pregressa omogeneizzazione culturale che la legge del 1983 avrebbe dovuto contribuire a superare⁴⁴.

⁴¹ <https://www.idescat.cat/pub/?id=eulp&n=3566&lang=es>.

⁴² Così i dati riportati dalla *Asamblea por una Escuela Bilingüe de Cataluña* (AEB), disponibili in AEB_UPR35_ESP_S_Main.pdf, p. 4; cfr. anche il *report* della AEB, *La discriminación de los castellanohablantes en el modelo educativo catalán. Observaciones de la AEB*, 19 gennaio 2019. Sull'illegittimità dell'utilizzo del catalano al di fuori dell'attività di insegnamento in senso stretto si veda il lungo *voto particular* di HERNÁNDEZ SERNA alla STSJC 10429/2011 (sottoscritto da altri sette giudici).

⁴³ Per M. ÁLVAREZ ORTEGA, *El castellano en las aulas catalanas: claves de una incómoda recurrencia*, in *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, 169, 2015, p. 272, «el iter argumentativo desarrollado en esta sede por el TC reviste un alto grado de ambigüedad y paradoja, una de las claves que explican el carácter abierto y recurrente del problema lingüístico».

⁴⁴ A. LÓPEZ CASTILLO, *Aproximación al modelo lingüístico español*, in *Revista de Derecho Político*, 71-72, 2008, p. 344, ha definito tale sentenza una «inoperancia jurisdiccio-

Allo stesso modo, l'utilizzo "accomodante" – e, sotto certi aspetti, ingenuo quando non del tutto sbagliato – della tecnica delle sentenze interpretative di rigetto ha ottenuto un effetto acceleratore opposto a quello sperato, poiché «le interpretazioni adeguatrici offerte dal TC, lungi dall'aver soddisfatto gli obiettivi di pacificazione perseguiti, si [so]no tradotte in una sorta di continuo incentivo alle petizioni dei partiti regionalisti»⁴⁵.

Rievocando la celebre definizione dell'opinione dissenziente di C.H. Hughes⁴⁶, il dissenso di Díaz Eimil può oggi essere ottimisticamente tenuto in considerazione come un appello all'intelligenza di un giorno futuro, quando una decisione – anche legislativa – potrebbe (e dovrebbe) correggere quell'errore nel quale è incorsa la maggioranza giudiziaria che ha deciso la controversia.

In conclusione, ove si voglia applicare, nel terreno della giustizia costituzionale spagnola, uno dei parametri utilizzati dalla Corte Suprema degli Stati Uniti per "riconsiderare" i propri precedenti – vale a dire la cosiddetta *workability*⁴⁷ – non pare irragionevole l'esigenza di una nuova

nal que, en la coyuntura de alarma política del momento, dejó un pronunciamiento equívoco que no ha servido al efecto de contener en su cauce constitucional la relevante cuestión de la presencia de las lenguas españolas en el sistema público de enseñanza».

⁴⁵ M. DELLA MALVA, *Prima dell'«addensarsi della bufera». Quattro interventi del Tribunale costituzionale spagnolo per riflettere sui diritti linguistici dei catalanofoni (o meglio dei castiglianofoni) nella CA catalana*, in *Osservatorio costituzionale*, 1, 2018, p. 33.

⁴⁶ C.H. HUGHES, *The Supreme Court of the United States, Its Foundation, Methods And Achievements: An Interpretation*, Columbia University Press, New York, 1928, p. 68, secondo cui «a dissent in a court of last resort is an appeal to the brooding spirit of the law, to the intelligence of a future day, when a later decision may possibly correct the error into which the dissenting judge believes the court to have been betrayed».

⁴⁷ «That is, whether it can be understood and applied in a consistent and predictable manner» (U.S. Supreme Court, *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, cit., p. 56 (slip op.)). Sui parametri da ultimo applicabili per un *overruling* giurisprudenziale in seno alla Corte Suprema, cfr. U.S. Supreme Court, *Janus v. American Federation of State, County and Municipal Employees (AFSCME)*, 585 U.S. __ (2018), pp. 34-35 (slip op.). Per una definizione di *workability*, vedi M.S. PAULSEN, *Does the Supreme Court's Current Doctrine of Stare Decisis Require Adherence to the Supreme Court's Current Doctrine of Stare Decisis?*, in *North Carolina Law Review*, 86, 2008, p. 1175: «the inquiry into workability appears to ask whether the rule of a precedent decision, besides being

riflessione sulla giurisprudenza costituzionale (e non solo) in materia linguistica – ricordando i contenuti del *voto particular* di Díaz Eimil – soprattutto alla luce dei perniciosi sviluppi cui essa ha condotto⁴⁸.

In questo senso, il *revirement* giurisprudenziale potrebbe passare attraverso una riforma legislativa che, modificando la normativa in esame, permetta al TC di pronunciarsi (a fronte di una questione/ricorso di incostituzionalità) sui principi “strutturali” della sua giurisprudenza precedente⁴⁹.

A tal proposito, con ordinanza del 28 luglio 2022, il TSJ catalano ha sollevato questione di costituzionalità in relazione al Decreto-ley 6/2022 ed alla Ley 8/2022⁵⁰, rilevando che tali fonti «introducen un modelo que rompe con la paridad de las lenguas oficiales. En este sentido, el catalán asume en solitario la condición de lengua normalmente empleada como vehicular y de aprendizaje en el sistema educativo, mientras que el castellano queda relegado a una utilización curricular y educativa garantizada pero cuya intensidad se define solo en la medida de que sea necesaria para garantizar su conocimiento al finalizar la enseñanza obligatoria, aunque como se ha dicho las instrucciones cursadas en ejecución de la Ley convalidan los proyectos lingüísticos a partir de la mera presencia del castellano, sin una intensidad determinada en su uso. Así pues, estamos ante un modelo en el

wrong, has tended to generate inconsistent applications, fostered unclarity and uncertainty, or proven difficult to manage in any kind of principled way-and on such account should be regarded as intolerable».

⁴⁸In proposito, si sottoscrivono appieno le parole di R. BLANCO VALDÉS, *Políticas lingüísticas y construcción nacional*, cit., pp. 495-496, per il quale «quien –el Tribunal Constitucional– tuvo la oportunidad, y tenía el deber en aplicación de la Constitución, de haber frenado esa deriva lingüística claramente contraria a nuestra Ley Fundamental, no lo hiciese cuando pudo o, lo que viene a ser lo mismo, lo hiciese de un modo que, en realidad, dejaba a su decisión desprovista, a fin de cuentas, de toda relevancia concreta y efectiva».

⁴⁹Del resto, ricordando le parole della Corte Suprema degli Stati Uniti – da ultimo in U.S. Supreme Court, *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, cit., p. 37 (slip op.) – «adherence to precedent is not 'an inexorable command'». Sugli (scarsi) *overruling* del TC, cfr. F. FERNÁNDEZ SEGADO, *Los overruling de la jurisprudencia constitucional*, in *Foro. Revista de Ciencias jurídicas y sociales, Nueva época*, 3, 2006, p. 27 ss.

⁵⁰Cfr. *supra*, p. 87. La questione è stata dichiarata formalmente ammissibile il 25 ottobre 2022.

que una lengua se configura como como preferente frente a la otra tanto desde un punto de vista cualitativo como cuantitativo» (§§ 20-21)⁵¹.

È del tutto evidente, pertanto, che la premessa teorica sulla quale la STC 337/1994 aveva fondato la discussa legittimità del sistema di *inmersión lingüística*⁵², ha mostrato presto la corda alla prova dei fatti e la sua elusione costante, con il conseguente obbligo di interrogarsi sulla validità della sua persistenza⁵³. Anche questa, tuttavia, è un'opinione forse minoritaria e, in quanto tale, ben può essere a sua volta definita dissenziente.

3. Istruzione e minoranze razziali negli Stati Uniti. Le affirmative actions nel sistema educativo, tra pari opportunità e discriminazioni "al rovescio".

«Affirmative action programs are a direct outgrowth of our nation's long and unhappy history of moving away from slavery and toward the goal of racial equality»⁵⁴. Con queste parole, fortemente espressive, possono essere riassunti l'origine e gli sviluppi del discusso sistema di *affirmative actions* negli Stati Uniti d'America⁵⁵.

⁵¹ Un analogo *recurso de inconstitucionalidad* è stato presentato, il 29 luglio 2022, da PP e *Ciudadanos* e giudicato formalmente ammissibile il 13 settembre 2022.

⁵² Cfr. *ivi*, FJ10: «es legítimo que el catalán, en atención al objetivo de la normalización lingüística en Cataluña, sea el centro de gravedad de este modelo de bilingüismo, siempre que ello no determine la exclusión del castellano como lengua docente de forma que quede garantizado su conocimiento y uso en el territorio de la Comunidad Autónoma (corsivo nostro)». Da ultimo, cfr. STC 51/2019, de 11 de abril, FJ5.b (a proposito dell'impugnazione della *Ley del Parlamento de Cataluña 12/2009, de 10 de julio, de educación*), secondo cui «corresponde al Estado velar por el respeto de los derechos lingüísticos en el sistema educativo y, en particular, 'el de recibir enseñanza en la lengua oficial del Estado'».

⁵³ Come ricordato da R. PUNSET, *Doctrina del Tribunal Constitucional durante el último cuatrimestre de 1994*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 43, 1995, p. 265, «sólo los catalanoparlantes tienen derecho a que su lengua materna sea la lengua docente en todas las etapas educativas, mientras que los castellanoparlantes ostentan tal derecho sólo de modo progresivamente decreciente. Aquéllos, pues, poseen derechos lingüísticos superiores a los de éstos. Las conclusiones de la Sentencia en este extremo son, a mi juicio, completamente inaceptables».

⁵⁴ M.S. WEST, *The Historical Roots of Affirmative Action*, in *La Raza Law Journal*, 10, 1998, p. 607.

⁵⁵ Per una ricostruzione comparata, cfr. F. SPITALERI, *L'eguaglianza alla prova delle*

In termini più ampi, esse rappresentano un insieme variegato di azioni politiche – declinate in forma legislativa e/o amministrativa – dirette a favorire la partecipazione di specifiche minoranze (etniche, razziali, di genere, etc.) in determinati settori della vita sociale in cui le stesse sono state storicamente sottorappresentate o rispetto ai quali la loro partecipazione era preclusa (di diritto o di fatto), in ragione di pregressi modelli giuridico-istituzionali discriminatori⁵⁶.

Con particolare riferimento all'esperienza statunitense, il sistema delle “azioni positive”⁵⁷ ha sempre avuto come terreno privilegiato di elezione – a fronte di una storia di lunga e drammatica convivenza con schiavitù, segregazione e razzismo sistemico – l'accesso delle minoranze etnico-razziali (soprattutto quella afroamericana) a determinati servizi⁵⁸, tra i quali quello al sistema scolastico e/o universitario⁵⁹.

3.1. *L'inizio di tutto. Il caso Regents of the University of California v. Bakke.*

Per un inquadramento introduttivo, è doveroso prendere le mosse dalla pronuncia della Corte Suprema in *Regents of the University of Cali-*

azioni positive, Giappichelli, Torino, 2013; A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, CEDAM, Padova, 2002 e D. GIMÉNEZ GLUCK, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

⁵⁶ Cfr. W. FEINBERG, *Affirmative Action*, in H. LAFOLLETTE (a cura di), *The Oxford Handbook of Practical Ethics*, Oxford University Press, Oxford, p. 272 ss.: «Affirmative action is a term used in the USA to depict a set of laws, policies, guidelines, and government-mandated and government-sanctioned administrative practices, including those of private institutions, intended to end and correct the effects of a specific form of discrimination».

⁵⁷ Implementate a partire dall'*Executive Order* 10925, adottato dal Presidente J.F. Kennedy il 6 marzo 1961. Un'analisi storica in P.F. RUBIO, *A History of Affirmative Action. 1619-2000*, University Press of Mississippi, Jackson, 2001.

⁵⁸ Sull'utilizzo del parametro razziale, cfr. D.E. BERNSTEIN, *Classified: The Untold Story of Racial Classification in America*, Bombardier Books, New York, 2022 e Y. JOSHI, *Racial indirection*, in *University of California, Davis*, 52, 2019, p. 2495 ss.

⁵⁹ Cfr. S.M. CAHN, *Affirmative Action and the University. A Philosophical Inquiry*, Temple University Press, Philadelphia, 1993.

fornia v. Bakke (1978)⁶⁰, sia per il merito della questione trattata, sia in relazione alla lettura che delle linee giurisprudenziali ivi enunciate è stata data in seguito nelle decisioni maggioritarie e nelle opinioni dissenzienti.

In realtà, occorre subito premettere che il primo grande caso nel quale il tema delle *affirmative actions* in sede educativa è stato oggetto di una controversia giurisdizionale presso la Corte Suprema è riconducibile a *DeFunis v. Odegaard* (1974)⁶¹, tuttavia non deciso nel merito per cessata materia del contendere (*mootness*)⁶².

A fronte della mancata ammissione del sig. DeFunis presso la *University of Washington Law School* (pur avendo egli riportato un punteggio superiore a quello di studenti appartenenti a determinate minoranze etniche), il ricorrente proponeva ricorso, allegando che il *minority admissions program* universitario era contrario al XIV Emendamento, in quanto discriminatorio per motivi razziali.

Il ricorso era accolto in primo grado – con la conseguente ammissione del ricorrente al ciclo universitario – ma riformato dalla Corte Suprema di Washington, rispetto alla cui pronuncia DeFunis presentava impugnazione alla Corte Suprema degli Stati Uniti.

Il caso era tuttavia dichiarato *moot*, poiché di lì a poco il ricorrente avrebbe concluso i suoi studi, rendendo di fatto ininfluenza una pronuncia sul fondo della questione⁶³: tuttavia, come ricordato da *Justice Bren-*

⁶⁰ U.S. Supreme Court, 438 U.S. 265 (1978).

⁶¹ U.S. Supreme Court, 416 U.S. 312 (1974).

⁶² Sul punto, può tuttavia essere utile ricordare che «at first, all nine Justices leaned toward holding that such fixed racial quotas were unconstitutional. Marshall considered special quotas an insult to minorities, but at the same time he knew better than anyone the difficulties posed by the remaining barriers for minorities in schools and in employment. Affirmative action programs – most of them only a few years old – would all be at stake. On the other hand, to uphold the fixed quota for minorities might create an unfortunate precedent which could be used eventually to exclude minorities» (S. ARMSTRONG, B. WOODWARD, *The Brethren. Inside the Supreme Court*, Simon and Schuster, New York, 1979, p. 282).

⁶³ Ai fini di nostro interesse, può essere sorprendente notare la strenua opposizione al sistema di *affirmative actions* manifestata nella *dissenting opinion* individuale di *Justice DOUGLAS* (1939-1975), possibilmente il Giudice più liberale e progressista che la Corte Suprema abbia mai conosciuto. Cfr. *ivi*, p. 343: «A segregated admissions

nan nella sua *dissenting opinion*, «few constitutional questions in recent history have stirred as much debate, and they will not disappear. They must inevitably return to the federal courts, and ultimately again to this Court»⁶⁴.

In *Bakke*, si discuteva della legittimità costituzionale – con particolare riferimento alla *Equal Protection Clause* – delle modalità di ammissione alla *University of California, Davis Medical School* (UC Davis). In particolare, essa prevedeva due diversi percorsi d'accesso, per un massimo di cento studenti: in forza del primo, sarebbero stati ammessi solo coloro che avessero ottenuto un punteggio minimo (a seguito di appositi test e interviste, nonché dell'inserimento nella corrispondente graduatoria); in forza del secondo, coloro i quali erano «economically and/or educationally disadvantaged», ovvero appartenevano a determinate minoranze etniche (afroamericani, messicani, asiatici e indiani d'America) non erano tenuti a soddisfare il parametro del punteggio minimo ed avevano diritto ad una “quota” loro riservata di almeno sedici posti in graduatoria.

La controversia era introdotta dal sig. Bakke, un cittadino bianco che, dopo essersi visto negare l'ammissione attraverso il percorso “ordinario” per due volte, aveva impugnato le descritte modalità d'ammissione, denunciando un evidente disegno discriminatorio nei confronti dei non appartenenti alle indicate minoranze.

A fronte di una decisione molto articolata in ordine alle diverse *opinions* sottoscritte⁶⁵, la Corte adottò una sentenza “compromissoria”, nella

process creates suggestions of stigma and caste no less than a segregated classroom, and, in the end, it may produce that result despite its contrary intentions. One other assumption must be clearly disapproved: that blacks or browns cannot make it on their individual merit. That is a stamp of inferiority that a State is not permitted to place». Tali argomenti saranno ripresi con forza negli anni successivi soprattutto da Justice THOMAS (1991-in carica), seppur in una prospettiva (opposta) rigidamente testualista ed originalista.

⁶⁴ U.S. Supreme Court, *DeFunis v. Odegaard*, cit., p. 350 (Mr. Justice BRENNAN, with whom Mr. Justice DOUGLAS, Mr. Justice WHITE, and Mr. Justice MARSHALL concur, dissenting).

⁶⁵ La sentenza è strutturata in nove sezioni (I, II, III-A, III-B e III-C, IV, V-A e V-B, VI), rispetto alle quali la posizione dei singoli Giudici è ben illustrata dalla parte conclu-

quale affermò, da un lato, che l'implementazione di modelli di *affirmative actions* educative non erano *per se* contrari alla Costituzione e, dall'altro, dichiarò che, nel caso di specie, il disegno della UC Davis era stato in concreto configurato in modo tale da produrre una discriminazione nei confronti di Bakke⁶⁶.

Nel dettaglio, con riferimento alla questione "strutturale" relativa all'ammissibilità "teorica" delle *affirmative actions*, la *plurality opinion* di Justice Powell (non sottoscritta da nessun altro giudice, su questo specifico punto) ha ritenuto che esse potevano essere giustificate in ambito educativo in quanto si ponevano l'obiettivo – tutelato dal diritto di libertà accademica – di conseguire un corpo studentesco il più variegato possibile sul piano della provenienza etnico-razziale dei suoi componenti⁶⁷.

In particolare, egli sottolineava l'esigenza di considerare l'elemento razziale come uno dei diversi indici rilevanti nella valutazione finale di tutti gli aspetti considerati ai fini dell'ammissione (e non quale singolo indice decisivo *a priori*) e di operare un giudizio individualizzato in base

siva del *Syllabus* riassuntivo che tradizionalmente introduce le pronunce della Corte Suprema: «POWELL, J., announced the Court's judgment and filed an opinion expressing his views of the case, in Parts I, III-A, and V-C of which WHITE, J., joined; and in Parts I and V-C of which BRENNAN, MARSHALL, and BLACKMUN, JJ., joined. BRENNAN, WHITE, MARSHALL, and BLACKMUN, JJ., filed an opinion concurring in the judgment in part and dissenting in part. WHITE, J., MARSHALL, J., and BLACKMUN, J., filed separate opinions. STEVENS, J., filed an opinion concurring in the judgment in part and dissenting in part, in which BURGER, C.J., STEWART and REHNQUIST, JJ., joined».

⁶⁶ Il compromesso è qui rappresentato dall'opinione concorrente di Justice POWELL, come riassunto da A. DI MARTINO, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali*, cit., p. 474: «Mentre Stevens, Burger, Stewart e Rehnquist hanno affermato l'incompatibilità, con il Titolo VI del *Civil Rights Act*, del programma di accesso all'università contenente un criterio razziale, e mentre Brennan, Marshall, Blackmun e White lo hanno invece ritenuto in ogni caso ammissibile, Powell ha percorso una via intermedia, ritenendo che quello specifico programma violasse la *equal protection clause*, giustificando al contempo azioni positive mirate basate sulla *diversity* razziale».

⁶⁷ U.S. Supreme Court, 438 U.S. 265 (1978), pp. 311-312. Sul ruolo decisivo di Powell in *Bakke* e, più in generale, in materia di *affirmative actions*, cfr. J. JEFFRIES, *Justice Lewis F. Powell, Jr. A biography*, Fordham University Press, New York, 2001, p. 455 ss.

alle caratteristiche specifiche della persona interessata⁶⁸.

In via uguale e contraria, il modello (educativo) di *affirmative actions* non era invece ammissibile: I) qualora fosse fondato sulla volontà di riservare *a priori* una quota delle proprie iscrizioni a minoranze razziali; II) qualora si ponesse quale obiettivo “astratto” quello di combattere discriminazioni fondate sull’origine etnico-razziale non suffragate, nel caso interessato, da elementi concreti e III) qualora lo scopo finale fosse quello di favorire l’assistenza medico-sanitaria proprio nelle comunità ove tradizionalmente la presenza di soggetti appartenenti alle suddette minoranze è più elevata.

L’interpretazione “restrittiva” di Powell era condivisa dalla maggioranza dei Giudici – laddove ammetteva, sul piano teorico, la possibilità di considerare l’elemento razziale quale indice utilizzabile (insieme ad altri) per disegnare un determinato modello educativo – ma era dagli stessi respinta nel momento in cui circoscriveva in modo mirato i casi di ammissibilità del sistema di *affirmative actions*.

Attraverso una lettura più ampia dello strumento in esame – fondata sul testo e sulla *ratio* del Titolo VI del *Civil Rights Act* del 1964 – i Giudici Brennan, Marshall, Blackmun e White ritenevano che la considerazione dell’elemento razziale nell’organizzazione delle modalità di ammissione universitaria era giustificata in quanto diretta a combattere una lunga “tradizione” di odiose discriminazioni fondate proprio su tale elemento.

In quest’ultima prospettiva, la descritta opinione separata evidenziava una chiara lettura “progressista” (o *liberal*), volta ad estendere quanto più possibile l’applicazione dell’istituto in esame⁶⁹.

⁶⁸ *Regents of the University of California v. Bakke*, cit., p. 317: «Race or ethnic background may be deemed a ‘plus’ in a particular applicant’s file, yet it does not insulate the individual from comparison with all other candidates for the available seats. The file of a particular black applicant may be examined for his potential contribution to diversity without the factor of race being decisive when compared, for example, with that of an applicant identified as an Italian-American if the latter is thought to exhibit qualities more likely to promote beneficial educational pluralism».

⁶⁹ In questo senso, è noto che BRENNAN, MARSHALL e BLACKMUN [quest’ultimo soprattutto a partire dalla redazione di U.S. Supreme Court, *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973)] ben possono essere ascritti ad un’interpretazione “progressista” della Costituzione. Sulla difficile collocazione “ideologica” di WHITE, invece, vedi M. HERZ, *Nearest*

Sul fronte opposto, i Giudici Stevens, Burger, Stewart e Rehnquist (tutti nominati da Presidenti repubblicani)⁷⁰ contestavano la legittimità costituzionale e legislativa del sistema di *affirmative actions*. In relazione alla conformità con la Costituzione, era introdotta una specifica declinazione della cosiddetta *Constitution color blindness*, enunciata per la prima volta nella *dissenting opinion* di Justice Harlan in *Plessy v. Ferguson* (1896)⁷¹.

Ad onor del vero, tale dissenso – possibilmente il più noto mai pronunciato da un giudice della Corte Suprema – è stato “dimenticato” per oltre mezzo secolo dalla giurisprudenza successiva⁷². Solo nel 1961, infatti, esso è stato (ri)evocato da Justice Douglas in *Garner v. Louisiana* (1961), in una dimensione “proattiva” e progressista, diretta ad evidenziare «the overriding constitutional requirement that all state power be exercised so as not to deny equal protection to any group»⁷³.

Ciononostante, attraverso una significativa eterogenesi dei fini, l'interpretazione di Harlan è stata “rivisitata” dalla dottrina e giurisprudenza conservatrici, con l'obiettivo di “assolutizzare” in termini formali tale principio e costituzionalizzarlo in una determinata lettura della *Equal Protection Clause*⁷⁴.

to Legitimacy: Justice White and Strict Rational Basis Scrutiny, in *University of Colorado Law Review*, 74, 2003, p. 1329 ss. e A. IDES, *The Jurisprudence of Justice Byron White*, in *Yale Law Journal*, 103(2), 1993, p. 447.

⁷⁰ Rispettivamente nel 1975 da Ford, nel 1969 da Nixon, nel 1958 da Eisenhower e nel 1972 da Nixon.

⁷¹ Cfr. U.S. Supreme Court, 163 U.S. 537 (1896), p. 559: «in view of the Constitution, in the eye of the law, there is in this country no superior, dominant, ruling class of citizens. There is no caste here. Our Constitution is color-blind, and neither knows nor tolerates classes among citizens». Per un'interpretazione originalista della suddetta *dissenting opinion*, cfr. S. GRINSELL, “The Prejudice of Caste”. *The Misreading of Justice Harlan and the Ascendency of Anticlassification*, in *Michigan Journal of Race and Law*, 15, 2010, p. 317 ss.; in termini più ampi, vedi anche M.W. MCCONNELL, *Originalism and the Desegregation Decisions*, in *Virginia Law Review*, 81, 1995, p. 947 ss.

⁷² Cfr. R. PRIMUS, *Canon, Anti-Canon, and Judicial Dissent*, in *Duke Law Journal*, 48(2), 1998, p. 243 ss.

⁷³ Cfr. U.S. Supreme Court, 368 U.S. 157 (1961), p. 185 (DOUGLAS, J., concurring).

⁷⁴ B.L. FRYE, J. BLACKMAN, M. MCCLOSKEY, *Justice John Marshall Harlan: Professor of Law*, in *George Washington Law Review*, 81, 2013, p. 1097, hanno parlato di un giu-

Ne è derivato che, in tale prospettiva, la distinzione per classi razziali è sempre ritenuta illegittima e ingiustamente stigmatizzante, non solo laddove la legge stabilisca che alcune di esse hanno minori (o nessun tipo di) diritti e opportunità ma anche nel caso in cui lo strumento normativo sia adoperato – in una prospettiva di eguaglianza sostanziale – per rimuovere in buona fede tali ostacoli e garantire alle categorie discriminate parità di trattamento e di accesso a determinati servizi⁷⁵.

In questo senso, si afferma che quando il testo costituzionale rifiuta qualsiasi genere di discriminazione⁷⁶, esso non distingue, sul piano valoriale, tra condotte discriminatorie nocive (*invidious discrimination*) – dirette a provocare un pregiudizio – e discriminazioni positive (*benign dis-*

dice «proto-originalist», il quale «long before Justices Black or Scalia [...] advocated a theory of constitutional interpretation that resembles modern day originalism».

⁷⁵ *Contra*, U.S. Supreme Court, *Regents of University of California v. Bakke*, cit., pp. 336-338 (opinion of Mr. Justice BRENNAN, Mr. Justice WHITE, Mr. Justice MARSHALL, and Mr. Justice BLACKMUN, concurring in the judgment in part and dissenting in part): «It might be argued that the Congress which enacted Title VI understood the Constitution to require strict racial neutrality or color blindness, and then enshrined that concept as a rule of statutory law. Later interpretation and clarification of the Constitution to permit remedial use of race would then not dislodge Title VI's prohibition of race-conscious action. But there are three compelling reasons to reject such a hypothesis. First, no decision of this Court has ever adopted the proposition that the Constitution must be colorblind [...] Second, even if it could be argued in 1964 that the Constitution might conceivably require color blindness, Congress surely would not have chosen to codify such a view unless the Constitution clearly required it. The legislative history of Title VI, as well as the statute itself, reveals a desire to induce voluntary compliance with the requirement of nondiscriminatory treatment [...] Third, the legislative history shows that Congress specifically eschewed any static definition of discrimination in favor of broad language that could be shaped by experience, administrative necessity, and evolving judicial doctrine. Although it is clear from the debates that the supporters of Title VI intended to ban uses of race prohibited by the Constitution and, more specifically, the maintenance of segregated facilities, they never precisely defined the term "discrimination" or what constituted an exclusion from participation or a denial of benefits on the ground of race».

⁷⁶ Per A. BICKEL, *The Morality of Consent*, Yale University Press, New Haven, 1975, p. 133, «[t]he lesson of the great decisions of the Supreme Court and the lesson of contemporary history have been the same for at least a generation: discrimination on the basis of race is illegal, immoral, unconstitutional, inherently wrong, and destructive of democratic society».

crimination), rivolte invece a porre rimedio a situazioni di discriminazione pregressa⁷⁷.

A livello di legislazione ordinaria, inoltre, una lettura piana del *Civil Rights Act* rivelava, secondo i dissenzienti “conservatori” in *Bakke*, che «the meaning of the Title VI ban on exclusion is crystal clear: race cannot be the basis of excluding anyone from participation in a federally funded program»⁷⁸.

Come dimostrato dalla giurisprudenza successiva, sia la *concurring opinion* di Powell, sia alcuni degli spunti critici contenuti nella *dissenting opinion* di Stevens – in particolare, la lettura formalista del principio di uguaglianza – hanno fatto di *Bakke* la pietra angolare in materia di *affirmative actions* con la quale si sono dovuti ciclicamente confrontare sostenitori e detrattori.

3.2. *Le affirmative actions attraverso la lente delle opinioni dissenzienti di Justice Thomas.*

In quest'ultima prospettiva, le critiche più interessanti e feroci nei confronti del sistema delle “azioni positive” possono essere ricostruite soprattutto attraverso l'originalismo delle opinioni dissenzienti di *Justice Clarence Thomas*⁷⁹.

⁷⁷ Cfr. M. STRASSER, *The Invidiousness of Invidiousness: On the Supreme Court's Affirmative Action Jurisprudence*, in *Hastings Constitutional Law Quarterly*, 21, 1994, p. 323 ss., soprattutto p. 362 ss. Per U.S. Supreme Court, *City of Richmond v. J.A. Croson Co.*, 488 U.S. 469 (1989), p. 520 (SCALIA, J., concurring), «the benign purpose of compensating for social disadvantages, whether they have been acquired by reason of prior discrimination or otherwise, can no more be pursued by the illegitimate means of racial discrimination than can other assertedly benign purposes we have repeatedly rejected».

⁷⁸ Negli anni successivi, *Justice STEVENS* (nominato dal Presidente Ford nel 1975, in sostituzione di *DOUGLAS*) sarebbe diventato uno dei giudici più liberali della Corte Suprema. Sull'evoluzione della sua giurisprudenza in materia antidiscriminatoria, cfr. D.M. AMANN, *John Paul Stevens and Equally Impartial Government*, in *University of California, Davis*, 43, 2010, p. 885 ss. e ID., *Justice Stevens' Equal Protection Jurisprudence Source*, in *Harvard Law Review*, 100(5), 1987, p. 1146 ss.

⁷⁹ *Contra*, J.K. GOLDSTEIN, *Calling Them as He Sees Them: The Disappearance of Originalism in Justice Thomas's Opinions on Race*, in *Maryland Law Review*, 74, 2014,

Innanzitutto, occorre premettere che la “rivisitazione” del dissenso di Harlan in *Plessy* è stata accolta anche da quest’ultimo e, in parallelo, si è riverberata anche in una non abituale critica alla soluzione vergata in *Brown v. Board of Education* che, dichiarando l’illegittimità del terribile principio *separate but equal*, aveva sancito la fine della segregazione razziale negli istituti scolastici⁸⁰.

È quindi doveroso darne conto, al fine di comprendere la lettura del principio di uguaglianza da parte di Thomas, la quale aleggia in modo decisivo sullo sfondo della sua giurisprudenza in materia di *affirmative actions*.

La sua opposizione è presto riassunta. *Brown*, infatti, non avrebbe introiettato l’autentico significato dell’opinione dissenziente di Harlan e la necessaria prospettiva originalista (fedele allo spirito ad esso infuso dai Padri Costituenti) della *color blindness* in seguito attribuitagli dalla “reinterpretazione” conservatrice⁸¹.

pp. 123-124, per il quale «Justice Thomas ignored the opportunity to apply originalism to race-conscious decision making. Although he occasionally includes a reference to the Declaration of Independence, he has for more than two decades made no effort in his opinions to connect the conclusions that the Constitution is color-blind and allows no racial classifications to any discussion of originalism. Although he makes elaborate use of dictionaries and Framers’ debates and contemporary practice in so many of his opinions interpreting other constitutional clauses, those originalist tools are absent when he addresses constitutional questions dealing with race. Instead, he uses moral and consequential arguments to support his conclusions in these cases, often in very passionate and personal terms».

⁸⁰ Cfr. R.B. SIEGEL, *Equality Talk. Antisubordination and Anticlassification Values in Constitutional struggles over Brown*, in *Harvard Law Review*, 117, 2004, p. 1470 ss.

⁸¹ Si veda M.B. RAPPAPORT, *Originalism and the Colorblind Constitution*, in *Notre Dame Law Review*, 89, 2013, p. 71 ss. In questo senso, non è affatto casuale il costante richiamo a *Brown* nella *petition of certiorari* di *Students for Fair Admission v. University of North Carolina* (cfr. *infra*, nel testo), p. 3: «The Court vindicated the promise of equality in *Brown v. Board of Education* [...] Yet *Grutter v. Bollinger* [...] abandoned the principle of racial neutrality that *Brown* vindicated». *Contra*, secondo H.J. GRAHAM, *Everyman’s Constitution*, Norton, New York, 1968, p. 269, *Brown* «was decided with scant reference to the historical rebriefings or to the framers’ intent or original understanding. Rather, political and judicial ethics, social psychology – what the equal protection of the law means, and must mean in our time, whatever it may have meant to whomsoever in 1866-1868 – these were the grounds and the essence of Chief Justice Warren’s opin-

Al contrario, tale sentenza rappresentava un'opportunità mancata, in quanto aveva fondato l'incostituzionalità della segregazione a partire dal parametro sociale della (inesistente) inferiorità della comunità di colore, perpetuando quella distinzione tra classi che la Costituzione non ammette⁸², nonché quel sentimento di subalternità dei neri rispetto ai bianchi che può essere (erroneamente) rimediato solo "integrando" i primi all'interno della comunità sociale dei secondi⁸³.

Siffatta impostazione filosofico-giuridica ha trovato una prima traduzione giurisprudenziale in *Fordice v. United States*⁸⁴, discusso poche settimane dopo l'arrivo di Thomas presso la Corte Suprema. Nel caso di specie, a partire dagli anni Settanta del Ventesimo secolo il Mississippi era stato costretto ad introdurre *race-neutral policies* (sulla spinta di *Brown*), con l'obiettivo di rimediare al sistema giuridico di separazione totale tra bianchi e neri vigente nell'ambito dell'educazione universitaria.

Tuttavia, secondo la Corte Suprema la mera previsione astratta di tale disciplina non era sufficiente a dimostrare il superamento effettivo di prassi discriminatorie e di un regime differenziato tra università – ancora *de facto* distinte a seconda dell'appartenenza razziale – violando di conseguenza il principio di uguaglianza.

L'opinione concorrente di Thomas sul punto rivelava l'adesione alle linee maestre del *Black nationalism*⁸⁵, secondo cui l'emancipazione

ion». Per altre opinioni contrarie in seno alla Corte, vedi U.S. Supreme Court, *Fullilove v. Klutznick*, 448 U.S. 448 (1980), p. 522 ss. (STEWART, J., joined by REHNQUIST, J., dissenting) e *Metro Broadcasting v. FCC*, 497 U.S. 547 (1990), p. 631 ss. (KENNEDY, J., with whom SCALIA, J., joins, dissenting).

⁸²C. THOMAS, *Toward a Plain Reading of the Constitution. The Declaration of Independence in Constitutional Interpretation*, in *Howard Law Journal*, 30, 1987, p. 983 ss.

⁸³Cfr. U.S. Supreme Court, *Missouri v. Jenkins*, 515 U.S. 70 (1995), p. 122 (THOMAS, J., concurring): «if separation itself is a harm, and if integration therefore is the only way that blacks can receive a proper education, then there must be something inferior about blacks. Under this theory, segregation injures blacks because blacks, when left on their own, cannot achieve. To my way of thinking, that conclusion is the result of a jurisprudence based upon a theory of black inferiority».

⁸⁴U.S. Supreme Court, 505 U.S. 717 (1992).

⁸⁵Affermatosi grazie a Marcus Garvey nel primo Novecento e soprattutto, a partire dagli anni Sessanta del Ventesimo secolo, Elijah Muhammad e Malcolm X.

della comunità nera dall'oppressione giuridica, istituzionale e sociale avrebbe potuto avere luogo solo attraverso una presa di coscienza della propria forza, senza necessità di essere "integrati" e dover dipendere dai modelli di sussidio ed assistenza offerti dalla "società dei bianchi"⁸⁶.

Da un lato, egli rivendicava l'importanza dei centri educativi riservati alla sola comunità afroamericana, i quali (sebbene nati con un intento razzista) avevano consentito a quest'ultima di avere una formazione di un certo livello durante il segregazionismo. In questo senso, l'inesistenza di un obbligo giuridico per il loro mantenimento non poteva tradursi, al contrario, in un analogo divieto, pena l'ironico perseguimento di un obiettivo opposto a quello voluto mediante politiche di (presunta) de-segregazione.

Emergeva, in tale prospettiva, una orgogliosa difesa delle istituzioni "interne" della comunità nera, del modo di essere di quest'ultima e dei suoi valori, diversi e separati da quelli della predominante comunità bianca⁸⁷. L'obiettivo dell'integrazione non doveva quindi essere confuso con quello dell'assimilazione, potendo invece essere raggiunto «by respecting this unique culture through the maintenance and operation of separate institutions that allow African-Americans to join together in collective associations which have [...] educational and social dimensions»⁸⁸.

Dall'altro, la *concurring opinion* mostrava anche una forte empatia con le azioni giudiziarie rivolte a denunciare dette tipologie di discriminazioni. In particolare, l'esistenza di un ventaglio di politiche adottate durante la vigenza di un regime giuridico di segregazione rifletteva *per se* un intento discriminatorio, senza che fosse necessario addossare al ricorrente alcuna prova di una specifica volontà in tal senso.

Con riferimento alle *affirmative actions*, Thomas ritiene innanzitutto che sia necessario imporre limiti precisi all'esercizio del potere politico, in

⁸⁶ Si veda G. PELLER, *Race Consciousness*, in *Duke Law Journal*, 1990, p. 758 ss.

⁸⁷ Vedi E. BROWN, *Black like me? "Gangsta" culture, Clarence Thomas and afrocentric academies*, in *New York University Law Review*, 745, 2000, p. 308 ss.

⁸⁸ A.M. JOHNSON Jr., *Bid Whist, Tonk and United States v. Fordice. Why Integrationism Fails African-Americans Again*, in *California Law Review*, 81(6), 1993, p. 1403.

una prospettiva di *limited government* che non debordi in un improprio attivismo normativo, anche laddove l'esistenza di un contesto di discriminazioni potrebbe suggerire il contrario⁸⁹.

Sul piano sostanziale, già nella breve opinione concorrente redatta in *Adarand Constructors v. Peña*⁹⁰ emergeva un richiamo ai profili del diritto naturale ed a quel «principle of inherent equality that underlies and infuses our Constitution»⁹¹, contenuto nella Dichiarazione di Indipendenza.

A partire da detto principio (di diritto naturale, in quanto concettualmente pre-esistente alla sua traduzione in norma positiva) Thomas muoveva una feroce critica al sistema delle *affirmative actions*, attraverso una lettura della ricordata disposizione costituzionale in forza della quale non sono mai ammesse distinzioni per ragioni di razza⁹².

Poiché lo stringente tenore letterale della *Equal Protection Clause* non tollera alcuna possibilità di trattare in modo differenziato le persone a seconda della loro appartenenza razziale (quale che sia la ragione sottostante), deve intendersi che il sistema delle azioni positive è sempre contrario alla Costituzione, per quanto animato dalle migliori intenzioni.

Addirittura, egli affermava che le *affirmative actions* contribuivano a mantenere in vigore quelle discriminazioni che esse dichiaravano di voler contrastare, in quanto condannavano, attraverso un intollerabile paternalismo moralista, le minoranze interessate «with a badge of inferiority and may cause them to develop dependencies or to adopt an attitude that they are 'entitled' to preferences»⁹³.

Per Thomas, esiste quindi una piena – e provocatoria – equivalenza

⁸⁹ Secondo C. THOMAS, *Toward a Plain Reading of the Constitution*, cit., p. 989, «it is vital that Black Americans especially demand that the Constitution and the nation it forms be interpreted in its highest, not simply as an efficiently functioning instrument that parcels out goods to different competing interest groups».

⁹⁰ U.S. Supreme Court, 515 U.S. 200 (1995).

⁹¹ U.S. Supreme Court, *Adarand Constructors v. Peña*, cit. p. 240 (THOMAS, J., concurring).

⁹² *Contra*, in dottrina, J. RUBENFELD, *Affirmative action*, in *Yale Law Journal*, 2, 1997, p. 427 ss. e E. SCHNAPPER, *Affirmative Action and the Legislative History of the Fourteenth Amendment*, in *Virginia Law Review*, 71, 1985, p. 753 ss.

⁹³ U.S. Supreme Court, *Adarand Constructors v. Peña*, cit., p. 241.

morale e costituzionale tra le cosiddette *Jim Crow laws* (implementate durante i tempi più oscuri del segregazionismo negli Stati del Sud) e quelle leggi dirette a garantire eguali opportunità e benefici unicamente in ragione della razza, con l'obiettivo di raggiungere una (presunta) eguaglianza.

A livello generale, detta ricostruzione giuridica era altresì frutto di una più ampia applicazione giuridica della *anti-classification theory* che, in antitesi alla *anti-subordination theory*⁹⁴, rifiutava qualsiasi genere di classificazione di matrice razziale, anche laddove diretta al miglioramento delle condizioni di una determinata minoranza.

3.3. *Gli sviluppi della giurisprudenza della Corte Suprema: da Grutter v. Bollinger a Fisher v. University of Texas (Fisher II), passando per Gratz v. Bollinger.*

L'inquadramento teorico sin qui descritto è stato poi ribadito da Thomas, con l'abituale intensità dialettica, nelle *dissenting* e *concurring opinions* espresse in tutte le più celebri controversie *racially-oriented* che la Corte Suprema ha giudicato a partire dal suo arrivo⁹⁵, da *Grutter v. Bollinger* (2003)⁹⁶ e *Gratz v. Bollinger* (2003)⁹⁷ sino a *Fisher v. University of Texas (Fisher II)*, (2016)⁹⁸, le quali hanno sempre confermato – alla luce

⁹⁴ Ben esemplificata in U.S. Supreme Court, *Regents of University of California v. Bakke*, BLACKMUN, J., concurring, p. 407: «In order to get beyond racism, we must first take account of race [...] And in order to treat some persons equally, we must treat them differently. We cannot – we dare not – let the Equal Protection Clause perpetuate racial supremacy». In dottrina, cfr. R.B. SIEGEL, *Antisubordination and Anticlassification Values in Constitutional Struggles over Brown*, in *Harvard Law Review*, 117(5), 2004, p. 1470 ss.

⁹⁵ Cfr. J.K. GOLDSTEIN, *Calling Them as He Sees Them*, cit., p. 95 ss.

⁹⁶ U.S. Supreme Court, 539 U.S. 306 (2003), THOMAS, J., concurring in part and dissenting in part. A commento, si veda T. BROWN-NAGIN, *The transformative racial politics of Justice Thomas? The Grutter v. Bollinger opinion*, in *Journal of Constitutional Law*, 7(3), 2005, p. 787 ss.

⁹⁷ U.S. Supreme Court, 539 U.S. 244 (2003), THOMAS, J., concurring.

⁹⁸ U.S. Supreme Court, 579 U.S. ___ (2016), THOMAS, J., dissenting. Cfr. anche S.D. GERBER, *Clarence Thomas, Fisher v. University of Texas and the future of affirmative action in higher education*, in *University of Richmond Law Review*, 50, 2016, p. 1169 ss.

degli elementi dei casi concreti, con la significativa eccezione di *Gratz* – la legittimità del sistema di *affirmative actions*.

Nel primo caso, la Corte Suprema aveva ritenuto conforme alla *Equal Protection Clause* il sistema di ammissione della *University of Michigan Law School*, in forza del quale era realizzata una valutazione individuale per ogni singolo candidato, con l'obiettivo di raggiungere una *critical mass* rappresentata dall'appartenenza degli studenti alle diverse minoranze razziali.

In questo senso, il riferimento alla *critical mass* non doveva però essere declinato sotto la forma (incostituzionale e diversa) della *racial quota*, bensì operava quale traguardo finale dell'istituzione universitaria: infatti, essa si proponeva l'obiettivo di creare un parco studenti il più variegato possibile dal punto di vista etnico-razziale, non assumendo tale ultimo profilo quale indice preferenziale per l'ammissione (come accaduto in *Bakke*)⁹⁹, bensì quale elemento destinato ad integrarsi in modo flessibile nel paniere complessivo dei parametri utilizzati¹⁰⁰.

Analogamente, anche in *Fisher II* la Corte Suprema confermava – per quattro voti a tre¹⁰¹ – la validità dell'utilizzo del parametro razziale quale indice a disposizione nel ventaglio dei molteplici criteri utilizzabili dall'Università del Texas¹⁰².

⁹⁹ Con riferimento al legame tra *Bakke* e *Grutter*, per V.D. AMAR, E. CAMINKER, *Constitutional Sunsetting? Justice O'Connor's closing comments in Grutter*, in *Hastings Constitutional Law Quarterly*, 30(4), 2003, p. 544, «whereas Justice Powell tended to focus on the pedagogic aspects of racial diversity – the way in which it enhanced the educational process for its own sake – Justice O'Connor's opinion in *Grutter* tends to characterize diversity more instrumentally, by focusing in addition, on the way in which racial diversity in education serves the outside world».

¹⁰⁰ *Contra*, U.S. Supreme Court, 539 U.S. 306 (2003), Chief Justice REHNQUIST, dissenting, p. 379: «Stripped of its 'critical mass' veil, the Law School's program is revealed as a naked effort to achieve racial balancing».

¹⁰¹ Cfr. J. BLACKMAN, *SCOTUS after Scalia*, in *New York University Journal of Law & Liberty*, 11(1), 2017, p. 78 ss.

¹⁰² Si tenga presente la complessità dei passaggi procedurali interessati. In U.S. Supreme Court, *Fisher v. University of Texas*, 570 U.S. 297 (2013), la Corte Suprema aveva annullato – per sette voti a uno (con il solo dissenso di *Justice GINSBURG*) – una sentenza della Corte d'Appello per il Quinto Circuito che, confermando la legittimità del

In particolare, sulla base del criterio enunciato da Powell in *Bakke*, è stato ritenuto che «the compelling interest that justifies consideration of race in college admissions is not an interest in enrolling a certain number of minority students. Rather, a university may institute a race-conscious admissions program as a means of obtaining ‘the educational benefits that flow from student body diversity’»¹⁰³.

A livello storico, l'irrelevanza del fattore razziale nella prospettiva conservatrice della *color blindness* era stata smentita dalla Corte Suprema sin da *Bakke*: in particolare, secondo la *concurrence* di Justice Brennan, tale lettura di stretta uguaglianza formale «has never been adopted by this Court as the proper meaning of the Equal Protection Clause»¹⁰⁴.

Sul punto, può essere utile prestare attenzione anche alla *dissenting opinion* di Justice Ginsburg in *Gratz v. Bollinger* (2003)¹⁰⁵. In tale fattispecie, a differenza dei casi sino ad ora analizzati, la maggioranza della Corte Suprema aveva ritenuto che il sistema di ammissione dell'Università del Michigan – in forza del quale gli appartenenti alle minoranze etnico-razziali avevano diritto ad un *bonus* di venti punti supplementari rispetto al punteggio di accesso conseguito – era contrario al XIV Emenda-

programma di ammissione dell'Università del Texas (basato anche sull'indice razziale), aveva omesso di effettuare tale valutazione secondo il parametro dello *strict scrutiny*: il caso era quindi rinviato alla stessa Corte d'Appello per un nuovo giudizio di merito alla luce dei principi di diritto fissati in *Fisher I*. La Corte d'Appello confermava la costituzionalità del sistema di *affirmative actions*: la sentenza era nuovamente impugnata dinanzi alla Corte Suprema, la quale risolveva il caso in via definitiva in *Fisher II*. Per un commento critico di *Fisher I*, cfr. M.L. BARNES, E. CHEMERINSKY, A. ONWUACHIWILLIG, *Judging Opportunity Lost: Assessing the Viability of Race-Based Affirmative Action After Fisher v. University of Texas*, in *UCLA Law Review*, 62, 2015, p. 272 ss.

¹⁰³ U.S. Supreme Court, *Fisher v. University of Texas (Fisher II)*, cit., p. 11.

¹⁰⁴ U.S. Supreme Court, *Regents of University of California v. Bakke*, cit., p. 355. Analogamente, U.S. Supreme Court, *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1*, 551 U.S. 701 (2007), BREYER, J., dissenting, p. 29 (slip op.): «I can find no case in which this Court has followed Justice Thomas' “colorblind” approach. And I have found no case that otherwise repudiated this constitutional asymmetry between that which seeks to exclude and that which seeks to include members of minority races».

¹⁰⁵ U.S. Supreme Court, 539 U.S. 244 (2003).

mento, in quanto ingiustificatamente discriminatorio¹⁰⁶.

Nell'opporsi a tale soluzione, Ginsburg richiamava la suggestiva distinzione, utilizzata da *Judge* Minor Wisdom nella storica sentenza della Corte d'Appello per il Quinto Circuito nel caso *United States v. Jefferson County Board of Education* (1966)¹⁰⁷ tra *color-blind* e *color-conscious Constitution*.

In quest'ultimo senso, deve intendersi che la Costituzione non può operare distinzioni in base all'elemento razziale quando una determinata classificazione nega un beneficio o impone un peso; tuttavia, la stessa deve considerare l'indice della razza laddove si agisca per prevenire condotte illegittime e porre rimedio a discriminazioni passate.

Ciò non toglie, tuttavia, che il perseguimento di un obiettivo "positivo" (antidiscriminatorio) attraverso una misura razzialmente connotata non sottrae la stessa da un attento sindacato giurisdizionale, diretto a vagliare la rilevanza dell'elemento etnico rispetto al fine sottostante perseguito.

In termini generali, il quadro delle numerose opinioni dissenzienti redate contro l'ammissibilità del sistema di *affirmative actions* in campo educativo rivela una profonda divisione della Corte Suprema in ordine alla sua costituzionalità. Al netto di quanto potrà accadere in futuro, non è del tutto irragionevole immaginare addirittura un superamento di tale articolato modello, in quanto ritenuto non più concretamente (e teleologicamente) necessario sulla base della mutata realtà sociale.

In quest'ultimo senso, può essere utile ricordare anche le parole di

¹⁰⁶ *Ivi*, p. 270: «the University's policy, which automatically distributes 20 points, or one-fifth of the points needed to guarantee admission, to every single 'underrepresented minority' applicant solely because of race, is not narrowly tailored to achieve the interest in educational diversity that respondents claim justifies their program».

¹⁰⁷ Si tratta di una tra le prime sentenze ad aver implementato in concreto, in alcuni Stati del Sud americano (all'epoca il Quinto Circuito aveva giurisdizione su Louisiana, Mississippi, Texas e, sino alla riforma del 1980, anche Alabama, Florida e Georgia), il principio anti-segregazionista a livello scolastico, formalmente sancito da U.S. Supreme Court, *Brown v. Board of Education*, cit., ma spesso non applicato. Cfr. J. BASS, *Unlikely Heroes: The Dramatic Story of the Southern Judges of the Fifth Circuit who Translated the Supreme Court's Brown Decision Into a Revolution for Equality*, Simon & Schuster, New York, 1981 e F.T. READ, *The Bloodless Revolution: The Role of the Fifth Circuit in the Integration of the Deep South*, in *Mercer Law Review*, 32(4), 1981, p. 1149 ss.

Justice O'Connor nella redazione dell'opinione di maggioranza in *Grutter*, ove aveva dichiarato che «we expect that 25 years from now, the use of racial preferences will no longer be necessary to further the interest approved today»¹⁰⁸.

Il riferimento alla attualità giuridica (*workability*) della regola in questione ed alla sua funzionalità rispetto allo scenario sociale contingente non è secondario, se è vero che la stessa Corte Suprema ne ha fatto il perno sul quale far ruotare, nel controverso caso *Shelby County v. Holder* (2013), l'incostituzionalità dell'istituto della *preclearance* contenuto nel *Voting Rights Act* del 1965 (VRA)¹⁰⁹.

In concreto, la *Section 5* VRA stabiliva – in applicazione del Quindicesimo Emendamento – che, al fine di evitare discriminazioni razziali, la modifica delle regole elettorali in determinate suddivisioni amministrativo-territoriali (c.d. *covered jurisdictions*) era possibile solo su autorizzazione dell'*Attorney General* ovvero di un Tribunale in composizione collegiale del Distretto di Columbia.

A sua volta, tale regola stringente doveva essere applicata, ai sensi della *Section 4.b*) VRA, «in any State or in any political subdivision of a state which (1) the Attorney General determines maintained on November 1, 1964, any test or device, and with respect to which (2) the Director of the Census determines that less than 50 percentum of the persons of voting age residing therein were registered on November 1, 1964, or that less than 50 percentum of such persons voted in the presidential election of November 1964»¹¹⁰.

¹⁰⁸ U.S. Supreme Court, 539 U.S. 306 (2003), p. 343. In dottrina, sull'interpretazione di tale formula cfr. V.D. AMAR, E. CAMINKER, *Constitutional Sunsetting?*, cit. Secondo U.S. Supreme Court, 539 U.S. 306 (2003), p. 346, Justice GINSBURG, with whom Justice BREYER joins, concurring, «from today's vantage point, one may hope, but not firmly forecast, that over the next generation's span, progress toward nondiscrimination and genuinely equal opportunity will make it safe to sunset affirmative action».

¹⁰⁹ U.S. Supreme Court, 570 U.S. 529 (2013).

¹¹⁰ Per una ricostruzione di alcune pronunce della Corte Suprema in materia elettorale, cfr. *amplius* G. NAGLIERI, *Una impervia strada da Bandemer a Rucho: tutela della democrazia rappresentativa e valore della legittimazione giudiziale alla prova del partisan gerrymandering*, in *DPCE Online*, 4, 2020, p. 4603 ss.

Nel dichiarare il carattere illegittimo della *Section 4.b*) VRA, la maggioranza della Corte ha ritenuto che il significativo mutamento delle condizioni politico-sociali – con una parità quasi sostanziale tra i diversi gruppi etnici nell'accesso all'esercizio del diritto di voto – fosse tale da giustificare il superamento di un meccanismo giuridico «based on decades-old data and eradicated practices»¹¹¹ e fondato su una presunzione sociale di discriminazione non più esistente nella concreta realtà fattuale¹¹².

Nell'intervallo di tempo intercorrente tra *Grutter*, da un lato e *Shelby County v. Holder e Fisher II*, dall'altro, la Corte Suprema ha avuto modo di ritornare sull'utilizzo del parametro razziale anche nel caso *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1* (2007)¹¹³.

Si trattava di decidere sulla costituzionalità di un articolato sistema di “assegnazione” degli studenti nei licei del distretto scolastico di Seattle e nelle scuole elementari della contea di Jefferson. In particolare, era previsto che, laddove il numero delle richieste di iscrizione fosse superiore a quello di posti disponibili, le scuole avrebbero adoperato un complesso meccanismo di “spareggi” – il quale comprendeva, tra gli altri elementi da tenere in considerazione, anche quello razziale – per determinare la composizione finale delle classi.

Riprendendo i parametri enunciati a partire da *Bakke*, secondo la *plurality opinion* sottoscritta dal *Chief Justice* Roberts il modello così disegnato non era sufficientemente «narrowly tailored to the goal of achieving the educational and social benefits asserted to flow from racial diversity»¹¹⁴, configurando piuttosto una vera e propria *racial quota* diretta a conseguire un ingiusto *racial balancing*¹¹⁵.

¹¹¹ U.S. Supreme Court, *Shelby County v. Holder*, cit., p. 18 (slip op.).

¹¹² *Ivi*, p. 21: «Congress did not use the record it compiled to shape a coverage formula grounded in current conditions. It instead reenacted a formula based on 40-year-old facts having no logical relation to the present day [...] Our country has changed, and while any racial discrimination in voting is too much, Congress must ensure that the legislation it passes to remedy that problem speaks to current conditions».

¹¹³ U.S. Supreme Court, 551 U.S. 701 (2007).

¹¹⁴ *Ivi*, p. 18.

¹¹⁵ Per una lettura critica, cfr. N. LOVE, *Parents Involved in Community Schools v. Se-*

Sul punto, è interessante riproporre alcune considerazioni della *concurring opinion* di Justice Kennedy, il quale, pur avendo ritenuto anch'egli illegittimo il modello di ammissione scolastico sopra descritto, sviluppava importanti precisazioni di metodo in ordine all'utilizzo "teorico" del parametro razziale, sulla scia della *plurality opinion* di Powell in *Bakke*.

A fronte di una *plurality opinion* di Roberts che sembrava escludere in termini netti la rilevanza dell'elemento razziale (declinato sotto forma di illegittima *racial quota*), Kennedy riproponeva l'elemento "mediano" già decisivo in *Bakke*: in questo senso, è a suo avviso legittimo l'obiettivo, in capo alle istituzioni scolastiche, di conseguire «a compelling interest to achieve a diverse student population. Race may be one component of that diversity, but other demographic factors, plus special talents and needs, should also be considered»¹¹⁶.

Infine, si considerino le parole conclusive dello stesso *Chief Justice* nell'indicata pronuncia, secondo cui «the way to stop discrimination on the basis of race is to stop discriminating on the basis of race»¹¹⁷.

Da un lato, a fronte di una "rilettura" del *dissent* di Harlan in *Plessy* in ordine alla *color blind Constitution* – oramai diventata posizione maggioritaria in seno alla Corte Suprema – e della necessità di leggere il principio di uguaglianza in termini formali ed avalutativi, il futuro delle *affirmative actions* negli Stati Uniti è più che mai incerto, soprattutto in presenza di una solida maggioranza conservatrice ed originalista.

attle School District No.1: The Application of Strict Scrutiny to Race-Conscious Student Assignment Policies in K-12 Public Schools, in *Boston College Third World Law Journal*, 29, 2009, p. 115 ss.

¹¹⁶ U.S. Supreme Court, 551 U.S. 701, cit., p. 18, KENNEDY, J., concurring. Sulla "giurisprudenza" di Kennedy in materia razziale, cfr. L. FUENTES-ROHWER, *The Racial Evolution of Justice Kennedy and Its Implications for Law, Theory, and the End of the Second Reconstruction*, in *Michigan State Law Review*, 2015, p. 1473 ss.

¹¹⁷ U.S. Supreme Court, 551 U.S. 701, cit., pp. 40-41. *Contra*, U.S. Supreme Court, *Schuette v. Coalition to Defend Affirmative Action*, 572 U.S. 291 (2014), SOTOMAYOR, J., dissenting, p. 46 (slip op.): «The way to stop discrimination on the basis of race is to speak openly and candidly on the subject of race, and to apply the Constitution with eyes open to the unfortunate effects of centuries of racial discrimination». Il contrasto di opinioni tra Roberts e Sotomayor nel caso indicato è stato analizzato da R. TURNER, "The Way to Stop Discrimination on the Basis of Race ...", in *Stanford Journal of Civil Rights and Civil Liberties*, 11, 2015, p. 45 ss.

Dall'altro, sul piano normativo si tenga presente che, ad oggi, nove Stati – California (1996), Washington (1998), Florida (1999), Michigan (2006), Nebraska (2008), Arizona (2010), New Hampshire (2012), Oklahoma (2012) e Idaho (2020) – hanno espressamente introdotto divieti statali all'utilizzo di politiche “positive” fondate sull'uso dell'elemento razziale¹¹⁸.

In particolare, la Corte Suprema ha avuto modo di pronunciarsi sull'argomento a seguito dell'approvazione in sede referendaria della *Michigan Civil Rights Initiative* (nota anche come *Proposal 2*)¹¹⁹ nel caso *Schuette v. Coalition to Defend Affirmative Action* (2014), in ordine alla compatibilità di quest'ultima con il XIV Emendamento¹²⁰.

Sul punto, l'interpretazione giurisprudenziale eludeva di pronunciarsi sul nodo gordiano della questione “sostanziale” sottesa alla riforma costituzionale – leggasi, la legittimità “di principio” delle *affirmative actions* – limitandosi a rilevare la possibilità di regolamentare la materia da parte del Legislatore statale.

Valga per tutti l'argomentazione impiegata nella *concurring opinion* di Justice Breyer – il quale ha sempre difeso la legittimità dei sistemi di *affirmative actions* negli Stati Uniti¹²¹ – quando ha affermato, in relazione

¹¹⁸ Nel caso californiano, il tentativo di abrogare la corrispondente disposizione (di rango costituzionale) attraverso il *Repeal Proposition 209 Affirmative Action Amendment (Proposition 16)* è stato respinto nella consultazione referendaria del 3 novembre 2020, con il 57% ca. dei voti.

¹¹⁹ Cfr. § 2: «The state shall not discriminate against, or grant preferential treatment to, any individual or group on the basis of race, sex, color, ethnicity, or national origin in the operation of public employment, public education, or public contracting».

¹²⁰ La controversia è giunta alla Corte Suprema sotto forma di *petition of certiorari* avverso 652 F.3d 607 (6th Cir. 2011), *Coalition to Defend Affirmative Action v. Regents of University of Michigan*, p. 631, la quale aveva dichiarato che «Proposal 2 [...] modifies Michigan's political process to place special burdens on the ability of minority groups to achieve beneficial legislation». *Contra, ibi*, p. 646, SMITH GIBBONS, Circuit Judge, concurring in part and dissenting in part: «Proposal 2 does not establish a facial racial classification because its text does not draw distinctions on the basis of race; in fact, it prohibits them».

¹²¹ Si veda la sua *dissenting opinion* di 68 pagine in U.S. Supreme Court, *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1*, cit., caratterizzata altresì da

al caso di specie, che «Constitution permits, though it does not require, the use of the kind of race-conscious programs that are now barred by the Michigan Constitution»¹²².

3.4. *Postilla. Quale futuro per le affirmative actions “educative” negli Stati Uniti?*

La complessa giurisprudenza analizzata rivela l'ampio spettro di conflitti giuridico-ideologici e politici sorti in seno alla Corte Suprema in ordine alla legittimità costituzionale delle *affirmative actions* ed alle contrapposte interpretazioni sottostanti¹²³.

A fronte di un primo dissenso *liberal* sull'argomento (Douglas) che, sul piano dei principi teorici enunciati – ed in termini quasi paradossali – sembrerebbe trovare oggi un ideale punto d'incontro nella lettura più strenuamente testualista ed originalista possibile (Thomas), il quadro sistematico dei fondamenti giuridici impiegati per sostenerne la liceità (seppur a determinate condizioni) è ancora riconducibile al pragmatismo centrista di *Justice Powell*, sebbene esso sembri trovarsi in una situazione sempre più incerta e precaria¹²⁴.

un'insolita lettura della stessa *from the bench* – riservata ai casi di dissenso più “estremo” (cfr. T.R. JOHNSON, R.C. BLACK, E.M. RINGSMUTH, *Hear Me Roar: What Provokes Supreme Court Justices to Dissent from the Bench?*, in *Minnesota Law Review*, 93, 2009, p. 1560 ss.) – della durata di 22 minuti ca. (disponibile in <https://www.oyez.org/cases/2006/05-908>).

¹²² *Contra*, U.S. Supreme Court, *Schuette v. Coalition to Defend Affirmative Action*, cit., SOTOMAYOR, J., dissenting, p. 57 (slip op.): «The Constitution does not protect racial minorities from political defeat. But neither does it give the majority free rein to erect selective barriers against racial minorities. The political-process doctrine polices the channels of change to ensure that the majority, when it wins, does so without rigging the rules of the game to ensure its success».

¹²³ Cfr. S. BREYER, *Active Liberty. Interpreting our democratic Constitution*, Knopf, New York, 2005, p. 83, il quale distingue, in proposito, tra «one interpretation of the Equal Protection Clause that, through efforts to include, would facilitate the functioning of democracy» e «a different interpretation of the Equal Protection Clause that, through perceived exclusion, might impede the functioning of that democracy».

¹²⁴ Si veda M. TUSHNET, *Justice Lewis F. Powell and the Jurisprudence of Centrism*, in *Michigan Law Review*, 93(6), 1995, p. 1854 ss., soprattutto p. 1874 ss. Come è stato

In concreto, la duttilità di tale soluzione intermedia si coglie nel fatto che, applicando la *Powell doctrine*¹²⁵, la Corte Suprema è giunta alternativamente ad ammettere (*Grutter e Fischer II*) e negare (*Bakke e Gratz*) la legittimità di programmi di accesso alle università che prendevano in considerazione – in diverse forme ed interpretazioni – il parametro razziale¹²⁶.

Sul punto, deve sottolinearsi che la configurazione di soluzioni opposte a partire dall'applicazione dello stesso *iter* argomentativo non rappresenta una contraddizione in termini, in ragione della combinazione tra la natura flessibile dell'indice giuridico impiegato e l'analisi specifica delle diverse normative sottese ai casi concreti.

Inoltre, si tenga presente che la flessibilità della descritta giurisprudenza si lega in modo significativo ad un pragmatismo conservatore – meno “dogmatico” e “per principi” (sulla scia dell'impostazione patrocinata soprattutto da Thomas) e più attento agli equilibri concreti ed elementi fattuali delle singole fattispecie – ben rappresentato dalla *judicial philosophy* di Justice O'Connor, redattrice sia di *Grutter* (favorevole alle *affirmative actions*), sia di *Gratz* (contraria)¹²⁷.

ricordato da P.R. BAIER, *Of Bakke's Balance, Gratz and Grutter: The Voice of Justice Powell*, in *Tulane Law Review*, 78, 2004, p. 1956-1957, «Bakke's balance [...] mediates between the strident, self-assured voice that insists our Constitution is color-blind and the softer, moderate voice that allows a law school to take race into account in composing itself and in staking out its mission».

¹²⁵ Come ricordato da U.S. Supreme Court, *Grutter v. Bollinger*, cit., p. 323, «since this Court's splintered decision in *Bakke*, Justice Powell's opinion announcing the judgment of the Court has served as the touchstone for constitutional analysis of race-conscious admissions policies».

¹²⁶ Con riferimento al pragmatismo di Justice POWELL, A. RAHIM, *Diversity to Deradicalize*, in *California Law Review*, 108, 2020, p. 1429, ha evidenziato come egli «was neither a committed integrationist, nor a zealous segregationist. Over a twenty-year period, his views on school integration were motivated by neither sympathy for nor hostility toward racial minorities. Instead, Powell approached issues of school integration with an eye toward achieving whichever outcome would cause the least amount of social disruption. For K-12 desegregation, the search for stability prompted him to oppose both compulsory integration and massive resistance. In *Bakke*, however, Powell recognized that banning affirmative action outright would likely cause more disruption than allowing universities to continue what they had already been doing for well over a decade».

¹²⁷ Per W.R. HUNN, *Constitutional jurisprudence of Sandra Day O'Connor. A refusal to "foreclose the unanticipated"*, in *Akron Law Review*, 39, 2006, p. 398, «her reasoning

La sorte delle *affirmative actions* è, per ora, sospesa al filo di pronunce future della stessa Corte Suprema: in questo senso, il 24 gennaio 2022 essa ha concesso la *petition of certiorari* nei casi (collegati) *Students for Fair Admissions v. University of North Carolina*¹²⁸ e *Students for Fair Admissions v. President & Fellows of Harvard College*¹²⁹, aventi ad oggetto «whether the Supreme Court should overrule *Grutter v. Bollinger* and hold that institutions of higher education cannot use race as a factor in admissions»¹³⁰. Entrambe le controversie sono state discusse insieme nell'udienza pubblica del 31 ottobre 2022 e saranno decise con sentenza nel corso del 2023¹³¹.

In ogni caso, tre sembrerebbero essere le alternative disponibili sul tavolo. In termini di assoluta continuità, potrebbe prospettarsi una conser-

looks to the future, not to the past, to evaluate the usefulness or necessity for these programs, and it considers all of the consequences of affirmative action upon our society – not merely the consequences that occur within the walls of academia, but what kinds of society we will live in if minority groups do not have the opportunity to earn advanced degrees from the nation's most prestigious institutions».

¹²⁸ Docket No. 21-707. In esso, si chiede altresì «whether a university can reject a race-neutral alternative because it would change the composition of the student body, without proving that the alternative would cause a dramatic sacrifice in academic quality or the educational benefits of overall student-body diversity».

¹²⁹ Docket No. 20-1199. In esso, si chiede altresì «whether Harvard College is violating Title VI of the Civil Rights Act by penalizing Asian American applicants, engaging in racial balancing, overemphasizing race and rejecting workable race-neutral alternatives».

¹³⁰ Inoltre, in relazione al caso *Coalition for TJ v. Fairfax City School Board* (Docket No. 21A590), in data 25 aprile 2022 la Corte Suprema non ha concesso la sospensione della pronuncia della Corte d'Appello per il Quarto Circuito che, a sua volta, aveva sospeso la precedente sentenza della Corte distrettuale. Nel dettaglio, quest'ultima aveva ritenuto illegittimo il programma di accesso alla *Thomas Jefferson High School for Science & Technology*, considerandolo ingiustamente discriminatorio nei confronti della minoranza asiatico-americana. Hanno dissentito rispetto al *denial of certiorari* della Corte Suprema i Giudici Thomas, Alito e Gorsuch.

¹³¹ A commento, si vedano gli interventi raccolti in *Symposium before oral arguments in SFFA v. UNC and SFFA v. Harvard*, in www.scotusblog.com e l'attenta ricostruzione delle posizioni espresse dai Giudici in pubblica udienza da parte di J. BLACKMAN, *Review of Oral Argument in Students for Fair Admission v. University of North Carolina*, in *The Volokh Conspiracy*, 1st November 2022.

vazione totale – per quanto molto improbabile (alla luce dell'attuale composizione della Corte Suprema e delle posizioni emerse in sede di *oral hearing*)¹³² – del principio strutturale enunciato in *Bakke*, con applicazioni variegata nel merito a seconda delle specificità del caso concreto.

In seconda battuta, potrebbe assistersi ad un ritaglio “selettivo” di quella specifica giurisprudenza, con l'obiettivo di restringerla *ad hoc* i confini di applicabilità anche in punto di principio, senza tuttavia superare del tutto (almeno in termini formali) il regime “teorico” delle azioni positive.

Infine, la soluzione più radicale potrebbe addirittura giungere alla pronuncia di un *overruling* completo del parametro regolatore di *Bakke* e degli orientamenti giurisprudenziali che lo hanno (quasi) sempre confermato, con la conseguente dichiarazione di incostituzionalità “strutturale” delle *affirmative actions* e l'esclusione di qualsiasi impiego del parametro razziale nell'accesso al sistema educativo¹³³.

¹³² La Corte è attualmente composta da sei Giudici di nomina repubblicana (Thomas nominato da G.H. Bush, Roberts e Alito da G.W. Bush, Gorsuch, Kavanaugh e Barrett da D. Trump) e tre di nomina democratica (Sotomayor e Kagan da B. Obama, Jackson da J. Biden).

¹³³ Sulle diverse soluzioni a disposizione della Corte, cfr. I. SOMIN, *The Supreme Court's Options in the Harvard and UNC Affirmative Action Cases*, in *The Volokh Conspiracy*, 31st October 2022, secondo cui «the simplest way for the Court to decide these cases would be to reaffirm *Grutter* and *Fisher II* and uphold lower court rulings concluding that Harvard's and UNC's policies are legal [...] The other relatively simple option is more likely. The Court could hold that educational diversity is not a legitimate justification for the use of racial preferences [...]»; infine, «the Court might instead prefer to rule against Harvard and UNC without barring the diversity rationale for preferences completely. In this scenario, it would continue to hold that diversity is a 'compelling state interest' capable of justifying the use of racial classifications in admissions. But the majority would also rule that the crude categories used by Harvard and UNC aren't enough to pass the other requirement the 'strict scrutiny' test the Court has long imposed on racial preferences: such policies must also be 'narrowly tailored' to the achievement of the compelling interest that justifies them».

4. *Diritto all'istruzione e minoranze davanti alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.*

Spostando la lente di osservazione sulla dimensione sovranazionale rappresentata dalla CEDU e applicata dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, il punto di partenza per riflettere sul rapporto tra tutela delle minoranze etnico-razziali e protezione delle persone diversamente abili, da un lato, e riconoscimento di un diritto all'istruzione che non sia mera dichiarazione di principio, dall'altro, è offerto dal combinato disposto degli artt. 14 CEDU e 2, Protocollo n. 1 CEDU.

Con riferimento alla prima disposizione, essa enuncia un generale divieto di discriminazione, dichiarando che «il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate su [...] la razza [...] l'appartenenza a una minoranza nazionale [...] od ogni altra condizione»¹³⁴.

In relazione alla sua applicabilità concreta, la Corte di Strasburgo aveva affermato in origine – sin dal remoto *Belgian linguistics case* del 1968 – che tale disposizione non aveva vita “autonoma”, nel senso che la sua implementazione era legata alla violazione dei diritti e libertà “sostanziali” riconosciuti in altre previsioni della CEDU.

Tuttavia, attraverso una progressiva estensione del suo raggio applicativo, la Corte di Strasburgo ha abbandonato tale lettura “ancillare” in favore di una maggiore autonomia, sino a sostenere che una misura *per se* conforme ai requisiti sottostanti al diritto “sostanziale” può comunque violare il nucleo duro di quest'ultimo – realizzando una illegittima con-

¹³⁴ Per un primo commento, si vedano G.P. DOLSO, F. SPITALERI, *Art. 14 – Divieto di discriminazione*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., p. 518 ss.; O.M. ARNARDOTTIR, *Equality and Non-Discrimination Under the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague-London-New York, 2002 e R. BIN, *Art. 14 – Divieto di discriminazione*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, CEDAM, Padova, 2001, p. 409 ss.

dotta discriminatoria – laddove esso sia letto in combinazione con l'art. 14 CEDU¹³⁵.

In quest'ultimo senso, «although the application of Article 14 does not necessarily presuppose a breach of those provisions – and to this extent it is autonomous – there can be no room for its application unless the facts at issue fall within the ambit of one or more of the latter»¹³⁶.

Tale estensione ha pertanto favorito un importante slittamento da una dimensione formalista (e restrittiva) del principio di uguaglianza e non-discriminazione ad un'altra di carattere sostanziale e proattivo¹³⁷, aprendo la strada dell'impugnazione verso Strasburgo anche alla censura delle ipotesi di discriminazione indiretta¹³⁸.

¹³⁵ ECHR, *Case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" v. Belgium (merits)*, cit., § 9: «While it is true that this guarantee has no independent existence in the sense that under the terms of Article 14 (art. 14) it relates solely to 'rights and freedoms set forth in the Convention', a measure which in itself is in conformity with the requirements of the Article enshrining the right or freedom in question may however infringe this Article when read in conjunction with Article 14 (art. 14) for the reason that it is of a discriminatory nature».

¹³⁶ ECHR, *Inze v. Austria*, 28 October 1987, § 36.

¹³⁷ I due profili si «tengono insieme», se è vero che, con parole di G. SORRENTI, *Il principio di eguaglianza nella CEDU e le sue ricadute interne*, in *Rivista AIC*, 2, 2022, p. 15, «l'ampiezza di potenzialità del sindacato reso in nome del principio di eguaglianza non sembra introdurre al suo interno componenti disarmoniche – che possano riecheggiare quella concezione dell'eguaglianza sostanziale come deroga all'eguaglianza formale che accompagnò il dibattito in sede scientifica nell'ordinamento italiano – ma viene ricondotta ad una essenziale omogeneità, grazie all'argomento ricorrente secondo cui l'indirizzo volto a colpire le diseguaglianze di fatto è pienamente coerente con la rappresentazione della Convenzione come sistema di garanzia di diritti concreti ed effettivi».

¹³⁸ Cfr. J. GERARDS, *The Discrimination Grounds of Article 14 of the European Convention on Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 13(1), 2013, p. 99 ss. Come ha ricordato J. VILJANEN, *The Role of the European Court of Human Rights as a Developer of International Human Rights Law*, in *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furio Ceriol*, 62/63, 2008, p. 256, «the real development towards a stronger position for non-discrimination can be identified concerning indirect discrimination. The European system has extensively tried to deal with the Roma question, and not just in the traditional issues like racially motivated violence. The Court has taken a wider perspective and included discrimination that is deep in the European social structures».

Parallelamente, l'art. 2, Protocollo n. 1 CEDU riconosce il diritto all'istruzione, prevedendo che esso non può essere rifiutato a nessuno (comma primo) e che le autorità statali, nell'esercizio delle funzioni che assumono nel campo dell'educazione e dell'insegnamento, devono rispettare il diritto dei genitori di provvedere a tale educazione e insegnamento secondo le loro convinzioni religiose e filosofiche (comma secondo)¹³⁹. Come affermato dalla giurisprudenza convenzionale, in particolare, «article 2 (P1-2) constitutes a whole that is dominated by its first sentence, the right set out in the second sentence being an adjunct of the fundamental right to education»¹⁴⁰.

Provando a compenetrare le due linee tematiche indicate – tutela antidiscriminatoria (*sub specie* delle minoranze razziali e delle persone affette da disabilità) e diritto all'istruzione – con alcuni profili critici riconducibili all'istituto dell'opinione dissenziente nella dimensione europeo-convenzionale, è doveroso fare riferimento ad alcune fattispecie centrali nella recente giurisprudenza CEDU, caratterizzate da un numero significativo di opinioni separate e, in relazione alla tutela delle minoranze etniche, anche da significativi *revirements*, nonché dalla persistenza di conflitti latenti in ordine alle questioni sostanziali sottese.

4.1. *I casi D.H. v. Czech Republic e Orsus v. Croatia e le opinioni dissenzienti, tra Sezioni semplici e Grande Camera.*

Il primo caso da tenere in considerazione a titolo di introduzione all'argomento è rappresentato da *D.H. and others v. Czech Republic*¹⁴¹.

¹³⁹ Cfr. G. MOR, Q. CAMERLENGO, G.E. VIGEVANI, *Commento all'art. 2 del Prot. n. 1 CEDU*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., p. 829 ss. Per una lettura di tale diritto nella prospettiva del diritto dell'Unione Europea, cfr. G. GORI, *Towards an EU Right to Education*, Kluwer Law International, The Hague, 2001.

¹⁴⁰ Cfr. ECHR, *Campbell and Cosans v. the United Kingdom*, 25 February 1982, § 40 e *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, 7 December 1976, § 52.

¹⁴¹ ECHR, *D.H. and others v. Czech Republic*, 7 February 2006 (Second Section) e 13 November 2007 (Grand Chamber). Il caso è stato definito da R. O'CONNELL, *Cinderella Comes to the Ball: Art 14 and the Right to Non-Discrimination in the*

In particolare, si è trattato della controversia nella quale la Corte di Strasburgo ha dovuto affrontare per la prima volta la problematica relativa all'esistenza di regimi di separazione scolastica tra scuole "ordinarie" e scuole "speciali", queste ultime frequentate in modo preponderante da appartenenti alla minoranza etnica Rom¹⁴².

La fattispecie traeva origine dal ricorso presentato dai genitori di alcuni alunni romani, i quali lamentavano una discriminazione etnica in ragione del fatto che i loro figli erano educati in istituti scolastici separati da quelli "ordinari" e destinati ad accogliere bambini con specifiche difficoltà di apprendimento.

Nel dettaglio, ai sensi del combinato disposto della legge n. 29/1984 e del decreto n. 127/1997, nella Repubblica Ceca l'accesso alla scuola secondaria era subordinato al completamento di un percorso educativo di scuola primaria e al superamento di una specifica prova attitudinale.

Laddove uno studente avesse palesato difficoltà di apprendimento, ai sensi dell'art. 7 del decreto n. 127/1997, il preside della scuola interessata avrebbe potuto disporre il trasferimento in una scuola "speciale", con il consenso dei genitori dell'interessato e la previa consultazione di esperti in psicologia, educatori e centri sociali.

In particolare, era denunciata una violazione degli artt. 14 CEDU e 2, Protocollo n. 1 CEDU. Da un lato, si affermava che agli alunni di etnia Rom era riservato un trattamento peggiore ed ingiustificatamente diverso rispetto a tutti gli altri studenti, il quale si traduceva in un collocamento sistematico – di fatto segregante – nelle predette scuole "speciali".

Nel dettaglio, tale discriminazione trovava indiretta realizzazione nella predisposizione di apposite prove attitudinali che, essendo formulate con

ECHR, in *Legal Studies*, 29, 2009, p. 221, «a major breakthrough for a more substantive model of equality in Strasbourg», mentre M.E.A. GOODWIN, *Taking on Racial Segregation: The European Court of Human Rights at a Brown v. Board of Education Moment?*, in *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 3, 2009, p. 93 ss., ha addirittura disegnato un parallelismo tra tale sentenza e U.S. Supreme Court, *Brown v. Board of Education*, cit.

¹⁴² Per un primo commento, cfr. H. SMEKAL, K. SIPULOVA, *DH v Czech Republic Six Years Later: On the Power of an International Human Rights Court to Push through Systemic Change*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 32, 2014, p. 288 ss.

riferimento alla lingua e cultura ceche, di fatto generavano risultati al di sotto della media da parte degli alunni romani.

Dall'altro, i genitori denunciavano altresì la configurazione di un modello educativo di qualità inferiore rispetto a quello delle scuole "ordinarie", con le conseguenti difficoltà rispetto ad una ragionevole progressione nel sistema scolastico per i propri figli.

Ad avviso della Seconda Sezione della Corte di Strasburgo – per sei voti contro uno – non era ravvisabile alcuna violazione dei parametri convenzionali invocati. Per un verso, l'organizzazione strutturale del sistema educativo ceco era ritenuta legittima sulla scia del margine di apprezzamento, poiché «States cannot be prohibited from setting up different types of school for children with difficulties or implementing special educational programmes to respond to special needs»¹⁴³.

Per l'altro, si riteneva che il collocamento dei suddetti alunni in scuole "speciali" non rispondeva a ragioni di ingiusta differenziazione etnico-razziale, bensì perseguiva lo scopo lecito di adattare il sistema educativo alle difficoltà di apprendimento dei soggetti interessati¹⁴⁴.

La sentenza presentava un'opinione concorrente del Presidente Costa¹⁴⁵ e, soprattutto, la sola opinione dissenziente del Giudice portoghese Cabral Barreto.

Quest'ultimo osservava che, in base alle informazioni fornite dalla Repubblica Ceca in forza della Convenzione-quadro sulla protezione delle

¹⁴³ ECHR, *D.H. and others v. Czech Republic*, 7 February 2006 (Second Section), cit., § 47.

¹⁴⁴ *Ivi*, § 49.

¹⁴⁵ Si trattava, invero, di un'opinione concorrente sotto vari aspetti atipica, in quanto diretta ad esporre le proprie esitazioni personali nella condivisione della decisione finale, nonché a rilevare l'ammissibilità della posizione dissenziente del Giudice CABRAL BARRETO e non, invece, a fornire argomentazioni diverse rispetto a quelle impiegate dalla maggioranza nell'*iter* argomentativo. Cfr. Concurring opinion of Judge COSTA, § 1: «I voted with the majority in this case and therefore found that the Czech Republic had not violated the applicants' rights under Article 14 of the Convention, taken together with Article 2 of Protocol No. 1. I came to that conclusion only after some hesitation and would add that I find some of the arguments in the dissenting opinion of my colleague Judge Cabral Barreto very strong».

minoranze nazionali¹⁴⁶, gli alunni di etnia Rom erano collocati con notevole frequenza in scuole “speciali” – pur avendo un livello di apprendimento nella media o anche superiore – sulla base delle prove attitudinali sopra descritte. In alcuni casi, inoltre, il numero di alunni romaní presente in queste scuole oscillava tra l'80% e il 90%.

Tali dati, ad avviso del Giudice dissenziente, rappresentavano un indice espressivo di un trattamento stigmatizzante, per mere ragioni razziali, nei confronti di quella categoria di studenti. Orbene, se è vero che residua in capo agli Stati un margine di apprezzamento¹⁴⁷ in ordine alla configurazione di sistemi scolastici “differenziati” che tengano conto delle difficoltà educative e delle specifiche esigenze degli studenti, è altrettanto vero che essi devono impegnarsi per introdurre «positive measures to compensate for their handicap and to afford them a means of resuming the normal curriculum»¹⁴⁸.

Nel caso in esame, secondo Cabral Barreto ciò non era accaduto, poiché la Repubblica Ceca si era limitata ad applicare in modo formale un regime di “separazione scolastica” che aveva incrementato le differenze tra gli alunni di etnia Rom e gli altri, con la conseguente violazione dell'art. 14 CEDU.

La soluzione adottata dalla Seconda Sezione era tuttavia smentita dalla Grande Camera, la quale rilevava – per tredici voti a quattro – l'esistenza

¹⁴⁶ Ratificata dallo Stato ceco il 18 dicembre 1997.

¹⁴⁷ Cfr. J. GARCÍA ROCA, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Civitas-Thomson Reuters Madrid, 2010; P. TANZARELLA, *Il margine di apprezzamento*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 145 ss. e S. GREER, *The margin of appreciation: interpretation and discretion under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2000.

¹⁴⁸ ECHR, *D.H. and others v. Czech Republic* (Second Section), cit., p. 22 (Dissenting opinion of Judge CABRAL BARRETO). *Contra*, ECHR, *D.H. and others v. Czech Republic* (Second Section), cit., p. 19 (Concurring opinion of Judge COSTA): «As for *positive* discrimination – which, in the present case, would have entailed increased resources for special schools to avoid the risk of their becoming, if not educational “ghettos”, then at least “dead ends” where pupils remain until they reach the minimum school-leaving age, it seems to me that up till now this Court has refused to consider it a State obligation».

di una condotta sistematicamente discriminatoria, sul piano della configurazione di modelli educativi separati, da parte delle autorità ceche, nei confronti degli studenti romani.

A fronte di un dato fattuale incontrovertibile – la separazione quasi generalizzata tra studenti appartenenti o meno alla etnia Rom – la Corte di Strasburgo ha ritenuto sussistenti gli elementi propri di un contesto di discriminazione indiretta¹⁴⁹, non smentiti da alcuna giustificazione obiettiva e ragionevole della Repubblica Ceca.

Nel dettaglio, l'attenzione era rivolta soprattutto a test psicologico-attitudinali «that were biased and that the results were not analysed in the light of the particularities and special characteristics of the Roma children who sat them. In these circumstances, the tests in question cannot serve as justification for the impugned difference in treatment»¹⁵⁰.

Con riferimento alle opinioni dissenzienti, esse presentano una struttura variegata in ordine agli argomenti impiegati. In primo luogo, il Giudice sloveno Zupančič accusava la maggioranza – invero in modo apodittico – di aver agito secondo criteri politici¹⁵¹; nel merito, egli aderiva in pieno al dissenso del Giudice ceco Jungwiert, il quale ricostruiva la situazione della popolazione di etnia Rom in Repubblica Ceca e gli ampi sfor-

¹⁴⁹ Ai sensi dell'art. 2.2.b) della Direttiva 2000/43/CE del Consiglio, del 29 giugno 2000, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, «sussiste discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere persone di una determinata razza od origine etnica in una posizione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone, a meno che tale disposizione, criterio o prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari».

¹⁵⁰ ECHR, *D.H. and others v. Czech Republic* (Grand Chamber), § 201.

¹⁵¹ *Ivi*, p. 76, dissenting opinion of Judge ZUPANČIČ: «No amount of politically charged argumentation can hide the obvious fact that the Court in this case has been brought into play for ulterior purposes, which have little to do with the special education of Roma children in the Czech Republic. The future will show what specific purpose this precedent will serve». Sulla sua interpretazione dei diritti fondamentali, cfr. B. ZUPANČIČ, *The Owlets of Minerva. Human Rights in the Practice of the European Court of Human Rights*, Eleven International Publishing, The Hague, 2012 e *The Owl of Minerva: Essays on Human Rights*, Eleven International Publishing, Utrecht, 2008.

zi compiuti dalle istituzioni per favorire l'educazione scolastica di tale minoranza.

Sul punto specifico della controversia, Jungwiert affermava che l'esistenza di un trattamento scolastico differenziato non rappresentava in sé una violazione della CEDU, in quanto «has a positive aim: to get children to attend school in order to have a chance to succeed through positive discrimination in favour of a disadvantaged population»¹⁵².

Il Giudice spagnolo Borrego Borrego censurava l'approccio seguito dalla Grande Camera¹⁵³, la quale aveva a suo avviso abbandonato la tradizionale prospettiva *case-by-case* della giurisprudenza di Strasburgo in favore di una generica ricostruzione storica sul trattamento discriminatorio sofferto nei decenni precedenti dalle persone di etnia Rom (in Repubblica Ceca e non solo). In questo modo, essa si era impropriamente trasformata in una sorta di "seconda" Commissione Europea contro il Razzismo e l'Intolleranza (ECRI), elaborando generiche valutazioni sganciate dai singoli casi concreti¹⁵⁴.

Infine, il Giudice slovacco Šikuta contestava l'interpretazione della maggioranza relativa alla corretta configurazione del principio di uguaglianza/non discriminazione. A suo avviso, la presenza di scuole diverse (ordinarie e speciali) si inseriva nell'ambito del margine di apprezzamento riservato ai singoli Stati, in questo caso declinato «as positive action on the part of the State to help children with special educational needs to overcome their different level of preparedness to attend an ordinary school and to follow the ordinary curriculum»¹⁵⁵.

Pertanto, il trattamento differenziato tra gli studenti delle prime scuo-

¹⁵² ECHR, *D.H. and others v. Czech Republic* (Grand Chamber) cit., p. 81, dissenting opinion of Judge JUNGWIERT.

¹⁵³ *Ivi*, p. 83, dissenting opinion of Judge BORREGO BORREGO: «The Grand Chamber has in this judgment behaved like a Formula One car, hurtling at high speed into the new and difficult terrain of education and, in so doing, has inevitably strayed far from the line normally followed by the Court».

¹⁵⁴ Il riferimento è alla specifica articolazione istituzionale interna al Consiglio d'Europa, fondata nel 1993 e composta da un membro per ognuno degli Stati facente parte del Consiglio stesso.

¹⁵⁵ ECHR, *D.H. and others v. Czech Republic* (Grand Chamber), cit., p. 86, dissenting opinion of Judge ŠIKUTA.

le (ordinarie) e quelli delle seconde (anche di origine non romani) era da ritenersi fondato su una giustificazione del tutto obiettiva e ragionevole, conforme ai parametri formali ed interpretativi della CEDU.

Le incertezze e criticità sollevate dalle predette opinioni dissenzienti sono state acute nel caso (apparentemente?) affine *Orsus and others v. Croatia*¹⁵⁶. Nella fattispecie, il diverso collocamento degli studenti di etnia Rom in classi differenziate – questa volta all'interno dello stesso plesso scolastico – era subordinato all'esistenza o meno di un dominio sufficiente della lingua croata, con la conseguenza che spesso si assisteva alla costituzione di classi “speciali” composte in forma integrale da studenti di origine romani.

Tale differenziazione era giustificata dalla Croazia sulla base della Legge sulla scolarizzazione elementare (*Zakon o osnovnom školstvu*, più volte modificata), § 2, secondo cui «the purpose of primary education is to enable a pupil to acquire knowledge, skills, views and habits necessary for life and work or further education»¹⁵⁷.

Ancora una volta, come già accaduto in *D.H. v. Czech Republic*, il giudizio di primo grado (peraltro qui reso all'unanimità dei sette giudici della Sezione), “assolutorio” nei confronti della Croazia, era rovesciato a stretta maggioranza dalla Grande Camera.

A fronte della ritenuta insussistenza di una violazione degli artt. 14 CEDU e 2, Protocollo n. 1 CEDU da parte della Prima Sezione, la Corte di Strasburgo in composizione plenaria raggiungeva la soluzione opposta, dichiarando (per nove voti contro otto)¹⁵⁸ che il divieto di discriminazione per ragioni etnico-razziali – in combinato disposto con il diritto al-

¹⁵⁶ ECHR, *Orsus and others v. Croatia*, 17 July 2008 (First Section) e 16 March 2010 (Grand Chamber). A commento, vedi S. VAN DEN BOGAERT, *Roma Segregation in Education: Direct or Indirect Discrimination? An Analysis of the Parallels and Differences between Council Directive 2000/43/EC and Recent ECtHR Case Law on Roma Educational Matters*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 71, 2011, p. 740 ss. e A. GRGIC, *Recognizing Formal and Substantive Equality in the Orsus Case*, in *European Yearbook of Minority Issues*, 9, 2010, p. 327 ss.

¹⁵⁷ Citato in ECHR, *Orsus and others v. Croatia*, 16 March 2010 (Grand Chamber), § 64.

¹⁵⁸ Si tratta dei Giudici JUNGWIERT, VAJIĆ, KOVLER, GYULUMYAN, JAEGER, MYJER, BERRO-LEFÈVRE e VUČINIĆ.

l'educazione – non era stato rispettato dallo Stato croato.

Ricostruendo le vicende delle due fasi processuali, secondo la Prima Sezione il caso *Orsus* non poteva essere assimilato al precedente di *D.H. v. Czech Republic*. Da un lato, si riteneva che il collocamento degli alunni in classi separate era dovuto a questioni di mera conoscenza linguistica e non ad una (indiretta) questione razziale.

Dall'altro, per i Giudici di primo grado si trattava di una decisione riconducibile a pochi casi specifici ed applicata in un'area territoriale della Croazia ben delimitata¹⁵⁹, mentre nel caso ceco era possibile riscontrare un'azione politica generalizzata nei confronti della minoranza romaní, sistematicamente trattata in modo discriminatorio.

La Corte escludeva così sia l'esistenza di una violazione del diritto all'educazione, inteso in senso stretto – garantito agli studenti delle classi "speciali" negli stessi identici termini di quelli frequentanti le classi ordinarie – sia dell'art. 14 CEDU, poiché il trattamento differenziato era giustificato in forza di una diversità "in partenza" (la conoscenza non sufficiente della lingua croata) e dell'obiettivo di soddisfare in modo positivo le esigenze educative degli studenti in difficoltà.

Sul punto, è utile sottolineare anche la nota deferenza dimostrata dalla Corte di Strasburgo nei confronti del margine di apprezzamento riconosciuto alle istituzioni statali, le quali si riteneva avessero fatto il possibile per porre rimedio ad uno squilibrio educativo riconducibile ad una specifica minoranza etnica¹⁶⁰.

¹⁵⁹ Il riferimento è alle piccole cittadine croate di Podturen e Macinec, situate nella contea di Medimurje (al confine tra Slovenia e Ungheria), nella quale risiedeva la maggior parte della popolazione croata di ascendenza romaní.

¹⁶⁰ ECHR, *Orsus and others v. Croatia*, 17 July 2008 (First Section), cit., § 68: «The Court wishes to reiterate with regard to the States' margin of appreciation in the sphere of education that the States cannot be prohibited from setting up separate classes or different types of school for children with difficulties, or implementing special educational programmes to respond to special needs. The Court finds it satisfying that the authorities invested themselves in addressing that sensitive and important issue, and that the placement of the applicants in separate classes was a positive measure designed to assist them in acquiring knowledge necessary for them to follow the school curriculum. Thus, the Court considers that the initial placement of the applicants in separate classes was based on their lack of knowledge of the Croatian language and not their race or ethnic

La Grande Camera, tuttavia, censurava in modo netto le premesse di tale ragionamento, seguendo i parametri già applicati – sempre in composizione di Grande Camera – nel caso *D.H. v. Czech Republic*. In primo luogo, essa riteneva esistente una condizione “sospetta” di discriminazione, data dal trattamento riservato agli appartenenti a gruppi etnici differenti sul piano fattuale e, come tale, bisognoso di prova contraria da parte dello Stato interessato¹⁶¹.

Tale contro-dimostrazione non era tuttavia validamente soddisfatta dalla Croazia, poiché non era identificabile una solida base giuridica sulla quale essa poteva fondare una separazione tra studenti in forza delle (diverse) conoscenze linguistiche e, inoltre, tale pratica era circoscritta solo ad una specifica area del territorio croato, a prevalente composizione romaní¹⁶².

A seguire, secondo la Corte i parametri utilizzati per verificare la competenza linguistica degli alunni non erano stati disegnati per quel tipo di valutazione ed i programmi scolastici per le classi “speciali” erano ridotti del 30% rispetto a quelli delle classi ordinarie, senza che lo Stato croato sia stato in grado di dimostrare «how the mere fact of a possible reduction of the curriculum could be considered an appropriate way to address the applicants’ alleged lack of proficiency in Croatian»¹⁶³.

Infine, era posta in evidenza tanto l’insufficienza dei programmi scolastici “separati” nel conseguimento dell’obiettivo di un riequilibrio linguistico

origin, and was justified for the purposes of both Article 14 of the Convention and Article 2 of Protocol No. 1».

¹⁶¹ Cfr. ECHR, *D.H. v. Czech Republic* (Grand Chamber), cit., § 189 [poi ripreso in ECHR, *Orsus and others v. Croatia* (Grand Chamber), cit., § 150]: «Where an applicant alleging indirect discrimination thus establishes a rebuttable presumption that the effect of a measure or practice is discriminatory, the burden then shifts to the respondent State, which must show that the difference in treatment is not discriminatory».

¹⁶² Cfr. ECHR, *Orsus and others v. Croatia* (Grand Chamber), cit., § 153: «the Court notes that the measure of placing children in separate classes on the basis of their insufficient command of the Croatian language was applied only in respect of Roma children in several schools in Međimurje County, including the two primary schools attended by the applicants in the present case. Thus, the measure in question clearly represents a difference in treatment».

¹⁶³ *Ivi*, § 165.

stico – spesso sfociato in una separazione degli studenti di etnia Rom per tutto il ciclo di studi¹⁶⁴ – quanto l'elevata percentuale di assenteismo scolastico ed abbandono da parte degli appartenenti a tale minoranza¹⁶⁵.

Le argomentazioni così esposte, tuttavia, erano rigettate dalla (ampia) minoranza della Corte di Strasburgo, la quale sottoscriveva un'unica opinione parzialmente dissenziente¹⁶⁶. In particolare, a fronte di una conoscenza insufficiente della lingua croata – non smentita dai ricorrenti – essi ritenevano che le scuole in questione avessero fatto tutto il possibile (nell'ambito della competenza esclusiva statale) per assicurare un adeguato livello di istruzione alla minoranza romani.

Nel dettaglio, ai predetti alunni era stato garantito un programma scolastico idoneo a consentirgli di ottenere una conoscenza sufficiente della lingua croata, tale da comportare il loro successivo inserimento in classi miste, all'interno del medesimo istituto scolastico¹⁶⁷.

In secondo luogo, la minoranza lamentava l'eccessiva estensione del ragionamento maggioritario, rivolto nei confronti di uno specifico gruppo etnico all'interno di un contesto oltremodo ampio (l'intero scenario europeo), anziché rispetto ai casi dei singoli ricorrenti e nella dimensione statale interessata¹⁶⁸.

¹⁶⁴ *Ivi*, §§ 172 ss.

¹⁶⁵ *Ivi*, §§ 176 ss.

¹⁶⁶ Il carattere parziale del dissenso si riferiva al fatto che, pur accettando le premesse teoriche adottate dalla maggioranza (con particolare riferimento all'esigenza di declinare il caso concreto secondo gli schemi della discriminazione indiretta), esso respingeva le modalità attraverso le quali il suddetto principio era stato concretamente applicato alla fattispecie in esame.

¹⁶⁷ ECHR, *Orsus and others v. Croatia* (Grand Chamber), cit., dissenting opinion, part II, §§ 3 ss. Per una critica, cfr. A. GRGIC, *Recognizing Formal and Substantive Equality in the Orsus Case*, cit., p. 360: «what is quite striking in the dissenting opinion is that it seems that the remaining eight judges showed a great deal of indulgence for the racial context of the case, for the fact that the state's decision to form segregated classes had been influenced by the racially motivated protests, and for the high degree of arbitrariness in the transfer to and from segregated classes».

¹⁶⁸ ECHR, *Orsus and others v. Croatia* (Grand Chamber), cit., dissenting opinion, part III, § 14: «The present case is thus not about the situation of a minority in general but about a concrete question of education practice (in two schools) in respect of a mi-

In altre parole, attraverso un'indebita dilatazione della categoria della discriminazione indiretta, la maggioranza si sarebbe servita di elementi estranei alla singola fattispecie per sviluppare una sorta di "giudizio alla storia", «a judgment on the special position of the Roma population in general»¹⁶⁹ trasferito in modo acritico sulle fattispecie *sub iudice*.

Alla luce di queste circostanze, secondo la *dissenting opinion* la Grande Camera avrebbe altresì dovuto dimostrare maggior deferenza rispetto all'utilizzo del margine di apprezzamento da parte dello Stato in materia educativa, restando ferma la necessità di una motivazione ben più solida ed argomentata – rispetto alla soluzione "di strettissima misura" della maggioranza – a fronte del superamento di una pronuncia all'unanimità della Prima Sezione¹⁷⁰.

Sebbene sia errato provare a stabilire un nesso di proporzionalità inversa tra "qualità" delle sentenze e numero delle opinioni dissenzienti prodotte – in forza della quale tanto maggiore è la prima quanto minore è il secondo e viceversa – è indubbio che le fattispecie considerate hanno dimostrato l'esistenza di sensibilità molto diverse sul modo di affrontare il rapporto tra diritto all'educazione e minoranze etnico-razziali in seno alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, nonché sul parallelo utilizzo degli strumenti procedurali a disposizione.

Si tratta, quindi, di divergenze interpretative (di metodo e merito), la cui persistenza potrebbe non essere stata del tutto sopita dalla risoluzione delle due controversie considerate, laddove si voglia ritenere – usando le parole finali della *dissenting opinion* in *Orsus* – che «it will certainly not be easy for the respondent State or any other State party to the Convention faced with schooling problems in relation to minority groups to follow the present judgment»¹⁷¹.

In realtà, va evidenziato che i casi più recenti in materia¹⁷² sembrereb-

minority insufficiently conversant with the language of instruction, and the measures taken by the domestic authorities to deal with such a situation».

¹⁶⁹ *Ivi*, part III, § 15.

¹⁷⁰ *Ivi*, part IV, § 18.

¹⁷¹ *Ivi*, part IV, § 19.

¹⁷² Cfr. ECHR, *Lavida and others v. Greece* (First Section), 30 May 2013 e *Horváth and Kiss v. Hungary* (Second Section), 29 January 2013.

bero dimostrare una linea di significativa continuità nell'interpretazione ed applicazione dei parametri considerati a partire dalla discussa giurisprudenza enunciata dalla Grande Camera in *D.H. v. Czech Republic* e *Orsus v. Croatia*, essendo stata rilevata in forma unanime – rispetto alle modalità educative implementate in (s)favore della minoranza Rom in alcuni Stati membri – una violazione degli artt. 14 CEDU e 2, Protocollo n. 1¹⁷³.

4.2. *Il diritto di accesso all'istruzione delle persone con disabilità: i casi Enver Sahin v. Turkey e G.L. c. Italie e le corrispondenti opinioni separate.*

L'interpretazione estensiva garantita dalla Corte di Strasburgo, nel campo educativo, alla minoranza etnica romaní in *D.H.* e *Orsus* (rovesciando in Grande Camera i precedenti non unanimi delle rispettive Sezioni) merita di essere tenuta in considerazione in relazione alla questione dell'accesso – “fisico” e “formativo” – al sistema di istruzione da parte delle persone affette da disabilità¹⁷⁴.

Anche in questi casi, infatti, lo schema del rapporto tra giurisprudenza maggioritaria e opinioni dissenzienti/concorrenti richiama la casistica descritta nel paragrafo precedente, nella quale ad un'applicazione giurisprudenziale (vincolante) che estende il contenuto sostanziale del diritto all'educazione si contrapponeva un'interpretazione “restrittiva” di minoranza.

Nel caso *Enver Şahin v. Turkey*¹⁷⁵ si discuteva circa l'esistenza di una

¹⁷³ Sulla natura della pronuncia della Grande Camera in ECHR, *D.H. v. Czech Republic*, cit., quale innovativo *landmark case* in materia di discriminazioni contro le popolazioni romaní, cfr. R. MEDDA-WINDISCHER, *Dismantling Segregating Education and the European Court of Human Rights. D.H. and Others vs. Czech Republic: Towards an Inclusive Education?*, in *European Yearbook of Minority Issues Online*, 7(1), 2010, p. 53, la quale evidenziava che «the D.H. ruling will surely assist lawyers regarding both substantive and procedural issues in cases of discrimination».

¹⁷⁴ Per tutti, cfr. G. ARCONZO, *I diritti delle persone con disabilità. Profili costituzionali*, FrancoAngeli, Milano, 2020 e in prospettiva anche comparata, S. TROILO, *Tutti per uno o uno contro tutti? Il diritto all'istruzione e all'integrazione scolastica dei disabili nella crisi dello stato sociale*, Giuffrè, Milano, 2012.

¹⁷⁵ ECHR (Second Section), 30 January 2018.

violazione del diritto all'istruzione di uno studente che, rimasto invalido, aveva richiesto (senza successo) all'università da lui frequentata di "adattare" le barriere architettoniche esistenti alle persone affette da disabilità motorie.

La Corte di Strasburgo condannava lo Stato turco per violazione del combinato disposto degli artt. 14 CEDU e 2, Prot. 1 CEDU, poiché esso non era stato in grado di dimostrare di aver agito con la diligenza necessaria per garantire al ricorrente l'esercizio del suo diritto all'istruzione in modo paritario rispetto alle persone normodotate¹⁷⁶.

In parallelo, essa assumeva una prospettiva che imponeva una rimozione effettiva degli ostacoli architettonici, così respingendo «the abstract promise of assistance which the faculty claimed to be able to provide to the applicant, as far as possible, or [...] the expression of concern about the demanding nature of the courses administered in the workshops; the statements comprise no practical, assessable proposal»¹⁷⁷.

L'argomentazione della maggioranza non era però condivisa dal Giudice belga Lemmens, il quale pronunciava un'opinione dissenziente dal contenuto particolarmente tecnico¹⁷⁸.

In primo luogo, occorre evidenziare la premessa secondo cui «the issue raised by the complaint is not (only) one of discrimination: it affects the very right to education, and in particular the right of access to education»¹⁷⁹, a differenza dell'impostazione seguita dalla maggioranza e focalizzata soprattutto sulla dimensione (anti)discriminatoria dell'art. 14 CEDU.

¹⁷⁶In particolare, ampio spazio era dedicato ai principi di autosufficienza e dignità umana. Cfr. *ivi*, § 63: «the Court reiterates that the ability of persons with disabilities to live autonomously with a fully-developed sense of dignity and self-respect is of cardinal importance [...] Similarly, the Court itself has ruled that the very essence of the Convention is respect for human dignity and human freedom, which necessarily includes a person's freedom to make his or her own choices».

¹⁷⁷*Ivi*, § 62.

¹⁷⁸Per un'interpretazione delle opinioni separate di Lemmens, si veda W. VANDENHOLE, *Of Principles and Values: An Explorative Reading of Separate Opinions of Judge Paul Lemmens*, in K. LEMMENS, S. PARMENTIER, L. REYNTJENS (a cura di), *Human rights with a human touch. Liber Amicorum Paul Lemmens*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Chicago, 2019, p. 41 ss.

¹⁷⁹Dissenting opinion of Judge LEMMENS, § 2.

Nel dettaglio, egli distingueva le categorie della *reasonable accommodation*, da un lato, e della *accessibility*, dall'altro, riconducendole agli artt. 14 CEDU e 2, Prot. 1 CEDU, con la conseguente necessità di applicare regimi giuridici differenziati.

A suo avviso, la prima categoria aveva un orizzonte limitato all'adozione di modifiche infrastrutturali riferite a casi specifici ed a singole persone¹⁸⁰, mentre la seconda presentava un raggio d'azione più ampio, in quanto rivolto a «consentire alle persone con disabilità di vivere in maniera indipendente e di partecipare pienamente a tutti gli aspetti della vita [...] su base di uguaglianza con gli altri»¹⁸¹.

In questo senso, l'accomodamento ragionevole aveva una natura accessoria rispetto al parametro più ampio dell'accessibilità, a partire dal quale doveva svilupparsi l'analisi del caso concreto¹⁸². Secondo Lemmens, il criterio della *accessibility* era stato soddisfatto dall'università turca: in particolare, la legge nazionale prevedeva che, a partire dal 2005, gli edifici pubblici avrebbero dovuto essere modificati in modo conforme ai bisogni delle persone con disabilità, compatibilmente con le esigenze finanziarie. Tuttavia, il ricorrente non aveva dimostrato quali misure erano state da lui richieste e, in parallelo, le autorità turche avevano fatto quanto possibile per rimediare a tale situazione, offrendo anche un servizio di assistenza personalizzato.

Infine, con riferimento all'applicazione del criterio della *reasonable accommodation*, il Giudice dissenziente si rimetteva *per relationem* a quanto

¹⁸⁰ Ai sensi dell'art. 2 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità del 13 dicembre 2006 (ratificata dall'Italia con Legge 3 marzo 2009, n. 18), «per "accomodamento ragionevole" si intendono le modifiche e gli adattamenti necessari ed appropriati che non impongano un onere sproporzionato o eccessivo adottati, ove ve ne sia necessità in casi particolari, per garantire alle persone con disabilità il godimento e l'esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali».

¹⁸¹ *Ivi*, art. 9.1.

¹⁸² Dissenting opinion of Judge LEMMENS, § 5: «the essential point is that accessibility benefits all persons with disabilities, whereas reasonable accommodation concerns a specific individual in a specific situation. A State must first of all honour its general obligation to ensure accessibility; subsequently it may be required to make reasonable accommodation in individual cases».

esposto in relazione all'(in)esistenza dell'art. 2, Prot. 1 CEDU, non rilevando alcuna violazione dell'art. 14 CEDU.

In termini paralleli, nel caso *G.L. c. Italie*, la ricorrente – affetta da una severa forma di autismo non verbale – era stata privata, a partire da un determinato momento, dell'assistenza specializzata sino ad allora garantita (ai sensi della legge 5 febbraio 1992, n. 104), potendo successivamente fruire della stessa solo a proprie spese. Ella denunciava quindi l'esistenza di un trattamento discriminatorio a norma degli artt. 8 e 14 CEDU, nonché dell'art. 2, Prot. 1 CEDU.

Seguendo l'impostazione già fornita in *Enver Sahin*, la Corte applicava l'art. 14 CEDU in modo estensivo, facendo leva sia sulla dimensione negativa del divieto di discriminazione sulla base di una disabilità, sia soprattutto sull'obbligo "positivo" (o proattivo) per gli Stati di garantire schemi di *reasonable accommodation*, tali da porre effettivo rimedio alle situazioni di disuguaglianza¹⁸³.

Nel merito, era censurata la condotta dello Stato italiano, il quale aveva ingiustamente discriminato la ricorrente, privandola senza validi motivi dell'assistenza specialistica (già irrogata in precedenza) e, quindi, incidendo in concreto sul suo diritto all'istruzione.

La sentenza conteneva un'opinione concorrente del Giudice polacco Wojtyczek, critico nei confronti delle argomentazioni spese per arrivare alla soluzione conclusiva (seppur da lui condivisa). In particolare, con riferimento all'applicazione del principio di non discriminazione, egli evidenziava l'utilizzo di parametri diversi – dotati di una forza creativa ritenuta ingiustificata¹⁸⁴ – e tra loro in contraddizione.

¹⁸³ Come ha sottolineato A. GUAZZAROTTI, *Giurisprudenza CEDU e giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali a confronto*, in E. CAVASINO, G. SCALA, G. VERDE (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza, Atti del Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa". Trapani, 8-9 giugno 2012*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, p. 385, «v'è tuttavia un ambito in cui lo sviluppo della giurisprudenza di Strasburgo non può confinarsi a [una] visione "tradizionale" dei diritti e delle libertà: si tratta dell'uso del sindacato di eguaglianza e, più in generale, di ragionevolezza cui la Corte di Strasburgo ricorre per colpire misure statali volte a restringere o negare provvidenze di natura squisitamente sociale».

¹⁸⁴ Queste critiche riprendevano quelle già formulate ECHR, *J.D. and A v. The United Kingdom*, joint partly dissenting opinion of Judges WOJTYCZEK and PEJCHAL,

In questo senso, egli non condivideva l'impostazione maggioritaria secondo cui gli studenti disabili avrebbero avuto il diritto di accedere all'istruzione in condizioni equivalenti a quelle garantite agli studenti "normodotati", in quanto il criterio così applicato era ritenuto troppo esigente rispetto alla *reasonable accommodation* già implementata dalla Corte di Strasburgo¹⁸⁵.

Tale parametro era però, a suo avviso, subito "temperato" dalla stessa maggioranza, la quale riteneva impiegabile detto principio di equivalenza «dans la mesure du possible à celles dont bénéficiaient les autres enfants sans pour autant imposer à l'administration une charge disproportionnée ou indue»¹⁸⁶.

Inoltre, anche questo criterio sembrava essere ulteriormente affievolito nella sua forza, laddove l'esigenza di beneficiare di un'assistenza specializzata era concepita con l'obiettivo finale di escludere ogni rischio di emarginazione¹⁸⁷.

§ 11: «The majority, by addressing the issue of prioritisation of legislative aims in complete isolation from the Convention values, leave the area of judicial enforcement of Convention rights and enter the field of policy-making. Not only our views about what law is just, but also our views about what this Court's mandate is, are very different».

¹⁸⁵ Il punto è rilevato in dottrina da C. NARDOCCI, *I diritti delle persone con disabilità "si fanno strada" e la Corte di Strasburgo apre le sue porte. In margine a G.L. c. Italia*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 1, 2021, pp. 339-340: «La Corte fa [...] dell'art. 14 CEDU una sorta di surrogato del non ratificato art. 1, Protocollo n. 12 alla Convenzione, rendendolo capace di porsi a fondamento di violazioni dell'eguaglianza davanti alla legge statale e sembra, inoltre, superare l'impostazione del c.d. *reasonable accommodation* per dare spazio ad un requisito più "esigente" – la parità di *chances* tra minori disabili e non –, avvicinando l'art. 14 CEDU alla dimensione sostanziale dell'eguaglianza più che ad un principio di accomodamento ragionevole».

¹⁸⁶ ECHR, *G.L. c. Italia*, cit., § 70. *Contra*, G. MATUCCI, *La rivincita del diritto all'inclusione scolastica innanzi alla Corte EDU. Riflessioni a margine della Corte EDU, Sez. I, G.L. c. Italia, 10 settembre 2020, ric. 59751/15*, in *Osservatorio costituzionale*, 6, 2020, p. 513, per la quale «il divieto di discriminazione ed il principio di equità altro non sono che due facce della stessa medaglia: due esigenze di tutela che ben possono coesistere, l'una non escludendo l'altra, completandosi a vicenda».

¹⁸⁷ Con l'effetto che «le but n'est plus d'assurer des conditions équivalentes mais, plus modestement, d'écarter le risque de marginalisation, sans plus» (ECHR, *G.L. c. Italia*, opinion concordante du Judge WOJTYCZEK, § 2).

Con riferimento alla declinazione concreta del margine di apprezzamento, il Giudice Wojtyczek avanzava ulteriori riserve circa la configurazione del suo effettivo raggio d'azione da parte della stessa Corte. A suo avviso, la maggioranza aveva ecceduto i propri poteri, intervenendo sulle specifiche modalità nazionali di distribuzione delle risorse finanziarie a disposizione in materia educativa e smentendo la regola consolidata secondo cui «il ne lui appartient aucunement de définir les moyens à mettre en oeuvre pour répondre aux besoins éducatifs des enfants en situation de handicap»¹⁸⁸.

Infine, una critica era mossa all'idea di “assolutizzare” il modello di educazione inclusiva quale modello più adatto per porre rimedio a situazioni educative coinvolgenti persone con disabilità, poiché non per forza di cose funzionale agli specifici casi volta a volta considerati¹⁸⁹.

In questa prospettiva, l'opinione dissenziente del Giudice Lemmens e, soprattutto, quella concorrente del Giudice Wojtyczek sembrano ispirate ad un maggiore *self-restraint* giudiziario rispetto alle decisioni di merito assunte dagli Stati membri, nonché ad un utilizzo più “accorto” dei parametri applicabili¹⁹⁰.

¹⁸⁸ *Ivi*, § 4 (richiamando ECHR, *Çam v. Turkey*, 23 February 2016, § 6). Cfr. anche ECHR, *J.D. and A v. The United Kingdom*, joint partly dissenting opinion of Judges WOJTYCZEK and PEJCHAL, § 11: «A review of non-discrimination in the distribution of resources easily turns into decision-making about the distribution of those resources. We are not persuaded that judicial proceedings are the most appropriate forum for such decision-making».

¹⁸⁹ Cfr. ECHR, *G.L. c. Italie*, cit., p. 30: «l'éducation inclusive peut susciter de fortes souffrances et nuire à leur épanouissement, tandis que des écoles spécialisées donnent de biens meilleurs résultats et permettent de réduire leurs souffrances. Par conséquent, le fait de préconiser l'éducation inclusive en présentant cette solution comme le moyen le plus adapté de manière générale soulève des interrogations et suscite des réserves».

¹⁹⁰ Tale prospettiva “minimalista” era già stata espressa dal Giudice WOJTYCZEK nell'opinione concorrente in ECHR, *Case Of National Union Of Rail, Maritime And Transport Workers v. The United Kingdom*, § 3: «in the mandate of the European Court of Human Rights has been defined in a restrictive way by Article 19 of the Convention. The role of the Court is to ensure the observance of the engagements undertaken by the High Contracting Parties to the Convention and the Protocols thereto. Therefore the Court remains the guardian of a limited catalogue of rights as protected under the minimum standard set forth in the Convention and the additional Protocols», nonché in

In particolare, in entrambe le opinioni separate si coglie una certa resistenza a fronte dello sviluppo di interpretazioni relative alla forza espansiva – sotto certi aspetti anche “innovativa” – sottostante al diritto all’istruzione, in questo caso riferito alle persone con disabilità ma potenzialmente in grado di essere esteso in termini ancor più generali (addirittura oltre il diritto soggettivo considerato).

Si tratta, pertanto, di opinioni di minoranza che, da un lato parrebbero contestare in forma indiretta il mutamento giurisprudenziale operato dalla Corte di Strasburgo rispetto all’orientamento convenzionale più “tradizionale” (Lemmens)¹⁹¹ e, dall’altro, esprimono riserve circa la presunta sovrapposizione di criteri interpretativi tra loro in contraddizione e che lascerebbero aperti troppi sentieri di decisione in materia educativa, senza tuttavia mettere in discussione – almeno in relazione alle circostanze del caso specifico – l’esito finale della controversia (Wojtyczek).

Senza dubbio, nelle descritte fattispecie la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo ha impresso alla propria giurisprudenza in materia di tutela delle persone diversamente abili una spinta evolutiva molto significativa, aprendo maggiori spazi di protezione per una garanzia effettiva (e non solo formale) dei principi di uguaglianza e non discriminazione che impone l’adozione di misure “positive” da parte degli Stati membri.

Allo stesso tempo, le parallele opinioni separate in questione rivelano l’esistenza di un dibattito mai del tutto sopito sul ruolo della Corte di Stra-

ECHR, *Orlandi and others v. Italy*, 14 December 2017, dissenting opinion of Judges PEJCHAL and WOJTYCZEK, § 14: «no social transformation without representation», a voler sottolineare l’estrema deferenza nei confronti dei Legislatori nazionali.

¹⁹¹ Si veda l’orientamento espresso in ECHR, *Dupin c. France*, 18 décembre 2018, § 26: «S’agissant en particulier des besoins éducatifs des enfants en situation de handicap, la Cour a jugé qu’il ne lui appartient pas de définir les moyens à mettre en œuvre car les autorités nationales, grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays, se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur la situation et les besoins locaux à cet égard». Per una critica, cfr. G. MATUCCI, *Il caso Dupin all’esame della Corte EDU: un passo indietro per il diritto all’istruzione inclusiva?*, in *Quad. cost.*, 2, 2019, p. 476 ss.

sburgo rispetto alle decisioni assunte dagli Stati nazionali e, soprattutto, in relazione all'applicazione "interna" dello sfuggente parametro del margine d'apprezzamento, come dimostreranno i casi relativi all'intreccio tra sfera dell'istruzione e questioni religiose¹⁹².

¹⁹² Cfr. *infra*, Parte II, Cap. III. Per una ricostruzione sistematica di alcune opinioni dissenzienti della giurisprudenza CEDU in materia religiosa, si veda S. VAN BIJSTERVEL, *A Matter of Judgment: Dissenting Opinions in Cases Concerning Religion or Belief in the European Court of Human Rights*, in J. TEMPERMAN, T. JEREMY GUNN, M. EVANS (a cura di), *The European Court of Human Rights and the Freedom of Religion or Belief: The 25 Years Since Kokkinakis*, Brill-Nijhoff, Leiden-Boston, 2019, p. 441 ss.

CAPITOLO 2

DIRITTO ALL'ISTRUZIONE
E PRINCIPIO DI UGUAGLIANZA.
IL CASO PARADIGMATICO
DELL'EDUCAZIONE DIFFERENZIATA PER SESSO

SOMMARIO: 1. Costituzione e sistema educativo spagnolo. – 1.1. *¿Separados pero iguales? La educación diferenciada* in Spagna e la STC 31/2018 (prima parte, ovvero della legittimità teorica del modello educativo). – 1.2. I *votos particulares* di Valdés Dal-Ré, Xiol Ríos e Balaguer Callejón. – 1.3. Per un dissenso personale ai *votos particulares* alla STC 31/2018. – 2. *Same-sex schools* e genere sessuale come elementi di discriminazione negli Stati Uniti? – 2.1. Il caso *Mississippi University for Women v. Hogan*. Quando ad essere discriminato è l'uomo ... – 2.2. Il caso *United States v. Virginia. We (military women) can do it, too!* – 2.2.1. L'opinione concorrente del *Chief Justice* Rehnquist e la *dissenting opinion* di *Justice* Scalia. – 3. Un confronto giurisprudenziale tra Spagna e Stati Uniti in materia di educazione differenziata per sesso.

1. *Costituzione e sistema educativo spagnolo.*

Il delicatissimo terreno del diritto all'istruzione chiama in gioco – con riferimento all'ordinamento spagnolo (art. 27 CE)¹ – una riflessione in

¹ Per un inquadramento del diritto all'istruzione nella Costituzione spagnola, si vedano, tra gli altri, C. VIDAL PRADO, *El derecho a la educación en España. Bases constitucionales para el acuerdo y cuestiones controvertidas*, Marcial Pons, Madrid, 2017; L. COTINO HUESO, *El derecho a la educación como derecho fundamental. Especial atención a su dimensión social prestacional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012; C. RODRÍGUEZ COARASA, *La libertad de enseñanza en España*, Tecnos, Madrid, 1998; A. FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, *De la libertad de enseñanza al derecho a*

ordine alla specifica declinazione del principio di uguaglianza in tale settore, con particolare attenzione alla configurazione dei modelli educativi diversi da quelli “ordinari” ad educazione mista².

A titolo di premessa, si tenga presente che la materia educativa rappresenta uno degli argomenti più conflittuali che esistono, sia sul piano politico, sia su quello giurisdizionale. In particolare, sul primo versante deve considerarsi che, dall'entrata in vigore della Costituzione del 1978, sono state approvate ben otto leggi organiche destinate a regolamentare in modo più o meno sistematico numerosi profili del sistema educativo³.

Sul piano delle controversie giudiziarie, le stesse leggi sono state in numerose occasioni oggetto di ricorso diretto di costituzionalità al TC (da parte dei partiti politici dell'opposizione al Governo in carica)⁴, la cui giurisprudenza – spesso frantumata, sul tema, tra maggioranza e opinioni separate – si è rivelata fondamentale per l'interpretazione e applicazione del dettato legislativo⁵, sebbene non sia riuscita a sopire del tutto i forti conflitti sottostanti.

la educación. Los derechos educativos en la Constitución española, Ceura, Madrid, 1988 e A. EMBID IRUJO, *Las libertades en la enseñanza*, Tecnos, Madrid, 1983.

² Il tema è stato affrontato di recente da C. VIDAL PRADO, *Educación y valores superiores del ordenamiento: igualdad y libertad*, in *IgualdadES*, 4, 2021, p. 255 ss. Il principio di uguaglianza è stato altresì invocato, in materia educativa, in ordine alla legittimità costituzionale dei modelli scolastici per alunni con bisogni educativi speciali (*educación especial*), sui quali cfr. STC 10/2014, de 27 de enero (con opinione dissenziente congiunta di ORTEGA ÁLVAREZ e XIOL RÍOS).

³ Nell'ordine, si vedano: *Ley Orgánica 5/1980, de 19 de junio, por la que se regula el Estatuto de Centros Escolares* (LOECE); *Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación* (LODE); *Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo* (LOGSE); *Ley Orgánica 9/1995, de 20 de noviembre, de Participación, Evaluación y Gobierno de los Centros Docentes* (LOPEG); *Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación* (LOCE); *Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación* (LOE); *Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la Mejora de la Calidad Educativa* (LOMCE); *Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación* (LOMLOE, nota anche come *Ley Celaá*). A titolo di completezza storica, deve essere menzionata anche la *Ley General de Educación* del 1970, la quale sostituì la *Ley de Instrucción Pública* (*Ley Moyano*) del 1857 ed introdusse (per la prima volta in Spagna) l'educazione mista.

⁴ Ai sensi dell'art. 162.1.a), CE.

⁵ In questo senso, sono state impugnate la LOECE del 1980 (STC 5/1981); la LO-

In questo scenario di continua fibrillazione e conflittualità politico-giuridica, un primo settore nel quale si possono cogliere appieno le tensioni tra diritto all'istruzione e principio egualitario è quello della *educación diferenciada*, organizzata in modelli strutturali diversi in ragione del sesso degli alunni⁶.

Parallelamente, laddove si giunga ad ammettere la legittimità costituzionale di tale disegno scolastico-educativo, si pone l'ulteriore problema circa la conformità a Costituzione della possibilità di ammettere un regime (facoltativo) di finanziamento pubblico in favore di tali scuole, sino a giungere addirittura alla configurazione di un vero e proprio diritto soggettivo⁷.

È risaputo che l'art. 27 CE rappresenta una norma di compromesso, al tempo stesso «consenso de inclusión de mínimos» e «máxima expresión del consenso básico sobre la educación»⁸ in sede costituente e che nella densità del suo contenuto (integrato da ben dieci commi) è condensata l'essenza della pluralità dei diritti in materia educativa⁹.

DE del 1985 (STC 77/1985); la LOMCE del 2013 (SSTC 31/2018; 66/2018 e 74/2018) e la LOMLOE del 2020 (cfr. *infra*, nel testo).

⁶In termini più ampi, il tema delle differenziazioni “sostanziali” in ambito scolastico è stato di recente affrontato da F. REY MARTÍNEZ, *Segregación escolar en España. Marco teórico desde un enfoque de derechos fundamentales y principales ámbitos: socioeconómico, discapacidad, etnia y género*, Marcial Pons, Madrid, 2021.

⁷Cfr. *infra*, Parte II, Cap. IV, § 2.

⁸G. CÁMARA VILLAR, *Constitución y Educación (Los derechos y libertades del ámbito educativo a los veinte años de vigencia de la Constitución Española de 1978)*, in G. TRUJILLO, L. LÓPEZ GUERRA, P. GONZÁLEZ-TREVIJANO (a cura di), *La experiencia constitucional, 1978-2000*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, rispettivamente p. 267 e pp. 271-272.

⁹Cfr. P. NUEVO LÓPEZ, *La Constitución educativa del pluralismo: una aproximación desde la teoría de los derechos fundamentales*, UNED, Madrid, 2009, p. 151, il quale ha parlato in materia di «guerra educativa». Non è ricompresa formalmente in tale disposizione (bensì nell'art. 20 CE, in ordine alla libertà di espressione) la *libertad de cátedra*, intesa quale «proyección de la libertad ideológica y del derecho a difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones de los docentes en el ejercicio de su función. Consiste, por tanto, en la posibilidad de expresar las ideas o convicciones que cada profesor asume como propias en relación a la materia objeto de su enseñanza» (STC 217/1992, de 1 de diciembre, FJ2). Sul tema, vedi C. VIDAL PRADO, *La*

Ai fini qui di interesse, è doveroso concentrare l'attenzione sui primi due commi della citata disposizione costituzionale. Da un lato, l'art. 27.1 CE introduce una importante differenziazione tra *derecho a la educación* e *libertad de enseñanza*: in particolare, il primo indica un «proceso de formación global del individuo conforme a unas convicciones morales, filosóficas y religiosas, esto es, entendida como su formación cívica en un determinado orden social»¹⁰, mentre la seconda deve essere intesa come «proyección de la libertad ideológica y religiosa y del derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas u opiniones que también garantizan y protegen otros preceptos constitucionales»¹¹.

Dall'altro, è stato ritenuto che l'art. 27.2 CE disciplini altresì quello che – con la ricorrente (e molto discussa) espressione coniata dal Giudice Tomás y Valiente nell'opinione dissenziente alla STC 5/1981 – è stato definito come l'«ideario educativo de la Constitución» e che lo stesso *Magistrado discrepante* ha riassunto nell'esigenza costituzionale di costruire modelli educativi che si fondino, in modo vincolante, sul «respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales»¹².

Come è intuibile, la definizione dei principi fondamentali e, soprattutto, la loro effettiva modulazione rispetto alle fattispecie interessate rappresentano il sottile crinale tra attuazione della Costituzione ed illegittimità costituzionale, lungo il quale oscillano sia alcune specifiche modalità educative, sia l'insegnamento di determinate materie.

Nel primo caso, il riferimento deve intendersi rivolto, oltre che al modello dell'educazione differenziata per sesso – di cui si darà ampiamente

libertad de cátedra: un estudio comparado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001 e E. EXPÓSITO, *La libertad de cátedra*, Tecnos, Madrid, 1995.

¹⁰ B. ALÁEZ CORRAL, *El ideario educativo constitucional como fundamento de la exclusión de la educación diferenciada por razón de sexo de la financiación pública*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 86, 2009, p. 35.

¹¹ STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ7. Detta interpretazione rappresenta, a sua volta, l'aggancio ottimale con l'art. 27.2 CE, ove si afferma che «la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales».

¹² *Voto particular* di TOMÁS Y VALIENTE, cit., § 10.

conto nel presente Capitolo – all’(in)ammissibilità della modalità educativa sotto forma di istruzione domiciliare (*homeschooling*)¹³.

Nel secondo, i maggiori conflitti sono stati suscitati dalla previsione di un insegnamento (obbligatorio) specifico di *educación para la ciudadanía*¹⁴, nonché dall'introduzione – nella sola *Comunidad Autónoma* di Murcia – del cosiddetto *pin parental*, il quale comportava la presenza di un consenso favorevole dei genitori alla partecipazione dei propri figli a determinate attività scolastiche complementari¹⁵.

Le descritte incertezze definitorie hanno trovato terreno fertile anche sul piano dottrinale. In esso, per un verso è possibile riscontrare interpretazioni “pervasive” riguardo all'esistenza di un *ideario educativo* “costituzionalmente orientato”, diretto a «delimitar el objeto y el contenido del extenso y complejo derecho fundamental a la educación; excluyendo, de una parte, de la garantía de las libertades educativas aquellas conductas iusfundamentales menoscabadoras o impeditivas del logro de esa finalidad constitucional; y ordenando, de otra parte, a los poderes públicos ejercer sus poderes y diseñar sus políticas educativas de la forma que mejor satisfagan la educación en el ideario educativo constitucional»¹⁶.

¹³Cfr. A. VALERO HEREDIA, *Ideario educativo constitucional y «homeschooling»: a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 133/2010, de 2 de diciembre*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 94, 2012, p. 411 ss. La sentenza, adottata da cinque Magistrati della *Sala Primera* a fronte di un *recurso de amparo*, non conteneva opinioni dissenzienti.

¹⁴Cfr. A. EMBID IRUJO, *La educación para la ciudadanía en el sistema educativo español. Reflexiones jurídicas*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 83, 2008, p. 11 ss. e P. NUEVO LÓPEZ, *La introducción de la asignatura “Educación para la Ciudadanía” y la concepción constitucional del pluralismo político*, in *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 56, 2006, p. 61 ss.

¹⁵Il tema è stato trattato da J.M. CONTRERAS MAZARÍO, *Valores educativos, ideario constitucional y derecho de los padres: la cuestión del «pin o censura parental»*, in *Revista de Derecho Político*, 110, 2021, p. 79 ss.

¹⁶B. ALÁEZ CORRAL, *El ideario educativo constitucional como límite a las libertades educativas*, in *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 17, 2011, p. 107. Per una diversa interpretazione estensiva dell'*ideario constitucional*, incentrata sulla definizione di una *educación inclusiva* quale «pleno desarrollo de la personalidad en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos fundamentales», cfr. F. REY MARTÍNEZ, *El ideario educativo constitucional... inclusivo*, in *Revista de Derecho Político*,

Per l'altro, si oscilla tra posizioni di profondo scetticismo e contrasto circa l'ammissibilità della suddetta categoria – in quanto estranea al dettato costituzionale, frutto di un'opinione giudiziale minoritaria e foriera di potenziali “fughe in avanti” su questioni rispetto alle quali la mancanza di consenso è legittima¹⁷ – ed interpretazioni “mediane” che ne ammettono l'utilizzo, a condizione che se ne faccia però un'applicazione restrittiva, rivolta a preservare il pluralismo politico ed il diritto di libertà educativa riconosciuto (anche) ai centri scolastici¹⁸.

1.1. ¿Separados pero iguales? *La educación diferenciada in Spagna e la STC 31/2018 (prima parte, ovvero della legittimità teorica del modello educativo).*

In tale complicato contesto si inserisce la STC 31/2018, de 10 de abril¹⁹, con particolare riferimento all'impugnazione dell'art. 84.3, §2,

111, 2021, p. 37 e O. SALAZAR BENÍTEZ, *Educación, igualdad y ciudadanía: apuntes sobre el triángulo democrático del pacto constitucional*, in *IgualdadES*, 4, 2021, p. 219 ss.

¹⁷ Si vedano C. VIDAL PRADO, *Educación y valores superiores del ordenamiento: igualdad y libertad*, cit., p. 259 (il quale rifugge la presunta forza limitante e gerarchizzante dell'art. 27.2 CE rispetto alle altre dimensioni costituzionali del diritto all'istruzione); ID., *El diseño constitucional de los derechos educativos ante los retos presentes y futuros*, in *Revista de Derecho Político*, 100, 2017, p. 739 ss., soprattutto p. 749 ss. e J. ESTEVE PARDO, *Paradojas de la discriminación en materia educativa. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo Federal Alemán de 30 de enero de 2013 sobre el modelo de educación diferenciada*, in *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 37, 2013, p. 11, nota 11.

¹⁸ Cfr. P. NUEVO LÓPEZ, *Derechos fundamentales e ideario educativo constitucional*, in *Revista de Derecho Político*, 89, 2014, p. 232: «Extender en exceso el contenido del ideario educativo constitucional puede implicar querer convertir lo legal en criterio de moralidad y en parámetro para enjuiciar el ejercicio de los derechos de libertad (por ejemplo, el derecho de los padres a elegir la educación moral y religiosa de sus hijos)».

¹⁹ Pubblicata in B.O.E., n. 124, de 22 de mayo de 2018, p. 53548-53638. La sentenza è stata ampiamente commentata dalla dottrina, con posizioni contrastanti. Per una lettura favorevole, cfr. R. BÁEZ SERRANO, *Hacia la consolidación de la constitucionalidad de la educación diferenciada. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2018*, in *Revista de Derecho Político*, 105, 2019, p. 251 ss. e C. VIDAL PRADO, *Educación diferenciada y Tribunal Constitucional*, in *Revista General de Derecho Constitucional*, 29, 2019; critica, invece, la ricostruzione di M.M. NAVAS SÁNCHEZ, *La educación diferenciada*

LOE (nella versione introdotta dalla LOMCE): esso disponeva che non vi era discriminazione laddove l'organizzazione del sistema scolastico fosse stata configurata secondo un modello differenziale/separato per sessi, in conformità con l'art. 2 della Convenzione contro la discriminazione nell'istruzione, adottata dalla Conferenza Generale dell'UNESCO il 14 dicembre 1960 (d'ora in avanti, Convenzione UNESCO)²⁰.

Secondo il ricorrente – il *Partido Socialista Obrero Español* (PSOE), principale partito di opposizione al Governo in carica – la predetta disposizione si poneva in contrasto con l'art. 14 CE, il quale impone l'uguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge, «sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de [...] sexo»²¹.

In parallelo, era dedotta un'ulteriore censura di incostituzionalità rispetto agli artt. 27.2 e 9.2 CE. Nel primo caso, si affermava che l'educaz-

por razón de sexo ante el derecho constitucional. Un debate con múltiples voces: legislación, doctrina y jurisprudencia, in *IgualdadES*, 4, 2021, p. 239 ss. e ID., *¿Diferenciar o segregar por razón de sexo? A propósito de la constitucionalidad de la educación diferenciada por sexo y su financiación pública. Comentario a la STC 31/2018 y conexas*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 43, 2019, p. 473 ss. Con riferimento al dibattito anteriore alla STC 31/2018, si vedano O. SALAZAR BENÍTEZ, *Educación diferenciada por razón de sexo y derecho a la educación. Sobre la inconstitucionalidad de la reforma del artículo 84.3 de la Ley Orgánica de Educación*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 106, 2016, p. 451 ss.; J.L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *Escolarización homogénea por razón del sexo y derecho fundamental a la educación en libertad*, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, 154, 2012, p. 71 ss.; B. ALÁEZ CORRAL, *El ideario educativo constitucional como límite a las libertades educativas*, cit. e ID., *El ideario educativo constitucional como fundamento de la exclusión de la educación diferenciada por razón de sexo de la financiación pública*, cit.

²⁰ L'impugnazione dell'art. 84.3 LOE concerneva altresì la legittimità costituzionale della possibilità (quando non l'esistenza di un vero e proprio obbligo) di finanziamento pubblico delle suddette scuole: la questione sarà diffusamente trattata *infra*, Parte II, Cap. IV, § 2. Inoltre, si tenga presente che, oltre a quello sopra descritto, il ricorso – e, in parallelo, anche la sentenza – era articolato in altri quattro blocchi argomentativi: nel primo era contestata la nuova configurazione delle modalità di controllo e gestione degli istituti scolastici da parte di professori, genitori e studenti; nel secondo, si lamentava l'equiparazione dell'insegnamento di religione rispetto a quello di educazione civica; nel terzo, era censurata la separazione degli alunni per curriculum nell'educazione secondaria obbligatoria; infine, nel quarto era contestato l'art. 84.2 LOE, in ordine ai criteri "addizionali" di selezione degli studenti sulla base del rendimento scolastico.

²¹ Cfr. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M^aF. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986.

ione differenziata non poteva essere ricompresa nell'*ideario educativo constitucional* ivi previsto, poiché incapace di favorire «el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales»; in secondo luogo, era denunciata una violazione del principio di uguaglianza sostanziale, in quanto tale modello non si inseriva nel solco della rimozione effettiva degli ostacoli di ordine economico e sociale, al fine di garantire piena libertà ed uguaglianza tra i cittadini.

La maggioranza del *Pleno* del TC respingeva – per otto voti a quattro – l'esistenza di una natura discriminatoria dell'educazione differenziata per sesso, attraverso una serie di argomenti tra loro interconnessi.

In prima battuta, i Giudici costituzionali sviluppavano il proprio ragionamento a partire da una premessa di diritto internazionale, richiamando la necessità di interpretare il sistema nazionale di diritti e libertà fondamentali d'accordo con i trattati internazionali sottoscritti dalla Spagna (*ex art. 10.2 CE*)²².

Ne derivava, tuttavia, un'interpretazione sotto certi aspetti “circolare”, laddove la nuova versione dell'art. 84.3 LOE era ritenuta conforme a Costituzione proprio sulla base di quell'art. 2 della Convenzione UNESCO del 1960 che esso stesso poneva a fondamento della legittimità della *educación diferenciada*.

A continuazione, il TC riconduceva la configurazione del predetto modello di istruzione al principio della «libertad de creación de centros docentes» dell'art. 27.6 CE – escludendo che lo stesso potesse essere sus-

²²In questo senso, «la importancia de la interpretación con los criterios a que se refiere el artículo 10.2 CE es evidente en relación con los derechos reconocidos por el artículo 27 CE. La lectura de los debates de las Cortes constituyentes muestra que tal previsión hermenéutica fue incorporada en el Senado al hilo del debate relativo al que luego sería el definitivo artículo 27 de la Constitución, es decir, en relación con los derechos precisamente consagrados en ese precepto. Existe una estrecha ligazón, por tanto, entre el contenido del artículo 27 CE y la voluntad del constituyente de que su interpretación se hiciera, entre otros criterios, a la luz de los textos internacionales suscritos por el Reino de España» (STC 31/2018, cit., FJ4.a, p. 53565). Con riferimento a tale disposizione, si veda A. SÁIZ ARNÁIZ, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

sunto nei più ristretti confini del rispetto delle proprie convinzioni religiose e morali (art. 27.3 CE) – attraverso il quale trovava riconoscimento in Costituzione l'esistenza di un *ideario educativo* anche da parte dei singoli istituti scolastici.

Di conseguenza, a fronte del riconoscimento di un diritto soggettivo alla creazione di istituti ispirati ad un determinato modello educativo – non sindacabile, in sede giurisdizionale, sul piano etico-valoriale – il TC escludeva che esso fosse discriminatorio e, in quanto tale, illegittimo²³.

Infatti, se è vero che il sistema di educazione differenziata introduceva una separazione “formale” tra gli alunni di sesso maschile e femminile, era altrettanto vero che la stessa non si traduceva in un trattamento giuridicamente diversificato (favorevole o pregiudizievole per gli uni e non per gli altri), essendo garantito ad entrambi i sessi, in modo equivalente, l'accesso al sistema scolastico e la medesima formazione educativa, nel rispetto dei diritti fondamentali e della pacifica convivenza²⁴.

Pertanto, qualsiasi differenza ingiustificata di trattamento sarebbe attribuibile al singolo centro scolastico e non al modello educativo in astratto considerato²⁵.

²³ Cfr. STC 31/2018, cit., p. 53572: «la educación diferenciada por razón de sexo se presenta por sus promotores como un determinado tipo o modelo pedagógico, sobre el que este Tribunal – obvio es decirlo – no puede ofrecer criterio valorativo alguno. Sí es relevante para nuestro análisis, sin embargo, que esa caracterización implica su consideración como una parte del ideario o carácter propio del centro que escoge esa fórmula educativa. De esta forma, para analizar su conformidad con el texto constitucional ha de analizarse si cumple los límites del derecho de creación de centros docentes, del que, como ya se ha expuesto, nace el derecho al ideario».

²⁴ *Ivi*, p. 53566: «lo relevante a los efectos de analizar una posible discriminación de la educación diferenciada por sexos es la equivalencia en el acceso de los alumnos y alumnas a la enseñanza, en las condiciones de prestación y en los contenidos docentes. Por el contrario, no es determinante en sí mismo, a tales efectos, si el modelo pedagógico es de coeducación o de educación diferenciada por sexos, siempre que esté garantizada aquella equivalencia. De esta forma, en los términos de la Convención, la educación diferenciada por sexos no es discriminatoria, como tampoco lo es la educación separada por motivos lingüísticos o religiosos o en centros privados, siempre que se cumplan las condiciones previstas en ese texto internacional».

²⁵ Per G. MORENO BOTELLA, *Educación diferenciada, ideario y libre elección de centro*, in *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, 20, 2009, pp. 14-15,

1.2. *I votos particulares di Valdés Dal-Ré, Xiol Ríos e Balaguer Callejón.*

Come già anticipato, la STC 31/2018 conteneva quattro opinioni dissenzienti (sottoscritte da cinque Giudici su dodici)²⁶, il che dimostra in modo plastico la profonda conflittualità della tematica sottesa. Prima di analizzare il contenuto dei corrispondenti *votos particulares*, siano consentite le seguenti brevi precisazioni in ordine alla diffusione dell'opinione dissenziente presso il TC spagnolo.

A seguito della pronuncia del *voto particular* alla STC 107/2020, de 21 de septiembre, Xiol Ríos è divenuto il giudice che ha pronunciato il maggior numero di opinioni dissenzienti/concorrenti nella storia quarantennale del TC, superando il precedente primato di Rodríguez-Zapata Pérez (224 dissensi)²⁷.

Inoltre, Valdés Dal-Ré occupa il quarto gradino nella lista dei Giudici più dissenzienti di sempre (con 192 dissensi)²⁸ e Balaguer Callejón (con 112 dissensi, al 31 dicembre 2022; STC 119/2022) è ottava nella suddetta "classifica"²⁹, pur avendo ancora davanti a sé tre anni di mandato³⁰.

«esto significa que si estas condiciones se cumplen, se está garantizando el principio de igualdad y que tal principio sólo se conculcaría, por ejemplo, si los programas de estudio entre niños y niñas no fueran los mismos (el Convenio de la UNESCO habla de equivalentes), imponiendo a las niñas una asignatura como costura y a los niños matemáticas, o los profesores, unos fueran licenciados y otros no, o que las niñas por ejemplo tuvieran menos facilidad para acceder al sistema de becas y otros ejemplos similares».

²⁶ Si trattava dell'opinione parzialmente dissenziente del Giudice ROCA TRÍAS e delle opinioni dissenzienti dei Giudici VALDÉS DAL-RÉ (alla quale aderisce il Giudice CONDE-PUMPIDO TOURÓN), XIOL RÍOS e BALAGUER CALLEJÓN. Poiché il *voto particular* di ROCA TRÍAS si riferiva unicamente alla specifica questione del finanziamento pubblico delle scuole a modello educativo differenziato – non mettendo in discussione la legittimità "di principio" dei modelli di educazione differenziata – dello stesso si darà conto *infra*, Parte II, Cap. IV, § 2.1.

²⁷ Al 31 dicembre 2022 (data di conclusione del suo mandato), XIOL RÍOS ha pronunciato 291 *votos particulares*.

²⁸ Preceduto solo da XIOL RÍOS, RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ (224) e ASUA BATA-RRITA (194).

²⁹ La precedono altresì VALDÉS DAL-RÉ (192), CONDE MARTÍN DE HIJAS (185), JIMÉNEZ DE PARGA (117) e RODRÍGUEZ ARRIBAS (112).

³⁰ Il suo mandato è iniziato il 15 marzo 2017 e scadrà il 15 marzo 2026.

In ordine cronologico, il *voto particular* di Valdés Dal-Ré (condiviso da Conde-Pumpido Tourón), prendeva le mosse da un'interpretazione estensiva dell'*ideario educativo constitucional*, il quale a sua volta limitava – attraverso la propria espansione – il raggio d'azione dell'*ideario* riconosciuto alle singole istituzioni scolastiche (art. 27.6 CE).

In particolare, egli negava che l'art. 27.2 CE avesse carattere neutrale, «en cuanto impulsa decididamente la difusión de los valores constitucionales: juridifica así la médula de la educación democrática, que si no es paritaria no es democrática, y como tal expresa la finalidad que ha de presidir la entera configuración normativa del sistema educativo»³¹.

Allo stesso tempo, facendo leva sulla dimensione dell'uguaglianza sostanziale di cui all'art. 9.2 CE, Valdés Dal-Ré considerava che solo il modello educativo misto/co-educativo poteva garantire una prospettiva veramente egualitaria (definita “radicale”) tra uomo e donna.

In secondo luogo, egli rilevava una contraddizione in termini nell'interpretazione del modello educativo differenziato da parte della maggioranza: quest'ultima, infatti, da un lato aveva escluso che la diversificazione per sesso potesse essere ricondotta ad una dimensione etico-filosofica o religiosa (ex art. 27.3 CE), salvo poi affermare che il diritto all'*ideario educativo* di cui all'art. 27.6 CE «está conectado con el derecho de los padres a elegir el tipo de formación religiosa y moral que desean para sus hijos, aunque entre ambos no existe relación de instrumentalidad necesaria, que no excluye, empero, la existencia de «una indudable interacción» entre ellos»³².

Valdés Dal-Ré richiamava anche la dimensione della «segregación tradicional, de manifiesto y grueso trazo discriminatorio»³³ che aveva storicamente caratterizzato la storia del sistema educativo spagnolo, dall'ado-

³¹ STC 31/2018, cit., p. 53607.

³² STC 31/2018, cit., p. 53572. La contraddizione intrinseca a questa parte della motivazione è rilevata anche da C. VIDAL PRADO, *Educación diferenciada y Tribunal Constitucional*, cit., p. 16, quando dichiara che «alternativamente a lo que afirma el Tribunal, la relevancia del artículo 27.3 CE es evidente [...] puesto que hay que ponerlo en relación con el artículo 9.2 CE y porque es uno de los elementos en los que se basa también la financiación de la educación básica y gratuita en los centros de iniciativa social conforme a los artículos 27.9 y 27.4 CE».

³³ STC 31/2018, cit., p. 53609.

zione della (prima) legge spagnola in materia di educazione nel lontano 1857, sino a giungere a quella del 1970 – passando attraverso quella del 1945, sull'educazione primaria – tutte ideologicamente orientate verso una specifica concezione (sessista) del ruolo della donna nella società e delle funzioni da essa esercitabili.

Infine, era evocato un parallelismo con la dottrina segregazionista statunitense del «separate but equal», utilizzata dalla Corte Suprema per giustificare la segregazione razziale tra neri e bianchi (nonché la discriminazione dei primi) nel famigerato caso *Plessy vs. Ferguson* (1896).

A seguire, ampio spazio argomentativo era dedicato, da parte di Xiol Ríos, ad una (presunta) applicazione di tale principio nel caso spagnolo, il che offre l'occasione per approfondire le linee tematiche da quest'ultimo affrontate nella propria opinione dissenziente.

In primo luogo, egli precisava come la controversia in esame fosse riconducibile solo alle scuole di natura privata, con la conseguente illegittimità costituzionale *tout court* dell'introduzione di un modello educativo differenziato per sesso nell'ambito della scuola pubblica.

Nel merito, a partire da una prospettiva di diritto antidiscriminatorio che si richiamava all'interpretazione convenzionale della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in ordine all'art. 14 CEDU ed alla sua “declinazione” in materia di discriminazione indiretta³⁴, Xiol Ríos riteneva che l'utilizzo dell'elemento di genere quale parametro differenziale era di per sé «intrinsecamente sospechoso», con la conseguente inversione dell'onere probatorio in capo a chi ha posto in essere tale trattamento e la dimostrazione dell'esistenza di «muy poderosas razones vinculadas a superiores intereses [que] pueden permitir su utilización para implantar tratos diferenciados»³⁵.

A partire da questa considerazione, il Giudice dissenziente stigmatizzava la ritenuta fallacia argomentativa del «separate but equal», qui traspunta astutamente nell'ordinamento spagnolo ed in relazione al diverso parametro del sesso biologico.

³⁴ In questo senso, non sembra affatto casuale il richiamo esplicito a ECHR, *D.H. v. Czech Republic*, cit. e *Orsus v. Croatia*, cit., nonché a ECHR, *Ponomaryovi c. Bulgaria* (Fourth Section), 21 June 2011, secondo cui l'imposizione dell'obbligo di pagare le tasse scolastiche giustificata solo dallo *status* di immigrato comportava una differenza di trattamento discriminatoria e lesiva del diritto all'istruzione.

³⁵ STC 31/2018, cit., p. 53614.

Accanto al già citato riferimento a *Plessy v. Ferguson* e *Brown v. Board of Education*, Xiol Ríos richiamava la giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti nei casi *Mississippi University for Women v. Hogan* (1982) e *United States v. Virginia* (1996), nei quali era stata accertata l'illegittimità di modelli educativi che prevedevano l'accesso di studenti appartenenti ad un solo genere (femminile e maschile)³⁶.

Di conseguenza, egli riteneva che, attraverso una lettura storica e sistematica dell'art. 14 CE – che vieta, in modo formalmente eguale, discriminazioni basate sulla razza o sul sesso – fosse possibile ricavare, con riferimento al genere, un parametro di costituzionalità tanto rigido quanto quello applicato in materia razziale, non potendosi ammettere la legittimità di sistemi educativi differenziati sulla base dell'origine etnica dei partecipanti.

Con riferimento alla Convenzione UNESCO del 1960, era lamentata una sua lettura decontestualizzata e non coordinata con l'evolversi dei tempi: in particolare, Xiol Ríos affermava che, ai tempi in cui fu adottata la citata Convenzione, la previsione del principio del «separate but equal» fosse una sorta di “male minore” necessario, giustificato dalla necessità di favorire una transizione da ordinamenti che negavano in radice il diritto delle donne ad essere educate a modelli educativi “normalizzati”, rivolti a favorire un'integrazione della donna in modo paritario.

Molto interessante è il paragrafo dedicato alla dimensione della tutela delle persone intersessuali, le quali non si riconoscono in nessuno dei due sessi “binari”. Il tema è stato del tutto pretermesso dalla sentenza, «quizá porque es simplemente imposible en términos jurídicos, sobre la manera de solventar el hecho de que dicha segregación excluya de las posibilidades de prestación educativa a quienes no son ni se consideran hombres ni mujeres»³⁷.

Infine, il *voto particular* di Xiol Ríos si concludeva con diverse argomentazioni su alcuni addentellati che giustificerebbero la natura sospetta del trattamento differenziato per ragioni di sesso.

³⁶ Cfr. *infra* in questo Capitolo, §§ 2.1. e 2.2.

³⁷ STC 31/2018, cit., p. 53620. Sul tema dell'intersessualità, cfr. L. BERNINI, *Maschio e Femmina Dio li creò!? Il sabotaggio transmodernista del binarismo sessuale*, Il Dito e la Luna, Milano, 2010 e G.N. CALLAHAN, *Between XX and XY. Intersexuality and myth of two sexes*, Chicago Review Press, Chicago, 2009.

Nel dettaglio, da un lato era ribadito il mancato soddisfacimento dell'*onus probandi* da parte del Legislatore (tanto più grave in quanto innovativo rispetto alla disciplina pregressa); dall'altro si riteneva che l'educazione differenziata rappresentava il paradigma per eccellenza dello stereotipo sessista – mascherata dietro una finta neutralità metodologica – perpetuato in istituzioni scolastiche che manterrebbero in vigore modelli introdotti in epoca pre-democratica e che sarebbero (religiosamente) ispirati da «idearios que sostienen posiciones particularistas sobre distribución de roles sociales entre los sexos»³⁸.

Concludendo, si consideri anche l'opinione dissenziente del Giudice Balaguer Callejón, da sempre molto belligerante – già durante la sua lunga esperienza accademica – sulle questioni di genere³⁹. Essa assumeva fin da subito una posizione “ideologica” contro l'educazione differenziata, attraverso la quale si pretendeva di trasformare «en verdad jurídica una falsedad científica manifiesta»⁴⁰, con un conseguente regresso storico che avrebbe ricondotto la Spagna a stagioni pre-costituzionali.

In secondo luogo, sulla scia di Xiol Ríos, era ripreso l'argomento della mancata “attualizzazione” della Convenzione UNESCO del 1960: sul punto, Balaguer Callejón denunciava una sorta di interpretazione *a contrario* da parte della maggioranza in quanto, anziché dotare la stessa Convenzione di un significato al passo con i tempi attuali, essa aveva di fatto “adeguato” il diritto all'educazione proprio del XXI secolo ad un'epoca storica anteriore di quarant'anni.

Inoltre, si evidenziava il fatto che la Convenzione UNESCO era stata ratificata dalla Spagna nel 1969 (un anno prima che, con la legge educativa del 1970, fosse introdotto il primo modello di educazione mista) e che documenti internazionali successivi avevano introdotto politiche “proatti-

³⁸ STC 31/2018, cit., p. 53623.

³⁹ Tra le sue opere di rilievo costituzionalistico, cfr. M.L. BALAGUER CALLEJÓN, *Igualdad y Constitución española*, Tecnos, Madrid, 2010 e ID., *Mujer y Constitución: la construcción jurídica del género*, Cátedra, Madrid, 2005. Da ultimo in tema, si veda A. CÁRDENAS CORDÓN, O. SALAZAR BENÍTEZ, *La interpretación y aplicación del Derecho en clave de igualdad de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

⁴⁰ STC 31/2018, cit., p. 53629.

ve” in materia antidiscriminatoria, rivolte a conseguire una parità effettiva tra i sessi⁴¹.

Infine, il Giudice dissenziente riscontrava un contrasto evidente l'art. 9.2 CE, poiché non poteva esservi, a suo dire, uguaglianza sostanziale laddove si mantenevano in vigore presunti rapporti stereotipati di genere che – attraverso un modello pseudo-educativo, ritenuto privo di evidenze scientifiche – negavano in radice il principio egualitario, il quale era espressione di un *ideario constitucional* qui pretermesso.

1.3. *Per un dissenso personale ai votos particulares alla STC 31/2018.*

L'ampiezza e varietà delle argomentazioni spese nei *votos particulares* sopra commentati, nonché la forte spinosità del tema impongono alcune brevi considerazioni critiche (dissenzienti, si potrebbe dire, rispetto ai dissensi alla STC 31/2018) in ordine alle linee interpretative ivi impiegate, soprattutto laddove ricorrono all'argomento delle citazioni comparate.

In primo luogo, si ritiene che il rinvio alla dottrina della Corte Suprema statunitense che ha permesso (a partire dalla *dissenting opinion* di Justice Harlan in *Plessy*)⁴² il superamento del principio del «separate but

⁴¹ STC 31/2018, cit., p. 53631-53632: «No se puede deducir de la ausencia de prohibición en un tratado internacional, la constitucionalidad de la inclusión de la educación diferenciada en nuestro sistema educativo estatal. No puede obviarse que nuestro país ratificó, a partir de 1969, varios tratados internacionales más, que también tienen relieve en lo que hace a la interpretación del principio de no discriminación en el seno de las comunidades escolares, muy particularmente la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979 (CEDAW), la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989 (CDN), y el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011».

⁴² In questo senso, il richiamo di XIOL RÍOS al citato dissenso si inserisce in una prospettiva di “canonizzazione” dell'opinione minoritaria – qui non riferibile, al contenuto “maggioritario” di una sentenza, bensì con l'obiettivo di rafforzare la persuasività delle proprie argomentazioni – enunciata da R. PRIMUS, *Canon, Anti-Canon, and Judicial Dissent*, cit., p. 252, secondo cui «by reimagining a dissenting Justice and presenting him as a heroic figure, and by simultaneously reimagining the meaning of that Justice's dissenting opinions, courts reshape the constitutional canon and construct authorities on which they can then rely in cases before them».

equal» – rinvio suggestivo e di impatto emotivo – sconti diverse criticità di partenza e rispetto alla sua concreta applicazione nel caso spagnolo⁴³.

Nel dettaglio, al di là dell'eccesso dialettico rappresentato dal tentativo di stabilire parallelismi tra un determinato modello educativo che si iscrive nel contesto di una società moderna, democratica e plurale (quale è quella spagnola) e la tragica esperienza americana della segregazione razziale – fortunatamente superata – quasi a lasciar intendere una certa equiparabilità tra le due situazioni, occorre precisare quanto segue.

Da un lato, il modello segregazionista degli Stati Uniti era l'unica alternativa (giuridicamente obbligatoria) presente negli Stati che lo praticavano, mentre nel caso spagnolo l'accesso ad un sistema di istruzione differenziata per sesso – e non in base al differente elemento razziale – è rimesso alla libera scelta degli utenti, i quali possono decidere di usufruirne o meno, a seconda delle proprie inclinazioni personali⁴⁴.

Dall'altro, non può essere trascurato il fatto che il superamento (quantomeno formale) del principio del «separate but equal» a livello razziale negli Stati Uniti si inseriva in una realtà socio-istituzionale nella quale la segregazione tra bianchi e neri era ancora diffusa – nonché assai accettata – sia a livello legislativo, sia sul piano dell'applicazione effettiva.

Viceversa, in Spagna la configurazione di un modello educativo differenziato si iscrive in una stagione di democrazia costituzionale del tutto consolidata, nel quale il riconoscimento e, soprattutto, la protezione efficace dei diritti fondamentali è garantita, senza riserve ed a più livelli, a tutti coloro che ritengano di aver subito una lesione degli stessi.

⁴³ Sull'utilizzo dell'argomento comparato nella giurisprudenza costituzionale spagnola, si vedano X. ARZOZ SANTISTEBAN, *La cita de jurisprudencia constitucional comparada por el Tribunal Constitucional español*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 125, 2022, p. 13 ss.; P. TENORIO, *El derecho comparado como argumento de las decisiones del Tribunal Constitucional español*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 108, 2016, p. 275 ss. e G. DI PLINIO, *Uso del «comparato» e problemi di legittimazione nelle dinamiche delle corti costituzionali: lo stile spagnolo*, in G.F. FERRARI, A. GAMBARO (a cura di) *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006, p. 63 ss.

⁴⁴ Cfr. U.S. Supreme Court, *Mississippi University for Women v. Hogan*, 458 U.S. 718 (1982), p. 741, nota 2/9, POWELL, J., dissenting; «It was characteristic of racial segregation that segregated facilities were offered, not as alternatives to increase the choices available to blacks, but as the sole alternative».

In secondo luogo, la trasposizione della radicale illegittimità della dottrina del «separate but equal» dal piano della discriminazione per gruppo etnico a quello della diversa dimensione sessuale rivelava una chiara (e voluta?) inesattezza di fondo⁴⁵ che, a sua volta, si ripercuoteva su un utilizzo non condivisibile dell'argomento comparato⁴⁶.

È noto, infatti, che a partire dalla giurisprudenza plasmata dalla Corte Suprema degli Stati Uniti nel caso *Craig v. Boren* (1976)⁴⁷ ed oggi cristallizzata, la categoria concettuale del genere non è sussumibile entro i confini dello *strict scrutiny*⁴⁸, bensì trova tutela nella rete – a maglie più ampie e, soprattutto, più favorevoli alle scelte del Legislatore – dell'*intermediate scrutiny*, secondo cui «to withstand constitutional challenge [...] classifications by gender must serve important governmental objectives and must be substantially related to achievement of those objectives»⁴⁹.

⁴⁵ Peraltro candidamente confessata da XIOL RÍOS (STC 31/2018, cit., p. 53617): «No desconozco que el parámetro de control en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos en relación con la discriminación sexual –incluyendo el fenómeno de la segregación– no es coincidente con la racial, que es donde ha alcanzado su máxima expresión». Piuttosto, egli avrebbe forse potuto richiamarsi – in un suggestivo incontro tra opinioni dissenzienti – a *Vorchheimer v. Philadelphia School District*, 532 F.2d 880 (3d Cir. 1976), p. 889, GIBBONS, Circuit Judge, dissenting: «The majority opinion, in establishing a twentieth-century sexual equivalent to the *Plessy* decision, reminds us that the doctrine can and will be invoked to support sexual discrimination in the same manner that it supported racial discrimination prior to *Brown*».

⁴⁶ In questo senso, «se detecta [u]na utilización problemática, relacionada con la inexacta comprensión del contenido del pronunciamiento que se cita o la invocación de pronunciamientos jurisprudenciales controvertidos en el Estado de origen» (X. ARZOZ SANTISTEBAN, *La cita de jurisprudencia constitucional comparada por el Tribunal Constitucional español*, cit., 39).

⁴⁷ U.S. Supreme Court, 429 U.S. 190 (1976).

⁴⁸ Come era stato invece ritenuto nella *plurality opinion* di Justice BRENNAN in U.S. Supreme Court, *Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677 (1973), p. 688, poi superata dalla stessa Corte Suprema: «classifications based upon sex, like classifications based upon race, alienage, or national origin, are inherently suspect, and must therefore be subjected to strict judicial scrutiny».

⁴⁹ U.S. Supreme Court, 429 U.S. 190 (1976), p. 197. Cfr. anche U.S. Supreme Court, *Clark v. Jeter*, 486 U.S. 456 (1988), p. 461: «Between these extremes of rational basis review and strict scrutiny lies a level of intermediate scrutiny, which generally has been applied to discriminatory classifications based on sex or illegitimacy».

Di conseguenza, se già in partenza un parallelismo tra l'elemento razziale e quello sessuale è errato con riferimento alla giurisprudenza "originaria" della Corte Suprema, al contesto statunitense ed alla metodologia applicabile nel controllo di costituzionalità, a maggior ragione è sviante il tentativo di trasferire tale premessa (con la corrispondente equiparazione) nell'ordinamento spagnolo sulla base dell'argomento decisivo – ricostruito però in modo non corretto e "decontestualizzato" – del principio del «separate but equal»⁵⁰.

Con riferimento all'utilizzazione del parametro storico applicato in modo diffuso nelle tre opinioni dissenzienti, se non si può pretendere una totale coordinazione tra le linee argomentative impiegate dai singoli Giudici in *votos particulares* separati, è altrettanto possibile notare una contraddizione di fondo tra gli stessi ed una decontestualizzazione dei dati indicati.

In particolare, il Giudice Valdés Dal-Ré insisteva a lungo sul (presunto) stereotipo sessista perpetuato dalla legislazione educativa spagnola tra il 1857 ed il 1970, con l'intenzione di veicolare il messaggio (fuorviante) dell'attuale persistenza di discriminazioni per ragioni di sesso a discapito delle donne⁵¹.

Tale rinvio casistico – indiscutibile sul piano degli eventi storici – appare tuttavia parziale, poiché elude di considerare i quarant'anni di esperienza democratica che intercorrono tra l'adozione della Costituzione del 1978 e la STC 31/2018, nel corso della quale sono stati conseguiti innegabili miglioramenti sul piano della tutela antidiscriminatoria e della parità di genere, sia sul piano interno, sia nell'ambito della tutela sovranazionale dei diritti⁵².

⁵⁰ Cfr. G.J. SIMSON, *Separate but Equal and Single-Sex Schools*, in *Cornell Law Review*, 90, 2005, p. 443 ss. In questo senso, valga la critica di L.-J. CONSTANTINESCO, *Il metodo comparativo*, cit., p. 161, secondo cui «la portata di un istituto giuridico è relativa, in quanto concerne l'ordinamento e l'epoca [corsi nostri] nei quali esso è applicato [...] Tuttavia, senza rendersene conto, i giuristi tendono a interpretare le norme straniere non secondo il metodo ermeneutico dell'ordinamento al quale esse appartengono, ma con quello del proprio diritto».

⁵¹ In questo senso si esprime R. BÁEZ SERRANO, *Hacia la consolidación de la constitucionalidad de la educación diferenciada*, cit., p. 263.

⁵² L'argomento era ripreso anche da XIOL RÍOS (cfr. STC 31/2018, cit., p. 53618), il

Così facendo, tuttavia, Valdés Dal-Ré applica quello stesso parametro contestato da Balaguer Callejón in ordine alla presunta interpretazione della Convenzione UNESCO del 1960 da parte della maggioranza, leggendo «regresivamente el alcance del derecho a la educación [...] para contextualizarlo en un tiempo histórico del que han pasado ya más de 40 años»⁵³.

Da ultimo, Balaguer Callejón cercava di isolare le sue critiche da qualsiasi valutazione sul merito del modello educativo differenziato, «sin necesidad de entrar a valorar si la segregación por sexo en la escuela es un sistema pedagógico, o el decantado de una cosmovisión más amplia»⁵⁴.

Ciononostante, essa stessa sembrava cadere in contraddizione nel momento in cui sviluppava una linea argomentativa tributaria di una ben definita opzione ideologica di partenza, attraverso la quale esplicitava la propria visione sulla ritenuta fallacia pedagogica dell'educazione differenziata e sugli argomenti di merito (ritenuti maggioritari) che portavano a respingerne eventuali benefici⁵⁵.

quale rivendicava che «una lectura evolutiva y adaptada a la realidad de la sociedad española de la actualidad y de su sistema educativo también hubiera permitido, con un mínimo esfuerzo de lógica argumentativa, superar la necesidad de mantener la falacia del principio 'separados pero iguales' impuesto en la normativa controvertida», per poi affermare che «no cabe negar que en el marco de la tradición histórica española y de otros países de nuestro entorno, la educación diferenciada por sexos ha tenido un sesgo de segregación contrario a la prohibición de discriminación». E allora, se è valida l'esigenza di una interpretazione evolutiva e conforme agli sviluppi della realtà sociale, la stessa non può essere omessa – nello stesso ragionamento – rispetto alle innegabili evoluzioni sociali e culturali sperimentate soprattutto dalla fine della dittatura franchista sino ai giorni nostri.

⁵³ STC 31/2018, cit., p. 53631.

⁵⁴ *Ivi*, p. 53630.

⁵⁵ Si vedano le critiche in proposito di C. VIDAL PRADO, *Educación diferenciada y Tribunal Constitucional*, cit., p. 16, note 33 («El magistrado Valdés Dal-Ré cuestiona la base científica en la que se fundamenta la educación diferenciada, reprochando que no toma en consideración, además del sexo, otras variables como las raíces culturales, el contexto socioeconómico. Cita varios trabajos científicos que respaldan su opinión, sin mencionar, claro, otros muchos que la rechazan») e 34 («La magistrada Balaguer Callejón afirma que la sentencia, al aceptar el planteamiento de los defensores de la educación diferenciada, "quiere transformar en verdad jurídica una falsedad científica manifiesta, si atendemos a las últimas investigaciones que encuentran reflejo, por lo demás,

In ogni caso, separando il giudizio valoriale sul modello educativo in sé considerato da un'analisi teorica sui confini del principio di eguaglianza, non può farsi a meno di evidenziare come il parametro dei valori di fondo ritorna in modo ciclico nelle opinioni dissenzienti considerate attraverso una lettura militante dei contenuti “positivi” dell'*ideario educativo constitucional* e della necessità di aderire ad essi senza possibilità di alternative.

Su quest'ultimo punto, si può rispondere affermando che «la coeducación no está en el ideario constitucional, ni puede estarlo porque no es un objetivo educativo, ni un valor o fin en sí mismo»⁵⁶, trattandosi piuttosto di un mezzo strumentale attraverso il quale conseguire obiettivi “sostanziali” di formazione educativo-sociale – nel contesto del diritto delle diverse scuole ad un proprio *ideario educativo*⁵⁷ – che rilevano in quanto tali e non in base al mezzo attraverso il quale si provvede alla loro implementazione.

Di conseguenza, compenetrando tra loro un'interpretazione degli artt. 14 e 9.2 CE quali strumenti rivolti al conseguimento di obiettivi tendenti all'eliminazione di condotte discriminatorie ed alla parità sostanziale tra gli individui, da un lato e il riconoscimento di un ideale educativo in capo ai centri scolastici, dall'altro (art. 27.6 CE), la soluzione mediana ben potrebbe essere quella di riconoscere un certo grado di deferenza alle

en documentos públicos tan relevantes como los informes PISA de la OCDE”. No sabemos en qué se basa la magistrada para afirmar esto, pero de los informes PISA justamente se deriva lo contrario»).

⁵⁶ J. ESTEVE PARDO, *Paradojas de la discriminación en materia educativa*, cit., p. 11.

⁵⁷ Così, secondo C. VIDAL PRADO, *El diseño constitucional de los derechos educativos ante los retos presentes y futuros*, cit., p. 762, «desde el punto de vista de la libertad de creación de centros y el derecho a dotarles de carácter propio, resulta sumamente discutible que el modelo de educación diferenciada no forme parte del contenido esencial de la libertad de enseñanza». Analogamente, per J. MARTÍNEZ-CANDADO, *La educación diferenciada tras la aprobación de la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre*, in *Revista General de Derecho Constitucional*, 36, 2022, p. 16, «el establecimiento del ideario es manifestación de la libertad de creación de centros docentes, puede extenderse a cualquier ámbito de su actividad, y es una forma de conectar oferta y demanda educativa, o lo que es lo mismo, libertad de creación de centros docentes y derecho de las familias a escoger la formación que quieren para sus hijos».

azioni che il Legislatore decida di intraprendere all'interno di tale cornice costituzionale⁵⁸.

2. Same-sex schools e genere sessuale come elementi di discriminazione negli Stati Uniti?

In relazione al sistema educativo statunitense, si tenga innanzitutto presente che il riconoscimento di ampi orizzonti di libertà di scelta, sia in ordine al modello istituzionale (pubblico o privato), sia in riferimento all'impostazione valoriale di fondo – laica o religiosa – trova fondamento nella pronuncia della Corte Suprema nel caso *Pierce v. Society of Sisters* (1925).

In esso, infatti, è stato affermato in forma unanime che «the fundamental theory of liberty upon which all governments in this Union repose excludes any general power of the State to standardize its children by forcing them to accept instruction from public teachers only. The child is not the mere creature of the State; those who nurture him and direct his destiny have the right, coupled with the high duty, to recognize and prepare him for additional obligations»⁵⁹.

Con specifico riferimento al diverso tema dell'educazione differenziata per sesso, si deve evidenziare come esso non ha mai suscitato negli Stati Uniti le diffuse e roventi polemiche ideologiche pocanzi descritte nell'ordinamento spagnolo, ferma comunque restando la presenza di alcune letture critiche⁶⁰.

⁵⁸ Come ha affermato B. ALÁEZ CORRAL, *El ideario educativo constitucional como límite a las libertades educativas*, cit., p. 123, «debe ser el Parlamento, en tanto expresión de la soberanía de las generaciones vivas, quien determine, en desarrollo de los arts. 9.2 y 27 CE, cuáles son los conceptos estereotipados de los papeles masculino y femenino que han de ser desterrados de la sociedad y cuáles las medidas razonablemente adecuadas para educar conforme a una igualdad real y efectiva de hombres y mujeres».

⁵⁹ U.S. Supreme Court, 268 U.S. 510 (1925), p. 535. A commento, cfr. S.L. CARTER, *Parents, Religion, and Schools: Reflections on Pierce, 70 Years Later*, in *Seton Hall Law Review*, 27, 1997, p. 1194 ss. e S.G. GILLES, *On Educating Children: A Parentalist Manifesto*, in *University of Chicago Law Review*, 93, 1996, p. 937 ss.

⁶⁰ Per N. LEVIT, *Separating Equals: Educational Research and the Long-Term Consequenc-*

Del resto, accanto ad una lunga tradizione storica – riconducibile ai primi anni del XIX secolo – e ad un ampio consenso *bipartisan* e sociale in argomento⁶¹, anche sul piano giurisprudenziale è stato ricordato di recente che «the Supreme Court has never held that separating students by sex in a public school – unlike separating students by race – or offering a single-sex public institution is *per se* unconstitutional»⁶².

Ciononostante, non sono mancate alcune importantissime pronunce sull'argomento che, pur non contestando in radice la legittimità astratta di tale modello educativo, hanno tuttavia provveduto a metterne in discussione (e, in alcuni casi, anche a censurarne) determinate modalità di implementazione.

2.1. *Il caso Mississippi University for Women v. Hogan. Quando ad essere discriminato è l'uomo ...*

Il primo grande *landmark case* sulla materia degno di attenzione è rappresentato da *Mississippi University for Women v. Hogan* (1982)⁶³. Nel

es of Sex Segregation, in *George Washington Law Review*, 67, 1999, p. 526, «sex segregation with connotations of inequality is of too recent vintage – indeed, it never left us. Equality of opportunity requires boys and girls to live and to learn together, because life outside the classroom is coed», mentre, secondo C. FUCHS EPSTEIN, *The Myths and Justifications of Sex Segregation in Higher Education: VMI and the Citadel*, in *Duke Journal of Gender Law and Policy*, 4, 1997, p. 101, «the arguments offered in support of all-male or all-female educational institutions mask the larger issue of segregation as a means used to prevent women from controlling their lives and accessing formal and informal channels to equality».

⁶¹ Si veda M. CALVO CHARRO, *Los colegios diferenciados por sexo en Estados Unidos: constitucionalidad y actualidad de una tendencia imparable*, in *Revista de Derecho Político*, 86, 2013, p. 159 ss. In particolare, si suole menzionare in questo senso l'emendamento congiunto a firma delle senatrici Hutchison (repubblicana) e Clinton (democratica) al progetto di legge denominato *No Child Left Behind Act* del 2001, diretto a favorire quanto più possibile la diffusione e finanziamento delle scuole differenziate per sesso.

⁶² *A.N.A. v. Breckinridge County Board of Education*, 833 F. Supp. 2d 673 (W.D. Ky, 2011), p. 678.

⁶³ U.S. Supreme Court, 458 U.S. 718 (1982). Non è qui considerata la precedente pronuncia resa in U.S. Supreme Court, *Vorchheimer v. Philadelphia School District*, 430 U.S. 703 (1977), la quale aveva confermato (a fronte di una «equally divided Court» e senza motivazione) la legittimità dell'educazione differenziata per sesso. Sulla giurisprudenza della Corte Suprema in materia di discriminazione di genere prima di *Hogan*, cfr. L.

caso di specie, la Corte Suprema era chiamata a giudicare della costituzionalità – rispetto al XIV Emendamento ed alla *parallela Equal Protection Clause* – del programma di laurea in scienze infermieristiche della *Mississippi University for Women* (MUW), riservato a candidate di sesso femminile⁶⁴.

Per uno stretto margine di cinque voti contro quattro⁶⁵, la maggioranza ritenne che quello specifico modello educativo era incostituzionale⁶⁶. In particolare, essa non escludeva che – in termini formali – fossero ammissibili classificazioni differenziali basate sull'elemento di genere, sempre quando le stesse fossero rivolte ad assistere persone appartenenti ad un determinato sesso ed ingiustamente discriminate, compensando in tal modo lo squilibrio “di partenza”.

Tuttavia, con riferimento alla dimensione femminile, la realtà sociale ed universitaria dello Stato del Mississippi rivelava che, ancor prima della istituzione della *MUW School of Nursing*, i corsi di studio in scienze infermieristiche erano frequentati quasi esclusivamente da donne. Di conseguenza, se ne ricavava che «rather than compensate for discriminatory barriers faced by women, MUW's policy of excluding males from admission to the School of Nursing tends to perpetuate the stereotyped view of nursing as an exclusively woman's job»⁶⁷.

Tra le opinioni dissenzienti, meritano particolare attenzione quelle di Blackmun e Powell (quest'ultima, sottoscritta anche da Rehnquist)⁶⁸. Il

WHEELER, *Single-Sex State Nursing Schools and the U.S. Constitution: Mississippi University for Women v. Hogan*, in *Population Research and Policy Review*, 2(2), 1983, p. 133 ss.

⁶⁴ Inoltre, si trattava del primo *college* pubblico statunitense per sole studentesse (come da legge del Parlamento del Mississippi del 1884).

⁶⁵ O'CONNOR, J., delivered the opinion of the Court, in which BRENNAN, WHITE, MARSHALL and STEVENS, JJ., joined. BURGER, C.J. and BLACKMUN, J., filed dissenting opinions. POWELL, J., filed a dissenting opinion, in which REHNQUIST, J., joined.

⁶⁶ La sentenza è stata redatta da *Justice* O'CONNOR, prima donna ad accedere alla Corte Suprema degli Stati Uniti, nel 1981. Sul (discusso) femminismo giudiziario di O'Connor, vedi J.O. BROWN, W.E. PARMET, M.E. O'CONNELL, *The Rugged Feminism Of Sandra Day O'Connor*, in *Indiana Law Journal*, 32, 1999, p. 1219 ss.

⁶⁷ U.S. Supreme Court, 458 U.S. 718 (1982), p. 729.

⁶⁸ L'opinione dissenziente del *Chief Justice* BURGER si limitava a sottolineare l'esigenza di circoscrivere il principio di diritto enunciato in *Hogan* unicamente alle

primo evidenziava, in partenza, il fatto che il Mississippi non impediva agli uomini di accedere a tali corsi di laurea, invero disponibili nelle cittadine di Jackson e Hattiesburg (sempre all'interno dello stesso Stato).

In secondo luogo, egli criticava – invero in modo alquanto apodittico – l'adozione di un parametro ritenuto troppo rigido in materia di valutazione di discriminazioni per ragioni di genere, il quale poneva in discussione qualsiasi modello educativo fondato sulla differenziazione per sesso⁶⁹, anche a fronte di programmi del tutto equivalenti a quelli riservati solo a persone di genere maschile o femminile⁷⁰.

Parallelamente, l'opinione dissenziente di *Justice Powell* prendeva le mosse dal fatto che la controversia era stata iniziata da una singola persona (di sesso maschile), non rappresentativa di alcun gruppo o classe sociale e la cui unica argomentazione era l'impossibilità di frequentare quello specifico corso di laurea nella sua città di residenza (Columbus), dovendo invece spostarsi in un'altra città del Mississippi⁷¹.

Dopo aver evidenziato la lunga e positiva tradizione statunitense dei modelli di *single-sex education* – rispetto alla quale era l'educazione mista a porsi quale innovazione – egli sottoponeva ad una critica serrata l'applicazione del parametro di eguale protezione in materia di discriminazione di genere.

Infatti, esso era stato concepito dalla Corte Suprema in una dimen-

scuole professionali di scienze infermieristiche, aderendo per il resto al dissenso di *Justice POWELL*. La precisazione non è affatto secondaria, se è vero che, come ricordato da N. LEVIT, *Separating Equals: Educational Research and the Long-Term Consequences of Sex Segregation*, cit., p. 459, «the Hogan Court expressly declined to determine whether single-sex education itself was unconstitutional; the Court limited its holding to the narrow issue of whether an all-female admissions policy could operate as an affirmative action program at a nursing school».

⁶⁹ Sulla giurisprudenza di *Blackmun* in materia di *gender equality*, cfr. A.S. CLEGHORN, *Justice Harry A. Blackmun: A Retrospective Consideration of the Justice's Role in the Emancipation of Women*, in *Seton Hall Law Review*, 25, 1995, p. 1176 ss.

⁷⁰ Cfr. U.S. Supreme Court, 458 U.S. 718 (1982), p. 734: «I have come to suspect that it is easy to go too far with rigid rules in this area of claimed sex discrimination, and to lose – indeed destroy – values that mean much to some people by forbidding the State to offer them a choice while not depriving others of an alternative choice».

⁷¹ Columbus e Jackson distano tra loro in linea d'aria 155 miglia ca., Columbus e Hattiesburg 178 miglia ca.

sione proattiva, volta a rimuovere tutte quelle barriere che ostacolavano l'accesso delle donne a determinate scelte e/o servizi: nel caso di specie, tale *equal protection standard* era stato applicato in relazione ad una decisione contraria, in quanto rivolta ad estendere i diritti di scelta degli appartenenti al sesso femminile⁷².

Da ultimo, Powell insisteva sull'erroneo rovesciamento di prospettiva provocato dall'applicazione specifica del principio di uguaglianza. In questo senso, la maggioranza aveva ritenuto che il modello educativo disegnato dalla MUW fosse discriminatorio nei confronti delle donne, poiché diretto a preservare stereotipi di genere nei loro confronti.

Tuttavia, chi aveva proposto ricorso non era una donna – vittima potenziale di una qualche forma di discriminazione – bensì un uomo, il quale non lamentava «that he is being denied a substantive educational opportunity, or even the right to attend an all-male or a coeducational college. It is only that the colleges open to him are located at inconvenient distances»⁷³.

Così facendo, da un lato si metteva in discussione il rispetto del principio di diversità, connaturato all'essenza del costituzionalismo statunitense; dall'altro, si applicava la *Equal Protection Clause* in modo decontestualizzato ad una fattispecie che non integrava un vero e proprio caso di discriminazione per ragioni di genere.

Con riferimento al caso *Hogan*, occorre anche contestualizzare l'*humus* giurisdizionale nel quale tale sentenza si inseriva. In termini generali, è noto che la Corte presieduta dal *Chief Justice* Burger (1969-1986) ha sviluppato una *judicial philosophy* oscillante tra un moderato centrismo ed un solido conservatorismo, operando una marcata cesura rispetto all'attivismo progressista della precedente Corte Warren (1953-1969)⁷⁴.

⁷² Cfr. U.S. Supreme Court, 458 U.S. 718 (1982), p. 740: «In my view, the Court errs seriously by assuming – without argument or discussion – that the equal protection standard generally applicable to sex discrimination is appropriate here. That standard was designed to free women from “archaic and overbroad generalizations...”», *Schlesinger v. Ballard*, 419 U.S. 498, 419 U.S. 508 (1975). In no previous case have we applied it to invalidate state efforts to expand women's choices. Nor are there prior sex discrimination decisions by this Court in which a male plaintiff, as in this case, had the choice of an equal benefit».

⁷³ *Ivi*, p. 742.

⁷⁴ Cfr. R.W. GALLOWAY JR., *The Burger Court (1969-1986)*, in *Santa Clara Law Review*, 27, 1987, p. 59, secondo cui «the Burger Court's conservatism was reflected in a

Tuttavia, ciò non ha impedito che, in materia di eguaglianza di genere, fosse proprio essa – forse in modo sorprendente – ad aprire le porte per un cambio di prospettiva, frutto non di una pregressa convinzione “ideologica” in tal senso, quanto piuttosto di un significativo mutamento socio-culturale⁷⁵ con il quale la stessa Corte Suprema ha dovuto fare i conti⁷⁶: risalgono a questa specifica stagione giudiziaria, infatti, i casi *Reed v. Reed* (1971), *Frontiero v. Richardson* (1973) e *Craig v. Boren* (1976)⁷⁷.

long series of decisions which strengthened the hand of the police, weakened the enforcement of civil rights and civil liberties, reduced the role of the federal judiciary, increased the legal immunities of state governments, and hastened the retreat from federal programs designed to achieve distributive economic justice». *Amplius*, cfr. M.J. GRAETZ, L. GREENHOUSE, *The Burger Court and the rise of the judicial right*, Simon & Schuster, New York, 2016.

⁷⁵ A sua volta tradottosi in importanti riforme legislative: cfr. *Equal Pay Act* del 1963; *Civil Rights Act* del 1964 (il cui Titolo VII vietava la discriminazione sul luogo di lavoro per ragioni di genere: secondo U.S. Supreme Court, *Bostock v. Clayton County*, 590 U.S. ____ (2020), anche per ragioni di orientamento sessuale); *Educational Amendments* del 1972 (il cui titolo IX proibiva la discriminazione per sesso in qualsiasi programma educativo finanziato con fondi federali); *Equal Credit Opportunity Act* del 1974; *Pregnancy Discrimination Act* del 1978; *Science and Engineering Equal Opportunities Act* del 1980.

⁷⁶ In questo senso, ha ricordato S.K. SEYMOUR, *Women As Constitutional Equals: The Burger Court's Overdue Evolution*, in *Tulsa Law Journal*, 33, 2013, p. 28 e 40 che, da un lato «the birth of gender equality jurisprudence was less a product of the Court than a product of the times; it was an idea whose time had clearly come»; dall'altro, «there was no Warren Court revolution on gender equality for the Burger Court to either confirm or counter. Rather, the Burger Court was swept up in the tide of political and social change wrought by women who entered the workforce by design or by necessity and who objected to being treated as though they should still be at home cooking dinner and doing the laundry».

⁷⁷ Per una lettura che non rinuncia, tuttavia, ad evidenziare lacune e criticità della giurisprudenza della Corte Burger in materia, si veda J.A. BAER, *Sexual Equality and the Burger Court*, in *The Western Political Quarterly*, 31(4), 1978, p. 491, la quale evidenziava come «in an era when we have all been urged and sometimes forced to rethink our attitudes about the position of the sexes in society, the Burger Court has shown itself willing to re-examine these attitudes within the context of its judicial role. In the Court's defense, it might be said that the justices demonstrate no more confusion than does the rest of society. But we have come to expect more clarity; it is unfortunate that the Court's rethinking has not been accompanied by consistency, persuasive argument,

2.2. *Il caso United States v. Virginia. We (military women) can do it, too!*⁷⁸.

Gli elementi strutturali della controversia pocanzi descritta e le argomentazioni impiegate da Powell nella sua opinione dissenziente sono molto utili ai fini dell'analisi dell'altro grande caso "statunitense" in materia di educazione differenziata per sesso – *United States v. Virginia* (1996)⁷⁹ – nonché delle corrispondenti opinioni di minoranza⁸⁰.

L'opinione di maggioranza, redatta da Justice Ginsburg e dalla stessa annunciata in pubblica udienza, è probabilmente il manifesto più significativo del suo modo di intendere – sul piano personale, prima ancora che giuridico – il terreno minato delle discriminazioni per questioni di sesso⁸¹.

Oggetto del contendere era l'esistenza di un istituto di formazione accademica e militare – il *Virginia Military Institute* (VMI), sito nella cittadina di Lexington, in Virginia – e la cui ammissione era riservata (sin dal momento della sua fondazione, nel 1839) esclusivamente a persone di sesso maschile.

A fronte di un ricorso giudiziario – promosso dal Governo degli Stati Uniti (a seguito della infruttuosa richiesta di una donna di accedere al

and true commitment to sexual equality. If the Court has not spurred social change here, however, at least it has not actively frustrated it».

⁷⁸ Il riferimento è al celebre manifesto di J. Howard Miller del 1943, creato per celebrare il lavoro femminile durante la Seconda Guerra Mondiale.

⁷⁹ U.S. Supreme Court, 518 U.S. 515 (1996). In particolare, il *dissent* di Powell in *Hogan* è stato richiamato *ivi*, p. 601 (Justice SCALIA, dissenting): «many of the points made in his dissent apply with equal force here, in particular, the criticism of judicial opinions that purport to be 'narro[w]' but whose 'logic' is 'sweepin[g]'».

⁸⁰ Come evidenziato nella discussione orale da Theodore Olson – avvocato in rappresentanza dello Stato della Virginia – «this case involves the inescapable central question of whether the States can support single sex education» (https://www.supremecourt.gov/pdfs/transcripts/1995/94-1941_94-2107_01-17-1996.pdf, p. 28).

⁸¹ Cfr. S.M. SMILER, *Justice Ruth Bader Ginsburg and The Virginia Military Institute: A Culmination of Strategic Success*, in *Cardozo Women's Law Journal*, 4, 1998, p. 541 ss. e C. PRESSMAN, *The House that Ruth Built: Justice Ruth Bader Ginsburg, Gender and Justice*, in *New York Law School Journal of Human Rights*, 14, 1997, p. 311 ss.

VMI), per violazione della *Equal Protection Clause*⁸² – il modello educativo maschile del VMI era prima dichiarato conforme alla Costituzione dalla Corte Distrettuale⁸³ ma, in seguito, ritenuto illegittimo dalla Corte d'Appello per il Quarto Circuito⁸⁴.

In particolare, nel cassare con rinvio la sentenza di primo grado, la citata Corte d'Appello indicava allo Stato della Virginia tre possibili rimedi per porre rimedio alla situazione di illegittimità: I) trasformare il VMI in un centro ad educazione mista; II) creare un modello educativo equivalente al VMI a livello femminile; III) rinuncia del VMI al finanziamento pubblico e prosecuzione della propria opera educativa come centro privato esclusivamente maschile.

Lo Stato della Virginia rispondeva a quest'ultima pronuncia con la creazione del *Virginia Woman's Institute for Leadership* (VWIL), un centro educativo che avrebbe dovuto rappresentare una versione per sole donne in tutto analoga al VMI e giuridicamente sostenibile in relazione alla *Equal Protection Clause*.

Il modello del VWIL era a sua volta sottoposto dallo Stato della Virginia al controllo della Corte distrettuale e della Corte d'Appello: entrambe ne confermavano la legittimità⁸⁵. Infine, una successiva richiesta di *en banc rehearing* da parte della stessa Corte d'Appello (in composizione integrale) era rigettata⁸⁶, con il conseguente approdo della controversia presso la Corte Suprema.

⁸² Si veda P. STRUM, *Women in the Barracks: The VMI Case and Equal Rights*, University Press of Kansas, Lawrence, 2002.

⁸³ Cfr. *United States v. Virginia*, 766 F. Supp. 1407 (W.D. Va. 1991).

⁸⁴ Cfr. *United States v. Virginia*, 976 F.2d 890 (4th Cir. 1992).

⁸⁵ Valga, però ricordare l'opinione contraria di 44 F.3d 1229 (4th Cir. 1995), p. 1247, PHILLIPS, Senior Circuit Judge, dissenting: «the primary, overriding purpose [of VWIL] is not to create a new type of educational opportunity for women [...] nor to further diversify the Commonwealth's higher education system [...] but is simply by this means to allow VMI to continue to exclude women in order to preserve its historic character and mission». A commento, si veda J.A. SODERBERG, *The "Constitutional" Assault on the Virginia Military Institute*, in *Washington & Lee Law Review*, 53, 1996, p. 450 ss.

⁸⁶ *Contra*, vedi 52 F.3d 90 (4th Cir. 1995), p. 90, MOTZ, Circuit Judge, dissenting from denial of rehearing *en banc*: «More than forty years ago the Supreme Court unanimously held that a state could not constitutionally provide a "separate but equal" edu-

Nel merito, quest'ultima si ritrovava a dover rispondere a due interrogativi, tra loro consequenziali. In primo luogo, il disegno solo maschile del VMI violava la *Equal Protection Clause*? In caso di risposta affermativa, quale rimedio pratico-normativo avrebbe potuto/dovuto essere introdotto dalla Virginia per porre termine a tale discriminazione?

Il parametro impiegato dalla Corte Suprema nella valutazione del progetto del VMI riposava innanzitutto sulla presenza – a fronte di un trattamento oggettivamente differenziato tra donne e uomini (in quanto riservato solo a questi ultimi) – di una «*exceedingly persuasive justification*»⁸⁷.

Con riferimento al primo profilo, la maggioranza escludeva che la configurazione *all-male* del VMI perseguisse realmente l'obiettivo di conseguire una vera differenziazione ed un'accettabile varietà soggettiva a livello educativo: piuttosto, essa istituiva uno speciale sistema di educazione che escludeva del tutto le donne e non garantiva un'eguale parità tra i sessi⁸⁸.

In relazione all'utilizzo dell'*adversative method*, la Corte Suprema rifiutava l'argomento secondo cui esso non sarebbe applicabile in modo idoneo alle donne: in particolare, né egli obiettivi "valoriali" perseguiti dal VMI, né la specifica metodologia educativa considerata potevano ritenersi *per se* adeguate solo nei confronti degli uomini⁸⁹.

cation to African-Americans. Yet in a 2-1 decision, a panel of this court has now held that a state can constitutionally provide a separate – and concededly not even equal – education to women».

⁸⁷ Per una ricostruzione della suddetta categoria dottrinale, cfr. H.L. STOBAUGH, *The Aftermath of United States v. Virginia: Why Five Justices Are Pulling in the Reins on the "Exceedingly Persuasive Justification"*, in *Southern Methodist University Law Review*, 55, 2002, p. 1755 ss.

⁸⁸ Cfr. U.S. Supreme Court, *United States v. Virginia*, cit., p. 539: «we find no persuasive evidence in this record that VMI's male-only admission policy 'is in furtherance of a state policy of diversity'. No such policy, the Fourth Circuit observed, can be discerned from the movement of all other public colleges and universities in Virginia away from single-sex education».

⁸⁹ *Ivi*, p. 550: «Generalizations about 'the way women are', estimates of what is appropriate for *most women*, no longer justify denying opportunity to women whose talent and capacity place them outside the average description. Notably, Virginia never asserted that VMI's method of education suits *most men*».

Infine, con riferimento alla creazione del VWIL – implementata dalla Virginia per reagire alla prima censura della Corte d'Appello – è stato ritenuto che essa fosse solo una pallida imitazione del modello strutturale, educativo-valoriale ed economico-finanziario del VMI, neanche lontanamente equiparabile a quest'ultimo e quindi del tutto insufficiente per soddisfare il criterio strutturale della *Equal Protection Clause*⁹⁰.

Per tutte le ragioni descritte, il modello educativo esclusivamente del VMI dello Stato della Virginia – letto anche in relazione all'istituzione del VWIL – era illegittimo e, in quanto tale, doveva garantire l'accesso anche alle candidate di sesso femminile⁹¹.

2.2.1. *L'opinione concorrente del Chief Justice Rehnquist e la dissenting opinion di Justice Scalia.*

La sentenza in questione è stata adottata ad ampia maggioranza (sette a uno), con l'eccezione rappresentata dalla *concurring opinion* del Chief Justice Rehnquist e, soprattutto, dalla *dissenting opinion* di Justice Scalia. Pur trattandosi di Giudici saldamente ancorati ad una filosofia giudiziaria “conservatrice” e quasi sempre d'accordo – sia sul fronte maggioritario,

⁹⁰ *Ivi*, p. 553: «Virginia, in sum, while maintaining VMI for men only, has failed to provide any 'comparable single-gender women's institution'. Instead, the Commonwealth has created a VWIL program fairly appraised as a 'pale shadow' of VMI in terms of the range of curricular choices and faculty stature, funding, prestige, alumni support and influence». Una soluzione (apparentemente) analoga – seppure sul piano razziale – a quella del VWIL era già stata respinta (all'unanimità) da U.S. Supreme Court, *Sweatt v. Painter*, 339 U.S. 629 (1950), pp. 633-634: «Whether the University of Texas Law School is compared with the original or the new law school for Negroes, we cannot find substantial equality in the educational opportunities offered white and Negro law students by the State. In terms of number of the faculty, variety of courses and opportunity for specialization, size of the student body, scope of the library, availability of law review and similar activities, the University of Texas Law School is superior. What is more important, the University of Texas Law School possesses to a far greater degree those qualities which are incapable of objective measurement but which make for greatness in a law school».

⁹¹ Guardando alle ultime statistiche disponibili, si osserva che il 13% degli studenti arruolati presso il VMI (220 su 1498), a partire dall'autunno 2020, è di sesso femminile (Statistics – Virginia Military Institute – Acalog ACMS™ (vmi.edu).

sia laddove dissenzienti – nel caso di specie essi si collocavano su schieramenti diversi, ricorrendo ad argomentazioni in entrambi i casi degne di interesse.

Nel dettaglio, l'opinione concorrente di Rehnquist, pur aderendo alla decisione finale redatta da Ginsburg in ordine alla incostituzionalità del modello del VWIL, contestava l'incertezza interpretativa del parametro della «*exceedingly persuasive justification*», ritenuto ben più restrittivo – sul piano applicativo – rispetto a quello impiegato in *Hogan*⁹².

In particolare, egli considerava questo un'evidente dimostrazione della difficoltà di individuare il criterio applicabile, piuttosto che una formulazione chiara del criterio stesso⁹³.

Nel merito, a suo avviso la violazione costituzionale derivante dalla configurazione esclusivamente maschile del VMI non risiedeva neppure nella mancata ammissione delle donne, bensì nella inesistenza di un'analogia alternativa femminile.

In termini più flessibili, pertanto, «had Virginia made a genuine effort to devote comparable public resources to a facility for women, and followed through on such plan, it might well have avoided an equal protec-

⁹² REHNQUIST sembrava così prediligere un meno intenso *similarly-situated approach*, da lui stesso già enunciato in U.S. Supreme Court, *Michael M. v. Superior Court of Sonoma County*, 450 U.S. 464 (1981) e *Rostker v. Goldberg*, 453 U.S. 57 (1981). Come è stato ricordato da S. DAVIS, *Justice Rehnquist's Equal Protection Clause: An interim analysis*, in *Nebraska Law Review*, 63, 1984, p. 299, «Rehnquist's use of the phrase 'similarly situated' shifts the focus of analysis away from the question of whether a classification is substantially related to an important governmental objective. In effect, Rehnquist employs this phrase in order to slide the standard of review to one of minimum scrutiny. While an important question under the intermediate standard is whether a sex-neutral status would be as effective as the one which was challenged, under Rehnquist's 'similarly situated' approach this element of the inquiry merely asks whether a sex-neutral classification would substantially advance important governmental interests».

⁹³ Sul punto, K.N. ROLANDO, *A Decade Later: United States v. Virginia and the Rise and Fall of "Skeptical Scrutiny"*, in *Roger Williams University Law Review*, 12, 2006, pp. 225-226, ha ricordato che, nella redazione di U.S. Supreme Court, *Nevada Department of Human Resources v. Hibbs*, 538 U.S. 721 (2003), «he cited Virginia, but, unsurprisingly, he omitted the 'exceedingly persuasive justification' language, leaving only the important objective/substantial means language».

tion violation»⁹⁴. Ne derivava che lo Stato della Virginia ben avrebbe potuto evitare la riscontrata violazione della *Equal Protection Clause* «if the two institutions offered the same quality of education and were of the same overall caliber»⁹⁵.

In ogni caso, tale equiparazione sostanziale non era affatto riscontrabile nel caso di specie neppure allargando le maglie del parametro di valutazione⁹⁶, motivo per il quale Rehnquist condivideva la soluzione finale adottata in *United States v. Virginia*, pur senza sposarne la linea argomentativa impiegata.

L'unica opinione dissenziente⁹⁷ – lunga ben trentotto pagine (due in meno rispetto alla sentenza) – è stata redatta da Scalia con i suoi abituali toni pungenti nei confronti della *opinion of the Court*⁹⁸.

Sul piano della metodologia giuridica, egli rimproverava alla maggioranza di aver creato un nuovo parametro interpretativo *ad hoc* per risolvere la controversia in esame, molto affine allo *strict scrutiny* applicato in materia di discriminazione razziale⁹⁹.

A tal proposito, non è del tutto irrazionale rilevare una certa ambiguità di fondo (probabilmente ben calcolata) nella configurazione del parametro decisivo impiegato da Justice Ginsburg, oscillante nella “zona gri-

⁹⁴ U.S. Supreme Court, 518 U.S. 515 (1996), p. 563.

⁹⁵ *Ivi*, p. 565.

⁹⁶ *Ivi*, p. 566: «the women's institution Virginia proposes, VWIL, fails as a remedy, because it is distinctly inferior to the existing men's institution and will continue to be for the foreseeable future».

⁹⁷ Justice THOMAS si è astenuto, essendo il figlio iscritto presso il VMI al tempo della decisione della controversia.

⁹⁸ A commento, vedi M. FROST, *Justice Scalia's Rhetoric of Dissent: A Greco-Roman Analysis of Scalia's Advocacy in the VMI Case*, in *Kentucky Law Journal*, 91, 2002-2003, p. 167 ss.

⁹⁹ Cfr. E.J. STOCKEL, *United States v. Virginia: Does Intermediate Scrutiny Still Exist?*, in *Touro Law Review*, 13, 1996, p. 229 ss. Con riferimento all'applicazione della *Equal Protection Clause* in materia di discriminazione di genere, meritano di essere ricordate le oscillazioni della Corte Suprema in materia: sul punto, la stessa è infatti passata dal *rational basis test* di *Reed v. Reed* (1971) allo *strict scrutiny* della *plurality opinion* di Justice BRENNAN in *Frontiero v. Richardson* (1973), per approdare infine all'*intermediate scrutiny* di *Craig v. Boren* (1976).

gia” tra *intermediate* e *strict scrutiny* e, in quanto tale, ricostruito in termini critici da una parte della dottrina¹⁰⁰.

In particolare, secondo Scalia la Corte Suprema avrebbe così contraddetto la sua stessa giurisprudenza precedente in materia di discriminazione per sesso – soprattutto alla luce dei principi enunciati a partire da *Hogan* – e male interpretato la regola aurea dell'*intermediate scrutiny* in tale settore, introducendo erroneamente un criterio ancor più stringente¹⁰¹.

Nel merito dei fatti, egli insisteva soprattutto sulla singolarità rappresentata dalla lunghissima tradizione della *all-male education* del VMI, in

¹⁰⁰ Come osservato da S.A. DELCHIN, *United States v. Virginia and Our Evolving “Constitution”*. *Playing Peek-A-Boo with the Standard of Scrutiny for Sex-Based Classifications*, in *Case Western Reserve Law Review*, 47, 1997, p. 1134, «the word “exceedingly” suggests that, over time, the states and federal government will have an increasingly heavy burden in justifying sex-based classifications. It is not unrealistic to expect that VMI will be to strict scrutiny what *Reed v. Reed* is to intermediate scrutiny. In *Reed*, the Court struck down a sex-based classification by purportedly applying rational basis review. Yet, as later cases confirmed, *Reed* was in essence heralding in heightened scrutiny for sex». Per C. O’CONNOR UDELL, *Signalling A New Direction in Gender Classification: United States v. Virginia*, in *Connelly Law Review*, 291, 1996, p. 560, quello enunciato in *United States v. Virginia* è un criterio particolarmente vicino allo *strict scrutiny*. *Contra*, D.K. BOWSER, *Cracking the Code of United States v. Virginia*, in *Duke Law Journal*, 48(2), 1998, p. 338, per il quale «The MESSAGE of *United States v. Virginia* emerges clearly. While the emphasis placed on the CODE ‘exceedingly persuasive justification’ and the use of the CODE ‘skeptical scrutiny’ were new to *United States v. Virginia*, the manner in which those CODES were used suggests that the Court applied intermediate scrutiny to VMI’s admissions policy. The CONTEXT of Justice Ginsburg’s advocacy of women’s rights is at best inconclusive. Moreover, even if she had wanted the Court to apply strict scrutiny to gender classifications, she probably could not have convinced four other Justices to join her. Thus, the MESSAGE of *United States v. Virginia* is the same as the MESSAGES of the Court’s earlier gender-based equal protection cases: gender classifications are subject to intermediate scrutiny».

¹⁰¹ Cfr. U.S. Supreme Court, 518 U. S. 515 (1996), p. 572: «the Court proceeds to interpret ‘exceedingly persuasive justification’ in a fashion that contradicts the reasoning of *Hogan* and our other precedents. That is essential to the Court’s result, which can only be achieved by establishing that intermediate scrutiny is not survived if there are some women interested in attending VMI, capable of undertaking its activities, and able to meet its physical demands».

quanto riconducibile alla libertà di insegnamento e, soprattutto, dell'*adversative method* ivi impiegato.

In quest'ultimo senso, Scalia riteneva che tale esigente modalità educativa non fosse applicabile nei confronti delle donne – sulle base delle testimonianze rese da diversi esperti nel corso dei giudizi precedenti – negli stessi termini previsti nel VMI, pena uno snaturamento del sistema di *adversative method* anche nei confronti degli studenti di sesso femminile: nessuno dei due, infatti, avrebbe potuto beneficiarne in modo efficace¹⁰².

Con riferimento alla creazione del VWIL, egli escludeva che la considerazione di tale indice fosse rilevante ai fini del giudizio in esame, essendo la creazione del VMI «substantially related» ad un interesse statale fondamentale e ferma restando, in ogni caso, la ritenuta equivalenza del modello del VWIL rispetto al primo¹⁰³.

A seguire, un lungo paragrafo (quattro pagine) della *dissenting opinion* era dedicato ad una – triplice – analisi critica dell'opinione concorrente del *Chief Justice* Rehnquist. In primo luogo, Scalia respingeva l'argomentazione secondo cui non vi sarebbero state prove del fatto che il sistema educativo del VMI rispondeva ad un legittimo modello differenziato: al contrario, alcuni atti normativi adottati dalla Virginia dimostravano esattamente il contrario.

In seconda battuta, egli rifiutava la ricostruzione di Rehnquist secondo cui il ricorso all'*adversative method* non avrebbe rivestito una significativa finalità pedagogico-educativa: la bontà di tale modalità di insegnamento, infatti, era stata smentita in punto di fatto sia nei gradi di giudizio precedenti, sia in relazione alla circostanza che la studentessa che aveva fatto domanda di ammissione al VMI non voleva semplicemente ac-

¹⁰² *Ivi*, p. 591: «It is worth noting that none of the United States' own experts in the remedial phase of this litigation was willing to testify that VMI's adversative method was an appropriate methodology for educating women. This Court, however, does not care».

¹⁰³ *Ivi*, p. 590: «I have thus far said nothing about VWIL because it is, under our established test, irrelevant, so long as VMIs all-male character is 'substantially related' to an important state goal. But VWIL now exists, and the Court's treatment of it shows how far-reaching today's decision is».

cedere ad una scuola maschile, bensì voleva accedervi proprio in ragione del metodo educativo applicato, desiderando così sottostare alle identiche condizioni dei suoi colleghi maschi.

Infine, l'opinione dissenziente contrastava l'affermazione secondo cui il VMI non sarebbe stato sufficientemente "diligente" a reagire alla giurisprudenza inaugurata dalla Corte Suprema a partire da *Hogan*¹⁰⁴.

Concludendo la propria *dissenting opinion*, Scalia riteneva che l'opinione della maggioranza rappresentava una minaccia sotterranea all'educazione differenziata per sesso negli Stati Uniti, rendendola di fatto illegittima *tout court*¹⁰⁵: l'ultima speranza, affermava egli con amara ironia, era che la Corte Suprema rinunciaste ad applicare i principi – errati – qui enunciati ad altri casi¹⁰⁶. Del resto, si domandava egli provocatoriamente, non era forse quanto appena accaduto in materia di discriminazione per ragioni di genere?

¹⁰⁴ Come d'abitudine, Scalia non rinunciava alla sua abituale *vis polemica*, evidenziando la ritenuta contraddizione tra la giurisprudenza di *Hogan* e la sua applicazione nel caso di specie: «the concurrence believes that after our decision in *Hogan* (which held a program of the Mississippi University for Women to be unconstitutional – without any reliance on the fact that there was no corresponding Mississippi all-men's program), the Commonwealth should have known that what this Court expected of it was... yes!, the creation of a state all-women's program» [U.S. Supreme Court, 518 U. S. 515 (1996), p. 594, SCALIA, J., dissenting].

¹⁰⁵ L'argomentazione è però smentita in modo metaforico dall'opinione di maggioranza: «On this point, the dissent sees fire where there is no flame» [U.S. Supreme Court, 518 U. S. 515 (1996), p. 535]. Nella dottrina, un timore analogo a quello di Scalia è stato espresso da R.F. RUNYON, *VMI and Virginia Lose Again: United States v. Virginia*, in *Tulsa Law Journal*, 32, 2013, p. 705: «If the Supreme Court is willing to eliminate the Virginia Military Institute, it is unclear why this should not hold true for any single-gender institution».

¹⁰⁶ *Contra*, R.C. SALOMONE, *Same, different, equal: rethinking single-sex schooling*, Yale University Press, New York, 2003, p. 176, secondo cui «the VMI decision did not sound the death knell for single-sex education. In fact, it left considerable room for well-designed programs with clearly stated and non-biased objectives».

3. *Un confronto giurisprudenziale tra Spagna e Stati Uniti in materia di educazione differenziata per sesso.*

Provando a raffrontare brevemente tra loro (per quanto possibile, viste le diversità normative, giurisprudenziali ed interpretative) alcuni passaggi dell'analizzata giurisprudenza del TC spagnolo e della Corte Suprema degli Stati Uniti – nonché le rispettive opinioni dissenzienti sull'argomento – in materia di educazione differenziata per questione di genere, emerge una diversità strutturale decisiva che porta ad osservare le controversie in esame da prospettive in parte... differenti¹⁰⁷.

Nel primo caso, il tema è stato affrontato in una dimensione teorico-generale (di diritto “per principi”, si potrebbe dire), nel quale la legittimità costituzionale della *educación diferenciada por sexos* è sostenuta ovvero criticata secondo un'impostazione di teoria generale – costituzionalità *vs.* incostituzionalità assoluta – fondata cioè sull'*an* della distinzione e quindi sempre valida o invalida, senza soluzioni mediane.

Sul piano sistematico, il confronto tra le posizioni in seno al TC assume le dimensioni di un conflitto giuridico di carattere quasi manicheo: all'interpretazione favorevole della STC 31/2018 – fondata su una lettura “sostanzialista” dei diversi modelli (maschili e femminili) di educazione differenziata, validi in quanto diretti a perseguire lo stesso obiettivo e con le medesime modalità concrete – infatti, si contrapponeva una lettura strenuamente contraria nelle opinioni dissenzienti, le quali consideravano l'educazione differenziata (non senza ricorrere ad un certo formalismo interpretativo)¹⁰⁸ pri-

¹⁰⁷ Il punto di partenza è comunque – in parte – omogeneo, nel senso che «l'omogeneità si riferisce alla individuazione di elementi identificanti comuni ai due (o più) istituti oggetto di raffronto, elementi che consistono nella identità degli interessi presenti nei diversi ordinamenti e nella individuazione delle modalità (variamente strutturate e variamente denominate e disciplinate) dirette a soddisfarli» (G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, cit., p. 82).

¹⁰⁸ In questo senso, si ricordi che, come già affermato da STC 39/2002, de 14 de febrero (pubblicata in B.O.E., n., 6314 de marzo de 2002, Suplemento TC, p. 199), «a diferencia del principio genérico de igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, las prohibiciones de discriminación contenidas en el artículo 14 CE implican un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecida *ex Constitutione*, que imponen como fin y generalmente como medio la parificación, de manera que sólo pueden ser utilizadas

va di cittadinanza, sempre e comunque, nel disegno costituzionale spagnolo¹⁰⁹.

Dall'altro, con riferimento alla dimensione statunitense, il dibattito in materia assume una dimensione più circoscritta (per non dire contrapposta, sotto certi aspetti), limitata al *quomodo* dell'implementazione della *same-sex education* e che non pone in discussione – anche nei rilevati casi in cui è stata pronunciata una sentenza di incostituzionalità – un modello educativo da tempo introiettato ed accettato nella società americana¹¹⁰.

In questo senso, il ricorso della Corte Suprema ad un'interpretazione casistica permette di affrontare la questione da una prospettiva differente che, partendo da una radice comune – la volontà di non configurare soluzioni teoriche generali – provvede ad applicare volta a volta principi giuridici che si rivelano duttili a seconda delle specificità del caso.

La giurisprudenza di *Hogan* e, soprattutto, quella di *United States v. Virginia* sono a tal proposito esempi evidenti: non può (e non deve) ritenersi incostituzionale l'astratto modello scolastico differenziato *in quanto tale*, bensì il modello della *singola* scuola, in relazione alle *singole* caratteristiche della stessa – lette anche in relazione alle attività proposte ed agli

excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad». Sul tema, cfr. R. MARTÍNEZ TAPIA, *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, Universidad de Almería, Almería, 2000.

¹⁰⁹ In tale contesto di contrapposizione, «el voto [particular]... constituye... una ventana abierta al exterior por la que el Tribunal hace públicas sus propias dudas, aunque su fallo no pierda por ello rigor ni disminuya obviamente su eficacia. La autocritica interna exteriorizada es así un poderoso instrumento de control además de ser, desde la subjetividad de los firmantes de cada voto, una vía de descargo» (F. TOMÁS Y VALIENTE, *El Tribunal Constitucional español como órgano constitucional del Estado: competencias, riesgos y experiencias*, in ID., *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 59-60).

¹¹⁰ Cfr. U.S. Supreme Court, *Mississippi University for Women v. Hogan*, cit., p. 720, nota 1 («We are not faced with the question of whether States can provide 'separate but equal' undergraduate institutions for males and females») e U.S. Supreme Court, *United States v. Virginia*, cit., p. 534, nota 7 («We do not question the Commonwealth's prerogative evenhandedly to support diverse educational opportunities. We address specifically and only an educational opportunity recognized by the District Court and the Court of Appeals as 'unique'»).

obiettivi perseguiti – ed all'eventuale (in)esistenza di altrettanti modelli differenziati paralleli, riservati al sesso opposto¹¹¹.

In questo senso, riprendendo *United States v. Virginia*, la creazione di una scuola femminile sostanzialmente analoga – per funzioni, finanziamento, organizzazione ed attività – alla VMI “maschile” avrebbe (forse) condotto ad un rigetto dell'esistenza di una politica discriminatoria nei confronti delle donne, pur preservando un modello educativo differenziato per genere.

La funesta previsione contenuta nell'opinione dissenziente di Scalia in quest'ultima fattispecie circa la scomparsa dell'educazione differenziata non si è avverata (ed è probabile che non si avveri in futuro, quantomeno nei termini “assoluti” da egli tanto temuti)¹¹²: tuttavia, come è stato ricordato, «whether the “separate but equal” doctrine is appropriate in the area of sex discrimination remains an open question»¹¹³.

Come già ricordato a proposito della giurisprudenza attuale della Corte Suprema in materia di *affirmative actions*¹¹⁴, anche in questo caso ci si ritrova (almeno per ora) in presenza di un insieme di parametri interpretativi flessibili – a partire dalla natura non necessariamente discriminatoria del diverso trattamento per questioni di genere – al tempo stesso validi sia per confermare, sia per smentire la configurazione di singoli modelli educativi differenziati per sesso.

¹¹¹ Come ricordato da Paul Bender (avvocato in rappresentanza degli Stati Uniti), in U.S. Supreme Court, *United States v Virginia*, Official Transcript, p. 14 (94-1941_94-2107_01-17-1996.pdf (supremecourt.gov)), «assuming that you can have single sex education that represents an equal opportunity to both sexes, I don't think that you can have single sex education that offers to men a stereotypical view of this is what men do. This is a profession that men go into».

¹¹² Cfr. S. KINSMAN, *The Crack in Justice Scalia's Crystal Ball: Single-Sex Charter Schools May Prove His Prediction in VMI Was Wrong*, in *William & Mary Journal of Women and the Law*, 8, 2001, p. 133 ss.

¹¹³ C. CORCORAN, *Single-sex education after VMI. Equal protection and East Harlem's Young Women's Leadership School*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 145, 1997, p. 1032.

¹¹⁴ Cfr. *supra*, Parte II, Cap. I, §§ 3 ss. Sul rapporto tra *same-sex schools* e *affirmative actions*, cfr. la ricostruzione di D.S. SIDHU, *Are Blue and Pink the New Brown? The Permissibility of Sex-Segregated Education as Affirmative Action*, in *Cornell Journal of Law and Public Policy*, 17, 2008, p. 579 ss.

In parallelo, la considerazione delle *separate opinions* pronunciate nella articolata saga del caso *United States v. Virginia* permette di sviluppare alcune ultime riflessioni di metodo e merito sull'argomento.

Sul piano metodologico, le differenti opinioni di minoranza di Rehnquist e Scalia consentono di mantenere viva l'attenzione sulle modalità pratiche e le regole interpretative – *intermediate scrutiny*, *strict scrutiny* o *tertium genus?* – attraverso cui la stessa Corte Suprema sarà chiamata ad approcciare casi futuri: in questi termini, il contenuto sostanziale di diritti e libertà passa anche attraverso l'impostazione metodologica prescelta in partenza, dalla quale “deriva” il merito delle posizioni soggettive interessate¹¹⁵.

Dall'altro, la stessa opinione dissenziente di Judge Phillips nel giudizio presso la Corte d'Appello per il Quarto Distretto – poi ripresa *passim* dalla maggioranza della Corte Suprema¹¹⁶ – in ordine ad un'applicazione del “giudizio di equivalenza” tra analoghi modelli educativi maschili e femminili (costituzionalmente ammissibili)¹¹⁷ non risolve in modo definitivo le problematiche sottese.

Come è stato evidenziato da attenta dottrina, infatti, tale valutazione può essere sviluppata sia una prospettiva “microscopica”, «by assessing comparability on each of the individual components of the two educational programs, with a failure to achieve comparability on any component being fatal to the programs», sia in una meno stringente dimensione

¹¹⁵ Riprendendo in questo senso le parole di GORSUCH nell'opinione dissenziente pronunciata, quale giudice federale d'appello, nel caso *A.M. v. Holmes* – 1830 F.3d 1123 (10th Cir. 2016), p. 1170 – «a judge who likes every result he reaches is very likely a bad judge, reaching for results he prefers rather than those the law compels».

¹¹⁶ Cfr. U.S. Supreme Court, *United States v. Virginia*, cit., p. 529, 530, 547 e 553.

¹¹⁷ Cfr. 44 F. 3d 1229 (4th Cir. 1995), p. 1250, PHILLIPS, Senior Circuit Judge, dissenting: «If we looked for the arrangement most likely to survive scrutiny, it presumably would involve simultaneously opened single-gender undergraduate institutions having substantially comparable curricular and extra-curricular programs, funding, physical plant, administration and support services, and faculty and library resources. Such an arrangement would involve no gender-line discrimination in terms of tangible benefits, nor of intangible benefits such as tradition, prestige and alumni influence – as to which each starts with none. Nor could there be any stigmatic implications arising from the substantially comparable content of its educational program».

“macroscopica”, «by assessing men’s and women’s programs on the basis of their overall comparability»¹¹⁸, con risultati potenzialmente opposti quanto all’esito finale.

Per il futuro, molto dipenderà quindi dalle specificità dei singoli casi e, soprattutto, dall’interpretazione che di esse si affermerà in sede giudiziaria, anche alla luce della *judicial philosophy* predominante in seno alla Corte Suprema al momento della decisione ed in concreto applicata¹¹⁹. In termini generali, resta tuttora ferma e consolidata l’ammissibilità della *same-sex education*.

¹¹⁸ W.H. HURD, *Gone with the wind? VMI’s loss and the future of single-sex public education*, in *Duke Journal of Gender Law & Policy*, 4, 1997, p. 51.

¹¹⁹ *Ivi*, p. 53: «The practice of law wonderfully develops the ability to find distinctions where no differences exist, just as it develops the countervailing ability to make mountains and molehills seem like the same thing. The issue is not whether all programs are *capable* of being characterized as unique, but whether they actually *will be* so characterized».

CAPITOLO 3

LA DIMENSIONE EUROPEO-CONVENZIONALE DEL RAPPORTO TRA ISTRUZIONE E RELIGIONE

SOMMARIO: 1. L'uso "privato" del velo islamico nelle aule universitarie. Il caso *Leyla Sahin v. Turkey* e l'opinione dissenziente del Giudice Tulkens. – 2. L'insegnamento di materie confessionalmente connotate e lo scontro tra maggioranza e minoranza in *Folgerø v. Norway*. – 3. L'uso "pubblico" dei simboli religiosi e l'esposizione "scolastica" del crocifisso: dall'unanimità laicista di *Lautsi v. Italy (Lautsi I)* al *revirement* della Grande Camera (*Lautsi II*), con alcune opinioni separate sullo sfondo. – 4. Come applicare *Lautsi II*? Il caso *Perovy v. Russia*. – 5. Il "diritto di educare" nelle organizzazioni di tendenza in *Fernández Martínez v. Spain*.

1. *L'uso "privato" del velo islamico nelle aule universitarie. Il caso Leyla Sahin v. Turkey e l'opinione dissenziente del Giudice Tulkens.*

Il diritto all'istruzione presenta un'incredibile varietà di declinazioni che chiamano in gioco sia la questione dell'istruzione *stricto sensu* intesa (il diritto di accedere al sistema educativo e fruire dell'attività di insegnamento sottesa), sia il perimetro concettuale e l'esercizio di ulteriori libertà fondamentali (in relazione a diritti che si "inseriscono" nel contesto dell'istruzione o che sono da quest'ultimo chiamate in causa).

In tale duplice dimensione, tra le varie controversie sottoposte all'attenzione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che, toccando in modo diretto o indiretto il diritto all'istruzione¹, contengono opinioni sepa-

¹ Su alcune articolazioni del diritto all'istruzione (dei minori) in chiave convenzionale, cfr. C. FENTON-GLYNN, *Children and the European Court of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2021, p. 146 ss.

rate e rivelano l'esistenza di vivaci contrasti interpretativi (di metodo e, soprattutto, merito)², è possibile identificare l'area delle questioni religiose quale terreno privilegiato di indagine.

Come già ricordato in precedenza, il diritto ad educare e ad essere educati di cui all'art. 2, Prot. 1 CEDU si intreccia in modo inestricabile con la protezione della libertà religiosa – autonomamente tutelata dall'art. 9 CEDU³ – nel momento in cui prevede che l'esercizio delle prerogative statali in materia di educazione e insegnamento deve rispettare «il diritto dei genitori di assicurare tale educazione e tale insegnamento secondo le loro convinzioni religiose e filosofiche»⁴.

Nel merito, la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo si è trovata in numerose occasioni ad affrontare il tema del rapporto tra diritto all'esercizio della libertà religiosa e disposizioni che, in nome

²L'importanza delle opinioni separate nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo è stata evidenziata da D. GALLIANI, *“È più facile perdonare un nemico che un amico”*. *La Corte europea dei diritti dell'uomo, la giusta giustizia, la giurisprudenza consolidata, l'ordinamento italiano*, in P. PINTO DE ALBUQUERQUE, D. GALLIANI, *I diritti umani in una prospettiva europea*, cit., p. 18: «Il Giudice di Strasburgo, se vuole aumentare la persuasività delle proprie decisioni, non può essere privato della possibilità di stendere opinioni separate, le quali permettono di contenere il discorso entro termini giuridici, vale a dire tendenzialmente razionali e coerenti, leggibili e criticabili per quello che effettivamente sostengono. Quando un giudice redige una opinione separata è quantomeno tenuto a restare entro i confini delle proprie argomentazioni, utilizzando razionalità, persuasività, coerenza».

³Si veda S. LARICCIA, *Articolo 9*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., p. 370 ss.

⁴Per una ricostruzione sistematica, cfr. L.P. VANONI, *Laicità e libertà di educazione. Il crocifisso nelle aule scolastiche in Italia e in Europa*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 173 ss., il quale richiama *ivi*, p. 175, la definizione di “convinzioni” dell'art. 2, Prot. 1 CEDU, secondo l'interpretazione di ECHR, *Campbell and Cosans v. The United Kingdom*, 25th February 1982, § 36: «In its ordinary meaning the word ‘convictions’, taken on its own, is not synonymous with the words ‘opinions’ and ‘ideas’, such as are utilised in Article 10 (art. 10) of the Convention, which guarantees freedom of expression; it is more akin to the term ‘beliefs’ (in the French text: ‘convictions’) appearing in Article 9 (art. 9) – which guarantees freedom of thought, conscience and religion – and denotes views that attain a certain level of cogency, seriousness, cohesion and importance».

del principio di laicità, impediscono o limitano – in determinati contesti – l'utilizzo di simboli confessionali⁵.

In via ulteriormente specifica, il contesto educativo rappresenta un terreno fertile per inquadrare la problematica relativa all'esposizione dei simboli religiosi, a cominciare dall'uso "scolastico" del velo islamico⁶. Sul punto, occorre premettere che, nonostante l'ampia casistica a disposizione, l'unica fattispecie di rilievo nella quale è possibile identificare un'opinione dissenziente⁷ volta a contestare le argomentazioni della maggioranza è rappresentata dal giudizio "d'appello" nel caso *Leyla Sabin v. Turkey*⁸.

In concreto, a fronte di un decreto del Vice-cancelliere dell'Università

⁵ Sul tema, vedi A. NEGRI, G. RAGONE, M. TOSCANO, L.P. VANONI (a cura di), *I simboli religiosi nella società contemporanea*, Giappichelli, Torino, 2021; S. MANCINI, *Il potere dei simboli, i simboli del potere. Laicità e religione alla prova del pluralismo*, CEDAM, Padova, 2008; E. DIENI, A. FERRARI, V. PACILLO (a cura di), *I simboli religiosi tra diritto e culture*, Giuffrè, Milano, 2006 e *Symbolon/diabolon. Simboli, religioni e diritti nell'Europa multiculturale*, Il Mulino, Bologna, 2005.

⁶ In termini generali, sul rapporto tra educazione e libertà religiosa, si veda M. HUNTER-HENIN (a cura di), *Law, religious freedoms and education in Europe*, Ashgate, Farnham, 2011. Per una ricostruzione comparata e di diritto CEDU in relazione all'uso del velo islamico, cfr. V. FAGGIANI, *La controvertida cuestión del velo islámico: una perspectiva de género desde el espacio europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020 e E. BREMS (a cura di), *The experiences of face veil wearers in Europe and the law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.

⁷ Tra i casi risolti all'unanimità, si vedano: ECHR, *Aktas v. France; Bayhak v. France; Gammaleddyn v. France e Gazal v. France* (Fifth Section), 30 June 2009; *Dogru v. France e Kervanci v. France* (Fifth Section), 4 December 2008; *Köse and others v. Turkey e Kurtulmuş v. Turkey* (Second Section), 24 January 2006. Merita una menzione a parte *Dahlab v. Switzerland* (Second Section), 15 February 2001, nel quale il ricorso è stato dichiarato irricevibile a maggioranza, senza che siano però state sottoscritte opinioni separate.

⁸ ECHR, *Leyla Şabin v. Turkey* (Grand Chamber), 10 November 2005. Il giudizio di "primo grado" – ECHR, *Leyla Sabin v. Turkey* (Fourth Section), 29 June 2004 – si era concluso con la dichiarazione unanime di inesistenza di una violazione dell'art. 9 CEDU e l'assorbimento delle doglianze sollevate ai sensi degli artt., 8, 10, 14 CEDU e 2, Prot. 1 CEDU, poiché «no separate question arises under the other provisions relied on by the applicant, as the relevant circumstances are the same as those it examined in relation to Article 9, in respect of which the Court has found no violation» (*ivi*, § 117).

di Istanbul che proibiva alle studentesse di frequentare le lezioni indossando indumenti che coprissero il capo, la Grande Camera respingeva (per sedici voti a uno) le doglianze della ricorrente, attraverso un ampio ricorso al criterio del margine di apprezzamento in favore degli Stati membri⁹.

Con particolare attenzione al diritto all'istruzione¹⁰, la Corte di Strasburgo ricordava che esso non è assoluto, potendo subire limitazioni da parte delle corrispondenti autorità statali, sempre quando esse siano prevedibili dagli interessati e perseguano un interesse legittimo¹¹.

Riprendendo le argomentazioni "di principio" in relazione all'insussistenza di una violazione del diritto di libertà religiosa di cui all'art. 9 CEDU, secondo la Grande Camera il divieto di indossare il velo rappresentava una misura prevedibile ed in forza della quale le autorità turche avevano ragionevolmente deciso di tutelare i diritti degli altri studenti ed il principio di laicità "alla turca" in ambito universitario¹².

⁹ Cfr. ECHR, *Leyla Şahin v. Turkey* (Grand Chamber), cit., § 109: «Where questions concerning the relationship between State and religions are at stake, on which opinion in a democratic society may reasonably differ widely, the role of the national decision-making body must be given special importance [...] Rules in this sphere will consequently vary from one country to another according to national traditions and the requirements imposed by the need to protect the rights and freedoms of others and to maintain public [...] Accordingly, the choice of the extent and form such regulations should take must inevitably be left up to a point to the State concerned, as it will depend on the specific domestic context».

¹⁰ L'esistenza di una separata "dimensione educativa" nel caso *Sahin* non era però condivisa da ECHR, *Leyla Şahin v. Turkey* (Grand Chamber), p. 41, joint concurring opinion of Judges ROZAKIS and VAJIĆ, secondo cui «the central question in the case was the protection of her religious freedom as enshrined in Article 9 of the Convention. Article 9 is, in the circumstances, the obvious *lex specialis* covering the facts of the case, and the applicant's corollary complaint concerning the same facts under Article 2 of Protocol No. 1, although clearly admissible, does not raise a separate issue under the Convention».

¹¹ *Leyla Şahin v. Turkey* (Grand Chamber), cit., § 154.

¹² *Ivi*, § 159: «The decision-making process for applying the internal regulations satisfied, so far as was possible, the requirement to weigh up the various interests at stake. The university authorities judiciously sought a means whereby they could avoid having to turn away students wearing the headscarf and at the same time honour their obligation to protect the rights of others and the interests of the education system».

La sentenza conteneva un'interessante opinione dissenziente del Giudice Tulkens, nella quale la ricostruzione "alternativa" dei principi fondamentali sottesi si coniugava con una disamina pragmatica dei singoli elementi fattuali inerenti alla fattispecie¹³.

In primo luogo, essa muoveva una critica all'applicazione, ritenuta troppo ampia, del margine di apprezzamento, poiché «i giudici di Strasburgo non hanno verificato in concreto l'impatto delle limitazioni statali alla libertà dei propri cittadini di manifestare la propria religione, ma hanno condotto una valutazione astratta, fondando le proprie argomentazioni sul significato attribuito al principio di laicità in quei paesi in cui esso è concepito come la preconditione necessaria a garantire il pluralismo»¹⁴.

Nella descritta prospettiva, per Tulkens la dottrina del margine di apprezzamento doveva essere declinata in termini concreti, alla luce del caso da giudicare e di una supervisione della Corte di Strasburgo non limitata ad una generica "presa d'atto" della discrezionalità statale¹⁵.

¹³Cfr. ECHR, *Leyla Şahin v. Turkey* (Grand Chamber), cit., dissenting opinion of Judge TULKENS, § 2: «Owing to its nature, the Court's review must be conducted *in concreto*». Per un ampio inquadramento della sua *judicial philosophy* in relazione all'applicazione della CEDU, cfr. O. DE SCHUTTER, F. TULKENS, *The European Court of Human Rights as a Pragmatic Institution*, in E. BREMS (a cura di), *Conflicts Between Fundamental Rights*, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2008, p. 169 ss.

¹⁴L.P. VANONI, *Laicità e libertà di educazione*, cit., p. 161. Sul tema, cfr. F. TULKENS, L. DONNAY, *L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature?*, in *Revue de Science criminelle et de droit pénal comparé*, 1, 2006, p. 3 ss.

¹⁵Tale impostazione sarà ribadita in ECHR, *S.H. and others v. Austria* (Grand Chamber), 3 November 2011, joint dissenting opinion of Judges TULKENS, HIRVELĀ, LAZAROVA, TRAJKOVSKA and TSOTSORIA, § 11: «The margin of appreciation goes hand in hand with European supervision [...] The Court should not use the margin of appreciation as a "pragmatic substitute for a thought-out approach to the problem of proper scope of review". Ultimately, through the combined effect of the European consensus and the margin of appreciation, the Court has chosen a minimum – or even minimalist – approach that is hardly likely to enlighten the national courts» e ECHR, *Stummer v. Austria* (Grand Chamber), 7 July 2011, partly dissenting opinion of Judge TULKENS, § 10: «What role is there in the present case for a European consensus, the main function of which is to determine the extent of the margin of appreciation? The

A fronte di una decisione maggioritaria nella quale il divieto di indossare il velo era genericamente fondata sui parametri teorico-astratti del secolarismo “alla turca” (*laiklik*)¹⁶ e di una determinata interpretazione dell’uguaglianza di genere, Tulkens rispondeva attraverso una loro applicazione pratica, sulla base degli indici materiali del caso¹⁷.

Per un verso, la tutela della dimensione “secolare” dello Stato turco doveva essere bilanciata con il diritto di libertà religiosa, potendo la prima imporre limiti (circoscritti) al secondo solo a fronte di un “pressante bisogno sociale”, supportato da circostanze di pericolo concreto e che rivelassero l’esigenza di procedere in tal modo¹⁸.

Per l’altro, in relazione al principio di uguaglianza di genere – che si vorrebbe protetto, secondo le autorità turche, impedendo alle donne di portare un indumento considerato simbolo di oppressione, intolleranza e discriminazione – rifletteva un insopportabile paternalismo statale, intriso di una (unica) dimensione valoriale imposta dallo Stato alla ricorrente e confermata per via giudiziaria¹⁹.

flexibility inherent in the margin of appreciation is admittedly an essential factor, but, as the Court has frequently repeated, it must go hand in hand with European supervision».

¹⁶ Sul principio di laicità in Turchia, vedi il commento di M. GALIMBERTI, *Il secolarismo all’ombra dei minareti: il principio costituzionale di laicità nella Turchia moderna e contemporanea*, in *www.statoe.chiese.it*, 7, 2018 e, *amplius*, R. BOTTONI, *Il principio di laicità in Turchia. Profili storico-giuridici*, Vita e Pensiero, Milano, 2012.

¹⁷ Secondo ECHR, *Leyla Şahin v. Turkey (Grand Chamber)*, cit., dissenting opinion of Judge TULKENS, § 16, «the margin of appreciation is narrower for negative obligations». Sulla necessità di una diversa applicazione del margine di apprezzamento a seconda che l’obbligazione sia “positiva” o “negativa”, cfr. M. KLATT, *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 71, 2011, p. 691 ss.

¹⁸ Cfr. ECHR, *Leyla Şahin v. Turkey (Grand Chamber)*, cit., dissenting opinion of Judge TULKENS, § 5: «Only indisputable facts and reasons whose legitimacy is beyond doubt – not mere worries or fears – are capable of satisfying that requirement and justifying interference with a right guaranteed by the Convention. Moreover, where there has been interference with a fundamental right, the Court’s case-law clearly establishes that mere affirmations do not suffice: they must be supported by concrete examples».

¹⁹ *Ivi*, § 12: «It is not the Court’s role to make an appraisal of this type – in this instance a unilateral and negative one – of a religion or religious practice, just as it is not

Con riferimento al profilo relativo al diritto all'istruzione, Tulkens riteneva esistente una violazione dell'art. 2, Prot. 1 CEDU, essendo Sahin stata privata del diritto fondamentale di ricevere un'istruzione universitaria. In particolare, essa segnalava in primo luogo l'insufficienza dell'analisi compiuta sul punto, la quale rimandava "per analogia" al quadro di argomentazioni già spese in ordine all'(in)esistenza di una lesione del diritto di libertà religiosa *ex art. 9 CEDU*.

Il giudice dissenziente poneva quindi in risalto il carattere sproporzionato della misura così adottata – la quale incideva sul nucleo duro del diritto all'istruzione, impedendo ad esso di esplicare qualsivoglia minimo effetto – ed il fatto che essa era stata imposta senza alcun preventivo tentativo di "mediazione" con la persona interessata o di rimedi alternativi, con la conseguenza che il giudizio di bilanciamento era completamente inclinato a favore della protezione del principio di laicità²⁰.

2. *L'insegnamento di materie confessionalmente connotate e lo scontro tra maggioranza e minoranza in Folgerø v. Norway.*

La tutela dei diritti fondamentali e l'interpretazione del margine di apprezzamento si intrecciano in modo ancor più intenso – nel terreno delle relazioni tra educazione e religione – con riferimento alle questioni dell'insegnamento confessionalmente connotato²¹, come ben dimostrato dalla pronuncia della Grande Camera in *Folgerø v. Norway*²².

its role to determine in a general and abstract way the signification of wearing the headscarf or to impose its viewpoint on the applicant».

²⁰ A titolo di richiamo comparato, il dissenso del Giudice TULKENS in *Leyla Şahin* – in relazione all'interpretazione della simbologia religiosa – è stato esplicitamente ripreso in alcuni passaggi nella *concurring opinion* di Lady Justice HALE in *R (on the application of Begum (by her litigation friend, Rahman) (Respondent) v. Headteacher and Governors of Denbigh High School*, [2006] UKHL 15, nel quale l'*Appellate Committee* della *House of Lords* aveva considerato ammissibile il divieto, imposto da un istituto scolastico, di indossare una particolare tipologia di abito islamico che copriva tutto il corpo.

²¹ Con riferimento al rapporto tra libertà di coscienza e l'istruzione pubblica, cfr. M. TOSCANO, *Il fattore religioso nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*.

Nel merito, alcuni genitori lamentavano il fatto che le autorità scolastiche norvegesi avevano rifiutato di concedere ai loro figli (di religione non cristiana) l'esenzione totale²³ dal corso – a frequenza obbligatoria – di storia delle religioni denominato “Cristianesimo, religione e filosofia” (KRL)²⁴.

Secondo la Corte, il riconoscimento di una dispensa parziale dall'insegnamento confessionale – peraltro subordinato ad una valutazione, da parte della scuola, delle motivazioni etico-filosofiche addotte – non poteva considerarsi sufficiente a garantire il rispetto dell'art. 2, Prot. 1 CEDU.

In particolare, da un lato l'assoluta predominanza della religione cristiano-luterana del corso di religione, pur giustificata da ragioni di ordine storico-culturale, non permetteva di affermare che lo Stato norvegese avesse adempiuto (per mezzo dell'istituto scolastico) alla sua funzione educativa in modo obiettivo, critico e pluralista.

Dall'altro, soprattutto il fatto che la configurazione di tale attività di insegnamento avesse una effettiva forza persuasiva (in quanto concepita con l'obiettivo di indottrinare gli studenti, alla luce dei dettami di una confessione) rendeva l'esenzione, ad avviso della Corte di Strasburgo, insufficiente per salvaguardare il diritto dei genitori ad educare i propri figli d'accordo con le rispettive convinzioni²⁵.

Itinerari giurisprudenziali, Edizioni ETS, Pisa, 2018, p. 238 ss. e V. TURCHI, *Libertà religiosa e libertà di educazione di fronte alla Corte di Strasburgo*, in www.statoechiese.it, 8 ottobre 2012.

²² ECHR, *Folgerø and others v. Norway* (Grand Chamber), 29 June 2007.

²³ La possibilità di esenzione era infatti limitata al solo svolgimento di determinate attività “dinamiche” e religiosamente connotate (es. recita della Bibbia e preghiere, canto di canzoni sacre, etc.) – dirette a coinvolgere attivamente gli interessati – non coprendo invece la mera conoscenza “statica” dei relativi contenuti.

²⁴ Cfr. T. RASMUSSEN, *The New Norwegian “KRL” Subject and Religious Freedom: A Report*, in *Studia Theologica – Nordic Journal of Theology*, 54, 2000, p. 19 ss.

²⁵ A commento, cfr. A. CARACCIO, A. GIANFREDA, *Libertà di coscienza e diritto di dispensa dall'insegnamento religioso nel sistema scolastico norvegese: il caso Folgerø e altri c. Norvegia*, in R. MAZZOLA (a cura di), *Diritto e religione in Europa. Rapporto sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di libertà religiosa*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 147 ss. e M. PARISI, *Insegnamento religioso, neutralità dell'istruzione pubblica ed educazione alla cittadinanza democratica. Il caso Folgerø contro Norvegia*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 17(3), 2009, p. 729 ss.

Sul punto, non è secondario evidenziare come attraverso quest'ultima considerazione – legata alle modalità di insegnamento della religione e non all'insegnamento *per se* – la Grande Camera abbia voluto restringere la portata delle censure contenute in *Folgerø*, se è vero che «the fact that knowledge about Christianity represented a greater part of the Curriculum for primary and lower secondary schools than knowledge about other religions and philosophies cannot, in the Court's opinion, of its own be viewed as a departure from the principles of pluralism and objectivity amounting to indoctrination»²⁶.

Con riferimento alle posizioni di minoranza, *Folgerø* conteneva una prima opinione separata (dissenziante), condivisa da due giudici, di matrice procedurale²⁷ e, soprattutto, una *dissenting opinion* “collettiva”, redatta da otto dei diciassette componenti della Grande Camera²⁸, a dimostrazione della profonda conflittualità della tematica²⁹.

Come si avrà modo di osservare fra poco anche nella sentenza “d'appello” (e nelle opinioni separate) del celeberrimo caso *Lautsi c. Italia*, la

²⁶ ECHR, *Folgerø and others v. Norway* (Grand Chamber), cit., § 89.

²⁷ Sottoscritta dai Giudici ZUPANČIČ e BORREGO BORREGO, i quali evidenziavano l'inammissibilità preliminare del ricorso per ragioni di litispendenza: «Once the case had been examined by the domestic authorities, it was submitted to the European Court of Human Rights on 15 February 2000. One month and ten days later, the case was submitted to the Human Rights Committee in Geneva [...] In short: seven families, all together in a united group, and a single set of domestic proceedings which resulted in a single judgment by the Supreme Court. Nevertheless, despite having submitted a joint application before the domestic courts, three of these families lodged a petition before the European Court of Human Rights and the four others did the same before the Human Rights Committee in Geneva».

²⁸ Si trattava dei Giudici WILDHABER, LORENZEN, BIRSAN, KOVLER, STEINER, BORREGO BORREGO, HAJIYEV e JEBENS. In questo caso, la provenienza geografica dei dissenzianti (rispettivamente Svizzera, Danimarca, Romania, Russia, Austria, Spagna, Azerbaijan e Norvegia) permette di osservare che, salvo WILDHABER (Svizzera) e STEINER (Austria), i restanti Giudici provenivano da ordinamenti che – al momento della pronuncia – ammettevano la sottoscrizione di opinioni minoritarie.

²⁹ In tale fattispecie – e a differenza di *Lautsi c. Italia* – la controversia era stata oggetto di giudizio “in unico grado” da parte della Grande Sezione, avendo la Sezione originariamente assegnataria del caso deciso di dichiararsi incompetente in favore della prima (art. 72.1 del Regolamento della Corte).

dimensione storico-culturale del contesto di riferimento e degli elementi “simbolici” interessati – già fondamentale nell’evoluzione della giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di *Religion Clauses*³⁰ – assume qui un’importanza centrale.

In questo senso, infatti, il Cristianesimo, declinato nella sua versione luterana, vantava una lunga tradizione storica in Norvegia, sia sul piano della professione religioso-culturale, sia nel campo dell’insegnamento scolastico, il quale contemplava lo studio di tale confessione all’interno di un ventaglio di materie più ampio.

Tale considerazione “statica” era altresì ripresa dall’opinione dissenziente anche in una prospettiva “dinamica”, relativa alla presenza della dimensione religiosa nella sfera pubblica delle istituzioni scolastiche e del loro rapporto con il principio di laicità (inteso in senso inclusivo).

Secondo quest’ampia minoranza, infatti, il riconoscimento del pluralismo religioso non era di per sé incompatibile né con il riconoscimento di uno *status* ufficiale, da parte dello Stato, in favore di un credo confessionale e del suo finanziamento pubblico, né – ai fini qui di interesse – con il rispetto della libertà filosofico-religiosa in campo educativo³¹.

³⁰ Cfr. L.P. VANONI, *Pluralismo religioso e Stato (post) secolare. Una sfida per la modernità*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 17 ss.

³¹ In termini comparati, non può non riscontrarsi una certa analogia con alcuni sviluppi sperimentati dalla *Establishment Clause* statunitense nella “nuova” interpretazione della Corte Suprema, elaborata a partire da U.S. Supreme Court, *Marsh v. Chambers*, 463 U.S. 783 (1983), p. 792, secondo cui l’apertura delle sedute dell’Assemblea legislativa del Nebraska con una preghiera non violava la citata disposizione costituzionale, poiché «in light of the unambiguous and unbroken history of more than 200 years, there can be no doubt that the practice of opening legislative sessions with prayer has become part of the fabric of our society. To invoke Divine guidance on a public body entrusted with making the laws is not, in these circumstances, an ‘establishment’ of religion or a step toward establishment; it is simply a tolerable acknowledgment of beliefs widely held among the people of this country». Per un’anticipazione di tale posizione, cfr. U.S. Supreme Court, *Stone v. Graham*, 449 U.S. 39 (1980), pp. 45-46 (REHNQUIST, J., dissenting): «The Establishment Clause does not require that the public sector be insulated from all things which may have a religious significance or origin» e U.S. Supreme Court *McCollum v. Board of Education*, 333 U.S. 203 (1948), p. 256 (REED, J., dissenting): «Devotion to the great principle of religious liberty should not lead us into a rigid interpretation of the constitutional guarantee that conflicts with accepted habits

Inoltre, era contestata nel merito l'affermazione secondo cui la presenza della *Christian Object Clause* avrebbe determinato un illegittimo sbilanciamento "ideologico" in favore della sola fede cristiano-luterana.

Nel dettaglio, si affermava che la "prevalenza" di tale insegnamento era legata al consenso ed alla cooperazione dei genitori, fermo restando che la spiegazione di tutte le religioni e credenze filosofiche era realizzata seguendo lo stesso metodo e con riferimento a tutti i contenuti didattici³².

3. *L'uso "pubblico" dei simboli religiosi e l'esposizione "scolastica" del crocifisso: dall'unanimità laicista di Lautsi c. Italia (Lautsi I) al re-irement della Grande Camera (Lautsi II), con alcune opinioni separate sullo sfondo.*

In termini ancor più noti rispetto a quanto discusso in *Folgerø*, il caso *Lautsi c. Italia* aveva ad oggetto l'esistenza di un possibile contrasto tra l'esposizione del crocifisso nell'aula di un istituto scolastico ed il diritto all'educazione riconosciuto dall'art. 2, Prot. 1 CEDU, anche in questo caso declinato nella sotto-articolazione della libertà dei genitori di crescere ed educare i figli secondo le proprie sensibilità filosofico-religiose³³.

of our people. This is an instance where, for me, the history of past practices is determinative of the meaning of a constitutional clause, not a decorous introduction to the study of its text».

³² ECHR, *Folgerø and others v. Norway* (Grand Chamber), cit., p. 50: «The provision made no exception to the rule laid down in the preceding paragraph that the KRL subject was an ordinary school subject that should not be taught in a preaching manner. It suggests no departure from the requirement that the teacher should present all the different religions and philosophies from the standpoint of their particular characteristics and apply the same pedagogical principles to the teaching of the different topics».

³³ La letteratura sul "caso Lautsi" è molto ampia: senza una pretesa di completezza, sulla sentenza della Grande Camera si vedano V. FIORILLO, *La sentenza della Grande Camera sul crocifisso: il ritorno del margine di apprezzamento*, in *Quad. cost.*, 2, 2011, p. 422 ss.; M.G. BELGIORNO DE STEFANO, *Il crocifisso "salvato" dalla Corte europea dei diritti umani*, in M. TEDESCHI (a cura di), *Scritti in onore di Franco Bolognini*, Luigi Pellegrini editore, Cosenza, 2011, p. 55 ss.; V. TURCHI, *La pronuncia della Grande Chambre della Corte di Strasburgo sul caso Lautsi c. Italia: post nubila Phoebus*, in *www*.

A seguito dell'accoglimento del ricorso (all'unanimità) "in primo grado" da parte della Seconda Sezione³⁴, la Grande Camera rovesciava ad amplissima maggioranza – quindici voti a due – l'orientamento interpretativo ivi sviluppato.

Nel dettaglio, quest'ultima riteneva che la presenza del crocifisso nel contesto educativo italiano³⁵ era indice evidente dell'esistenza di un sistema di istruzione ispirato al pluralismo e rispetto di tutte le convinzioni religiose, sulla scia di una lunghissima tradizione storico-culturale che ne ammetteva l'esposizione in numerosi luoghi aperti al pubblico (tra i quali, anche le scuole).

Entrando ulteriormente nel merito, in sede d'impugnazione la Corte di Strasburgo escludeva che il crocifisso potesse operare quale strumento dotato di una forza "attiva", rivolta a favorire una qualche forma di proselitismo statale: infatti, si riteneva che tale simbolo avesse una natura "passiva", di per sé incapace di svolgere un'illegittima funzione di persuasione ed indottrinamento nei confronti degli studenti³⁶.

statoechnie.it, 10 ottobre 2011. Per una ricostruzione sistematica sull'esposizione del crocifisso in ottica comparata, vedi per tutti L.P. VANONI, *Laicità e libertà di educazione*, cit., soprattutto p. 189 ss.

³⁴ A favore di tale interpretazione, D. KYRITSIS, S. TSAKYRAKIS, *Neutrality in the classroom*, in *International Journal of Constitutional Law*, 11(1), 2013, p. 200 ss. e 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, p. 479 ss. Per un commento critico, cfr. A. SPADARO, *La sentenza 'Lautsi' sul crocifisso: summum jus, summa iniuria?*, in *DPCE*, 1, 2010, p. 198 ss. e, soprattutto, J.H.H. WEILER, *Il crocifisso a Strasburgo: una decisione "imbarazzante"*, in *Quad. cost.*, 1, 2010, p. 148 ss.

³⁵ Imposta dagli artt. 118 del regio-decreto 30 aprile 1924, n. 965 (Ordinamento interno delle Giunte e dei Regi istituti di istruzione media) e 119 (e allegata Tabella C) del regio-decreto 26 aprile 1928, n. 1297 (Approvazione del regolamento generale sui servizi dell'istruzione elementare). Sulla (problematica) sindacabilità di tali fonti davanti alla Corte costituzionale, cfr. C. MARTINELLI, *La questione del crocifisso tra esperienza giurisprudenziale e intervento parlamentare*, in E. DIENI, A. FERRARI, V. PACILLO (a cura di), *I simboli religiosi tra diritto e culture*, cit., p. 147 ss.

³⁶ ECHR, *Lautsi v. Italy (Grand Chamber)*, cit., § 72. Come ricordato da L.P. VANONI, *Pluralismo religioso e Stato (post) secolare*, cit., p. 34 ss., tale impostazione – volta a riconoscere nel simbolo religioso altre dimensioni non confessionali (es. culturali, storiche, tradizionali) nonché il contingente carattere di *passive symbol*, era stata la chiave di

La controversia oggetto di giudizio in *Lautsi II* presenta un interessante elemento di contatto “strutturale” con il caso *Folgero*, relativo al contesto generale nel quale entrambe si inseriscono, vale a dire la presenza “pubblica” di un elemento religioso – pur diversamente declinato – all’interno di un contesto educativo, sebbene l’esito finale delle stesse (e delle opinioni separate) sia antitetico³⁷.

Inoltre, occorre precisare che in *Lautsi II* il rilievo della dimensione storica e del valore culturale e tradizionale del fenomeno religioso non sembra assumere (pur essendo presente) una dimensione preponderante nell’*iter* argomentativo³⁸, essendo quest’ultimo fondato soprattutto sulla

volta per la decisiva “rilettura” della *Establishment Clause* e del principio di laicità da parte della Corte Suprema. Per una critica, cfr. U.S. Supreme Court, *Lynch v. Donnelly*, 465 U.S. 668 (1984), p. 712, BRENNAN, J., dissenting: «The Court seems to assume that prohibiting [...] from displaying a creche would be tantamount to prohibiting a state college from including the Bible or Milton’s *Paradise Lost* in a course on English literature. But in those cases, the religiously inspired materials are being considered solely as literature. The purpose is plainly not to single out the particular religious beliefs that may have inspired the authors, but to see in these writings the outlines of a larger imaginative universe shared with other forms of literary expression».

³⁷ Sulla possibile distinzione, rispetto alla presenza di simboli religiosi, tra «espacio estatal, donde el Estado realiza sus tareas de forma exclusiva (la defensa, la administración de justicia, la tributación, la seguridad ciudadana)» e «espacio público, noción mucho más compleja en la que la actividad en los foros públicos no es exclusiva del Estado, sino también de los particulares», cfr. J. DE MIGUEL BÁRCENA, *Neutralidad y Derecho constitucional*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 49, 2022, pp. 260-261.

³⁸ A differenza di quanto accaduto nelle pronunce degli organi giudiziari italiani interessati: cfr. Consiglio di Stato, 13 febbraio 2006, n. 556, p. 16 («in Italia, il crocifisso è atto ad esprimere, appunto in chiave simbolica ma in modo adeguato, l’origine religiosa dei valori di tolleranza, di rispetto reciproco, di valorizzazione della persona, di affermazione dei suoi diritti, di riguardo alla sua libertà, di autonomia della coscienza morale nei confronti dell’autorità, di solidarietà umana, di rifiuto di ogni discriminazione, che connotano la civiltà italiana. Questi valori, che hanno impregnato di sé tradizioni, modo di vivere, cultura del popolo italiano, soggiacciono ed emergono dalle norme fondamentali della nostra Carta costituzionale») e TAR Veneto, III Sez., 22 marzo 2005, n. 1110, § 8.1 («va osservato innanzi tutto come il crocifisso costituisca anche un simbolo storico-culturale, e di conseguenza dotato di una valenza identitaria riferita al nostro popolo [...] esso indubbiamente rappresenta in qualche modo il percorso storico e culturale caratteristico del nostro Paese e in genere dell’Europa intera e ne costituisce un’efficace sintesi»). Sul dibattito italiano, cfr. R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VE-

combinazione tra l'istituto "formale" del margine di apprezzamento e la rilevanza "sostanziale" del principio di neutralità/laicità, declinato in una dimensione positiva e non escludente (come invece accaduto in *Lautsi I*).

In questo senso, detto profilo sembrerebbe essere stato "assorbito" dalla categoria del margine di apprezzamento, laddove – ricordando l'enfasi posta dal Governo italiano sul crocifisso quale storico simbolo identitario del popolo italiano, dotato anche di un significato "laico"³⁹ – si affermava «the Court takes the view that the decision whether or not to perpetuate a tradition falls in principle within the margin of appreciation of the respondent State»⁴⁰.

La questione rimaneva quindi, in un certo modo, sullo sfondo e, forse, non è stata neppure così decisiva per fondare la decisione di legittimità sull'esposizione "italiana" del crocifisso nelle scuole.

Con riferimento alle opinioni dissenzienti, è possibile tracciare una linea di continuità tra le argomentazioni spese in *Folgerø* e alcuni spunti sottostanti alla pronuncia della Grande Camera nel caso *Lautsi II*⁴¹, in un ideale dialogo interno allo stesso organo giurisdizionale e nel quale alcune opinioni di minoranza sembrano aver acquistato (seppur indirettamente) il valore di giurisprudenza vincolante.

RONESI (a cura di), *La laicità crocifissa? Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici*, Giappichelli, Torino, 2004.

³⁹ Per una critica di tale argomento, vedi F. CORTESE, *Dialogando con Weiler: il crocifisso e gli "imbarazzi" del giurista*, in *Quad. cost.*, 4, 2010, p. 878, secondo cui «a suscitare imbarazzi, semmai, è il diritto vivente italiano, che, in assenza di una fonte di rango legislativo che si occupi di affrontare il tema [...] ha affermato che il simbolo del crocifisso sarebbe materiale espressione di una cultura (quella *lato sensu* cristiana) sostanzialmente laica e tesa alla promozione di principi di libertà, solidarietà ed eguaglianza, che a loro volta si trovano trasfusi anche nell'ambito dei principi costituzionali: ossia, per il giudice amministrativo italiano, si verificherebbe una fantomatica e 'provvidenziale' *coincidentia oppositorum* (perché di cose fondamentalmente opposte, si discute, ossia di principi o regole d'azione di natura religiosa e principi o regole d'azione di natura giuridica)».

⁴⁰ ECHR, *Lautsi v. Italy (Grand Chamber)*, cit., § 68.

⁴¹ Approfonditi soprattutto nella *concurring opinion* del Giudice BONELLO. Sul punto, cfr. I. LEIGH, R. AHDAR, *Post-Secularism and the European Court of Human Rights: Or How God Never Really Went Away*, in *The Modern Law Review*, 75(6), 2012, p. 1064 ss.

In particolare, l'elemento storico-culturale è centrale nell'opinione concorrente del Giudice maltese Bonello. Sul tema, egli evidenziava soprattutto la lunghissima tradizione italiana relativa all'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche, in un legame plurisecolare tra educazione e religione e rispetto al quale si imponeva un atteggiamento di deferenza da parte del Giudice europeo.

In secondo luogo, emergeva un'interessante prospettiva testualista ed originalista (non abituale nella giurisprudenza convenzionale)⁴²: per il Giudice maltese, infatti, la CEDU garantirebbe la sola libertà di religione e non invece valori affini – erroneamente sovrapposti alla prima – quali secolarismo, pluralismo, separazione tra Stato e Chiesa, neutralità e tolleranza religiosa⁴³. Nella descritta prospettiva, pertanto, la Corte doveva li-

⁴² Al contrario, «the Convention “is” a living instrument, we are told. This is presented to us not as a choice but as a blunt fact. The Court “must” “recall” that the Convention “is” a living instrument which “must” be interpreted in the light of present-day conditions. The words give the impression that the Court was stating the obvious, or even that it had no choice. Of course, there was no express obligation to do so. True, the Court was given the task of “interpreting and applying” the Convention, which implies a certain latitude. And using that latitude, the Court felt that a static or originalist approach – whereby one would continue to interpret the Convention as it was understood by its drafters in 1950 – would produce undesirable results. Such a “frozen” attitude could not guarantee the continued relevance of the Convention as our societies developed. A dynamic approach would surely be in keeping with the preamble of the Convention, which refers to “the maintenance and further realisation of human rights and fundamental freedoms”. But a choice it was» (R. LAWSON, *Living instrument: the evolutive doctrine – Some introductory remarks*, in *Dialogue between judges, European Court of Human Rights, Council of Europe, 2020*, European Court of Human Rights, 2020, p. 7-8). Sul tema, vedi anche G. CANDIA, *Interpretation of Regional Human Rights Conventions and Originalism: Different Context, Same Myths*, in *DPCE online*, 3, 2017, p. 597 ss. e G. LETSAS, *Strasbourg's Interpretive Ethic: Lessons for the International Lawyer*, in *European Journal of International Law*, 21, 2010, p. 512, per il quale «the Court's interpretive ethic has been very dismissive of originalism and literal interpretation. The Court has instead opted, albeit not consistently, for the moral reading of the Convention rights».

⁴³ In questo senso, «the presence of a crucifix in a State classroom might conceivably be viewed as a betrayal of secularism and an unjustifiable failure of the regime of separation between Church and State – but these doctrines, however alluring and beguiling, are nowhere mandated by the Convention, nor are they necessary constitutive elements

mitarsi alla “modesta” funzione di vagliare la compatibilità del crocifisso rispetto alla libertà religiosa della ricorrente, pienamente garantita.

Allo stesso modo, l'interpretazione letterale dell'art. 2, Prot. 1 CEDU tutelava il diritto dei genitori affinché l'insegnamento dispensato ai loro figli fosse conforme alle loro convinzioni religiose e filosofiche: tale garanzia, tuttavia, non poteva predicarsi rispetto alla mera esposizione passiva di un simbolo religioso, incapace di fungere – alla luce delle circostanze in esame – quale veicolo di indottrinamento o strumento di pressione ideologica⁴⁴.

È, inoltre, doveroso dare conto anche di altre due opinioni concorrenti. Nella *concurring opinion* del giudice greco Rozakis⁴⁵ e di quello croato Vajić, l'attenzione era focalizzata sui confini del rapporto di proporzionalità tra il diritto dei genitori di assicurare l'educazione dei figli in coerenza alle proprie convinzioni filosofico-religiose e il diritto di esporre simboli religiosi contrapposti al sentimento dei genitori stessi.

Il ragionamento seguito sembrava così andare oltre un certo “minimalismo” applicato nella sentenza, laddove – distinguendo tra il diritto “generale” all'educazione e quello “singolare” dei genitori a vedere educati i

of the freedoms of conscience and of religion» (Dissenting opinion of Judge BONELLO, § 2.9).

⁴⁴L'interpretazione “passiva” del crocifisso è stata in seguito ripresa anche da Corte Cass., Sezioni Unite civili, n. 24414/2021, § 14.4: «il crocifisso appeso al muro di un'aula scolastica è un simbolo essenzialmente passivo, perché non implica da parte del potenziale destinatario del messaggio alcun atto, neppure implicito, di adesione ad esso. Nella sua fissità e nella sua dimensione statica, esso non pretende osservanza né riverenza. Parla soltanto a chi, credente o non credente, si pone rispetto ad esso in atteggiamento di volontario ascolto». A commento, cfr. A. LICASTRO, *Crocifisso “per scelta”. Dall'obbligatorietà alla facoltatività dell'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche (in margine a Cass. civ., sez. un., ord. 9 settembre 2021, n. 24414)*, in *www.statoechiese.it*, 21, 2021, p. 17 ss.; M. TOSCANO, *Il crocifisso ‘accomodato’. Considerazioni a prima lettura di Corte cass., Sezioni Unite civili, n. 24414 del 2021*, in *www.statoechiese.it*, 18, 2021, p. 45 ss. e N. COLAIANNI, *Dal “crocifisso di Stato” al “crocifisso di classe” (nota a margine di Cass., SS. UU., 9 settembre 2021, n. 24414)*, in *www.statoechiese.it*, 17, 2021, p. 17 ss.

⁴⁵In termini generali, cfr. G. LETSAS, *Judge Rozakis's Separate Opinions and the Strasbourg Dilemma*, in D. SPIELMANN, M. TSIRLI, P. VOYATZIS (a cura di), *La Convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant: mélanges en l'honneur de Christos L. Rozakis*, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 305 ss.

propri figli d'accordo con le proprie convinzioni – si affermava che «unlike other guarantees of the Convention, in respect of which the case-law of the Convention has increased the purview of protection, including the right to education, the right of parents, under the second sentence of Article 2 of Protocol No. 1, does not seem realistically to be gaining weight in the balancing exercise of the proportionality test»⁴⁶.

In questo modo, i Giudici concorrenti estendevano il raggio interpretativo applicato dalla Grande Camera, prendendo posizione in modo netto sul merito delle libertà in gioco e sottolineando il carattere recessivo del diritto ad essere educati secondo uno specifico progetto ideale rispetto all'esposizione di determinati simboli religiosi (espressione della religione maggioritaria, non aventi una forza "indottrinante" e dotati di natura passiva)⁴⁷.

L'opinione concorrente del Giudice irlandese Power, invece, assume interesse soprattutto nel passaggio in cui – ripercorrendo i mutamenti giurisprudenziali attuati rispetto alla sentenza della Seconda Sezione – muoveva una critica non secondaria ad uno dei profili specifici (non) affrontati dalla Grande Camera.

Nel dettaglio, ella rimproverava alla maggioranza di essere rimasta inerte a fronte della considerazione contenuta nella sentenza impugnata secondo cui, a partire dal riconoscimento del principio di neutralità confes-

⁴⁶ ECHR, *Lautsi v. Italy (Grand Chamber)*, cit., p. 35.

⁴⁷ Per una critica all'utilizzo della categoria di simbolo (religioso) passivo, cfr. F.M. PALOMBINO, *La decisione della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Lautsi: un uso incongruo della nozione di «simbolo passivo»*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2, 2011, p. 463 ss. *Contra*, L.P. VANONI, *Laicità e libertà di educazione*, cit., p. 244, per il quale «concentrando la sua attenzione sul significato che i crocifissi assumono all'interno del sistema scolastico italiano, i giudici non hanno indagato le qualità ontologiche e oggettive di tale simbolo, ma hanno piuttosto verificato se, nel contesto in cui è posto, esso è in grado di produrre effetti giuridici vincolanti per i destinatari, assumendo un valore prescriptivo piuttosto che meramente descrittivo». Quest'ultima distinzione, peraltro, richiama esplicitamente ECHR, *Lautsi v. Italy (Grand Chamber)*, cit., dissenting opinion of Judge BONELLO, § 2.3: «It is for each individual State to choose whether to be secular or not, and whether, and to what extent, to separate Church and governance. What is not for the State to do is to deny freedom of religion and of conscience to anyone. An immense, axiomatic chasm separates one prescriptive concept from the other non-prescriptive ones».

sionale nel contesto dell'educazione pubblica, «respect for parents' convictions with regard to education must take into account respect for the convictions of other parents»⁴⁸.

L'addebito di Power pareva essere rivolto soprattutto all'esigenza di esplicitare in modo più netto la reale dimensione del principio di neutralità/laicità, da non interpretare in termini non-valoriali ed escludenti, sposando in quest'ultimo senso erroneamente la prospettiva secolarista o ateista⁴⁹: al contrario, «neutrality requires a pluralist approach on the part of the State, not a secularist one. It encourages respect for all world views rather than a preference for one»⁵⁰.

Nel merito, essa evidenziava anche l'assenza di incompatibilità tra l'esposizione di un simbolo religioso e l'obbligo/divieto di tenere determinate condotte, poiché la prima «does not prevent an individual from following his or her own conscience nor does it make it unfeasible for such a person to manifest his or her own religious beliefs and ideas»⁵¹.

⁴⁸ ECHR, *Lautsi v. Italy (Second Section)*, 3 November 2009, p. 13. Secondo POWER, infatti, «the Chamber referred, correctly, to the State's duty to uphold confessional neutrality in public education (§ 56). However, it proceeded, to conclude, incorrectly, that this duty required the effective preference or elevation of one ideology (or body of ideas) over all other religious and/or philosophical perspectives or world views» (ECHR, *Lautsi v. Italy (Grand Chamber)*, cit., p. 44).

⁴⁹ In questo senso, secondo A. OLLERO TASSARA, *Laicismo: sociedad neutralizada*, Digital Reasons, Madrid, 2014, p. 10, «la laicidad exige neutralidad de intenciones: el Estado será *neutral*, en la medida en que no adopte decisiones directamente encaminadas a potenciar o privilegiar a una confesión religiosa, yendo más allá de lo que las creencias de sus ciudadanos demanden. Pero esa misma laicidad descarta que la actividad de los poderes públicos haya de ser *neutra*: no habrá de garantizar una neutralidad de efectos, aquilatando si una u otra medida podrá repercutir más o menos sobre ciudadanos de una u otra confesión. Resulta obvio, por lo ya leído, que si han de tener en cuenta sus creencias es precisamente para cooperar a su libre ejercicio, y no para poner exquisito cuidado en ignorarlas». Sulla distinzione tra laicità e laicismo, cfr. lo stesso A. OLLERO TASSARA, *Laicidad y laicismo*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019.

⁵⁰ ECHR, *Lautsi v. Italy (Grand Chamber)*, cit., p. 44.

⁵¹ *Ivi*, p. 45. Un principio analogo era già stato enunciato in U.S. Supreme Court, *Elk Grove Unified School District v. Newdow*, 542 U.S. 1 (2004), O'CONNOR, J., concurring in judgment, p. 12: «the Constitution does not guarantee citizens a right entire-

Pertanto, si imponeva una maggiore precisione di contenuti nel respingere l'impostazione della laicità patrocinata dalla ricorrente, in quanto anch'essa rappresentava una vera e propria ideologia (non neutra) fra le altre⁵².

Sul fronte contrario, le "aperture" della Corte di Strasburgo ad una maggiore presenza del sentimento religioso nell'ambito educativo in *Lautsi II* erano rigettate dal Giudice svizzero Malinverni, il quale sottoscriveva l'unica opinione dissenziente (condivisa dal Giudice bulgaro Kaldjiev).

Innanzitutto, egli criticava l'applicazione incoerente e persistente del margine di apprezzamento, rilevando l'assenza di un consenso europeo sull'argomento (salva l'eccezione di alcuni Stati che disciplinavano in modo esplicito l'esposizione del crocifisso) ed il fatto che l'oggetto della comparazione non era stato scelto – e svolto – in modo appropriato⁵³.

Tale critica non è nuova nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (anche in materia *lato sensu* religiosa): in concreto, essa era già stata manifestata nell'isolata opinione dissenziente del Giudice Tulkens nel citato caso *Şahin*⁵⁴, nel quale la Grande Camera aveva rite-

ly to avoid ideas with which they disagree. It would betray its own principles if it did; no robust democracy insulates its citizens from views that they might find novel or even inflammatory».

⁵² *Contra*, L. ZUCCA, *Lautsi: A Commentary on a decision by the ECtHR Grand Chamber*, in *International Journal of Constitutional Law*, 11(1), 2013, pp. 224-225: «secularism is a multifaceted notion; it can be an ideology, but it can also be a philosophy and a legal/constitutional approach».

⁵³ In dottrina, vedi E. CHEREGATO, *I rapporti tra la Corte europea dei diritti dell'uomo e le corti nazionali: l'applicazione della dottrina del margine di apprezzamento come occasione mancata di dialogo nel caso Lautsi c. Italia*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico e Comunitario*, 2, 2013, p. 428 ss.

⁵⁴ Cfr. ECHR, *Leyla Şahin v. Turkey (Grand Chamber)*, cit., dissenting opinion of Judge TULKENS, § 3: «I would perhaps have been able to follow the margin-of-appreciation approach had two factors not drastically reduced its relevance in the instant case. The first concerns the argument the majority uses to justify the width of the margin, namely the diversity of practice between the States on the issue of regulating the wearing of religious symbols in educational institutions and, thus, the lack of a European consensus in this sphere. The comparative-law materials do not allow of such a conclusion, as in none of the member States has the ban on wearing religious symbols extend-

nuto legittimo il divieto della Turchia di indossare il velo islamico nelle aule universitarie.

Al contrario, Malinverni ricordava la pronuncia di alcune sentenze da parte di Corti costituzionali o di ultima istanza europee – su tutte, Germania⁵⁵ e Svizzera⁵⁶ – che, in argomento, avevano affermato l'esistenza di un principio di neutralità “formale”, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche.

Nella descritta prospettiva, era quindi proposta a livello CEDU un'interpretazione del principio di neutralità in termini rigorosi ed escludenti⁵⁷ – sulla scorta di quanto già affermato dalla Seconda Sezione – negan-

ed to university education». Sul punto, tuttavia, merita attenzione la contraddizione rilevata da L.P. VANONI, *Laicità e libertà di educazione*, cit., p. 162, nota 78, il quale osserva come la prospettiva fattuale e casistica applicata nella citata opinione dissenziente «non sia poi stat[a] utilizat[a] dallo stesso giudice Tulkens – estensore della sentenza *Lautsi I* – per verificare la reale incidenza del crocifisso nelle scuole italiane. In quella decisione [...] il giudice ha invece stabilito che la presenza di tale simbolo imposta dallo Stato sia in sé contraria al principio di neutralità scolastico desunto dalle norme della Convenzione. In questo caso, dunque, la decisione è presa applicando un principio astratto (la neutralità e laicità dello Stato) invece che accertare le ragioni concrete in forza delle quali il crocifisso lederebbe la libertà religiosa e di educazione degli alunni e dei loro genitori».

⁵⁵ Con riferimento alla sentenza BVerfGE 93, 1 (1975), si veda però anche la *abweichende Meinung* dei Giudici SEIDL, SÖLLNER e HAAS (§I.4), laddove affermava che «durch das Anbringen von Kreuzen in Unterrichtsräumen wird die Pflicht des Staates zu weltanschaulich-religiöser Neutralität nicht verletzt. Unter der Geltung des Grundgesetzes darf das Gebot der weltanschaulich-religiösen Neutralität nicht als eine Verpflichtung des Staates zur Indifferenz oder zum Laizismus verstanden werden» (trad. it.: «attraverso l'apposizione di croci nelle aule non è violato il dovere di neutralità ideologica e religiosa dello Stato. In base alla validità della Legge fondamentale, il requisito della neutralità ideologica e religiosa non deve essere inteso come un obbligo dello Stato di essere indifferente o laico»). L'opinione dissenziente è riportata in lingua inglese in V.C. JACKSON, M. TUSHNET, *Comparative constitutional law*, 2nd ed., Foundation Press, New York, 2006, p. 1401-1405.

⁵⁶ BGE 116 Ia 252, a commento della quale M.P. VIVIANI SCHLEIN, *Il problema delle manifestazioni di credo religioso nella vita pubblica in Svizzera*, in *DPCE*, 2005, p. 235 ss.

⁵⁷ Cfr. L. ZUCCA, *A Secular Europe: Law and Religion in the European Constitutional Landscape*, Oxford University Press, Oxford, 2012. Sul punto, come ha ricordato A. OLLERO, *Un Estado laico. Apuntes para un léxico argumental a modo de introducción*, in

dosi qualsiasi possibilità di rilevanza al fenomeno della religione nel terreno dell'educazione pubblica, rispetto al quale lo Stato doveva mostrarsi scrupolosamente imparziale⁵⁸.

In questo senso, la presenza del crocifisso avrebbe violato il diritto dei genitori al rispetto delle loro credenze, prendendo in considerazione solo quelle proprie di un determinato gruppo sociale (maggioritario) ed imponendo le stesse nei confronti della minoranza⁵⁹.

Persona y Derecho, 53, 2005, p. 44, il laicismo «[a] erigirse en indiscutible planteamiento único del papel (nulo) de lo religioso en la sociedad, acaba convirtiéndose en una doctrina confesional obligatoria para todo ciudadano, blindada de modo fundamentalista a cualquier posible alternativa».

⁵⁸ Rispetto a tale passaggio dell'opinione dissenziente, L.P. VANONI, *Pluralismo religioso e Stato (post) secolare*, cit., p. 131, ha parlato di «una concezione della neutralità 'assolutista' che abbraccia interamente la filosofia secolarista». Sul punto si era già espresso negli stessi termini – con riferimento a *Lautsi I* – J.H.H. WEILER, *Il crocifisso a Strasburgo*, cit., p. 150, secondo cui «la laicità non è una categoria vuota che significa assenza di fede. È spesso, come in questo caso, una ricca visione del mondo, una consapevole presa di posizione. Non è indifferenza rispetto alla religione». *Contra*, per M. LUCIANI, *La problematica laicità italiana*, in *Democrazia e diritto*, 2, 2008, p. 133, «è bene ribadire che spazio 'neutrale' della discussione pubblica non significa affatto spazio 'ateo'. Significa, semplicemente, che nella sfera pubblica l'appartenenza religiosa non deve avere alcun rilievo, perché la sfera pubblica è quella del cittadino, non del credente. Solo così inteso, il principio di laicità genera quella triplice garanzia della quale ho già detto: per le confessioni religiose, per lo stato, per i singoli (in quanto cittadini e in quanto credenti). *Neutralizzazione*, insomma, e solo grazie ad essa *pacificazione*».

⁵⁹ ECHR, *Lautsi v. Italy* (Grand Chamber), cit., p. 48: «Can it be maintained that the States properly comply with that positive obligation [to create a climate of *tolerance* and *mutual respect* among their population] where they mainly have regard to the beliefs held by the majority?». In termini analoghi, già U.S. Supreme Court, *Marsh v. Chambers*, 463 U.S. 783 (1983), cit., p. 823, STEVENS, J., dissenting: «Prayers may be said by a Catholic priest in the Massachusetts Legislature and by a Presbyterian minister in the Nebraska Legislature, but I would not expect to find a Jehovah's Witness or a disciple of Mary Baker Eddy or the Reverend Moon serving as the official chaplain in any state legislature. Regardless of the motivation of the majority that exercises the power to appoint the chaplain, it seems plain to me that the designation of a member of one religious faith to serve as the sole official chaplain of a state legislature for a period of 16 years constitutes the preference of one faith over another in violation of the Establishment Clause of the First Amendment». In dottrina, secondo S. MANCINI, *La sentenza della Grande Camera sul crocifisso: è corretta solo l'opinione dissenziente*, in *Quad. cost.*, 2,

Infine, il Giudice svizzero contestava il carattere “debole” o “passivo” del crocifisso, ritenuto dalla Grande Camera incapace in quanto tale di svolgere una funzione di indottrinamento. Pur potendo essere riconosciuti ad esso significati ulteriori a quello strettamente religioso, quest’ultimo rimaneva predominante: il crocifisso continuava così a far parte dell’ambiente scolastico e ben poteva essere percepito dagli alunni come un segno esteriore forte, non potendo essi in alcun modo sottrarsi alla sua influenza.

Il *revirement* operato in modo implicito da *Lautsi II* (rispetto alla pronuncia unanime della Seconda Sezione) dimostra nuovamente che non esiste un rapporto di proporzionalità diretta tra “quantità” del dissenso e “qualità” delle sentenze⁶⁰: tuttavia, non si può negare che più è elevato il numero delle opinioni dissenzienti, maggiore appare la possibile instabilità delle pronunce rispetto ad una loro futura “revisione” (salvo eccezioni alla regola generale, quale è quella descritta).

Di conseguenza, in questi casi la sentenza è in genere più esposta a possibili *overruling* che possono attingere – in modo diretto o indiretto – anche alle opinioni separate legate alla giurisprudenza appena “rovesciata” o a casi affini.

Raffrontando tra loro i casi *Folgero* e *Lautsi II*, sia da ultimo consentito evidenziare che l’utilizzo dell’opinione dissenziente nella prima fattispecie sembrerebbe essere stato indirettamente recepito dalla maggioranza

2011, p. 425, «*Lautsi* non è una decisione pilatesca, né tantomeno minimalista [...] 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».

⁶⁰ Con riferimento alla Corte Suprema del Canada, per C. L’HEUREUX-DUBÉ, *The Dissenting Opinion: Voice of the Future?*, in *Osgoode Hall Law Journal*, 38(3), 2000, p. 514, «it seems accepted that the quality of its reasoning, rather than unanimity per se, provides the best safeguard of the judiciary’s institutional legitimacy and the authority of courts’ decisions». In termini generali, il rapporto tra unanimità delle decisioni, opinioni dissenzienti e percezione pubblica delle stesse è stato affrontato da M.F. SALAMONE, *Judicial Consensus and Public Opinion: Conditional Response to Supreme Court Majority Size*, in *Political Research Quarterly*, 67, 2014, p. 320 ss. e J.R. ZINK, J.F. SPRIGGS II, J.T. SCOTT, *Courting the Public: The Influence of Decision Attributes on Individuals’ Views of Court Opinions*, in *The Journal of Politics*, 71(3), 2009, p. 909 ss.

della seconda⁶¹, sebbene non con tutta l'ampiezza e precisione evidenziate dalle due opinioni concorrenti contenute in *Lautsi II*⁶².

Nulla consente di escludere che tale discussa giurisprudenza – circoscritta all'esposizione del crocifisso nelle scuole pubbliche italiane⁶³ – possa essere ulteriormente ampliata dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, anche al di là del terreno specifico del diritto all'educazione: sul punto, infatti, «se è vero che le sentenze sui simboli religiosi [...] hanno chiuso le rispettive vicende giurisprudenziali davanti alla Corte, esse non hanno però detto l'ultima parola all'interno di un dibattito che si sta ancora svolgendo nello spazio pubblico [...] che si alimenta anche degli apporti delle opinioni separate»⁶⁴.

4. *Come applicare Lautsi II? Il caso Perovy v. Russia.*

La giurisprudenza in materia di esposizione pubblica di simboli religiosi enunciata dalla Grande Camera in *Lautsi II* merita ulteriore attenzione soprattutto con riferimento all'applicabilità specifica di alcuni “in-

⁶¹ Si tratta quindi di un dissenso «that really aim[s] to influence the Court's position by the authentic dialogue it helps to build» (G. RAIMONDI, *Advantages and risks of separate opinions from the point of view of the European Court of Human Rights*, in N. ZANON, G. RAGONE (a cura di), *The dissenting opinion*, cit., p. 153).

⁶² Tuttavia, per V. TURCHI, *La pronuncia della Grande Chambre della Corte di Strasburgo sul caso Lautsi c. Italia*, cit., pp. 16-17, «quantunque la *Grande Chambre*, con corretto uso di *self-restraint*, dichiara che 'non le compete di pronunciarsi sulla compatibilità della presenza del crocifisso nelle aule delle scuole pubbliche con il principio di laicità, così come consacrato nel diritto italiano', pare altresì evidente che aver ritenuto la presenza del crocifisso nelle aule delle scuole statali italiane non lesiva della libertà di coscienza (art. 9 CEDU) e del principio di eguaglianza (art. 14 CEDU) sostanzialmente equivalga a considerare la normativa italiana concernente il crocifisso non in contrasto con il principio di laicità nel suo nucleo essenziale».

⁶³ Rimanendo estranee al terreno d'indagine «sia la legittimità dell'ostensione del crocifisso attuata in luoghi diversi, sia – ed è sotto questo profilo che i “paletti” fissati dalla Corte in via preventiva sono più evidenti – la compatibilità della prassi in esame con il principio di laicità quale risultante dall'ordinamento italiano» (M. TOSCANO, *La sentenza Lautsi e altri c. Italia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., p. 14).

⁶⁴ A. DI MARTINO, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali*, cit., p. 420.

dici” ivi contenuti (su tutti, l’interpretazione della categoria di simbolo confessionale “attivo” o “passivo”) a fattispecie affini, come dimostrato dal recente caso *Perovy v. Russia*⁶⁵.

Secondo la (stretta) maggioranza – quattro voti a tre – della Terza Sezione, l’apertura dell’anno scolastico, in una scuola elementare russa della piccola cittadina di Gribanovskiy, per mezzo di una benedizione religiosa (nella versione cristiano-ortodossa) non violava la libertà di educazione dei genitori e quella religiosa di un alunno professante un culto diverso (Chiesa della Comunità di Cristo).

In particolare, la Corte di Strasburgo riprendeva alcune linee concettuali già tracciate in *Lautsi II*, ritenendo che l’impiego della religione nel contesto in questione rientrava nel terreno del margine di apprezzamento riservato agli Stati e, soprattutto, che la (breve) cerimonia confessionale non aveva avuto alcuna forza indottrinante o coercitiva nei confronti dello studente⁶⁶, configurandosi piuttosto come «an isolated incident in the third applicant’s upbringing, limited in scope and duration»⁶⁷.

Infine, per la Terza Sezione non era violato neppure il diritto alla libertà di culto (art. 9 CEDU) del minore: sul punto, non risultava che il rito religioso oggetto del contendere fosse stato “imposto” dalla scuola o inserito in un apposito curriculum scolastico, trattandosi di un “episodio” casuale rispetto al quale l’alunno si era trovato ad assistere, senza tuttavia essere obbligato a prestare adesione ai valori di una confessione diversa dalla propria⁶⁸.

⁶⁵ ECHR, *Perovy v. Russia* (Third Section), 20 November 2020. Ai sensi dell’art. 44.2 CEDU, la sentenza è divenuta definitiva il 19 aprile 2021.

⁶⁶ *Ivi*, § 65: «Similarly to the Lautsi case [...] there is no evidence before the Court that the presence during a one-off short ceremony, which lasted no more than twenty minutes, had an influence on the pupils, and so it cannot reasonably be asserted that it had or did not have an effect on the third applicant, whose convictions were still in the process of being formed».

⁶⁷ *Ivi*, § 66.

⁶⁸ *Ivi*, § 76: «the Court concludes that the third applicant was neither forced to participate in the manifestation of the beliefs of another Christian denomination nor discouraged from adherence to his own beliefs. While being a witness to the Orthodox rite of blessing might have aroused some feelings of disagreement in him, this disagreement should be seen in the broad context of the open-mindedness and tolerance required in a

Con riguardo alle opinioni separate, la sentenza conteneva in primo luogo una breve opinione concorrente – invero atipica – dei quattro giudici della maggioranza, i quali “ribattevano” attraverso tale strumento all’opinione dissenziente della minoranza⁶⁹.

In particolare, essi ridimensionavano il “tono convenzionale” della controversia, escludendo che vi fossero sottese questioni attinenti alla tutela dei diritti fondamentali e riconducendo i fatti di causa ad un mero errore di giudizio⁷⁰.

Con riferimento all’opinione dissenziente, per i tre giudici di minoranza la controversia doveva innanzitutto essere ricostruita nella prospettiva disegnata dall’art. 2, Prot. 1 CEDU, con riferimento al ruolo dei genitori ed al loro diritto di educare il figlio secondo le proprie convinzioni etico-religiose. Nel dettaglio, la violazione della predetta disposizione trovava concretizzazione nel mancato avvertimento degli stessi genitori in ordine alla celebrazione di una benedizione religiosa rivelatasi in contrasto con la loro *Weltanschauung*.

In questo senso, la condotta omissiva della scuola si era tradotta in una lesione del principio di neutralità religiosa che quest’ultima era tenuta a rispettare, con l’obiettivo di permettere ai genitori degli alunni interessati di effettuare una scelta libera e consapevole circa l’assistenza ad un evento che incideva sul percorso educativo prescelto per i propri figli.

In relazione al diritto di libertà religiosa dello studente – obliterato dalla maggioranza⁷¹ – secondo la *dissenting opinion* la partecipazione “at-

democratic society of competing religious groups, who cannot rely on Article 9 of the Convention to restrict the exercise of other persons’ religious freedoms».

⁶⁹ Come è noto, la “reazione” della maggioranza alle critiche contenute nelle opinioni dissenzienti è abbastanza abituale nelle sentenze della Corte Suprema degli Stati Uniti ed è spesso contenuta nella stessa argomentazione della pronuncia maggioritaria, con l’obiettivo di “rafforzare” le proprie ragioni.

⁷⁰ Joint concurring opinion of Judges LEMMENS, DEDOV, SCHEMBRI ORLAND and GUERRA MARTINS, § 3: «This is, in our opinion, not a case where the fundamental principles of freedom of religion are at stake. It is a case about an error of judgment, undoubtedly, but one that – in our opinion – could have been better solved by a constructive talk between the parents and the school, rather than through bitter lawsuits brought before the domestic courts and the Strasbourg Court».

⁷¹ Joint dissenting opinion of Judges KELLER, SERGHIDES and POLÁČKOVÁ, § 9: «it

tiva” ad un’attività confessionale (tradottasi nel bacio del crocifisso, la distribuzione di immagini votive e la realizzazione del segno della croce) non poteva essere equiparata alla presenza “passiva” del simbolo del crocifisso in *Lautsi II*: pertanto, la giurisprudenza ivi enunciata non era applicabile al caso di specie⁷².

In ottica comparata, erano infine ripresi alcuni passaggi della sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti nel caso *Lee v. Weisman*, la quale aveva dichiarato che la recita di alcune preghiere di benedizione nel corso di una cerimonia di conclusione dell’anno scolastico presso una scuola pubblica violava il principio di separazione tra Stato e Chiesa sancito dalla *Establishment Clause*, anche laddove la presenza dell’interessato a tale atto si fosse concretizzata in una mera assistenza silenziosa⁷³.

Provando ora a legare tra loro le linee argomentative sviluppate dal caso *Perovy* in relazione a *Lautsi II* e le opinioni dissenzienti ivi pronunciate, la fattispecie da ultimo analizzata sembra rivelare alcune incertezze in relazione alla concreta applicazione della giurisprudenza CEDU in materia di utilizzo “pubblico” dei simboli religiosi⁷⁴.

In questo senso, l’opinione dissenziente di *Perovy* non mostrava un rifiuto dell’impostazione generale di principio tracciata da *Lautsi II* in ordine ad una decisione fondata sulla “natura” (attiva o passiva) dell’ele-

must be acknowledged that it has been the Court’s practice to examine cases such as the present one solely in terms of Article 2 of Protocol No. 1, thereby disregarding that right on the part of children».

⁷² *Ivi*, § 17: «active religious observance cannot be equated to the presence of an essentially passive symbol [...] *In casu*, the rite took on a particularly active dimension: the priest not only sang prayers but also distributed paper icons that were meant to be taken back home by the children. In our humble opinion, this aspect of the ceremony has an arguably more lasting effect on children than a prayer or incense and holy water».

⁷³ Cfr. U.S. Supreme Court, 505 U.S. 577, p. 593: «It is of little comfort to a dissenter, then, to be told that for her the act of standing or remaining in silence signifies mere respect, rather than participation. What matters is that, given our social conventions, a reasonable dissenter in this milieu could believe that the group exercise signified her own participation or approval of it».

⁷⁴ G. SCALA, *Diritto pubblico subiettivo e libertà religiosa*, Padova University Press, Padova, 2021, p. 168, ha parlato di una «pronunzia che evidenzia, sulla scia di altre decisioni, l’ambiguità e la contraddittorietà dell’approccio sovente adottato dalla CEDU».

mento religiosamente connotato, contestandone piuttosto la sua declinazione in relazione al caso specifico⁷⁵.

A tal proposito, la sovrapposizione tra *Perovy* e *Lautsi II* appare alquanto forzata nel momento in cui era equiparata, sul piano strutturale e degli effetti sostanziali, la “passività” del crocifisso – appeso alla parete di un’aula scolastica ed in nulla “coinvolto” nell’attività di insegnamento – con la recita di una benedizione nella quale lo studente era chiamato (o comunque indotto) a partecipare attraverso diverse condotte “attive”.

A fronte delle criticità applicative sollevate nell’opinione dissenziente di *Perovy*, si prospetta forse l’esigenza di una migliore definizione futura – da parte della Corte di Strasburgo – di alcuni parametri sulla cui base provare a rendere più “concreti” il contenuto attivo e/o passivo dei simboli religiosi, trattandosi di elementi duttili che rischiano di rimanere fin troppo indefiniti e dare luogo a soluzioni contraddittorie, come sembra emergere dal confronto tra *Lautsi II* e *Perovy*.

Peraltro, sulla scia della rilevante giurisprudenza *post-Lautsi II* enunciata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione italiana⁷⁶, non sembra

⁷⁵ Joint dissenting opinion of Judges KELLER, SERGHIDES and POLÁČKOVÁ, § 2: «We do not want to enter into a discussion of the human-rights principles to which our esteemed colleagues refer. We do not think that there are any fundamental disagreements between us on these principles. The reason we concluded that there has been no violation of the Convention rights of the parents or the child is because of the specific circumstances of the case».

⁷⁶ Cfr. Cass. SS.UU., 9 settembre 2021, n. 24414, § 12.1: «la disposizione regolamentare non può più essere letta come implicante l’obbligo di esporre il crocifisso nelle scuole, ma va interpretata nel senso che l’aula può accoglierne la presenza allorché la comunità scolastica interessata valuti e decida in autonomia di esporlo, nel rispetto e nella salvaguardia delle convinzioni di tutti, affiancando al crocifisso, in caso di richiesta, gli altri simboli delle fedi religiose presenti all’interno della stessa comunità scolastica e ricercando un ragionevole accomodamento che consenta di favorire la convivenza delle pluralità. La disposizione regolamentare sugli arredi scolastici è suscettibile di esprimere un significato conforme al nuovo contesto costituzionale e alla legislazione che dei principi costituzionali costituisce svolgimento e attuazione, in base ad una interpretazione evolutiva che tramuta l’obbligo di esposizione del crocifisso in una facoltà, affidando alle singole comunità scolastiche la decisione circa la presenza dei simboli religiosi nelle proprie aule». Sull’ampio uso del diritto comparato in tale pronuncia, si veda F. ALICINO, *L’accomodamento ragionevole e l’equità della laicità italiana. L’esposizione del*

irragionevole immaginare anche una qualche forma di sviluppo “convenzionale” della soluzione del c.d. “accomodamento ragionevole”, da quest’ultima enunciato in forma innovativa (almeno nell’ordinamento italiano)⁷⁷.

5. *Il “diritto di educare” nelle organizzazioni di tendenza in Fernández Martínez v. Spain.*

Alla luce della giurisprudenza CEDU precedentemente affrontata, la questione educativa è stata sin qui declinata nella sua dimensione più “tradizionale”, vale a dire quella disciplinata dall’art. 2, Prot. 1 CEDU e relativa al diritto “passivo” a poter usufruire del sistema di istruzione in modo effettivo, (anche) nel rispetto – nel caso di persone minorenni – delle convinzioni etiche e filosofiche dei genitori.

Ciononostante, il diritto “ad essere educati” così descritto può essere integrato, in parallelo, anche da alcune riflessioni circa il diritto “speculare” di esercitare una data attività di insegnamento, con particolare attenzione alle “organizzazioni di tendenza” (in questo caso, religiosamente connotate) ed all’esigenza di “adeguarsi”, al loro interno, a determinati profili dell’ideologia da queste professata, pena la legittima esclusione dalle stesse organizzazioni⁷⁸: in questo caso, si tratta di un vero e proprio

crocifisso alla luce dell’insegnamento che proviene dalla comparazione, in *DPCE*, 1, 2022, p. 53 ss.

⁷⁷ Cfr. S. ACETO DI CAPRIGLIA, *Sintagma “laicità” e polisemia del crocifisso. Analisi comparata degli orditi normativi eurounitari e di common law*, in *Federalismi.it*, 30, 2022; S. BALDASSARRE, *Gli accomodamenti ragionevoli come possibili soluzioni pragmatiche alle nuove sfide del pluralismo religioso*, in A. NEGRI, G. RAGONE, M. TOSCANO, L.P. VANONI (a cura di), *I simboli religiosi nella società contemporanea*, cit., p. 297 ss. e G. PAVESI, *Le frontiere europee della religious accommodation. Spunti di comparazione*, in *www.statoe.chiese.it*, 10, 2021, p. 75 ss.

⁷⁸ Sul tema, cfr. J. PASQUALI CERIOLI, *Parità di trattamento e organizzazioni di tendenza religiose nel nuovo diritto ecclesiastico europeo*; C. CARDIA, *Voci in dialogo: organizzazioni, istituzioni di tendenza religiose e diritti delle parti. Prima voce* e N. COLAIANNI, *Voci in dialogo: organizzazioni, istituzioni di tendenza religiose e diritti delle parti. Seconda voce*, tutti in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1, 2013, rispettivamente p. 71 ss., 203 ss. e 215 ss.

“diritto di educare”, inteso come «diritto delle confessioni e degli enti religiosi alla propria identità cioè a condurre la propria attività coerentemente con le dottrine da esse professate, nella loro proiezione in campo lavorativo, ed in particolar modo in quello educativo»⁷⁹.

Il legame tra azione educativa, giurisprudenza CEDU e opinioni dissenzienti è riassunto, ai fini in esame, dal (doppio) caso *Fernández Martínez v. Spain*⁸⁰. In particolare, il ricorrente era un sacerdote che, dopo aver richiesto al Vaticano – nel 1984 – una dispensa dal sacerdozio, in assenza della corrispondente risposta aveva contratto matrimonio e generato cinque figli. Detta dispensa sarà concessa nell’agosto del 1997.

Nel 1991 egli era assunto come docente di religione in un istituto scolastico pubblico della provincia di Murcia; tuttavia, nel novembre del 1997 la diocesi competente della città di Cartagena decideva di non rinnovare il contratto del ricorrente, dopo aver scoperto – a seguito di un servizio giornalistico – che quest’ultimo aveva partecipato ad una manifestazione di sacerdoti contrari all’obbligo del celibato⁸¹.

⁷⁹ J.T. MARTÍN DE AGAR, *Insegnamento della religione e coerenza di vita. La sentenza Fernández Martínez Vs Spagna*, in *Ius Ecclesiae. Rivista internazionale di diritto canonico*, 25(1), 2013, p. 154.

⁸⁰ Cfr. ECHR, *Fernández Martínez v. Spain (Third Section)*, 15 May 2012 e ECHR, *Fernández Martínez v. Spain (Grand Chamber)*, 12 June 2014.

⁸¹ Sul piano nazionale, la controversia era definitivamente risolta dal TC con la STC 128/2007, de 4 de junio. Nel merito, la *Sala Segunda* rigettava per quattro voti a due (con *voto particular* di PÉREZ VERA e SALA SÁNCHEZ) il *recurso de amparo* per violazione dei principi di uguaglianza (art. 14 CE), rispetto della vita privata (art. 18 CE), libertà ideologica e religiosa (art. 16.1 CE) e di espressione (art. 20.1.a CE). Da un lato, era esclusa la lesione degli artt. 14 e 18 CE, per assenza del *tertium comparationis* e poiché la conoscenza degli elementi “controversi” della vita privata del ricorrente era stata dallo stesso liberamente accettata, avendo egli rivelato la propria situazione personale e familiare. Con riferimento al bilanciamento tra diritti individuali del ricorrente e diritto alla libertà religiosa dell’autorità ecclesiastica, «la modulación producida en los derechos del demandante a la libertad religiosa, en su dimensión individual, y a la libertad ideológica (art. 16.1 CE), en conexión con la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE], como consecuencia de que no fuera propuesto por el Obispado como profesor de religión y moral católicas en el curso 1997/1998, en el marco, por lo tanto, de su pretensión de continuar impartiendo la enseñanza del credo de una determinada confesión religiosa en un centro docente público, no resultan desproporcionadas ni inconstitucionalmente proscritas, en la medida en que encuentran su justificación en el respeto al lícito ejercicio del

In “primo grado”, la Terza Sezione della Corte di Strasburgo rigettava – per sei voti a uno – l’esistenza di una violazione degli artt. 8 e 14 CEDU. Nel merito, secondo questa non vi era stata alcuna violazione dell’art. 8 CEDU (diritto al rispetto della vita privata e familiare).

A fronte della decisione di non procedere al rinnovo del contratto dell’interessato, adottata sulla base di motivazioni di ordine religioso, la Corte escludeva di doversi pronunciare sulla necessità e/o proporzionalità della misura (alla luce dei principi di libertà religiosa e neutralità), «its role being confined to verifying that neither the fundamental principles of domestic law nor the applicant’s dignity have been compromised»⁸².

La Corte evidenziava altresì – in relazione all’attività lavorativa – l’esistenza decisiva di una rottura del vincolo fiduciario tra il ricorrente e l’autorità ecclesiastica, determinata dalle specificità del suo *status* personale e dal sostegno a posizioni contrarie alla dottrina religiosa.

Questa pronuncia conteneva un’unica opinione parzialmente dissenziente del Giudice spagnolo (*ad hoc*) Sáiz Arnáiz⁸³. In primo luogo, egli evidenziava che la decisione del mancato rinnovo era stata adottata da una pubblica autorità statale – la quale aveva provveduto, durante la vigenza del contratto, alla corrispondente remunerazione – e non da un ente confessionale.

derecho fundamental de la Iglesia católica a la libertad religiosa, en su dimensión colectiva o comunitaria (art. 16.1 CE), en relación con el derecho de los padres a la educación religiosa de sus hijos (art. 27.3 CE), dado que han sido razones exclusivamente de índole religiosa, atinentes a las normas de la confesión a la que libremente pertenece el demandante de amparo y la enseñanza de cuyo credo pretendía impartir en un centro docente público, las determinantes de que no fuera propuesto como profesor de religión y moral católicas» (FJ11). A commento, si vedano J. BRAGE CAMAZANO, *La no renovación de contrato a los profesores de religión en las escuelas públicas por falta de idoneidad canónica (autonomía de las iglesias y aconfesionalidad del Estado vs. derechos fundamentales del trabajador)*. Comentario a las SSTC 38/2007 y 128/2007, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 20, 2007, p. 633 ss. e F.J. MATIA PORTILLA, *De declaraciones de idoneidad eclesiástica, obispos, profesores de religión y derechos fundamentales*, in *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, 19, 2007, p. 67 ss.

⁸² ECHR, *Fernández Martínez v. Spain* (Third Section), cit., § 84.

⁸³ In sostituzione del giudice “titolare” López Guerra (*ex art. 29.1, Regolamento Corte*).

Tale indice era considerato fondamentale per distinguere la presente fattispecie dai casi affini *Siebenhaar* e *Obst* (contro la Germania)⁸⁴, nei quali la Corte di Strasburgo aveva escluso all'unanimità l'illegittimità del licenziamento dei rispettivi impiegati – per ragioni etico-morali e religiose – da parte delle organizzazioni di tendenza alle quali essi appartenevano⁸⁵.

Lo stesso elemento, peraltro, giustificava – alla luce della sentenza “spagnola” STC 38/2007⁸⁶ – l'esigenza di rispettare comunque i diritti fondamentali ed i principi e valori costituzionali⁸⁷. Nel caso di specie,

⁸⁴ Cfr. ECHR, *Siebenhaar v. Germany* (Fifth Section), 3 February 2011 e *Obst v. Germany* (Fifth Section), 23 September 2010. In termini opposti, in ECHR, *Schüth v. Germany* (Fifth Section), 23 September 2010, § 71, la Corte di Strasburgo aveva riconosciuto all'unanimità una violazione dell'art. 8 CEDU, nel caso di un organista licenziato per aver intrattenuto una relazione extraconiugale ed essere in attesa del relativo figlio. In concreto, «in signing his employment contract, the applicant accepted a duty of loyalty towards the Catholic Church, which limited his right to respect for his private life to a certain degree. Such contractual limitations are permissible under the Convention where they are freely accepted [...] The Court considers, however, that the applicant's signature on the contract cannot be interpreted as a personal unequivocal undertaking to live a life of abstinence in the event of separation or divorce. An interpretation of that kind would affect the very heart of the right to respect for the private life of the person concerned, particularly since, as the employment tribunals found, the applicant was not bound by heightened duties of loyalty (contrast *Obst*)».

⁸⁵ In *Siebenhaar*, la ricorrente (maestra di un asilo gestito da una parrocchia protestante) era stata licenziata a seguito della scoperta, da parte del datore di lavoro, della sua fede cattolica; in *Obst*, invece, il ricorrente – impiegato nel dipartimento delle pubbliche relazioni di una Chiesa – era stato licenziato senza preavviso dopo aver confessato ai suoi superiori di aver commesso atti di adulterio.

⁸⁶ Cfr. STC 38/2007, de 15 de febrero, FJ7: «una vez garantizada la motivación estrictamente “religiosa” de la decisión, el órgano judicial habrá de ponderar los eventuales derechos fundamentales en conflicto a fin de determinar cuál sea la modulación que el derecho de libertad religiosa que se ejerce a través de la enseñanza de la religión en los centros escolares pueda ocasionar en los propios derechos fundamentales de los trabajadores en su relación de trabajo».

⁸⁷ Cfr. ECHR, *Fernández Martínez v. Spain* (Third Section), cit., partly dissenting opinion of Judge SÁIZ ARNÁIZ, § 1: In all the previous cases mentioned by the Court, the recruitment of staff by religious communities had been carried out directly by the churches or religious organisations themselves, without any intervention by a public au-

tuttavia, secondo Sáiz Arnáiz non era stato effettuato un corretto bilanciamento tra la “dimensione religiosa” riconducibile alla scelta ed autonomia dell'autorità ecclesiastica ed il diritto fondamentale del ricorrente al rispetto della propria vita privata⁸⁸.

Con riferimento alle argomentazioni di merito sottostanti al mancato rinnovo – fondate sul pubblico scandalo che sarebbe potuto derivare dallo *status* del ricorrente – per il giudice dissenziente le stesse erano smentite dalle circostanze relative agli sviluppi del rapporto lavorativo tra il sacerdote e l'autorità religiosa.

In concreto, egli evidenziava come la situazione coniugale e familiare del sacerdote era ben nota alle autorità ecclesiastiche (nonché a genitori e alunni) prima della sua assunzione come docente, senza che essa abbia rappresentato in precedenza alcun ostacolo sul piano dell'attività lavorativa o provocato scandalo⁸⁹.

thority in the relevant procedure. Moreover, contrary to the present case, it was not even a public authority which paid the salaries of the employees in question. It is precisely on account of this direct participation by a public authority that it is valid, and therefore justified, to assert that the recruitment of a religious education teacher and, if appropriate, the renewal or non-renewal of his or her contract, must be decided “in compliance with fundamental rights and with the system of constitutional values and principles”, as observed by the Spanish Constitutional Court in its judgment no. 38/2007».

⁸⁸ In questo senso, riprendendo il *voto particular* alla STC 128/2007 di PÉREZ VERA e SALA SÁNCHEZ, § 2, «que la decisión sea de índole religiosa es imprescindible (primer plano del canon) pero no es suficiente, ya que es a partir de ese momento cuando entra en juego el segundo plano del canon. Un segundo plano que, según el recién citado pronunciamiento del Pleno, exige la ponderación en sentido estricto de los derechos fundamentales en juego. En efecto, es una vez que se ha constatado el conflicto entre el derecho fundamental de la iglesia y los derechos fundamentales del sujeto, cuando se impone una ponderación que conducirá a la modulación de los derechos del trabajador; unos derechos que, parece obvio, en ámbitos como el analizado pueden verse limitados, pero que no desaparecen».

⁸⁹ Partly dissenting opinion of Judge SÁIZ ARNÁIZ, § 2: «a situation that the diocese had originally regarded as compatible with the teaching of religion ceased to be so when it became public knowledge, or more precisely when it was reported in a newspaper. It was already known to the applicant's professional circle before the publication of the article [...] Such a justification would have been possible if the Church or the applicant's professional circle had been unaware of his personal and family situation before the publication of the article».

A fronte di una decisione della Terza Sezione quasi unanime, tuttavia, il conflitto in seno alla Grande Camera “in sede d’appello” era significativamente più ampio rispetto a quello registrato in primo grado, come dimostrato dalla presenza di otto giudici dissenzienti (su diciassette totali)⁹⁰, raggruppati in quattro diverse opinioni separate.

Inquadrando in primo luogo la sentenza resa dalla maggioranza in via definitiva, anche in questa sede processuale la Grande Camera escludeva l’esistenza di una violazione dell’art. 8 CEDU.

A suo avviso, pur a fronte di un’evidente interferenza “materiale” nella vita privata del ricorrente, la stessa non doveva considerarsi illegittima, in ragione dell’applicazione dei tradizionali parametri della giurisprudenza convenzionale in materia di bilanciamento tra diritti contrapposti (il diritto del ricorrente alla sua vita privata e familiare, da un lato e quello delle organizzazioni religiose all’autonomia, dall’altro) e del margine di apprezzamento riservato agli Stati⁹¹.

Alla luce della suddetta impostazione, era innanzitutto esclusa una lesione del criterio di prevedibilità (della misura limitativa adottata), poiché «since the applicant had been the director of a seminary, it is reasonable to presume that he was aware of the heightened duty of loyalty imposed on him by ecclesiastical law and could thus have foreseen that, despite the fact that his situation had been tolerated for many years, the public display of his militant stance on certain precepts of the Church would be at odds with the applicable provisions of canon law and would not be without consequence»⁹².

⁹⁰ Joint dissenting opinion of Judges SPIELMANN, SAJÓ, KARAKAŞ, LEMMENS, JÄDERBLOM, VEHABOVIĆ, DEDOV and SÁIZ ARNÁIZ.

⁹¹ ECHR, *Fernández Martínez v. Spain* (Grand Chamber), cit., § 125: «A margin of appreciation must be left to the competent national authorities in this assessment. The breadth of this margin varies and depends on a number of factors including the nature of the Convention right in issue, its importance for the individual, the nature of the interference and the object pursued by the interference. The margin will tend to be narrower where the right at stake is crucial to the individual’s effective enjoyment of “intimate” or key rights. Where a particularly important facet of an individual’s existence or identity is at stake, the margin allowed to the State will be restricted. Where, however, there is no consensus within the member States of the Council of Europe, either as to the relative importance of the interest at stake or as to how best to protect it, the margin will be wider».

⁹² Cfr. ECHR, *Fernández Martínez v. Spain* (Grand Chamber), cit., § 118.

In parallelo, il mancato rinnovo del contratto perseguiva uno scopo legittimo, vale a dire proteggere i diritti e libertà della Chiesa cattolica, con particolare riferimento alla sua autonomia in ordine alla scelta delle persone meglio qualificate per l'insegnamento della religione⁹³.

Nel merito, la Corte ha ritenuto che, accettando in modo spontaneo di assumere l'impiego di insegnante di religione, il ricorrente aveva assunto un vincolo stringente di lealtà verso la Chiesa cattolica (con specifico riferimento alla natura della funzione educativa svolta), il quale a sua volta comportava l'esistenza di limiti al diritto a vedere rispettata la propria vita privata⁹⁴.

L'opinione dissenziente sottoscritta collegialmente da tutti i giudici contestava la configurazione dei fatti, la loro qualificazione ai sensi dell'art. 8 CEDU e, soprattutto, l'applicazione di quest'ultima disposizione alla controversia.

Con specifico riferimento all'interferenza statale nel diritto al rispetto della vita privata del ricorrente, essa escludeva che la decisione contestata fosse in concreto "prevedibile", d'accordo con le corrispondenti disposizioni di legge.

Sul punto – come già aveva evidenziato l'opinione dissenziente di Sáiz Arnáiz sopra indicata – si sottolineava che il mancato rinnovo era stato giustificato in forza del pubblico scandalo, provocato dalla condizione personale del ricorrente a seguito di una pubblicazione giornalistica. Tuttavia, l'autorità ecclesiastica aveva "tollerato" tale situazione durante gli anni precedenti, ingenerando una sorta di legittimo affidamento che im-

⁹³ Cfr *ivi*, § 121.

⁹⁴ *Ivi*, § 134: «the Court takes the view that, by signing his successive employment contracts, the applicant knowingly and voluntarily accepted a heightened duty of loyalty towards the Catholic Church, which limited the scope of his right to respect for his private and family life to a certain degree. Such contractual limitations are permissible under the Convention where they are freely accepted [...] Indeed, from the point of view of the Church's interest in upholding the coherence of its precepts, teaching Catholic religion to adolescents can be considered a crucial function requiring special allegiance. The Court is not convinced that at the time of the publication of the article in *La Verdad*, this contractual duty of loyalty had ceased to exist. Even if the applicant's status as a married priest was unclear, a duty of loyalty could still be expected on the basis that the Bishop had accepted him as a suitable representative to teach Catholic religion».

pediva al sacerdote di prevedere che – soprattutto nel lungo periodo – il suo contratto non sarebbe stato rinnovato⁹⁵.

In relazione all'interferenza dello Stato nel rispetto della propria vita privata ed alla proporzionalità della misura, secondo la minoranza il Ministero dell'Istruzione si era limitato a riprodurre pedissequamente le argomentazioni impiegate dall'autorità ecclesiastica, senza tenere in considerazione «the applicant's right to respect for his private and family life or the effects of its own decision on that right»⁹⁶.

Nella descritta prospettiva, l'opinione dissenziente considerava insufficiente il bilanciamento tra i diritti soggettivi interessati. In particolare, da un lato il ricorrente non era stato ascoltato in relazione alla decisione adottata e, dall'altro, quest'ultima era fondata su elementi "privati" della sua vita personale (la condizione di prete sposato e l'essere membro di un'associazione contraria al celibato sacerdotale).

Con particolare riferimento all'art. 8 CEDU, inoltre, secondo costoro la sua applicabilità non era riferibile agli effetti derivanti dal mancato rinnovo del contratto, bensì alle motivazioni sottese a tali decisioni.

In via analoga ai profili già evidenziati da Sáiz Arnáiz in "primo grado", particolare attenzione era riservata al parametro della pubblicità/pubblico scandalo ed alle sue conseguenze. In primo luogo, se era vero che la pubblicità della situazione personale del ricorrente (e non l'esistenza della stessa *per se* considerata) poteva essere problematica per l'ente religioso, non poteva sostenersi altrettanto per lo Stato (rappresentato dal Ministero dell'Istruzione).

In seconda battuta, era necessario distinguere l'attività di insegnamento del ricorrente dalle vicende attinenti alla sua vita personale: sul punto, non vi era nessun elemento che potesse far presumere che queste ultime

⁹⁵ Cfr. Joint dissenting opinion of Judges SPIELMANN, SAJÓ, KARAKAŞ, LEMMENS, JÄDERBLOM, VEHAHOVIĆ, DEDOV and SÁIZ ARNÁIZ, § 15: «the Bishop relied in particular on the notion of "scandal" to refuse the renewal of the applicant's appointment. However, it was only in the rescript of 20 August 1997, that is, *after* the publication of the article rendering public the applicant's situation, that the absence of a scandal was explicitly mentioned as a condition for his ability to continue to teach Catholic religion. Should the applicant have anticipated the rescript?».

⁹⁶ *Ivi*, § 26.

avevano inciso negativamente sulla prima ovvero avevano provocato una reazione dei genitori degli alunni interessati.

Infine, si evidenziava che la reazione delle autorità statali era stata drastica e sproporzionata, non essendo stata adottata alcun'altra misura in favore del ricorrente che, di conseguenza, era stato licenziato.

L'opinione dissenziente di Spielman, Lemmens e Sajó faceva puntuale riferimento all'esigenza di analizzare altresì la presunta violazione dell'art. 14 CEDU, senza tuttavia sviluppare alcuna argomentazione in proposito.

L'opinione dissenziente di Sajó approfondiva ulteriormente le cause che avevano determinato una violazione dell'art. 8 CEDU. Particolare interesse assumeva il rinvio alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo nel caso *Sindicatul "Păstorul cel Bun" v. Romania*, la quale imponeva certi limiti all'autonomia delle organizzazioni confessionali⁹⁷.

In questo senso, detta autonomia non può comunque violare i diritti fondamentali o configurarsi quale «sovereign religious legal regime»⁹⁸. Inoltre, per Sajó il grado di indipendenza dell'ente religioso era inversamente proporzionale alla pubblicità degli effetti della decisione.

Pertanto, la dimensione pubblica dell'assunzione del ricorrente (da parte del Ministero dell'Istruzione) ed il mancato rinnovo del contratto imponevano un controllo più stringente rispetto ai parametri della CEDU, poiché laddove le ragioni "interne" dell'organizzazione religiosa «are beyond the reach of the State, the religious organisation must provide a "translation" of those arguments in a form that is understandable to the public»⁹⁹.

Infine, nel voto particolare del giudice russo Dedov era posta nuova enfasi sul principio di proporzionalità. Se era vero che la CEDU proteg-

⁹⁷ Cfr. ECHR, *Sindicatul "Păstorul cel Bun" v. Romania* (Grand Chamber), 9 July 2013, § 159: «a mere allegation by a religious community that there is an actual or potential threat to its autonomy is not sufficient to render any interference with its members' trade-union rights compatible with the requirements of Article 11 of the Convention. It must also show, in the light of the circumstances of the individual case, that the risk alleged is real and substantial and that the impugned interference with freedom of association does not go beyond what is necessary to eliminate that risk and does not serve any other purpose unrelated to the exercise of the religious community's autonomy».

⁹⁸ Dissenting opinion of Judge SAJÓ, § 4.

⁹⁹ *Ivi*, § 5.

geva il diritto di libertà religiosa, era altrettanto vero che essa non autorizzava le organizzazioni religiose a perseguire i propri aderenti nell'esercizio dei rispettivi diritti fondamentali¹⁰⁰: il diritto alla vita familiare non può quindi essere recessivo rispetto all'autonomia di qualsivoglia organizzazione¹⁰¹.

A titolo di sintesi conclusiva, è possibile affermare che la giurisprudenza CEDU sin qui commentata sembra rivelare – nel rapporto tra maggioranza ed opinioni separate – la presenza latente di interpretazioni contrapposte (più o meno forti), riferibili soprattutto all'applicazione di determinati principi teorici in materia religiosa rispetto alle fattispecie concrete. In un certo modo, sarà allora il “caso” specifico a “fare” il principio volta a volta applicabile.

¹⁰⁰ ECHR, *Fernández Martínez v. Spain* (Grand Chamber), cit., 64, dissenting opinion of Judge DEDOV: «The Convention protects freedom of religion so that no one can be persecuted for their religious beliefs. But it does not entitle religious organisations, even in the name of autonomy, to persecute their members for exercising their fundamental human rights. If the Convention system is intended to combat totalitarianism, then there is no reason to tolerate the sort of totalitarianism that can be seen in the present case».

¹⁰¹ *Ibid*: «complete deprivation of family life violates the Convention, and it cannot be justified by any public interest or religious autonomy. Even the long-standing Catholic Church cannot protect itself behind the autonomy concept, as the celibacy rule contradicts the idea of fundamental human rights and freedoms. This, in my view, should be used as a principal reason for finding a violation of Article 8 of the Convention».

CAPITOLO 4

IL FINANZIAMENTO PUBBLICO
DEI SISTEMI EDUCATIVI “DIFFERENZIATI”,
TRA SPAGNA E STATI UNITI:
FACOLTÀ, DIRITTO O PRIVILEGIO?

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il finanziamento della *educación diferenciada* spagnola, tra facoltà legislativa e diritto soggettivo: la STC 31/2018 (seconda parte). – 2.1. I *votos particulares discrepantes* di Roca Trías e Balaguer Callejón. – 2.2. La STC 74/2018 quale indice di continuità (e rafforzamento?) rispetto alla STC 31/2018 – 2.3. Il *voto particular discrepante* di Valdés Dal-Ré e Balaguer Callejón. – 3. Finanziamenti, benefici fiscali e scuole religiose negli Stati Uniti, tra *Establishment Clause* e *Free Exercise Clause*. – 3.1. Una breve premessa: *Everson v. Board of Education*. – 3.2. L’opzione contraria al finanziamento. Casistica giurisprudenziale e ricostruzione critica attraverso alcune *dissenting opinions*. – 3.3. L’opzione favorevole al finanziamento: la svolta di *Mueller v. Allen*. – 3.4. Due casi (affini?) con soluzioni diverse: *Locke v. Davey* ... – 3.4.1. L’opinione dissenziente di Justice Scalia. – 3.5. ... e *Espinoza v. Montana Department of Revenue*. – 3.5.1. L’opinione dissenziente di Justice Breyer. – 3.6. Una annotazione conclusiva (e definitiva?).

1. *Premessa.*

La disciplina giuridica dell’educazione “differenziata” – sia essa organizzata per ragioni di genere o ideologico-confessionali – non può dirsi completa senza alcuni affondi comparati in relazione alla sua dimensione economico-finanziaria, la quale si traduce nella possibilità (quando non addirittura nell’obbligo), da parte delle Pubbliche Amministrazioni, di prevedere fonti di sostegno patrimoniale in favore della stessa.

In tale contesto, la prospettiva egualitaria “di principio” – ammissibili-

tà *vs.* inammissibilità (sul piano costituzionale) di dette modalità educative – trova un addentellato ulteriore (laddove si riconosca, in partenza, la legittimità del modello “differenziato”), in relazione all’esigenza di contemperare il diritto “teorico” alla creazione di questi centri educativi e la concretezza della facoltà/obbligo a ricevere prestazioni economiche – dirette o indirette – che consentano di rendere effettiva tale tipologia di insegnamento.

2. *Il finanziamento della educación diferenciada spagnola, tra facoltà legislativa e diritto soggettivo: la STC 31/2018 (seconda parte).*

Confermata la legittimità costituzionale del modello educativo differenziato per genere, la già commentata STC 31/2018¹ merita di essere separatamente analizzata in relazione alla collegata questione del suo finanziamento pubblico, configurato secondo lo schema contrattuale del cosiddetto *concierto educativo*².

¹ Cfr. *supra*, Parte II, Cap. II, § 1.1.

² Si riporta la definizione contenuta nel *Diccionario panhispánico del español jurídico* (disponibile in <https://dpej.rae.es/>): «Contrato que pueden suscribir los titulares de los centros privados que ofrezcan enseñanzas gratuitas y satisfagan necesidades de escolarización con las correspondientes administraciones educativas y que supone la entrega periódica por estas de determinadas cantidades económicas por la prestación del servicio educativo. El Gobierno establece los aspectos básicos a los que deben someterse los conciertos». Allo stesso modo, secondo la STS 8321/2000, FJ4, «los conciertos educativos tienen, en efecto, la naturaleza de un convenio mediante el cual la Administración asume determinados compromisos (en esencia, asignar fondos públicos para el sostenimiento de los centros concertados) y estos últimos, por su parte, se comprometen a impartir gratuitamente las enseñanzas correspondientes, de acuerdo con las normas académicas, planes y programas educativos que sean de aplicación». Per una regolamentazione normativa di tale strumento, si vedano l’art. 116 della *Ley Orgánica 2/2006*, de 3 de mayo e il *Real Decreto 2377/1985*, de 18 de diciembre. Nella dottrina, in termini generali sull’argomento, cfr. A. ROMEA SEBASTIÁN, *Régimen jurídico de los centros concertados*, Marcial Pons, Madrid, 2003; I. DE LOS MOZOS TOUYA, *Educación en libertad y concierto escolar*, Montecorvo, Madrid, 1995 e J.M. DÍAZ LEMA, *Los conciertos educativos en el contexto de nuestro derecho nacional y en el derecho comparado*, Marcial Pons, Madrid, 1992.

L'argomento di fondo può essere declinato sia con riferimento all'ammissibilità di una previsione normativa in questo senso (frutto di una scelta del Legislatore), sia in ordine all'esistenza di un vero e proprio diritto soggettivo patrimoniale derivante dalla creazione di istituti scolastici ad *educación diferenciada* che, a sua volta, si traduce in un obbligo di finanziamento da parte delle istituzioni pubbliche³.

Sul piano legislativo, l'art. 84.3 LOE, ultimo paragrafo (nella versione "riformata" del 2013), disponeva che «en ningún caso la elección de la educación diferenciada por sexos podrá implicar para las familias, alumnos y alumnas y centros correspondientes un trato menos favorable, ni una desventaja, a la hora de suscribir conciertos con las Administraciones educativas o en cualquier otro aspecto».

Nel risolvere la questione, il TC sviluppava una duplicità di linee argomentative che si intrecciano tra loro. A titolo di premessa, era subito riproposta la classica interpretazione del principio di uguaglianza di cui

³La questione del finanziamento del sistema educativo privato in condizioni di parità rispetto a quello pubblico – con riferimento alla previsione di borse di studio unicamente in favore del secondo – è stata oggetto anche della STC 191/2020, de 17 de diciembre (nonché delle correlate SSTC 27/2022, 162/2021, 138/2021, 42/2021 e 2/2021), pubblicata in B.O.E., n. 22, 26 de enero de 2021, sec. TC, p. 7819, secondo cui «la exclusión de los alumnos matriculados en las universidades privadas y de las enseñanzas que se imparten en las mismas del régimen de becas [...] introduce una diferencia entre las universidades [...] que carece de la justificación objetiva y razonable que toda diferenciación normativa, por imperativo del artículo 14 CE, debe poseer para ser considerada legítima. Dicha exclusión, además, se proyecta sobre el artículo 27 CE, ya que afecta tanto al derecho de las universidades privadas a crear instituciones educativas (artículo 27.6 CE) como al derecho de los estudiantes a la educación (artículo 27.1 CE)». Hanno pronunciato opinione dissenziente i Giudici XIOL RÍOS e BALAGUER CALLEJÓN, nonché CONDE-PUMPIDO TOURÓN: in particolare, secondo i primi due, da un lato «la diferente titularidad pública o privada de la universidad determina que su naturaleza sea diferente lo que conlleva que también lo sea su régimen jurídico. De ahí que, aunque ambos tipos de universidades tengan la misma finalidad y cumplan las mismas funciones, no sean iguales» (§II.a) e, dall'altro, «ha de tenerse en cuenta [...], que los estudiantes que elijan la universidad privada no tienen un derecho constitucional a obtener las mismas ayudas que las que se otorgan a los estudiantes de las universidades públicas –pueden tener un derecho legal si la normas que regulan estas ayudas así lo establecen–, ni las universidades privadas pueden exigir que sus estudiantes tengan las mismas becas que los de las universidades públicas» (§II.b).

all'art. 14 CE, ricostruito nella doppia versione di diritto al trattamento egualitario di situazioni ragionevolmente eguali ed a quello differenziato di situazioni diverse⁴.

In questo senso, a fronte dell'argomentazione promossa dai ricorrenti – secondo cui il modello educativo differenziato mai dovrebbe avere diritto di accedere ad alcun finanziamento “obbligatorio” – si replicava dichiarando l'impossibilità di affermare «la existencia de un derecho constitucional a ser tratado de forma diferenciada, pues el artículo 14 no ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, ni tampoco un derecho a imponer diferencias de trato»⁵.

In termini strutturali, si affermava che il finanziamento dei centri scolastici privati riposava su tre diverse disposizioni costituzionali: l'art. 27.9 CE, il quale dichiara che i pubblici poteri aiuteranno i centri scolastici che soddisfino i requisiti stabiliti dalla legge; l'art. 27.4 CE, secondo cui l'educazione primaria è obbligatoria e gratuita; infine, il già ricordato principio di eguaglianza sostanziale definito dall'art. 9.2 CE.

Sul piano economico-patrimoniale, il finanziamento pubblico del sistema educativo (sia esso di matrice pubblica o privata) trova un primo ancoraggio nell'art. 27.9 CE. Tuttavia, la sua implementazione si sviluppa anche – e soprattutto – a partire dal principio di gratuità (art. 27.4 CE), il quale deve intendersi riferito, senza differenze possibili, tanto al modello dell'educazione pubblica quanto a quella privata⁶.

⁴ Cfr. R. MARTÍNEZ TAPIA, *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, cit., 2000. In precedenza, si vedano E. CARMONA CUENCA, *El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, in *Revista de Estudios Políticos*, 84, 1994, p. 265 ss. e AA.VV., *El principio de igualdad en la Constitución española*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

⁵ STC 31/2018, FJ4.b), cit., p. 53573.

⁶ In dottrina, vedi già A. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Régimen jurídico de la educación diferenciada en España*, in *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 31, 2013, p. 17: «la sola invocación del artículo 27.9 de la Constitución no siempre garantiza en plenitud la ayuda económica a los centros. La remisión a la ley y a los requisitos que en ella se establezcan puede suponer una justificación para denegar los conciertos y facilita argumentar que del solo texto constitucional no se deriva un derecho a las ayudas. Por ello, al menos cuando nos referimos a la enseñanza de los niveles obligatorios, es conveniente invocar paralelamente el artículo 27.4 de la Constitución que asegura su gratuidad, sin distinguir entre centros públicos y privados».

Di conseguenza, per la maggioranza private quest'ultimo di idonee modalità di finanziamento significherebbe imporre *de facto*, in forma indiretta ma generalizzata, il solo modello dell'educazione pubblica, limitando progressivamente il diritto di scelta dei genitori e, in parallelo, la libertà ideologica di creazione dei centri scolastici *ex art. 27.6 CE*⁷.

Ne deriva che «los centros de educación diferenciada podrán acceder al sistema de financiación pública en condiciones de igualdad con el resto de los centros educativos; dicho acceso vendrá condicionado por el cumplimiento de los criterios o requisitos que se establezcan en la legislación ordinaria»⁸.

Tale considerazione imponeva, come regola generale, il riconoscimento di un obbligo di finanziamento analogo a quello già riservato alle scuole pubbliche mentre, in via uguale e contraria, era ritenuto costituzionalmente inammissibile impedire tale sostegno ai centri ad educazione differenziata per il solo fatto di aver adottato un modello pedagogico differente.

Con questa sentenza il TC ha operato un importantissimo *revirement* rispetto alla giurisprudenza sino a quel momento elaborata dalla *Sala de lo Contencioso-Administrativo* del *Tribunal Supremo* spagnolo, la quale aveva individuato nel riconoscimento normativo del *concierto educativo* in favore delle scuole private – anche differenziate – una facoltà dal legislatore liberamente esercitabile, ferma restando in ogni caso (a monte) la legittimità teorica dell'educazione differenziata⁹.

⁷ Il riferimento sotteso è quello alla dimensione “proattiva” del diritto all'educazione, enunciato per la prima volta in STC 86/1985, de 10 de julio, FJ3: «El derecho de todos a la educación [...] incorpora así, sin duda, junto a su contenido primario de derecho de libertad, una dimensión prestacional, en cuya virtud los poderes públicos habrán de procurar la efectividad de tal derecho y hacerlo, para los niveles básicos de la enseñanza, en las condiciones de obligatoriedad y gratuidad que demanda el apartado 4.º de este art. 27 de la norma fundamental».

⁸ STC 31/2018, FJ4.b), cit., p. 53576-53577.

⁹ Cfr. STS 2616/2014, de 23 de junio, FJ5: «no está en cuestión la existencia de la educación diferenciada, tan legítima como el modelo de coeducación que establece la Ley. Lo que se cuestiona es que ese tipo de enseñanza acceda a la financiación pública propia de un concierto educativo. El mandato legal, en definitiva, descarta que la enseñanza separada, por razón de sexo, pueda acogerse al sistema de enseñanza gratuita de centros concertados sostenidos con fondos públicos. El mentado artículo 84.3 expresa, por tanto, una opción legítima que adopta el legislador y que no contraría el artículo 27.9 de la CE». In dottrina, vedi L. MÍGUEZ MACHO, *La polémica sobre la compatibili-*

2.1. *I votos particulares discrepantes di Roca Trías e Balaguer Callejón.*

Con riferimento a tale specifica declinazione della controversia, la sentenza presentava un'interessante opinione in parte dissenziente della Vicepresidente Roca Trías¹⁰. In particolare, essa era l'unica a scindere la riflessione in ordine al modello astratto di educazione differenziata (ritenuto costituzionalmente legittimo) dal dichiarato obbligo di finanziamento pubblico, considerato estraneo al dettato della Costituzione¹¹.

A suo avviso, l'assenza di un divieto costituzionale in ordine alla possibilità di finanziare i centri privati (non solo ad educazione differenziata) non imponeva affatto – quale conseguenza immediata – un parallelo diritto soggettivo della *educación diferenciada* al finanziamento e un corrispondente dovere da parte delle istituzioni pubbliche.¹²

dad con el principio constitucional de no discriminación por razón de sexo de los conciertos de la administración con los centros que imparten educación diferenciada, in *Persona y Derecho*, 72, 2015, p. 250 ss. e F. CENTENERA SÁNCHEZ-SECO, *Educación diferenciada y conciertos educativos: algunas consideraciones a partir de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años*, in *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXX, 2014, p. 767 ss.

¹⁰ Sebbene il *voto particular* in questione sia stato espressamente definito *concurrente*, si ritiene di non condividere tale qualificazione: non risulta infatti soddisfatta, nel caso di specie, la natura intrinseca dell'opinione concorrente – cfr. *supra*, p. 3, nota 1 – poiché ROCA TRÍAS non enunciava un'interpretazione diversa da quella della maggioranza per giungere, ciononostante, alla stessa soluzione, bensì si opponeva nel merito alla decisione adottata nella STC 31/2018, FJ4.b).

¹¹ In ottica comparata, con riferimento alla questione del rapporto tra facoltà e obbligo di finanziamento di specifiche modalità educative negli Stati Uniti (in questo caso, religiosamente connotate), il tema è stato di recente diffusamente trattato da U.S. Supreme Court, *Espinoza v. Montana Department of Revenue*, 591 U.S. ____ (2020), BREYER, J., dissenting, sul quale *infra*, in questo Capitolo, § 3.5.1.

¹² Cfr. STC 31/2018, cit., p. 53603. Si veda anche il *voto particular* di SÁEZ VALCÁRCCEL, § 2, in STC 27/2022 (con riferimento al finanziamento pubblico delle università confessionali), secondo cui «ni el artículo 27.9 CE (relativo a las ayudas públicas a los centros docentes) ni el artículo 27.5 CE (atinente al deber positivo de garantizar la efectividad del derecho fundamental a la educación) encierran un derecho subjetivo a la ayuda pública por vía subvencional. La ayuda habrá de ser dispuesta por la ley y con los requisitos que establezca». In termini comparati, l'argomento è stato impiegato anche da U.S. Supreme Court, *Carson v. Makin*, 596 U. S. ____ (2022), Justice BREYER, dissent-

Al contrario, da un lato la sentenza si poneva *ultra vires* rispetto alla concreta questione di costituzionalità sollevata e, dall'altro, in un eccesso ingiustificato di creatività giurisprudenziale, limitava l'azione normativa del Legislatore, il quale si ritrovava con l'unica alternativa, a sua disposizione, di dover finanziare *oborto collo* tale sistema educativo.

In questo modo, ne derivava che educazione privata e finanziamento pubblico *simul stabunt vel simul cadent*, giacché la previsione astratta della prima senza la concreta implementazione del secondo comporterebbe un'inammissibile discriminazione rispetto al modello ad educazione pubblica.

Roca Trías evidenziava, altresì, una contraddizione in termini nel riconoscimento pretorio di tale "nuovo" diritto: infatti, pur a fronte di un obbligo di finanziamento, la stessa maggioranza ammetteva l'esistenza possibili limitazioni alla sua concreta applicazione¹³.

Le critiche qui riprodotte erano riprese con maggior intensità anche nell'opinione dissenziente di Balaguer Callejón, la quale muoveva dalla radicale incostituzionalità del modello di educazione differenziata.

Soffermando l'attenzione sulla formulazione letterale della norma impugnata e delle argomentazioni della maggioranza, secondo lei l'art. 84.3 LOE non si limitava a prevedere una possibilità di finanziamento di tale modello educativo, bensì stabiliva che tali scuole non potevano

ing, p. 7 (slip op.), sulla quale *infra* in questo Capitolo, § 3.6: «We have never previously held what the Court holds today, namely, that a State *must* (not *may*) use state funds to pay for religious education as part of a tuition program designed to ensure the provision of free statewide public school education. What happens once "may" becomes "must"? Does that transformation mean that a school district that pays for public schools must pay equivalent funds to parents who wish to send their children to religious schools? Does it mean that school districts that give vouchers for use at charter schools must pay equivalent funds to parents who wish to give their children a religious education?».

¹³ Cfr. STC 86/1985, cit., FJ10: «el derecho a la educación – a la educación gratuita en la enseñanza básica – no comprende el derecho a la gratuidad en cualesquiera centros privados, porque los recursos públicos no han de acudir, incondicionalmente, allá donde vayan las preferencias individuales. De este modo, una vez justificada la inexistencia de recursos públicos para financiar en cada caso el centro privado de que se trate, los poderes públicos podrán aplicar los criterios establecidos en la norma legal dictada en desarrollo del artículo 27.9 CE, para priorizar el alcance de esa financiación».

essere escluse dall'erogazione di detti fondi in ragione della separazione di genere.

Al contrario, il TC ha legato la legittimità del finanziamento della *educación diferenciada* alla preventiva dichiarazione di costituzionalità "astratta" di questo modello educativo: tuttavia, esso si è spinto ben oltre e, anziché circoscrivere l'argomentazione «en el espacio que niega que desde la Constitución se prohíba financiar ningún modelo educativo»¹⁴, ha trasformato tale facoltà in un obbligo costituzionale¹⁵.

Guardando al diritto positivo ed all'intenzione del Legislatore, Balaguer Callejón ha escluso che il Costituente avesse inteso introdurre un obbligo di finanziamento nell'art. 27 CE, come dimostrerebbe anche la mancata approvazione di un emendamento in tal senso in sede costituente.

In particolare, provando a isolare – per ragioni di comodità argomentativa – la questione del finanziamento dalla legittimità astratta del modello educativo differenziato, secondo detta *dissenting opinion* l'art. 27.9 CE impone un mandato generale ai pubblici poteri affinché offrano sostegno ai centri scolastici ed un altro specifico al Legislatore ordinario, in modo che quest'ultimo disegni la corrispondente cornice normativa in materia di finanziamenti.

Viceversa, detta disposizione non stabilisce né le norme – di favore o sfavore – in concreto adottabili, né tantomeno i confini della loro estensione "patrimoniale": pertanto, a maggior ragione essa non prevede un diritto soggettivo che si traduca in un obbligo di finanziamento.

¹⁴ STC 31/2018, cit., p. 53635.

¹⁵ Per M.M. NAVAS SÁNCHEZ, *¿Diferenciar o segregar por razón de sexo?*, cit., p. 487, «al resolver en el sentido en que lo hace, afirmando que la opción elegida por el legislador de la LOMCE no sólo no es inconstitucional sino que es la *única* constitucionalmente posible, el TC excede y con mucho, la función que le corresponde en el juicio sobre la constitucionalidad de la Ley. Contraviniendo, por lo demás, su propia doctrina al respecto».

2.2. *La STC 74/2018 quale indice di continuità (e rafforzamento?) rispetto alla STC 31/2018.*

La questione del finanziamento di tali modelli di istruzione è stata ripresa nella STC 74/2018, de 5 de julio¹⁶, avente ad oggetto il *recurso de amparo* promosso dall'associazione di genitori degli alunni del centro scolastico ad educazione differenziata *Torrevelo*.

Quest'ultimo, nel 2009 si era visto negare dalle istituzioni della *Comunidad Autónoma* della Cantabria il rinnovo del *concierto educativo* in forza della (nuova) applicazione dell'art. 84.3 LOE (nella versione introdotta dalla *Ley Orgánica 2/2006*), secondo cui «en ningún caso habrá discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social»¹⁷.

In particolare, secondo le competenti autorità (Assessorato all'Educazione e Giunta regionale) tale disposizione legittimava il diritto di escludere qualsiasi forma di finanziamento in favore dei centri educativi che, differenziando gli alunni a seconda del genere, ponevano in essere un comportamento discriminatorio e vietato dalla legge.

Al contrario, per il TC la norma in questione non importava una sottrazione dell'educazione differenziata dal sistema del finanziamento pubblico, bensì si limitava a sancire che le modalità di accesso a tale modello

¹⁶La sentenza è stata redatta dal Giudice OLLERO TASSARA, del quale si veda – in ordine al rapporto tra discriminazione e questione di genere (in prospettiva giusfilosofica) – A. OLLERO TASSARA, *Discriminación por razón de sexo: valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

¹⁷Cfr. anche STS 5492/2012, de 23 de julio, FJ3 (oggetto del presente *recurso de amparo*), secondo cui «es obvio, que [...] el artículo 84 de la Ley 2/2006 que expresamente se refiere a 'la admisión de alumnos' ha excluido de la posibilidad de concertación a los centros de educación diferenciada por sexos, al prohibir en su número 3 la discriminación por sexo en la admisión de alumnos, existencia de discriminación que es previa al cumplimiento del resto de las condiciones que se exigen para lograr la suscripción del concierto». *Contra*, vedi il *voto particular* del Giudice MARTÍ GARCÍA, per il quale «la declaración de la sentencia recurrida sobre que el artículo 84 ha establecido que solo la enseñanza obligatoria impartida en régimen de coeducación podrá ser financiada con recursos públicos, creo que no es de recibo y se debe así declarar pues el artículo 84 no dice eso ni está regulando el régimen de conciertos».

educativo non avrebbero potuto riservare ad esso un trattamento deteriore, tra le altre, per ragioni di sesso, religione, opinione o qualsiasi altra circostanza personale e sociale.

In questo senso, secondo la maggioranza l'art. 84.3 LOE non faceva che ribadire a livello ordinario quanto già disposto sul piano costituzionale dall'art. 14 CE, senza introdurre alcun mutamento del regime giuridico applicabile.

Nel merito, il mancato rinnovo del *concierto educativo* in favore del *Colegio Torrevelo* aveva inciso in modo significativo – ed illegittimo – sia sul diritto degli istituti scolastici a dotarsi di una determinata opzione ideologica (art. 27.6 CE)¹⁸ sia, soprattutto, sul diritto dei genitori di esercitare la propria libertà di scelta in ordine al modello educativo preferibile per i rispettivi figli, in ragione delle convinzioni filosofiche e/o religiose (art. 27.1 e 3 CE).

In particolare, la decisione delle istituzioni interessate di non continuare a finanziare l'indicato modello educativo era stata adottata in ragione dell'opzione educativo-pedagogica prescelta: in questo modo, ne erano derivati importanti riflessi anche sul diritto di scelta dei genitori, i quali avevano ingiustamente dovuto fronteggiare ostacoli nell'esercizio di tale diritto costituzionale (quali l'aumento dei costi di iscrizione ed ulteriori spese). Il *recurso de amparo* era quindi accolto per sei voti a tre¹⁹.

2.3. *Il voto particular discrepante di Valdés Dal-Ré e Balaguer Callejón.*

La sentenza contiene una breve eppure articolata opinione dissenzien-

¹⁸ In questo senso, riprendendo il *voto particular* del Giudice REQUERO IBÁÑEZ alla STS 2616/2014, cit., «si la educación diferenciada es constitucionalmente legítima, luego es una opción pedagógica admisible, con el sistema de conciertos la Administración no puede impedir u obstaculizar una manifestación de la libertad deducible del carácter propio de un tipo de centros, máxime cuando por mandato constitucional debe promover que el ejercicio de los derechos y libertades sea real y efectivo».

¹⁹ Non hanno partecipato alla deliberazione Roca Trías, Martínez-Vares García e Enríquez Sancho: in particolare, gli ultimi due si sono astenuti, in quanto già componenti della Sezione del *Tribunal Supremo* che aveva deliberato la sentenza impugnata.

te congiunta di Valdés Dal-Ré e Balaguer Callejón²⁰. In primo luogo, essi criticavano la tecnica argomentativa impiegata, la quale avrebbe “retroattivamente” interpretato l’art. 84.3 LOE – nella versione del 2006 – alla luce della giurisprudenza elaborata nella STC 31/2018 (a partire dalla versione della LOE del 2013), in tal modo rovesciando la normale sequenza logico-temporale applicabile.

A seguire, Valdés Dal-Ré e Balaguer Callejón censuravano la ricostruzione dello stesso art. 84.3 LOE fornita dalla maggioranza, la quale avrebbe ignorato la volontà del Legislatore sottostante a tale riforma, anche alla luce del contesto normativo precedente e successivo all’adozione della LOE del 2006.

In particolare, in quest’ultimo caso era del tutto evidente l’intenzione legislativa di sottrarre il modello di educazione differenziata dall’accesso al finanziamento pubblico, come confermato anche dall’espressione di una decisa preferenza per il modello ad educazione mista²¹.

Parallelamente, occorre prestare attenzione ad alcuni pareri del Consiglio di Stato in relazione al progetto di legge educativa del 2013²²,

²⁰ È altresì presente un *voto particular* di XIOL RÍOS, il quale si limitava a riprodurre integralmente il primo paragrafo dell’opinione dissenziente da lui pronunciata nella STC 31/2018.

²¹ Il riferimento corre alla *Disposición Adicional Vigésima Quinta* della *Ley Orgánica 2/2006*, secondo cui «con el fin de favorecer la igualdad de derechos y oportunidades y fomentar la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, los centros que desarrollen el principio de coeducación en todas las etapas educativas serán objeto de atención preferente y prioritaria en la aplicación de las previsiones recogidas en la presente Ley, sin perjuicio de lo dispuesto en los convenios internacionales suscritos por España». Sul punto, si consideri, riprendendo il *voto particular* del Giudice MARTÍ GARCÍA alla STS 5492/2012, cit., che «los centros que desarrollen la coeducación serán objeto de atención preferente y prioritaria en la aplicación de las previsiones contenidas en la ley, por tanto, los que no la desarrollen no quedan excluidos de las ayudas sino simplemente no gozarán de prioridad». Allo stesso modo, secondo C. VIDAL PRADO, *Educación diferenciada y Tribunal Constitucional*, cit., p. 36, «una cosa es apartarse del modelo, en el sentido de darle preferencia, y otra que sea “evidente” impedir el acceso a la financiación».

²² Cfr. *Dictamen* núm. 172/2013, ove si afferma che «el acceso de estos centros privados de educación diferenciada al régimen de conciertos vino siendo admitida tras la aprobación de la Constitución de 1978 hasta que, bajo la vigencia del artículo 84.3 de la Ley Orgánica 2/2006 [...] se comenzó a cuestionar su procedencia».

nonché a numerose sentenze del *Tribunal Supremo* pronunciate tra il 2012 e 2014²³, le quali confermavano la scelta normativa di determinate CC.AA. di escludere i modelli ad educazione differenziata da qualsiasi sostegno patrimoniale²⁴.

Inoltre, l'opinione dissenziente richiamava in modo critico i contenuti della STC 31/2018, evidenziando contraddizioni rispetto alla sentenza qui in commento.

In prima battuta, se l'art. 84.3 LOE – nella versione del 2013 – imponeva, nello sviluppo dei modelli ad educazione differenziata, l'adozione di misure volte a promuovere l'uguaglianza, tale riferimento garantista scompariva nella STC 74/2018, di fatto imponendo un ulteriore giro di vite rispetto alla STC 31/2018.

Così facendo, si espandevano illimitatamente i confini della *educación diferenciada*, «al dar por bueno que cualquier modalidad de educación diferenciada es compatible con la Constitución, pretenda o no transmitir a través de este método pedagógico de segregación educativa por razón de sexo, valores incompatibles con el principio de igualdad (art. 1 CE), con la interdicción de discriminación (art. 14 CE) y con el mandato de promoción de la igualdad real entre hombres y mujeres (art. 9.2 CE)»²⁵.

In secondo luogo, Valdés Dal-Ré e Balaguer Callejón evidenziavano – non senza ragione – come le due sentenze in esame individuavano fondamenti costituzionali diversi a favore dell'educazione differenziata: infatti, da un lato la STC 31/2018 ne fondava la base giuridica nell'art. 27.6 CE, escludendo qualsiasi aggancio “ideologico” con l'art. 27.3 CE²⁶; dal-

²³ Cfr. STC 74/2018, cit., p. 79379.

²⁴ Una critica sul punto in C. VIDAL PRADO, *Educación diferenciada y Tribunal Constitucional*, cit., p. 36, secondo cui «no podemos estar de acuerdo con una generalización tan absoluta, que además es incierta, porque los informes mencionados están llenos de matices, y la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo (que [...] es muy discutible) no es tan concluyente».

²⁵ Cfr. STC 74/2018, cit., p. 79310.

²⁶ In particolare, viene richiamato quanto affermato nella STC 133/2010, de 2 de diciembre, FJ10, secondo cui «el derecho a la educación en su condición de derecho de libertad no alcanza a proteger, siquiera sea *prima facie*, una pretendida facultad de los padres de elegir para sus hijos por razones pedagógicas un tipo de enseñanza que implique su no escolarización en centros homologados de carácter público o privado».

l'altro, tuttavia, la STC 74/2018 richiamava in maniera esplicita proprio l'art. 27.3 CE²⁷, lasciando nelle mani del lettore l'arduo compito di rinvenire il reale fondamento costituzionale dell'educazione differenziata.

Peraltro, si evidenziava come il riferimento all'art. 27.3 CE non fosse affatto casuale poiché esso – a fronte della proposizione di un *recurso de amparo* e non di una astratta questione di costituzionalità in via diretta – ha permesso alla maggioranza di individuare la violazione di un diritto costituzionale *ad hoc* in capo al ricorrente²⁸.

Allo stesso tempo, la sentenza eludeva – per «rudas y nudas razones de estrategia ideológica»²⁹ – di riferirsi all'art. 27.9 CE, il cui raggio applicativo veniva indebitamente ristretto e che, invece, rimetteva al Legislatore la scelta in ordine al finanziamento dell'educazione privata, senza tuttavia riconoscere un parallelo diritto soggettivo.

Il consolidamento della posizione del TC sul tema è stato, tuttavia, messo in discussione dall'ennesima riforma della legislazione in materia educativa, attraverso l'approvazione della *Ley Celaá* del 2020³⁰.

Quest'ultima, infatti, ha subordinato in modo esplicito l'erogazione del finanziamento pubblico alla sola applicazione dei sistemi di co-educazione (o educazione mista)³¹, di fatto ponendosi consapevolmente in an-

²⁷ Cfr. STC 74/2018, cit., p. 79310 ss.

²⁸ Si ricordi, infatti, che il *recurso de amparo* era stato promosso dall'associazione dei genitori degli alunni del *Colegio Torrevelo* e non da quest'ultimo in proprio, motivo per il quale l'eventuale violazione dell'art. 27.6 CE avrebbe potuto essere fatta valere unicamente dal centro educativo in questione.

²⁹ STC 74/2018, cit., p. 79312.

³⁰ Cfr. art. 83 (riforma della *Disposición Adicional Vigésima Quinta*, comma 1, della Ley Orgánica 2/2006): «Con el fin de favorecer la igualdad de derechos y oportunidades y fomentar la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, los centros sostenidos parcial o totalmente con fondos públicos desarrollarán el principio de coeducación en todas las etapas educativas, de conformidad con lo dispuesto por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y no separarán al alumnado por su género».

³¹ Alla luce della nuova normativa, la *Generalitat* catalana ha già annunciato che, a partire dall'anno scolastico 2022-2023, i *conciertos educativos* previsti dalle scuole (religiose) che separano gli alunni per genere non saranno rinnovati, salvo che queste rinuncino alla separazione tra i sessi.

titesi – secondo gli schemi statunitensi della *strategic* (o *public law*) *litigation*³² – con la giurisprudenza sin qui ricordata³³.

A fronte della proposizione di un ricorso diretto di costituzionalità da parte del *Partido Popular* e *Vox* su questo specifico punto³⁴, la questione relativa alla legittimità della natura “obbligatoria” del finanziamento pubblico alle scuole differenziate per ragioni di genere³⁵ è stata di recente oggetto di un’ulteriore, fondamentale pronuncia³⁶.

Superando la giurisprudenza contenuta nelle SSTC 31 e 74 del 2018, infatti, il TC ne ha determinato – per sei voti a quattro – un importante *overruling*, dichiarando che il pluralismo (costituzionale) del sistema educativo non impone (più) che «todos los modelos educativos hayan de recibir ayudas», con la conseguente esistenza obbligatoria di un «derecho subjetivo a la prestación pública» in favore del sistema di educazione differenziata.

Il finanziamento pubblico della *educación concertada* torna quindi ad essere nuovamente mera facoltà del Legislatore (sulla scia della giurispru-

³² Sul punto, per A. CHAYES, *The role of the judge in public law litigation*, in *Harvard Law Review*, 89(7), 1976, p. 1284, «the dominating characteristic of modern federal litigation is that lawsuits do not arise out of disputes between private parties about private rights. Instead, the object of litigation is the vindication of constitutional or statutory policies [...] I shall call the emerging model ‘public law litigation’».

³³ Cfr. E. GONZALVO CIRAC, *La LOMLOE y la educación diferenciada (breve estudio a la luz de la STC 31/2018, de 10 de abril)*, in *Revista General de Derecho Constitucional*, 34, 2021.

³⁴ Il ricorso è stato dichiarato formalmente ammissibile dal TC in data 21 aprile 2021. Da ultimo, la disposizione in questione è stata oggetto di una questione incidentale di costituzionalità da parte del TSJ di Navarra (per possibile contrasto con gli artt. 14, 27.3, 27.4, 27.6 e 27.9 CE), come indicato da C.G.P.J – Noticias Judiciales (poderjudicial.es), 18 novembre 2022.

³⁵ Per alcuni recenti commenti critici nei confronti della nuova disciplina della *educación concertada*, cfr. M. VIVANCOS COMES, *Límites a la libertad de enseñanza y Ley Orgánica de Educación (LOMLOE). Un debate constitucional en permanente definición*, in *Revista de Derecho Político*, 114, 2022, p. 109 ss.; F. SIMÓN YARZA, *Los conciertos en la LOMLOE. Ruptura de un consenso constitucional* e C. VIDAL PRADO, *Una ley que rompe consensos: la LOMLOE escoge el camino equivocado*, entrambi in *Revista General de Derecho Constitucional*, 35, 2021.

³⁶ Cfr. STC 34/2023, de 18 de abril (ricorso di *Vox*) e *Nota informativa* 35/2023 (ricorso del PP).

denza di merito previgente al cambio di orientamento impresso dal TC nel 2018 e ora superato)³⁷ e non più obbligo giuridico imposto dai principi di uguaglianza e diritto all'educazione.

Si tenga anche presente che, a fronte dell'intervenuto rinnovo parziale del TC, l'equilibrio interno al Collegio tra Giudici "conservatori" e "progressisti" ha subito un rovesciamento in favore dei secondi: ciò ha provocato l'importante ricaduta descritta nella citata controversia³⁸ e, ragionevolmente, ne provocherà di ulteriori in relazione a fattispecie altrettanto (se non ancor più) importanti³⁹.

3. *Finanziamenti, benefici fiscali e scuole religiose negli Stati Uniti, tra Establishment Clause e Free Exercise Clause.*

Il rapporto tra sistema educativo, disciplina costituzionale del feno-

³⁷ Cfr. *supra*, p. 223, nota 9.

³⁸ A partire dal giuramento dei nuovi Giudici davanti al Capo dello Stato (31 dicembre 2022), il rinnovo dei due Giudici di nomina governativa (conservatrice) – il Presidente González-Trevijano Sánchez e Narváez Rodríguez, sostituiti da Campo Moreno e Díez Bueso – insieme agli altri due scelti dal *Consejo General del Poder Judicial*-CGPJ (Martínez-Vares García e Xiol Ríos, sostituiti da Tolosa Tribiño e Segoviano Astaburuaga), ha determinato un cambio di maggioranza ideologica – dal 6-5 "conservatore" al 7-4 "progressista" in seno al TC. Inoltre, a fronte delle dimissioni del Giudice Montoya Melgar per ragioni di salute (28 luglio 2022), il *Senado* non ha ancora provveduto alla sua sostituzione. Per un'interessante ricostruzione storica della "composizione ideologica" del TC, si veda I. SÁNCHEZ CUENCA, *Los retrasos y los sesgos de la composición del Tribunal Constitucional*, in *Informe sobre la democracia en España*, Fundación Alternativas, Madrid, 2012, p. 284 ss.

³⁹ Tra i casi più "sensibili", si segnalano il *recurso de inconstitucionalidad* contro la *Ley Orgánica 2/2010*, de 3 de marzo (aborto), dichiarato formalmente ammissibile con decreto del 30 giugno 2010 (rigettato, come da *Nota informativa* n. 32/2023, del 9 maggio 2023) e quello contro la *Ley Orgánica 4/2021*, de 29 de marzo (riforma della *Ley Orgánica del Poder Judicial*, che impedisce al CGPJ *ad interim* di realizzare nomine fintantoché non si proceda al suo rinnovo), dichiarato ammissibile con decreto del 16 settembre 2021. A margine, merita interesse il *recurso de amparo* promosso da deputati e senatori appartenenti a *Vox*, *Ciudadanos* e PP in relazione alle formule di giuramento alla Costituzione impiegate dai deputati nazionalisti/indipendentisti catalani e baschi nella sessione costitutiva della XIII legislatura (21 maggio 2019) – dichiarato ammissibile con decreto del 9 settembre 2020 – il quale potrebbe rimettere in discussione la STC 119/1990.

meno religioso e sistemi di finanziamento (diretto o indiretto) delle scuole confessionali negli Stati Uniti è da sempre irto di incertezze e complicazioni⁴⁰.

Come ricordato, se già la ricostruzione dei dibattiti in sede costituente sull'interpretazione delle *Religion Clauses* di cui al primo Emendamento (*Establishment Clause* e *Free Exercise Clause*) non è mai stata del tutto chiarita⁴¹, «how the Framers meant for the religion clauses to apply to education controversies is an even greater mystery, because universal public education was not yet prevalent when the Bill of Rights was adopted. Indeed, the Framers likely gave little thought to the application of the amendments or other constitutional provisions to school children»⁴².

A titolo di complicazione ulteriore, il rapporto tra educazione e religione si fa ancor più intricato laddove si innesti su tale base il tema della possibilità di riconoscere (in via facoltativa o obbligatoria) forme di finanziamento e/o detrazione fiscale nei confronti di centri educativi a dimensione confessionale.

⁴⁰ Cfr. L.P. JORGENSEN, *The State and the Non-Public School, 1825-1925*, University of Missouri Press, Columbia, 1987.

⁴¹ Sul tema, si vedano W.L. DRAKEMAN, *Which Original Meaning of the Establishment Clause is the Right One?*, in M.D. BREIDENBACH, O. ANDERSON (a cura di), *The Cambridge companion to the First Amendment and Religious Liberty*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, p. 365 ss. e ID., *Church, State, and Original Intent*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010; V.P. MUÑOZ, *The original meaning of the Establishment Clause and the impossibility of its incorporation*, in *Journal of Constitutional Law*, 8(4), 2006, p. 586 («The more historical research devoted to the subject, it seems, the more contentious the debate becomes») e R.G. NATELSON, *The Original Meaning of the Establishment Clause*, in *William & Mary Bill of Rights Journal*, 14, 2005, p. 51 ss. Secondo U.S. Supreme Court, *Thomas v. Review Board of the Indiana Employment Security Division*, 450 U.S. 707 (1981), p. 721, (REHNQUIST, J., dissenting), «perhaps [the] most important cause of the tension is our overly expansive interpretation of both Clauses. By broadly construing both Clauses, the Court has constantly narrowed the channel between the Scylla and Charybdis through which any state or federal action must pass in order to survive constitutional scrutiny».

⁴² M. MCCARTHY, *Religion and Education: Whither the Establishment Clause?*, in *Indiana Law Journal*, 75, 2000, p. 123. Cfr. anche U.S. Supreme Court, *Everson v. Board of Education*, 330 U.S. 1 (1947), p. 21, Mr. Justice JACKSON, dissenting: «The Constitution says nothing of education. It lays no obligation on the States to provide schools, and does not undertake to regulate state systems of education if they see fit to maintain them».

Invero, ben può sostenersi che il reale argomento di fondo è quello dell'ammissibilità costituzionale di un pubblico sostegno economico nei confronti delle confessioni religiose, in questo caso "incidentalmente" affrontato nella declinazione fornita dalla questione educativa *lato sensu* intesa.

Il *fil rouge* sottostante può quindi essere dipanato attraverso un'analisi puntuale di alcune tra le più significative fattispecie giunte all'attenzione della Corte Suprema e delle principali argomentazioni critiche che sono state spese nelle corrispondenti *dissenting opinions*, muovendosi con cautela all'interno del terreno presidiato dalla *Establishment Clause*, da un lato e dalla *Free Exercise Clause*, dall'altro⁴³.

3.1. *Una breve premessa: Everson v. Board of Education.*

Gli argomenti accennati possono essere sviluppati a partire dal notissimo caso *Everson v. Board of Education*⁴⁴, il primo a ricostruire in modo sistematico i rapporti tra la sfera temporale del potere statale e quella spirituale della dimensione religiosa. In questi termini, «essa ha introdotto una lettura forte del concetto di separazione tra Stato e religione in America»⁴⁵, significativamente riassunta nelle parole di Justice Black che ne rappresentano l'epilogo⁴⁶.

⁴³ Come affermato da U.S. Supreme Court, *Walz v. Tax Commission of the City of New York*, 397 U.S. 664 (1970), p. 669: «we will not tolerate either governmentally established religion or governmental interference with religion. Short of those expressly proscribed governmental acts, there is room for play in the joints productive of a benevolent neutrality which will permit religious exercise to exist without sponsorship and without interference».

⁴⁴ U.S. Supreme Court, 330 U.S. 16 (1947).

⁴⁵ L.P. VANONI, *Pluralismo religioso e Stato (post) secolare*, cit., p. 24. Come evidenziato nella coeva pronuncia U.S. Supreme Court, *McCollum v. Board of Education*, cit., p. 231 (opinion of FRANKFURTER, J.): «Separation means separation, not something less. Jefferson's metaphor in describing the relation between Church and State speaks of a 'wall of separation', not of a fine line easily overstepped».

⁴⁶ Cfr. U.S. Supreme Court, *Everson v. Board of Education*, cit., p. 18: «The First Amendment has erected a wall between Church and State. That wall must be kept high and impregnable. We could not approve the slightest breach». Sull'interpretazione della

Con specifico riferimento agli elementi fattuali, si discuteva circa la conformità al Primo Emendamento di una legge dello Stato del New Jersey che ammetteva la possibilità di un rimborso parziale per le spese sostenute dai genitori in relazione al trasporto scolastico garantito agli alunni, sia con riferimento alle scuole pubbliche, sia rispetto agli istituti di matrice cattolica.

Secondo la maggioranza della Corte, il citato programma di finanziamento non era in contrasto con la *Establishment Clause* – pur alla luce della rigida separazione tra Stato e religione sopra indicata – in virtù della sua natura neutrale e paritaria: in questo senso, «the State contributes no money to the schools. It does not support them. Its legislation, as applied, does no more than provide a general program to help parents get their children, regardless of their religion»⁴⁷.

La sentenza conteneva quattro voci dissenzienti, raggruppate attorno alle *dissenting opinions* di *Justice* Jackson (sottoscritta da Frankfurter) e *Justice* Rutledge (sottoscritta da Frankfurter, Jackson e Burton).

In un'opinione dissenziente ancorata al dato letterale del Primo Emendamento e costruita attorno alle circostanze del caso, *Justice* Jackson evidenziava l'esistenza di una contraddizione tra il principio enunciato dalla maggioranza – l'esistenza di una solida barriera che separi nettamente Stato e religione – e la soluzione applicata, la quale «advocating complete and uncompromising separation of Church from State, seem[s]

Establishment Clause da parte di *Justice* BLACK (1937-1971), vedi B.A. PERRY, *Justice Hugo Black and the "Wall of Separation Between Church and State"*, in *Journal of Church and State*, 31(1), 1989, p. 60 ss.

⁴⁷ U.S. Supreme Court, *Everson v. Board of Education*, cit., p. 18. Inoltre, si tenga presente l'esigenza (*ivi*, p. 16) – ripresa in tutte le fattispecie analoghe successive – di bilanciare attentamente l'equilibrio tra *Establishment Clause* e *Free Exercise Clause*: «New Jersey cannot, consistently with the 'establishment of religion' clause of the First Amendment, contribute tax raised funds to the support of an institution which teaches the tenets and faith of any church. On the other hand, other language of the amendment commands that New Jersey cannot hamper its citizens in the free exercise of their own religion. Consequently, it cannot exclude [...] members of any other faith, *because of their faith, or lack of it*, from receiving the benefits of public welfare legislation».

utterly discordant with its conclusion, yielding support to their commingling in educational matters»⁴⁸.

In secondo luogo, egli contestava le specificazioni fattuali operate nella sentenza, in particolare l'esistenza di un pubblico servizio nei confronti degli alunni riconducibile all'istituzione incaricata di operare le detrazioni: al contrario, il servizio in questione era offerto dalle istituzioni competenti ed il rimborso in questione nulla aveva a che fare con la funzionalità del servizio stesso o l'accesso di tali studenti al sistema educativo prescelto.

Inoltre, tali detrazioni erano state configurate in ragione della specifica natura degli istituti scolastici (con esclusione delle scuole private) e non in forza delle esigenze degli studenti. Infine, egli criticava le distinzioni operate in merito al diretto destinatario della detrazione ed all'effettivo beneficiario, essendo dette detrazioni in ogni caso illegittimamente dirette al sostegno di una confessione religiosa.

L'ampia opinione dissenziente di Rutledge, invece, presentava una significativa dimensione storico-originalista, volta soprattutto a definire l'*original intent* del Primo Emendamento. Innanzitutto, egli ricostruiva il contenuto della *Establishment Clause* in modo ampio, rifiutando di ricorrere a strette formaliste che ne avrebbero ridotto in modo ingiusto il raggio d'applicazione⁴⁹.

In questo senso, l'obiettivo della disposizione costituzionale non era solo quello di separare la dimensione statale dal riconoscimento formale ed istituzionalizzato di un determinato culto, bensì impedire qualsiasi tipo di contatto e sostegno del fenomeno religioso da parte delle istituzioni statali⁵⁰.

⁴⁸ U.S. Supreme Court, 330 U.S. 1 (1947), p. 19, Mr. Justice JACKSON, dissenting.

⁴⁹ U.S. Supreme Court, 330 U.S. 16 (1947), p. 31, Mr. Justice RUTLEDGE dissenting: «Not simply an established church, but any law respecting an establishment of religion, is forbidden. The Amendment was broadly, but not loosely, phrased».

⁵⁰ Tale ricostruzione è però rimasta minoritaria in seno alla Corte Suprema, la quale non ha successivamente perso occasione per rifiutarla. Cfr. anche U.S. Supreme Court, *Wallace v. Jaffree*, 472 U.S. 38 (1985), p. 98, Justice REHNQUIST, dissenting: «It seems indisputable from [...] Madison's thinking, as reflected by actions on the floor of the House in 1789, that he saw the Amendment as designed to prohibit the establishment

In seconda battuta, la sua ricostruzione del significato autentico della *Establishment Clause* era declinata a partire dal celebre *pamphlet* elaborato nel 1785 da James Madison, intitolato *Memorial and Remonstrance against Religious Assessments* e prodromico all'adozione del Primo Emendamento (in materia religiosa), nel 1786.

Ad avviso di Rutledge, infatti, l'autentica interpretazione madisoniana – «the long playing version of the Establishment Clause itself»⁵¹ – escludeva qualsiasi tipo di contatto tra la sfera statale/civile e quella religiosa, a maggior ragione censurando ogni vincolo che potesse tradursi in un aiuto derivante da un'imposizione tributaria.

Nel merito, il sostegno statale al pagamento del trasporto pubblico, anche in favore di studenti di scuole cattoliche, era strettamente intrecciato al sistema educativo di matrice religiosa professato da tali scuole, traducendosi pertanto in un appoggio alla linea confessionale da esse perseguita e contrario alla Costituzione.

3.2. *L'opzione contraria al finanziamento. Casistica giurisprudenziale e ricostruzione critica attraverso alcune dissenting opinions.*

Negli anni successivi, la Corte Suprema avrebbe interpretato in modo rigido il principio della separazione tra Stato e confessioni religiose (*rec-tius*, Chiesa cattolica)⁵² enunciato in *Everson*, dichiarando l'incostituzionalità di programmi statali che favorivano (in modo indiretto, attraverso rimborsi e detrazioni fiscali) modelli educativi religiosamente connotati⁵³.

of a national religion, and perhaps to prevent discrimination among sects. He did not see it as requiring neutrality on the part of government between religion and irreligion» e U.S. Supreme Court, *Committee for Public Education v. Nyquist*, 413 U.S. 756 (1973), p. 760: «this Nation's history has not been one of entirely sanitized separation between Church and State. It has never been thought either possible or desirable to enforce a regime of total separation».

⁵¹ D.L. DRAKEMAN, *Church, State, and Original Intent*, cit., p. 125.

⁵² In dottrina, cfr. L.W. LEVY, *The Establishment Clause: Religion and the First Amendment*, Macmillan Publishing Company, New York, 1986.

⁵³ La casistica in esame può essere riassunta attraverso la citazione letterale di U.S. Supreme Court, *Mueller v. Allen*, 463 U.S. 388 (1983), p. 393, Footnote 3: «In *Lemon v. Kurtzman* [403 U.S. 602 (1971)] the Court concluded that the State's reimburse-

Sul punto, può essere utile considerare – anticipando il rovesciamento di tale lettura della *Establishment Clause* da parte della Corte Suprema, cristallizzato in *Mueller v. Allen* (1983) – soprattutto le opinioni dissenzienti elaborate nella seguente successione di fattispecie, con l'obiettivo di coglierne le principali linee argomentative.

In *Lemon v. Kurzman* (1971), merita particolare interesse l'opinione dissenziente di Justice White, in relazione alla dichiarazione di incostituzionalità dei programmi di sostegno scolastico predisposti da Pennsylvania e Rhode Island⁵⁴.

A suo avviso, il fatto che una confessione religiosa beneficiasse indirettamente del sostegno statale rispetto ad attività secolari promosse da enti ecclesiastici non poteva essere equiparato alla volontà di realizzare una *establishment of religion* vietata dal Primo Emendamento⁵⁵.

In secondo luogo, White interpretava la problematica in esame attraverso una lettura della disposizione costituzionale non circoscritta alla *Establishment Clause*, bensì estesa anche alla *Free Exercise Clause*: di conseguenza, «where a state program seeks to ensure the proper education of its young, in private as well as public schools, free exercise considerations at least counsel against refusing support for students attending parochial

ment of nonpublic schools for the cost of teachers' salaries, textbooks, and instructional materials, and its payment of a salary supplement to teachers in nonpublic schools, resulted in excessive entanglement of Church and State. In *Levitt v. Committee for Public Education* [413 U.S. 472 (1973)] we struck down on Establishment Clause grounds a state program reimbursing nonpublic schools for the cost of teacher-prepared examinations. Finally, in *Meek v. Pittenger* [421 U.S. 349 (1975)] and *Wolman v. Walters* [433 U.S. 229 (1977)], we held unconstitutional a direct loan of instructional materials to non-public schools, while upholding the loan of textbooks to individual students». In tema, si veda anche U.S. Supreme Court, *Committee for Public Education v. Nyquist*, 413 U.S. 756 (1973), «where we held invalid a New York statute providing public funds for the maintenance and repair of the physical facilities of private schools and granting thinly disguised 'tax benefits', actually amounting to tuition grants, to the parents of children attending private schools» (U.S. Supreme Court, *Mueller v. Allen*, cit., p. 394).

⁵⁴ U.S. Supreme Court, 403 U.S. 602 (1971).

⁵⁵ *Ivi*, p. 663: «legislation having a secular purpose and extending governmental assistance to sectarian schools in the performance of their secular functions does not constitute 'law[s] respecting an establishment of religion' forbidden by the First Amendment merely because a secular program may incidentally benefit a church in fulfilling its religious mission».

schools simply because, in that setting, they are also being instructed in the tenets of the faith they are constitutionally free to practice»⁵⁶.

Nel caso *Committee for Public Education v. Nyquist* (1973), la Corte Suprema censurava cinque emendamenti alle leggi dello Stato di New York in materia educativa e fiscale che, a vario titolo (finanziamenti, rimborsi e detrazioni), comportavano un'assistenza economica in favore di scuole elementari private e scuole secondarie⁵⁷.

La sentenza conteneva tre opinioni dissenzienti. Secondo la *dissenting opinion* del *Chief Justice* Burger, la *Establishment Clause* non impediva al Governo federale ed a quelli statali di porre in essere programmi di assistenza sociale generale, in forza dei quali i benefici ottenuti dai destinatari avrebbero da questi potuto essere impiegati anche per finalità religiose.

Burger criticava altresì l'approccio "quantitativo" della Corte Suprema, la quale avrebbe fatto discendere l'incostituzionalità del programma in esame dal fatto che la maggioranza dei destinatari aveva usato i fondi in esame per attività di natura religiosa.

In parallelo, Rehnquist rilevava l'incoerenza con alcune pronunce precedenti affini, osservando come il riconoscimento di rimborsi ed esenzioni fiscali non potesse essere equiparato al sostegno attivo ad una confessione, vietato dal Primo Emendamento.

Infine, l'opinione dissenziente di White ribadiva l'idea secondo cui il Primo Emendamento non impediva qualsiasi tipo di sostegno nei confronti del fenomeno religioso, ferma restando la necessità di identificare «the kind and degree of aid that is permitted or forbidden by the Establishment Clause»⁵⁸.

In questo senso, i programmi di rimborso e/o detrazione fiscale censurati

⁵⁶ *Ivi*, p. 665.

⁵⁷ Ai fini della decisione di maggioranza, si veda il richiamo ivi contenuto (U.S. Supreme Court, *Committee for Public Education v. Nyquist*, cit., p. 797) alla *dissenting opinion* di Justice RUTLEDGE in *Everson*: «to borrow the words from Mr. Justice Rutledge's forceful dissent in *Everson*, it is not alone the potential expandability of state tax aid that renders such aid invalid. Not even 'three pence' could be assessed: 'Not the amount but the principle of assessment was wrong'».

⁵⁸ *Ivi*, p. 821.

non potevano essere considerati forme di illegittimo sostegno del fenomeno religioso, non trattandosi di modalità di imposizione tributaria aventi lo scopo di favorire una confessione a discapito dell'educazione laica.

Con riferimento a *Meek v. Pittenger* (1975), oggetto del contendere era la concessione, da parte della Pennsylvania, di *auxiliary services* (tra i quali sostegno psicologico, corsi di recupero e terapie educative), da una parte e libri in prestito e materiale educativo, dall'altra, in favore degli alunni di scuole elementari private e secondarie.

Entrambe le modalità di sostegno educativo (con l'eccezione del prestito di libri) erano ritenute incostituzionali: la prima, in quanto svolta da docenti «performing important educational services in schools in which education is an integral part of the dominant sectarian mission and in which an atmosphere dedicated to the advancement of religious belief is constantly maintained»⁵⁹; la seconda, poiché «the direct loan of instructional material and equipment has the unconstitutional primary effect of advancing religion because of the predominantly religious character of the schools benefiting from the Act»⁶⁰.

Il *Chief Justice* Burger censurava gli effetti dannosi dell'onda espansiva generata dalla decisione della maggioranza la quale, lungi dall'escludere l'assegnazione dei benefici censurati in favore delle istituzioni scolastiche religiose, avrebbe travolto l'intero sistema educativo, colpendo gli studenti interessati in ragione della scelta dei loro genitori.

In secondo luogo, a suo avviso era violata la *Free Exercise Clause*, poiché si costringevano i genitori ad optare tra il libero esercizio delle proprie convinzioni religiose – tradotto nella scelta di un determinato modello di educazione – e l'abbandono della possibilità di garantire ai propri figli il superamento delle difficoltà educative attraverso il sistema scolastico ritenuto più adatto⁶¹.

⁵⁹ U.S. Supreme Court, *Meek v. Pittenger*, cit., p. 371.

⁶⁰ *Ivi*, p. 363.

⁶¹ *Ivi*, p. 386: «The melancholy consequence of what the Court does today is to force the parent to choose between the 'free exercise' of a religious belief by opting for a sectarian education for his child or to forgo the opportunity for his child to learn to cope with – or overcome – serious congenital learning handicaps, through remedial assistance financed by his taxes».

L'opinione dissenziente di Rehnquist richiamava le argomentazioni critiche già esposte nella propria *dissenting opinion* in *Nyquist*. In particolare, egli lamentava l'approccio "estremo" della maggioranza: da un lato, essa riteneva che il Primo Emendamento non solo imponeva un approccio neutrale in materia religiosa da parte delle istituzioni pubbliche, ma andava oltre, spostando il peso delle argomentazioni in favore di coloro che aspiravano alla realizzazione di una società secolarizzata in ogni aspetto; dall'altro, la stessa ricostruiva il dibattito considerando solo uno dei corni della questione (la *Establishment Clause*), omettendo di bilanciare le riflessioni corrispondenti con l'esigenza parallela di proteggere anche la *Free Exercise Clause* ed i valori ad essa sottesi⁶².

Infine, nel caso *Wolman v. Walters* (1977), si discuteva – in termini in parte analoghi a quelli di *Meek v. Pittenger* – della concessione di forme di sostegno a scuole private in Ohio. In una sentenza articolata, la Corte dichiarava conformi a Costituzione la fornitura di servizi diagnostici e di attenzione terapeutica, censurando invece i prestiti di materiale scolastico e l'organizzazione del trasporto scolastico.

Il *Chief Justice* Burger e Rehnquist dissentivano *per relationem*, limitandosi a rinviare rispettivamente alle opinioni separate dello stesso Rehnquist in *Meek v. Pittenger* e di White in *Nyquist*.

Con riferimento all'opinione separata di *Justice* Powell, emergeva soprattutto una critica all'interpretazione già fornita in *Meek*, secondo cui «[s]ubstantial aid to the educational function of [sectarian] schools [...] necessarily results in aid to the sectarian enterprise as a whole»⁶³.

Se così fosse, infatti, alcun tipo di educazione potrebbe essere sostenuta dallo Stato – «even if the aid is wholly secular in character and is supplied to the pupils, rather than the institutions»⁶⁴ – con l'esigenza conseguente di rivedere la stessa giurisprudenza di *Meek* e, forse, anche di *Everson*.

In secondo luogo, il pragmatismo di Powell – già descritto in materia di *affirmative actions* – lo spingeva ad "attualizzare" l'interpretazione della *Establishment Clause*: essendo assai remoto il rischio di un significativo

⁶² *Ivi*, p. 395.

⁶³ *Ivi*, p. 365.

⁶⁴ U.S. Supreme Court, *Wolman v. Walters*, cit., p. 262.

controllo del processo democratico da parte della sfera religiosa – nonché l'insieme dei pericoli che avevano spinto i Padri Costituenti ad includere tale disposizione nel *Bill of Rights* – l'adozione di rigide politiche di rifiuto al sostegno delle scuole religiose doveva essere bilanciato con l'importante contributo educativo da esse offerto.

In termini contrari, *Justice Stevens* ribadiva la necessità di interpretare la *Establishment Clause* nel modo più rigido e separatista possibile⁶⁵, dimostrandosi assai critico nei confronti di una giurisprudenza della Corte Suprema che aveva spinto gli Stati a cercare nuove vie per perseguire fini vietati, erodendo il muro alto ed impenetrabile della separazione tra Stato e Chiesa.

Sul punto, si veda anche l'opinione parzialmente dissenziente di *Justice Marshall*, il quale invocava altresì un *overruling* della giurisprudenza elaborata in *Board of Education v. Allen*⁶⁶, con l'obiettivo di tracciare una linea divisoria tra forme ammissibili ed inammissibili di sostegno pubblico⁶⁷.

3.3. L'opzione favorevole al finanziamento: la svolta di *Mueller v. Allen*.

La giurisprudenza descritta e l'interpretazione della *Establishment Clause* hanno sperimentato una significativa svolta a partire dal caso *Mueller v. Al-*

⁶⁵ U.S. Supreme Court, cit., p. 265 (STEVENS, J., concurring in part and dissenting in part): «The line drawn by the Establishment Clause of the First Amendment must also have a fundamental character. It should not differentiate between direct and indirect subsidies [...] a state subsidy of sectarian schools is invalid regardless of the form it takes». Cfr. E. CHEMERINSKY, *A Fixture on A Changing Court: Justice Stevens And The Establishment Clause*, in *Northwestern University Law Review*, 106(2), 2012, p. 587 ss.

⁶⁶ U.S. Supreme Court, 392 U. S. 236 (1968).

⁶⁷ *Ivi*, p. 259: «That line [...] should be placed between general welfare programs that serve children in sectarian schools because the schools happen to be a convenient place to reach the programs' target populations and programs of educational assistance. General welfare programs, in contrast to programs of educational assistance, do not provide "[s]ubstantial aid to the educational function" of schools, whether secular or sectarian, and therefore do not provide the kind of assistance to the religious mission of sectarian schools we found impermissible in *Meek*».

len (1983)⁶⁸. La fattispecie di fondo non era certo nuova: ancora una volta, si discuteva della conformità rispetto alla *Establishment Clause* di una legge del Minnesota che garantiva detrazioni fiscali (in ordine alle spese sostenute per immatricolazione, libri di testo e trasporto) per gli alunni di scuole elementari o secondarie.

Il cambio di prospettiva era innanzitutto evidente soprattutto nel rapporto che la maggioranza e le opinioni dissenzienti hanno intessuto con le *dissenting opinions* e la giurisprudenza precedente. Da un lato, in *Mueller* non sono mancati i rinvii ai dissensi che, in varie forme, avevano criticato le dichiarazioni di incostituzionalità in ordine alla casistica descritta.

Dall'altro, il dissenso di *Justice* Marshall nella presente controversia riprendeva proprio quest'ultima giurisprudenza, dotata di una decisa rigidità nell'interpretazione ed applicazione della *Establishment Clause*.

Sul primo fronte, già la premessa di Rehnquist (redattore della sentenza) era un'efficace dichiarazione delle successive intenzioni della Corte: «One fixed principle in this field is our consistent rejection of the argument that any program which in some manner aids an institution with a religious affiliation violates the Establishment Clause»⁶⁹.

Nel respingere qualsiasi parallelismo con *Nyquist*⁷⁰, la piena costituzionalità della legislazione del Minnesota era confermata attraverso l'applicazione del *Lemon test*. In ordine alla natura secolare delle detrazioni, essa trovava conferma nella volontà di garantire un'educazione economi-

⁶⁸ U.S. Supreme Court, 463 U.S. 388 (1983), cit. L'importanza di tale pronuncia è stata subito evidenziata dalla dottrina coeva: in questo senso, T.P. MONAGHAN, M.S. ARIENS, *Mueller v. Allen: A fairer Approach to the Establishment Clause*, in *Saint Louis University Law Journal*, 29, 1984, p. 115, hanno parlato di «a new dawn in Establishment Clause jurisprudence» e A.L. FRANK, *Mueller v. Allen: A Constitutional Crosswalk to Federal Tuition Tax Credits; Note*, in *Journal of Legislation*, 11, 1984, p. 163 ss., di «constitutional crosswalk». Più cauta A.C. STARK, *Mueller v. Allen: Clarifying or Confusing Establishment Clause Analysis of State Aid to Public Schools?*, in *Denver Law Journal*, 61, 1984, p. 897, secondo cui «although the Minnesota statute upheld in *Mueller* may become the model for state assistance programs conferring tax benefits on parents of parochial school children, these state programs will still face constitutional challenges and will still be subject to the judiciary's unpredictable line drawing».

⁶⁹ U.S. Supreme Court, *Mueller v. Allen*, cit., p. 393.

⁷⁰ Ripreso, invece, nella *dissenting opinion* di *Justice* MARSHALL.

camente sostenibile per tutti gli studenti, assicurando altresì una sana gestione finanziaria delle scuole private (religiose e non)⁷¹.

Con riferimento al parametro dell'eventuale scopo perseguito – diretto a favorire la dimensione confessionale rispetto a quella laica – la Corte Suprema eludeva il confronto con *Nyquist*, ritenuto non applicabile. In particolare, in quest'ultimo caso le detrazioni erano riservate alle scuole private, mentre nel caso in esame esse erano fruibili da tutti i genitori, compresi coloro i cui figli frequentavano scuole pubbliche non confessionali.

A fronte dell'esigenza di mantenere nella giusta prospettiva i benefici “attenuati” garantiti dal Minnesota rispetto alle più gravi criticità che avevano indotto i Padri Costituenti a conformare la *Establishment Clause*⁷², Rehnquist escludeva che la tenuità di tali detrazioni potesse essere ricompresa nell'interpretazione storico-originaria del Primo Emendamento.

In parallelo, non era considerato rilevante il fatto che la legge in esame fosse applicabile, in modo quasi esclusivo, a scuole private di natura confessionale, trattandosi sul piano formale di una *facially neutral law* la cui costituzionalità non poteva dipendere da circostanze empirico-statistiche⁷³.

⁷¹ Cfr. U.S. Supreme Court, *Wolman v. Walters*, 433 U.S. 229 (1977), p. 262, Mr. Justice POWELL, concurring in part, concurring in the judgment in part, and dissenting in part: «Parochial schools, quite apart from their sectarian purpose, have provided an educational alternative for millions of young Americans; they often afford wholesome competition with our public schools; and in some States, they relieve substantially the tax burden incident to the operation of public schools. The State has, moreover, a legitimate interest in facilitating education of the highest quality for all children within its boundaries, whatever school their parents have chosen for them».

⁷² *Ivi*, p. 263: «It is important to keep these issues in perspective. At this point in the 20th century, we are quite far removed from the dangers that prompted the Framers to include the Establishment Clause in the Bill of Rights».

⁷³ È possibile leggere tra le righe i contenuti di U.S. Supreme Court, *Committee for Public Education v. Nyquist*, cit., pp. 804-805, Mr. Chief Justice BURGER, concurring in part and dissenting in part: «it should make no difference whether 5%, 20%, or 80% of the beneficiaries of an educational program of general application elect to utilize their benefits for religious purposes. The 'primary effect' branch of our three-pronged test was never, at least to my understanding, intended to vary with the number of churches benefited by a statute under which state aid is distributed to private citizens».

Da ultimo, si riteneva che la legge del Minnesota non “coinvolgesse eccessivamente” (*excessive entanglement*) lo Stato nella sfera religiosa, in tal modo soddisfacendo anche il terzo requisito del *Lemon test*.

La sentenza presentava un'opinione dissenziente di Justice Marshall (sottoscritta da Brennan, Blackmun e Stevens), la quale criticava in modo aspro il risultato raggiunto dalla maggioranza. Essa censurava innanzitutto l'allontanamento strategico da *Nyquist*, ritenendo che la presente fattispecie fosse del tutto sovrapponibile alla prima, trattandosi in entrambi i casi di una legge diretta a sostenere con fondi pubblici una specifica opzione religiosa⁷⁴.

In questo senso, secondo Marshall la presenza di un sostegno indiretto non poteva essere distinta dalle modalità di finanziamento diretto poiché – richiamando *Lemon v. Kurzman* – «it is not subject to [...] restrictions which guarantee the separation between secular and religious educational functions and [...] ensure that State financial aid supports only the former»⁷⁵.

Inoltre, egli assumeva una prospettiva “sostanzialista”: in particolare, rigettando il formalismo interpretativo della maggioranza, prestava attenzione al fatto che, in concreto, la quasi totalità dei rimborsi in questione – in astratto estesi a scuole pubbliche e private – era destinata a scuole private di ispirazione cattolica⁷⁶.

Detto in altri termini, lo Stato del Minnesota aveva predisposto un vero e proprio sussidio di iscrizione per tali ultimi istituti, mascherandolo, in modo indiretto, sotto forma di aiuto generalizzato per spese educative⁷⁷.

⁷⁴ Riprendendo *Meek v. Pittenger*, cit., p. 366, «[A]id to the educational function of [parochial] schools [...] necessarily results in aid to the sectarian school enterprise as a whole because [t]he very purpose of many of those schools is to provide an integrated secular and religious education» (U.S. Supreme Court, *Mueller v. Allen*, cit., p. 406).

⁷⁵ *Ivi*, p. 407.

⁷⁶ L'argomentazione rievoca U.S. Supreme Court, *Committee for Public Education v. Nyquist*, cit., p. 783 e 794, la quale aveva dichiarato l'incostituzionalità di analoghe forme di detrazione, poiché «it is precisely the function of New York's law to provide assistance to private schools, the great majority of which are sectarian» e «tax reductions authorized by this law flow primarily to the parents of children attending sectarian, nonpublic schools».

⁷⁷ Per una critica dottrinale, cfr. S.G. GEY, *Why is Religion Special: Reconsidering the*

Tali argomentazioni erano sostenute da Marshall anche alla luce della giurisprudenza precedente, da *Meek v. Pittenger* – la quale aveva escluso che il carattere formalmente neutrale della detrazione potesse essere scisso dai fini perseguiti⁷⁸ – a *Wolman v. Walters*, la quale aveva ritenuto che l’attribuzione di libri in prestito agli alunni e non alla scuola in senso stretto non fosse rilevante, poiché «it would exalt form over substance if this distinction were found to justify a result different from that in *Meek*»⁷⁹.

La legislazione promossa dal Minnesota doveva quindi essere dichiarata incostituzionale, in quanto diretta a sostenere scuole confessionali: al contrario, per la prima volta la Corte Suprema legittimava il sostegno finanziario di istituti religiosi, senza limitare tali aiuti alle attività laiche e sottratte alle forme di educazione confessionale.

La svolta interpretativa introdotta da *Mueller v. Allen* è testimoniata altresì dall’ampio ricorso che è stato successivamente fatto – durante l’esperienza della Corte Rehnquist (1986-2005)⁸⁰ – alla giurisprudenza in essa

Accommodation of Religion under the Religion Clauses of the First Amendment, in *University of Pittsburgh Law Review*, 52, 1990, p. 104: «Because a majority of the Court continues to resist taking the final step in approving direct, above-board financial aid, the Supreme Court’s opinions in this area are a miasma of contradictory signals; as a result, the doctrine is robbed of any coherent theoretical substance. The mechanics of an aid program have become more important in determining the program’s constitutionality than is the actual economic effect of the program on religious institutions».

⁷⁸ Cfr. U.S. Supreme Court, *Meek v. Pittenger*, cit., p. 366: «Even though ostensibly limited to wholly neutral, secular instructional material and equipment, inescapably results in the direct and substantial advancement of religious activity».

⁷⁹ U.S. Supreme Court, *Wolman v. Walters*, cit., p. 250.

⁸⁰ Cfr. B.P. McDONALD, *Democracy’s Religion: Religious Liberty in the Rehnquist Court and into the Roberts Court*, in *University of Illinois Law Review*, 5, 2016, p. 2179 ss. Come già ricordato da G. EPPS, *Some Animals are More Equal than Others: The Rehnquist Court and “Majority Religion”*, in *Washington University Journal of Law & Policy*, 21, 2006, p. 325, «early in the Rehnquist years, Justices favoring greater involvement of State and religion proclaimed the necessity of ending the oppression of religion. This oppression was of a particular kind – not oppression of religious minorities (which the Court indulgently suggested is to be expected), but oppression of the religious majority by the minority forces of secularism».

enunciata, con particolare attenzione a *Mitchell v. Helms* (2000)⁸¹ e *Zelman v. Simmons-Harris* (2002)⁸².

In primo luogo, in *Mitchell v. Helms* la Corte Suprema consolidava la propria apertura giurisprudenziale al fenomeno religioso secondo una prospettiva *accommodationist*, contrapposta all'impostazione separatista delle origini e a lungo prevalente⁸³.

Nella descritta impostazione, «if the religious, irreligious, and areligious are all alike eligible for governmental aid, no one would conclude that any indoctrination that any particular recipient conducts has been done at the behest of the government»⁸⁴.

In termini uguali e contrari, se il governo offre aiuto a coloro che soddisfano un determinato requisito – con l'obiettivo di conseguire uno specifico fine secolare e, quindi, senza considerare il profilo religioso – deve dedursene che qualsiasi aiuto diretto ad un beneficiario religioso ha l'effetto di soddisfare l'obiettivo non confessionale avuto di mira in partenza. In questo modo, è soddisfatto il rispetto del principio di neutralità, «upholding aid that is offered to a broad range of groups or persons without regard to their religion»⁸⁵.

In una lunghissima opinione dissenziente (quarantasette pagine),

⁸¹ U.S. Supreme Court, 530 U.S. 793 (2000).

⁸² U.S. Supreme Court, 536 U.S. 639 (2002).

⁸³ In questo senso, «the accommodationist perspective emphasizes rather that the First Amendment was clearly not intended to be antireligious – indeed, as already suggested, it was drafted precisely to protect the various religious practices of the states, including preferential establishments in some of them. Accommodationists therefore reinterpret the First Amendment to make of religious liberty a positive right, the exercise of which is to be encouraged by the government» (M.A. NOLL, L.E. HARLOW, *Religion and American Politics: From the Colonial Period to the Present*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 82). Di recente sul tema, cfr. M.W. MCCONNELL, N. CHAPMAN, *Las medidas de «acomodación» de la religión en el Derecho estadounidense*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 49, 2022, p. 121 ss.

⁸⁴ U.S. Supreme Court, 530 U.S. 793 (2000), p. 809. Ancor più chiaramente, *ivi*, p. 827: «If a program offers permissible aid to the religious (including the pervasively sectarian), the areligious, and the irreligious, it is a mystery which view of religion the government has established, and thus a mystery what the constitutional violation would be».

⁸⁵ U.S. Supreme Court, *Mitchell v. Helms*, *cit.*, p. 809.

Justice Souter criticava l'approccio maggioritario⁸⁶. In particolare, egli censurava l'interpretazione formalista ed assolutizzante di un principio di neutralità «that would, if adopted by the Court, eliminate[d] enquiry into a law's effects»⁸⁷.

Ne derivava, a suo avviso, una (re)interpretazione della categoria stessa della neutralità da parte della Corte Suprema, declinata quale obiettività formale (*evenhandedness*) da sola insufficiente per fungere da parametro esauriente di costituzionalità⁸⁸ ed in forza della quale doveva ritenersi, secondo la maggioranza, che «equal amounts of aid to religious and non-religious schools will have exclusively secular and equal effects, on both external perception and on incentives to attend different schools»⁸⁹.

Allo stesso modo, in *Zelman v. Simmons-Harris* si evidenziava la centralità della linea interpretativa inaugurata in *Mueller*. Laddove un programma governativo di sostegno sia neutrale rispetto al fenomeno religioso – nel senso che si rivolge indistintamente a tutti i cittadini, i quali possono scegliere di destinare tali fondi ad una scuola confessionale – allora esso non può essere incluso nel divieto sancito dalla *Establishment Clause*.

Ne deriva che l'implementazione “incidentale” di un determinato cre-

⁸⁶ Sulla *judicial philosophy* di Souter in materia, si vedano R. REYES, *Justice Souter's Religion Clause Jurisprudence: Judgments of Conscience Essay*, in *Connecticut Law Review*, 43(1), 2010, p. 303 ss.; J.A. FLITER, *Keeping the Faith: Justice David Souter and the First Amendment Religion Clauses*, in *Journal of Church and State*, 40(2), 1998, p. 387 ss. e L. WEIMAN HANKS, *Justice Souter: Defining “Substantive Neutrality” in an Age of religious Politics*, in *Stanford Law Review*, 48(4), 1996, p. 903 ss.

⁸⁷ U.S. Supreme Court, *Mitchell v. Helms*, cit., SOUTER, J., dissenting, p. 869. Per una critica parallela, cfr. *ivi*, p. 837, O'CONNOR, J., concurring in judgment: «the plurality's treatment of neutrality comes close to assigning that factor singular importance in the future adjudication of Establishment Clause challenges to government school aid programs».

⁸⁸ *Ivi*, SOUTER, J., dissenting, pp. 883-884: «This kind of neutrality is relevant in judging whether a benefit scheme so characterized should be seen as aiding a sectarian school's religious mission, but this neutrality is not alone sufficient to qualify the aid as constitutional. It is to be considered only along with other characteristics of aid, its administration, its recipients, or its potential that have been emphasized over the years as indicators of just how religious the intent and effect of a given aid scheme really is».

⁸⁹ *Ivi*, SOUTER, J., dissenting, p. 901.

do è attribuibile solo al beneficiario del sostegno e non al potere pubblico, il cui ruolo si esaurisce con l'erogazione del sostegno stesso⁹⁰.

Sul fronte opposto, non sono mancate critiche alle argomentazioni plasmate in *Mueller v. Allen*. In questo senso, si veda ancora una volta la *dissenting opinion* di Souter, nella quale egli censurava la china scivolosa – dal realismo al formalismo – intrapresa da *Mueller*⁹¹.

Tale critica veniva così ad innestarsi sul superamento di una prospettiva “sostanzialista” della Corte Suprema in ordine alla valutazione circa la reale destinazione di risorse pubbliche al sostegno di confessioni religiose.

In questo senso, nel valutare l'esistenza di una violazione della *Establishment Clause*, secondo Souter «it makes sense to focus on a category of aid that may be directed to religious as well as secular schools, and ask whether the scheme favors a religious direction»⁹².

Da ultimo, egli ricordava altresì come, a partire da *Mueller*, la Corte Suprema aveva rafforzato in modo significativo l'argomento secondo cui il sostegno finanziario alle scuole confessionali era costituzionalmente ammissibile fintantoché fosse stato fatto passare “attraverso le mani” degli studenti o dei genitori, configurandosi pertanto come aiuto indiretto in favore delle confessioni religiose.

L'argomento era tuttavia ritenuto fallace, poiché il vero interrogativo consisteva nel domandarsi «whether the private hand is genuinely free to send the money in either a secular direction or a religious one»⁹³.

3.4. *Due casi (affini?) con soluzioni diverse: Locke v. Davey ...*

Il conflitto perenne in ordine all'interpretazione ed applicazione della *Establishment Clause* – qui declinata in materia educativa – può essere in-

⁹⁰ U.S. Supreme Court, *Zelman v. Simmons-Harris*, cit., p. 652.

⁹¹ Cfr. *ivi*, SOUTER, J., dissenting, cit., p. 695: «it seems fair to say that it was not until today that substantiality of aid has clearly been rejected as irrelevant by a majority of this Court, just as it has not been until today that a majority, not a plurality, has held purely formal criteria to suffice for scrutinizing aid that ends up in the coffers of religious schools».

⁹² *Ivi*, SOUTER, J., dissenting, cit., p. 697.

⁹³ *Ivi*, SOUTER, J., dissenting, cit., p. 699.

fine analizzato attraverso due fattispecie che, nonostante una possibile verosimiglianza, sono state risolte in modo antitetico.

In *Locke v. Davey*⁹⁴, lo Stato di Washington aveva predisposto un programma di borse di studio (*Promise Scholarship Program*) per sostenere le spese di istruzione post-secondaria di studenti meritevoli; in forza di una specifica disposizione della Costituzione nazionale⁹⁵, tuttavia, tali somme non avrebbero potuto essere impiegate nello studio di corsi di teologia.

Il sig. Davey, beneficiario di una di tali borse, dichiarava la sua intenzione di impiegarla per lo studio delle scienze teologiche in una scuola privata confessionale: a fronte del relativo diniego, proponeva ricorso in sede giudiziaria, denunciando la violazione della *Free Exercise Clause*, della *Establishment Clause* e della *Free Speech Clause*. Soccombente in primo grado, la sua pretesa era accolta in sede d'appello⁹⁶.

A larga maggioranza, la Corte Suprema rovesciava la sentenza di secondo grado, rilevando l'inesistenza di qualsiasi violazione costituzionale. In particolare, secondo la breve opinione del *Chief Justice* Rehnquist, Washington aveva semplicemente deciso di non finanziare una determinata tipologia di educazione (declinata sotto forma di studio della teologia), senza impedire l'accesso a corsi di studio differenti – anche in scuole confessionali – e l'esercizio del diritto di libertà religiosa⁹⁷.

Inoltre, pur disegnando la disposizione della Costituzione di Washington un confine più rigido rispetto a quello contenuto nella *Estab-*

⁹⁴ U.S. Supreme Court, 540 U.S. 712 (2004).

⁹⁵ Art. 1, § 11: «No public money or property shall be appropriated for or applied to any religious worship, exercise or instruction, or the support of any religious establishment».

⁹⁶ Cfr. 299 F.3d 748 (9th Cir. 2002).

⁹⁷ La Corte Suprema riprendeva così gli spunti argomentativi già enunciati *ivi*, p. 761, MCKEOWN, Circuit Judge, dissenting: «Washington has neither prohibited nor impaired Davey's free exercise of his religion. He is free to believe and practice his religion without restriction. Nor has the state prohibited Davey from exercising his right to choose among the full gamut of academic pursuits offered by Northwest College. In fact, Davey is still pursuing the same pastoral studies degree today that he claims the state prohibited him from pursuing three years ago. The only state action here was a decision consonant with the state constitution, not funding 'religious... instruction'».

blishment Clause federale, essa doveva comunque intendersi coerente con un'area selettiva dell'*antiestablishment interest*, vale a dire l'esigenza di evitare qualsiasi finanziamento del clero, anche in ragione della lunga tradizione statunitense sul punto⁹⁸.

Il programma di sostegno educativo in questione rappresentava quindi il punto di equilibrio tra il principio costituzionale volto a non favorire alcuna confessione religiosa e il diritto di libertà confessionale: riprendendo la celebre formula contenuta in *Walz* – secondo cui tra *Establishment* e *Free Exercise Clause* «there is room for play in the joints» – se ne ricavava che «if any room exists between the two Religion Clauses, it must be here»⁹⁹.

3.4.1. *L'opinione dissenziente di Justice Scalia.*

Gli argomenti della sentenza erano respinti nell'opinione dissenziente di *Justice Scalia* (condivisa da *Thomas*)¹⁰⁰. A suo avviso, infatti, il programma disegnato dallo Stato di Washington discriminava la dimensione religiosa, poiché riconosceva l'erogazione di un beneficio in termini generali, salvo “ritagliare” uno specifico corso di studio (teologia) dalla platea dei potenziali destinatari.

Egli contestava altresì la bontà dell'interesse statale perseguito – evitare che le imposte versate dai cittadini finanziassero, in forma obbligatoria, specifiche realtà confessionali – trattandosi di un singolo corso di studio che, ragionevolmente frequentato da un numero ridotto di studenti, avrebbe comportato una spesa pubblica minima.

In altri termini, secondo *Scalia* il vero obiettivo tutelato non era la protezione della *Establishment Clause*, bensì una semplice preferenza ideologica, vale a dire «the State's opinion that it would violate taxpayers' freedom of conscience *not* to discriminate against candidates for the ministry»¹⁰¹.

⁹⁸ Cfr. U.S. Supreme Court, *Locke v. Davey*, cit., p. 8.

⁹⁹ *Ivi*, p. 12.

¹⁰⁰ Per una critica dottrinale alla sentenza, cfr. T.C. BERG, D. LAYCOCK, *The Mistakes in Locke v. Davey and the Future of State Payments for Services Provided by Religious Institutions*, in *Tulsa Law Review*, 40, 2013, p. 227 ss.

¹⁰¹ U.S. Supreme Court, *Locke v. Davey*, cit., SCALIA, J., dissenting, p. 5.

Con riferimento agli indici fattuali impiegati dalla maggioranza, secondo l'opinione dissenziente, da un lato il grado quantitativo di pregiudizio arrecato era del tutto irrilevante, non trattandosi di una «facially neutral law that merely happen to burden some individual's religious exercise», quanto piuttosto di un programma che già in partenza era viziato da un pregiudizio anti-religioso¹⁰².

Dall'altro, anche la finalità soggettiva sottesa all'adozione del programma – motivata da una presunta animosità nei confronti della religione – era priva di rilevanza, poiché la valutazione in ordine alla lesione di un diritto prescindeva dalla buona fede delle motivazioni impiegate, rilevando unicamente l'esistenza di una violazione effettiva.

La sentenza conteneva altresì una brevissima opinione dissenziente di Justice Thomas il quale, nel sottoscrivere quella di Scalia, si limitava a far presente come, a suo avviso, lo studio della teologia non implicava per forza – dal punto di vista testuale – devozione religiosa o un sentimento di fede.

3.5. ... e *Espinoza v. Montana Department of Revenue*.

La fattispecie pocanzi analizzata merita di essere considerata in relazione alle contrapposte argomentazioni spese dalla Corte Suprema e dalle opinioni dissenzienti nel recente caso *Espinoza v. Montana Department of Revenue* (2020).

Nel merito, il Parlamento del Montana aveva adottato una legge che garantiva detrazioni fiscali a chi avesse effettuato donazioni in favore di organizzazioni che, a loro volta, promuovevano borse di studio per studenti di scuole private, anche di matrice religiosa.

Tuttavia, per evitare conflitti con una specifica disposizione della Costituzione statale che impediva qualsiasi finanziamento pubblico in favore di scuole confessionali¹⁰³, l'Agenzia delle Entrate emanava una circolare

¹⁰² *Ivi*, p. 6. Una critica analoga in U.S. Supreme Court, *Trinity Lutheran Church of Columbia v. Comer*, 582 U.S. ___ (2017), THOMAS, J., concurring in part, p. 2 (slip op.), per il quale «this Court's endorsement in *Locke* of even a "mil[d] kind" of discrimination against religion remains troubling».

¹⁰³ Art. X, § 6(1): «Aid prohibited to sectarian schools. The legislature, counties, cit-

con la quale era impedito alle famiglie destinatarie delle menzionate borse di studio di utilizzarle in istituti scolastici religiosi.

La sig.ra Espinoza ed altri genitori – beneficiari delle borse e desiderosi di iscrivere i loro figli presso scuole di ispirazione cattolica – proponevano ricorso per violazione del diritto di libertà religiosa.

La questione era accolta in primo grado ma poi respinta dalla Corte Suprema del Montana, la quale dichiarava che il sistema di detrazioni fiscali in favore di tali scuole era in contrasto con la *no-aid provision* contenuta in Costituzione, poiché – richiamando l'opinione dissenziente di Justice Jackson in *Everson* – «to render tax aid to [a religious school] is indistinguishable [...] from rendering the same aid to the [c]hurch itself»¹⁰⁴. Inoltre, non esistendo meccanismi idonei a controllare in modo efficace il mancato inoltro di fondi a scuole religiose, l'intero programma doveva essere annullato.

La questione oggetto del giudizio della Corte Suprema si snodava intorno ad una possibile violazione della *Free Exercise Clause*, lasciando sullo sfondo – quando non del tutto fuori – il profilo strutturale della *Establishment Clause*¹⁰⁵.

ies, towns, school districts, and public corporations shall not make any direct or indirect appropriation or payment from any public fund or monies, or any grant of lands or other property for any sectarian purpose or to aid any church, school, academy, seminary, college, university, or other literary or scientific institution, controlled in whole or in part by any church, sect, or denomination».

¹⁰⁴ 393 Mont. 446 (Mont. 2018), p. 467. La sentenza della Corte Suprema del Montana conteneva due opinioni dissenzienti. Secondo Justice BAKER, dissenting, p. 488 – il quale ricostruiva la normativa sottostante in termini letterali e di *original intent* – da un lato, «to invalidate the statute on the basis that it indirectly impacts sectarian schools to the detriment of the public fisc violates ordinary rules of grammar, as it requires reading 'indirect' to modify 'aid' rather than 'appropriation or payment'»; dall'altro, «beyond indirect payments, the delegates did not discuss tax credits or deductions for *private donations* to religious schools» (*ivi*, p. 490). In parallelo, Justice RICE, dissenting, p. 495 (il quale sottoscriveva la *dissenting opinion* di Justice BAKER), aggiungeva che «the Program is facially neutral, and does not require any benefit to accrue to a particular school, religious or otherwise».

¹⁰⁵ U.S. Supreme Court, *Espinoza v. Montana Department of Revenue*, cit., p. 7 (slip. op.), respingeva, in ogni caso, qualsiasi vizio contingente di incostituzionalità, poiché «any Establishment Clause objection to the scholarship program here is particularly un-

Secondo la maggioranza, l'esclusione delle sole scuole religiose dal programma di finanziamento del Montana era contrario al Primo Emendamento (*sub specie* di libertà religiosa), poiché tale impossibilità di accesso alle risorse stanziata era fondata sul solo *status* confessionale dei beneficiari interessati¹⁰⁶.

Pertanto, lo Stato non era tenuto a finanziare l'educazione privata (generalmente intesa): laddove però decideva di procedere in questo senso, esso era obbligato a finanziare l'educazione religiosa al pari di quella secolare, senza poter escludere la prima (in favore della seconda) per ragioni confessionali.

Sebbene la maggioranza eluda di operare una distinzione tra «discrimination based on use or conduct and that based on status»¹⁰⁷, da un lato essa strutturava la propria argomentazione sul secondo corno dell'alternativa con riferimenti costanti¹⁰⁸; dall'altro, la presenza di tale possibile alternativa tra condotte discriminatorie suscitava incertezze definitorie ben rilevate dalla *concurring opinion* di Justice Gorsuch, secondo cui il programma di borse di studio del Montana «discriminates against the free exercise of religion. Calling it discrimination on the basis of religious status or religious activity makes no difference: it is unconstitutional all the same»¹⁰⁹.

availing because the government support makes its way to religious schools only as a result of Montanans independently choosing to spend their scholarships at such schools». Come si vedrà *infra*, il tema è ampiamente ripreso – con accenti critici – nella *concurring opinion* di Justice THOMAS.

¹⁰⁶ Cfr. *ivi*, p. 9.

¹⁰⁷ *Ivi*, p. 12: «Some Members of the Court, moreover, have questioned whether there is a meaningful distinction between discrimination based on use or conduct and that based on status [...] We acknowledge the point but need not examine it here».

¹⁰⁸ Peralto, la Corte sembra tradire sé stessa quando, nell'escludere qualsiasi sovrapposibilità tra la presente fattispecie e *Locke*, dichiarava espressamente che il sig. Davey «was denied a scholarship because of what he proposed to do – use the funds to prepare for the ministry» (*ivi*, p. 13). In questo senso, pertanto, non pare del tutto vero che tale distinzione sia stata irrilevante ai fini della decisione di *Espinoza*.

¹⁰⁹ U.S. Supreme Court, *Espinoza v. Montana Department of Revenue*, cit., GORSUCH, J., concurring, p. 8 (slip op.). In dottrina, per C.H. ESBECK, *After Espinoza: What's left of the Establishment Clause?*, in *Federalist Society Review*, 21, 2020, p. 187,

In via uguale e contraria, per avere accesso a tale programma – garantito sia alle scuole pubbliche, sia a quelle private non confessionali – le scuole religiose avrebbero dovuto rinunciare alla propria piattaforma ideologica, con la conseguente compromissione della *Free Exercise Clause*.

La Corte Suprema respingeva poi qualsiasi parallelismo con il caso *Locke v. Davey*, riproposto sia dalla Agenzia delle Entrate del Montana, sia dalle opinioni dissenzienti di Breyer e, in tono minore, Sotomayor.

In primo luogo, mentre in *Locke* la legittimità della mancata corresponsione del beneficio era subordinata ad un suo *utilizzo* religioso (formazione dei ministri di culto) e riferita a corsi di indottrinamento confessionale, in *Espinoza* il divieto di erogazione colpiva le scuole cristiane *in quanto tali*, a prescindere dalla natura secolare o religiosa delle loro attività e dell'impiego funzionale di tali risorse.

Inoltre, se la maggioranza di *Locke* aveva fondato la propria decisione su un significativo interesse storico e sostanziale dello Stato di Washington di non finanziare attività religiose (sulla base dell'interpretazione originaria della *Establishment Clause*), dall'altro lato tale substrato non era rinvenibile nel caso di *Espinoza*.

In relazione ai confini teorico-applicativi della *Establishment Clause* e del suo rapporto con la *Free Exercise Clause*, occorre prestare attenzione alla *concurring opinion* di Justice Thomas (sottoscritta da Gorsuch).

Sul punto, non pare eccessivo affermare che tale interpretazione rappresenta senza dubbio la frontiera più avanzata della prospettiva *accommodationist* nei rapporti tra Stato e confessioni religiose¹¹⁰, nonché belligerante nei confronti della teoria della *incorporation* del Primo Emenda-

nota 11, «one reason the status/use should be abandoned is that the plain text of the First Amendment phrase protects religious “exercise”, a word that entails not just one’s religious status but the conduct necessary to use one’s religious status by acting on it».

¹¹⁰ Cfr. U.S. Supreme Court, *Lynch v. Donnelly*, 465 U.S. 668 (1984), p. 673: «The Court has sometimes described the Religion Clauses as erecting a “wall” between church and state [...] The metaphor has served as a reminder that the Establishment Clause forbids an established church or anything approaching it. But the metaphor itself is not a wholly accurate description of the practical aspects of the relationship that in fact exists between church and state. Nor does the Constitution require complete separation of church and state; it affirmatively mandates *accommodation*, not merely tolerance, of all religions, and forbids hostility toward any».

mento rispetto agli Stati federati (e non della sola Federazione)¹¹¹.

In questo senso, egli rifiutava l'idea secondo cui lo Stato non potrebbe in nessun modo intervenire in materia religiosa; al contrario, un'interpretazione originalista della *Establishment Clause* non vieterebbe neppure un intervento pubblico rivolto a favorire il sentimento religioso, essendo unicamente proibita un'attività di «coercion of religious orthodoxy and of financial support by force of law and threat of penalty»¹¹².

Inoltre, la ricostruzione di Thomas in ordine alla *Establishment Clause* – per certi aspetti eterodossa – non era fine a sé stessa, in quanto legata a doppio filo alla parallela interpretazione della *Free Exercise Clause*. A suo avviso, infatti, l'erronea ampiezza applicativa della prima da parte della Corte Suprema si rifletteva in modo pregiudizievole sulla seconda: in particolare, attraverso il richiamo ad alcune pronunce della Corte stessa – tra le quali *Locke*¹¹³ – egli censurava il fatto che le pubbliche autorità sovente si servono della *Establishment Clause* quale “scudo” dietro il quale nascondere condotte che, in realtà, incidono sul diritto di libertà religiosa.

Di conseguenza, secondo tale prospettiva le decisioni della Corte Suprema tendono ad appiattirsi sul primo parametro, con l'effetto pernicioso in forza del quale «once the government demonstrates that its policy is required for compliance with the Constitution, any claim that the policy infringes on free exercise cannot survive»¹¹⁴.

¹¹¹ Si vedano F.M. GEDICKS, *Incorporation of the Establishment Clause Against the States: A Logical, Textual, and Historical Account*, in *Indiana Law Journal*, 88, 2013, p. 669 ss. e R.F. DUNCAN, *Justice Thomas and Partial Incorporation of the Establishment Clause: Herein of Structural Limitations, Liberty Interests, and Taking Incorporation Seriously*, in *Regent University Law Review*, 20, 2007, p. 37 ss.

¹¹² Il rinvio è a U.S. Supreme Court, *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 577 (1992), p. 640, SCALIA, J., dissenting.

¹¹³ Cfr. U.S. Supreme Court, *Espinoza v. Montana Department of Revenue*, cit., THOMAS, J., concurring, p. 4 (slip op.): «as Montana's proffered justification for its law shows, governments continue to rely on Locke's improper understanding of “antiestablishment interests” to defend against free exercise challenges».

¹¹⁴ *Ibidem*.

3.5.1. *L'opinione dissenziente di Justice Breyer.*

Tra le voci critiche nei confronti di questa sentenza spiccava soprattutto l'articolata opinione dissenziente di *Justice Breyer*¹¹⁵, la quale si snodava lungo due direttive principali: la ricostruzione e applicazione del significato delle *Religion Clauses* – contrapposta a quella della maggioranza – nonché l'esigenza di raffrontare *Espinoza* a *Locke*, giungendo nel primo caso alla stessa soluzione giuridica applicata nel secondo (a differenza di quanto invece ritenuto nella sentenza)¹¹⁶.

Con riferimento alla prima questione, sebbene i precedenti della Corte Suprema in materia di *Establishment Clause* non vietino il finanziamento di sistemi educativi religiosi, per Breyer la questione centrale era qui diversa, trattandosi dell'esistenza di un obbligo di finanziamento derivante dalla *Free Exercise Clause*, ritenuta esistente dalla maggioranza e da egli non condivisa¹¹⁷.

In relazione ad un giudizio analogico tra fattispecie, secondo Breyer le analogie tra *Espinoza* e *Locke* erano «strikingly similar»¹¹⁸ e, al contrario,

¹¹⁵ Hanno dissentito anche GINSBURG, SOTOMAYOR e KAGAN. In particolare, quest'ultima ha sottoscritto integralmente l'opinione dissenziente di GINSBURG ma solo il paragrafo I dell'opinione dissenziente di BREYER, non sottoscrivendo invece la *dissenting opinion* di SOTOMAYOR.

¹¹⁶ L'opera di analogia rispetto a *Locke* è speculare al *distinguishing* operato dalla maggioranza, la quale assume invece quale caso di riferimento (*controlling case*) U.S. Supreme Court, *Trinity Lutheran Church of Columbia v. Comer*, cit. Con riferimento a quest'ultima fattispecie, peraltro, può essere utile ricordare l'affermazione contenuta *ivi*, p. 14, nota 3, secondo cui «this case involves express discrimination based on *religious identity* with respect to playground resurfacing. We do not address *religious uses* of funding or other forms of discrimination», senza tuttavia dimenticare come sulla stessa non si sia formata una maggioranza sufficiente a qualificare tale passaggio come *opinion of the Court* vincolante. Per una critica sul punto, cfr. U.S. Supreme Court, *Trinity Lutheran Church of Columbia v. Comer*, cit., GORSUCH, J., concurring in part, p. 1 (slip op.): «the Court leaves open the possibility a useful distinction might be drawn between laws that discriminate on the basis of religious status and religious use [...] Respectfully, I harbor doubts about the stability of such a line».

¹¹⁷ Cfr. U.S. Supreme Court, *Espinoza v. Montana Department of Revenue*, cit., SOTOMAYOR, J., dissenting, p. 11 (slip op.): «Today's ruling is perverse. Without any need or power to do so, the Court appears to require a State to reinstate a tax-credit program that the Constitution did not demand in the first place».

¹¹⁸ U.S. Supreme Court, *Espinoza v. Montana Department of Revenue*, cit., BREYER, J., dissenting, p. 5 (slip op.).

significative erano le differenze tra il primo e *Trinity Lutheran Church*.

Infatti, lo Stato del Montana aveva semplicemente deciso – in termini analoghi a quanto fatto da Washington – di non finanziare (in modo indiretto) un'attività educativa a sfondo religioso: trattandosi, quindi, di una funzione di formazione intellettuale attraverso l'educazione scolastica, essa presentava i medesimi profili (e le medesime criticità) del finanziamento di un'attività di formazione del clero (leggasi, *Locke*)¹¹⁹.

Il giudice dissenziente riprendeva poi la problematica distinzione tra discriminazione *status-based* e discriminazione *conduct-based*, applicata dalla Corte Suprema per differenziare *Espinoza* da *Locke*.

In tale prospettiva, egli contestava che in *Espinoza* ci si trovasse in presenza di una discriminazione per *status*, poiché tale ultima categoria era riferibile ad un soggetto – la scuola – che non era beneficiario di alcun sostegno e non era parte in causa. Al contrario, la questione atteneva all'eventuale utilizzo di fondi (sotto forma di borse di studio), da parte dei genitori, per il godimento di un'educazione religiosamente connotata.

Sempre in relazione alla doppia declinazione delle *Religion Clauses*, Breyer lamentava altresì la sostituzione di un parametro flessibile e bilanciato a seconda del caso di specie – quale era stato, a suo avviso, quello applicato sino ad allora dalla Corte Suprema – con un altro eccessivamente stringente e rigido, per nulla malleabile alla luce del beneficio volta a volta in considerazione.

In questo senso, «far from embracing mechanical formulas, our precedents repeatedly and frankly acknowledge the need for precisely the kind of 'judgment-by-judgment analysis' the majority rejects»¹²⁰.

¹¹⁹ L'argomento è ripreso da U.S. Supreme Court, *Espinoza v. Montana Department of Revenue*, cit., SOTOMAYOR, J., dissenting, p. 9: «Properly understood, this case is no different from *Locke* because petitioners seek to procure what the plaintiffs in *Locke* could not: taxpayer funds to support religious schooling».

¹²⁰ U.S. Supreme Court, *Espinoza v. Montana Department of Revenue*, cit., BREYER, J., dissenting, p. 17. *Contra*, la nota di commento *First Amendment – Free Exercise Clause – Government Aid to Religious Schools – Espinoza v. Montana Department of Revenue*, in *Harvard Law Review*, 134, 2020, p. 475: «The Court's ruling in *Espinoza* rejects the disjointed, aimless approach that has historically characterized Religion Clauses jurisprudence and instead offers a clear rule to be applied to future conflicts. The Court's Religion Clauses methodology has become remarkably convoluted over the years, and its byzantine analytical approach has yielded inconsistent, sometimes even contradictory, decisions».

3.6. Una annotazione conclusiva (e definitiva?).

Così ricostruita l'evoluzione della giurisprudenza della Corte Suprema in materia di *Religion Clauses* (in relazione al loro impatto sulle istituzioni educative) e finanziamento di specifiche attività scolastiche, può affermarsi che vi è stato un significativo cambiamento di interpretazione nel corso del tempo, soprattutto rispetto alla tematica del sostegno economico alle scuole confessionali.

Non v'è quindi dubbio che, a fronte di una nuova sistematizzazione della dimensione religiosa del Primo Emendamento, la “sezione” della *Free Exercise Clause* sembra avere acquisito una forza dominante rispetto alla *Establishment Clause*, forse non ancora del tutto interpretata nella prospettiva *accommodationist* patrocinata in particolare da Justice Thomas, ma assai lontana dalla lettura fornita in *Everson* e nella giurisprudenza costruita a partire da questa.

In questo senso, la “svolta” rappresentata da *Mueller* e consolidata durante la Presidenza Rehnquist è stata cristallizzata e potenziata dalla Corte Roberts (2005-oggi)¹²¹, la cui giurisprudenza ha portato «a definitivo (per ora) compimento una nuova interpretazione ed una differente applicazione delle due clausole del Primo Emendamento costituzionale che si occupano di libertà religiosa»¹²².

¹²¹ B.P. McDONALD, *Democracy's Religion: Religious Liberty in the Rehnquist Court and Into the Roberts Court*, cit., p. 2222: «the Rehnquist Court bequeathed to the Roberts Court precedents, or at least doctrinal principles, permitting greater government aid to religious organizations, as well as sponsorship of religious expression – essentially narrowing the scope of Establishment Clause constraints on government action in this area as Rehnquist had urged in his *Thomas [v. Review Board of the Indiana Employment Security Division]* dissent. In other words, similar to free exercise rights, democratic majority preferences concerning public aid to religious organizations and sponsoring religious expression will be allowed a greater latitude of action, assuming the Roberts Court either maintains the Rehnquist Court positions or extends them further [...] The Roberts Court appears to be opting for the extension route and narrowing anti-establishment limits on government religious involvement even more».

¹²² P. ANNICCHINO, *Introduzione*, in P. ANNICCHINO (a cura di), *La Corte Roberts e la tutela della libertà religiosa negli Stati Uniti d'America*, European University Institute, Firenze, 2017, p. 1. Vedi anche L. EPSTEIN, E.A. POSNER, *The Roberts Court and the*

Allo stesso tempo, però, ben è stato posto in evidenza che «by narrowing the play in the joints between the two religion clauses, the *Espinoza* decision has the potential to create more questions than answers»¹²³.

In questo senso, da un lato non è secondario interrogarsi circa l'esistenza di dubbi in ordine alla specifica definizione del parametro enunciato da *Espinoza*¹²⁴; dall'altro, non sembrerebbero essere stati sciolti tutti i nodi dei rapporti di quest'ultima fattispecie rispetto alla giurisprudenza precedente.

La questione ben può essere illustrata da una breve casistica recente. In data 8 dicembre 2021, la Corte Suprema ha discusso il caso *Carson v. Makin*¹²⁵. In esso si dibatteva della legittimità di un programma educativo del Maine, il quale garantiva il pagamento delle tasse di iscrizione – presso scuole private – a tutti gli studenti residenti in *school administrative units* (SAU) prive di scuole pubbliche, sempre quando detti istituti privati non avessero una connotazione religiosa.

In primo luogo, è utile evidenziare come la Corte d'Appello per il Primo Circuito (sentenza qui impugnata) abbia dedicato specifica attenzione a distinguere minuziosamente la fattispecie in esame da *Espinoza*,

transformation of constitutional protections for religion: a statistical portrait, in *The Supreme Court Review*, 2021, p. 315 ss.

¹²³ G. SULLIVAN, *Symposium: What “play in the joints” remains after Espinoza?*, in *www.scotusblog.com*, 1st July 2020. Per M. BINDAS, *The Status of Use-Based Exclusions & Educational Choice After Espinoza*, in *The Federalist Society Review*, 21, 2020, p. 218, «the Court may well be prepared to abandon the status/use distinction that has developed in its jurisprudence since *Trinity Lutheran* and treat all religion-based exclusions – whether targeted at status or use – as presumptively unconstitutional».

¹²⁴ *Contra*, per M. MANSINGHANI, *Symposium: Clarity in an era of confusion – The Supreme Court will not tolerate hostility to religion*, in *www.scotusblog.com*, 1st July, 2020, «*Espinoza* is clear as a bell: The free exercise clause's expansive protection means that neither the establishment clause nor Blaine Amendments can be used to treat people of faith differently or categorically exclude religion from public life».

¹²⁵ Cfr. Docket No. 20-1088. Il *writ of certiorari* è stato concesso in relazione al seguente quesito: «Does a state violate the Religion Clauses or Equal Protection Clause of the United States Constitution by prohibiting students participating in an otherwise generally available student-aid program from choosing to use their aid to attend schools that provide religious, or “sectarian”, instruction?».

riprendendo la differenziazione tra *status-based* e *conduct-based discrimination* sottesa a quest'ultima controversia (e criticata da Justice Gorsuch)¹²⁶.

Nel caso di specie, era stata esclusa qualsiasi violazione delle *Religion Clauses*, poiché «this restriction is not like that [*Espinoza*], as it limits the benefit to only those who would use it for nonsectarian instruction. It thus does not target any religious activity apart from what the benefit itself would be used to carry out»¹²⁷.

Una fattispecie (simile?) era tuttavia risolta in termini opposti. Nel caso *A.H. v. French*, la Corte d'Appello per il Secondo Circuito¹²⁸ affermava che il programma di finanziamento educativo predisposto del Vermont (affine a quello del Maine in *Carson v. Makin*)¹²⁹ era incostituzionale per violazione della *Free Exercise Clause* – nonché contrario ai principi enunciati in *Espinoza* – poiché «when the individual petitioners applied to their local school districts for tuition payments for Rice, an “approved independent school” under Vermont law, they were rejected on the ground that Rice is a “religious” or “parochial” school»¹³⁰.

Il delicato dibattito in ordine ai confini del sostegno delle scuole religiosamente connotate e della corretta applicazione di *Espinoza* sembra

¹²⁶ Cfr. *Carson v. Makin*, 979 F.3d 21 (1st Cir. 2020), p. 35: «*Espinoza* explained that the Montana Constitution’s no-aid provision was based solely on religious status – and thus not on religious use».

¹²⁷ *Ivi*, p. 43. La stessa Corte d'Appello aveva in precedenza ricordato (*ivi*, p. 40) che la restrizione imposta dal Maine, «unlike the one at issue in *Espinoza*, does not bar schools from receiving funding simply based on their religious identity — a status that in and of itself does not determine how a school would use the funds that it receives to provide educational instruction».

¹²⁸ Integrata, a titolo di curiosità, anche dal Giudice emerito della Corte Suprema SOUTER, in questo caso membro della Corte d'Appello *by designation* e già autore – come ricordato *supra* – di diverse opinioni dissenzienti in ordine alla prospettiva sempre più *accommodationist* intrapresa dalla Corte Suprema degli Stati Uniti rispetto all'interpretazione del Primo Emendamento.

¹²⁹ In particolare, attraverso il *Town Tuition Program* era previsto il pagamento di benefici scolastici in favore di studenti residenti in città prive di scuole pubbliche, sempre quando essi decidessero di frequentare scuole (pubbliche o private) non confessionali.

¹³⁰ *A.H. v. French*, No. 21-87, 2021 – WL 2213292 (2d Cir. June 2, 2021), p. 10.

aver trovato una soluzione (definitiva?) nella recente pronuncia della Corte Suprema in *Carson v. Makin*¹³¹.

Applicando l'iter argomentativo già disegnato in *Trinity Lutheran* ed *Espinoza*, era dichiarata l'illegittimità (per violazione della *Free Exercise Clause*) del divieto, imposto dal Maine, di finanziamento delle scuole private confessionali e annullata la pronuncia contraria resa dalla Corte d'Appello per il Primo Circuito.

In particolare, secondo la Corte Suprema, «a State's antiestablishment interest does not justify enactments that exclude some members of the community from an otherwise generally available public benefit because of their religious exercise»¹³², con la conseguenza che, laddove lo Stato intenda finanziare il sistema educativo privato, non può mai escludere da tale disciplina le sole scuole religiose.

Tuttavia, al di là della soluzione del caso concreto, la sentenza assume un'importanza fondamentale soprattutto laddove rigettava – peraltro in termini alquanto netti – la problematica distinzione tracciata in *Espinoza* tra discriminazione *status-based* (sempre illegittima) e *conduct/use-based* (invece ammissibile)¹³³.

In questo senso, non sembra potersi dare altra lettura al tenore letterale dell'affermazione secondo cui «any status-use distinction lacks a meaningful application not only in theory, but in practice as well. In short, the prohibition on status-based discrimination under the Free Exercise Clause is not a permission to engage in use-based discrimination»¹³⁴.

Tale impostazione parrebbe inoltre confermata sia da analoghe considerazioni contrarie nelle opinioni dissenzienti di Breyer¹³⁵ e Sotoma-

¹³¹ Cfr. U.S. Supreme Court, 596 U. S. ____ (2022).

¹³² *Ivi*, p. 10-11 (slip op.).

¹³³ Sulla nascita e fine (definitiva?) della predetta distinzione, vedi M. BINDAS, *Using My Religion: Carson v. Makin and the Status/Use (Non)Distinction*, in *Cato Supreme Court Review*, 2021-2022, p. 163 ss.

¹³⁴ U.S. Supreme Court, 596 U.S. ____ (2022), cit., p. 17 (slip op.). Cfr. anche J. BLACKMAN, *Farewell to Footnote 3 of Trinity Lutheran*, in *The Volokh Conspiracy*, 7th July 2022.

¹³⁵ Cfr. U.S. Supreme Court, *Carson v. Makin*, cit., Justice BREYER, dissenting, p. 9, slip op. («as in *Trinity Lutheran*, Montana denied funds to schools based “expressly on

yor¹³⁶, sia dal fatto che l'unico Giudice che aveva espresso riserve su tale differenziazione in *Espinoza* (Gorsuch) non ha avuto nulla da eccepire in questo specifico caso, vedendo così riconosciuta la bontà della propria posizione, secondo la quale «calling it discrimination on the basis of religious status or religious activity makes no difference: It is unconstitutional all the same»¹³⁷.

La Corte Suprema sembra quindi aver “chiuso il (nuovo) cerchio” dei rapporti tra *Establishment* e *Free Exercise Clause* in relazione al finanziamento del sistema educativo confessionale, forse in attesa di vedere se ci sarà anche un *overruling* di *Locke* e della distinzione ivi contenuta tra «funds [that] could be and were used for theology courses» (legittimi) e [funds that were used] only [to] pursu[e] a “vocational religious” *degree*»¹³⁸ (illegittimi).

La questione di fondo, tuttavia, potrebbe non essere del tutto risolta¹³⁹ e così trovare nuova linfa vitale per una sua messa in discussione e l'apertura di un ulteriore filone di dibattito in materia educativa.

religious status and not religious use” [...] Here, again, Maine denies tuition money to schools not because of their religious affiliation, but because they will use state funds to promote religious views») e p. 14, slip op. («this Court's decisions in *Trinity Lutheran* and *Espinoza* prohibit States from denying aid to religious schools solely because of a school's religious *status* – that is, its affiliation with or control by a religious organization. But we have never said that the Free Exercise Clause prohibits States from withholding funds because of the religious *use* to which the money will be put»).

¹³⁶ Cfr. U.S. Supreme Court, *Carson v. Makin*, cit. (SOTOMAYOR, J., dissenting), p. 3 (slip op.): «The Court now holds for the first time that ‘any status-use distinction’ is immaterial in both ‘theory’ and ‘practice’».

¹³⁷ Vedi *supra*, p. 256 e nota 109.

¹³⁸ U.S. Supreme Court, *Carson v. Makin*, cit., p. 18 (slip op.).

¹³⁹ Come ha osservato J. BLACKMAN, *Forget Carson! Remember the Maine Human Rights Act*, in *The Volokh Conspiracy*, 2nd July 2022, infatti, nel 2021 il Congresso del Maine ha apportato alcune modifiche al *Maine Human Rights Act*, in forza delle quali l'accesso delle scuole private (religiose e non) ai finanziamenti pubblici statali è stato subordinato al rispetto di specifiche politiche antidiscriminatorie che, tra gli altri aspetti, vietano trattamenti diversi per questioni di orientamento e genere sessuale. Una proposta di legge analoga è in discussione presso il Senato del Maryland. Il riferimento a *Carson* non è irrilevante, se è vero che le scuole interessate «have admissions policies that allow them to deny enrollment to students based on gender, gender-identity, sexual orientation, and religion» (U.S. Supreme Court, *Carson v. Makin*, cit., BREYER, J., dissenting, p. 16, slip op.).

CONCLUSIONI.
LE OPINIONI SEPARATE
TRA ESTENSIONE
E RESTRIZIONE DEI DIRITTI FONDAMENTALI

L'analisi "trasversale" (storica, giuridico-positiva e giurisprudenziale) di specifiche declinazioni del diritto all'istruzione in prospettiva comparata – attraverso le lenti delle sentenze e delle corrispondenti opinioni separate – permettono di sviluppare alcune riflessioni conclusive circa il doppio ruolo, "sostanziale" e "metodologico"¹, delle opinioni dissenzienti nella giurisprudenza degli organi giudiziari considerati.

Trova conferma l'assunto per il quale il campo proprio del diritto comparato «è quindi la comparazione degli ordinamenti nelle strutture specifiche, la formazione dei sistemi e il loro esame nella loro storia e nella loro geografia, nella natura del loro tipo di diritto, nelle loro strutture specifiche, vale a dire nel tipo di elementi determinanti che li caratterizzano»².

In termini generali, la presenza di un numero diffuso e costante di dis-

¹ Del resto, «in tutte le discipline sociali, i problemi più complessi sono quelli di metodo. Il metodo è il modo di vedere, di comprendere, e soprattutto di spiegare; donde l'importanza capitale degli studi metodologici per le scienze giuridiche in generale e per il diritto costituzionale in particolare» (B. MIRKINE-GUETZEVICH, *I metodi di studio del diritto costituzionale comparato*, in *Il Politico*, 16(2), 1951, p. 181).

² L.-J. CONSTANTINESCO, *La scienza dei diritti comparati*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 450. Analogamente, per A. RUGGERI, *Comparazione giuridica, dialogo tra le Corti, identità "intercostituzionale"*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2, 2022, p. 1, «senza la comparazione non è possibile cogliere e rappresentare in modo adeguato l'essenza della identità costituzionale, aversene cioè in primo luogo il riconoscimento e, quindi, la continua messa a punto e salvaguardia in ragione dei peculiari connotati dei casi».

sensi e opinioni concorrenti conferma sia l'importanza generale della macro-tematica del diritto all'istruzione, sia le differenze di approccio (di metodo e merito) rispetto alle sue articolazioni ed applicazioni, nonché alle altrettante libertà fondamentali che con esso si intrecciano.

Con riferimento alle modalità di accesso e fruizione del sistema educativo, è possibile ripercorrere in parallelo – pur a fronte di schemi che, quanto al ruolo del dissenso, si rivelano contrapposti – gli esiti della giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di *affirmative actions* e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in relazione all'istruzione di persone appartenenti a una determinata minoranza etnica.

Nel primo caso, si è assistito – a partire dal caso *Bakke* e la *plurality opinion* di Justice Powell – alla configurazione di una giurisprudenza maggioritaria equilibrata, capace di configurare un principio duttile, applicabile con esiti diversi a seconda delle specificità del caso concreto.

Il quadro complessivo rivela quindi un insieme di pronunce che hanno quasi sempre confermato – pur tra molti conflitti – il sistema delle azioni positive e contribuito all'estensione dell'istruzione in favore di alcuni gruppi etnici, storicamente discriminati e svantaggiati nell'accesso a tale diritto (e non solo a quello)³.

Sul piano opposto, le opinioni dissenzienti – soprattutto ad impostazione testualista ed originalista – hanno contestato in modo radicale qualsiasi possibile utilizzo (anche “migliorativo”) del parametro razziale, applicando una lettura formalista del principio di uguaglianza che, laddove portato alle sue ultime conseguenze, potrebbe incidere in modo pregiudizievole sull'accesso di determinate minoranze al sistema universitario statunitense⁴.

³In tale prospettiva, emerge un ruolo “propulsivo” dell'opinione dissenziente: riprendendo la lettura di G. ZAGREBELSKY, *Intervento*, in A. ANZON (a cura di), *L'opinione dissenziente*, cit., p. 157, «l'opinione dissenziente (e concorrente) è concettualmente contraria a ogni pietrificazione dell'interpretazione costituzionale ed è invece coerente con l'idea dello sviluppo della Costituzione nel tempo, con l'idea di una Costituzione vivente».

⁴Cfr. J.S. HOWELL, *Assessing the Impact of Eliminating Affirmative Action in Higher Education*, in *Journal of Labor Economics*, 28(1), 2010, p. 113 ss. e D.L. CHAMBERS, T.T. CLYDESDALE, W.C. KIDDER, R.O. LEMPERT, *The Real Impact of Eliminating Affirmative Action in American Law Schools: An Empirical Critique of Richard Sander's Study*,

In quest'ultimo senso, le prossime decisioni della Corte Suprema nei casi *Students for Fair Admissions v. University of North Carolina* e *Students for Fair Admissions v. President & Fellows of Harvard College* – discussi il 31 ottobre 2022 – potrebbero provocare un significativo *overruling* (o, comunque, ridimensionamento) in materia, conducendo ad una potenziale compressione del diritto all'istruzione che di sicuro aprirà spiragli per discussioni ben più ampie.

Con riferimento alla tutela – sempre più espansiva – delle minoranze etniche (nello specifico, di origine romaní) in campo educativo da parte della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, invece, è possibile ravvisare un'interessante collegamento tra le opinioni dissenzienti pronunciate “in primo grado” e le soluzioni interpretative divenute maggioritarie.

In particolare, la *dissenting opinion* – solitaria – di Cabral Barreto in *D.H. v. Czech Republic* (Second Section) è stata recepita, nei contenuti, nella parallela sentenza “di appello” della Grande Camera, la quale ha riconosciuto sia l'esistenza di una discriminazione, sia soprattutto la necessità di adottare, da parte dello Stato interessato, “azioni positive” per porre rimedio a trattamenti illegittimamente diseguali sul piano della tutela effettiva⁵.

Pertanto, in quest'ultima fattispecie si è assistito – attraverso un'interpretazione “proattiva” della categoria della *indirect discrimination* e dell'esigenza di implementare il principio di eguaglianza sostanziale – ad un'applicazione estensiva dei diritti soggettivi interessati, ripresa dalla stessa Corte di Strasburgo nel caso *Orsus v. Croatia* (Grand Chamber) in termini analoghi, sebbene in primo grado la Sezione corrispondente si fosse espressa (all'unanimità) in modo opposto.

Tali interpretazioni erano tuttavia contrastate dalle opinioni dissen-

in *Stanford Law Review*, 57(6), 2005, p. 1855 ss. Per una lettura opposta, vedi R.H. SANDER, *A Systemic Analysis of Affirmative Action in American Law Schools*, in *Stanford Law Review*, 57(2), 2004, p. 468, secondo cui «the annual production of black lawyers would probably increase if racial preferences were abolished tomorrow».

⁵ Sulla difficile implementazione delle indicazioni contenute in ECHR, *D.H. v. Czech Republic* (Second Section), cit., si vedano il parere del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, CM/Notes/1355/H46-7 / 25 September 2019 (CM-Public), 1355th meeting (September 2019) – H46-7 *D.H. and Others v. Czech Republic* (Application No. 57325/00) e H. SMEKAL, K. ŠIPULOVA, *DH v Czech Republic Six Years Later*, cit., p. 301 ss.

zienti contenute nelle pronunce della Grande Camera, le quali insistevano soprattutto sull'eccessiva "fuga in avanti" compiuta dalla maggioranza in entrambi i casi, rilevando una declinazione a loro avviso scorretta della dottrina del margine di apprezzamento ed un'interpretazione dei parametri applicati che andava oltre le vicende della fattispecie concreta.

Lo stesso criterio impiegato in queste ultime opinioni dissenzienti era riscontrabile nelle opinioni separate relative alla innovativa giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di diritto all'istruzione delle persone con disabilità, enunciata in *Enver Sahin v. Turkey* e *G.L. c. Italia*, sebbene in tali casi non vi sia stata una "circolazione" di posizioni minoritarie tra i gradi di giudizio.

Una maggiore "rigidità" interpretativa sul merito delle questioni trattate (pur con diverse sfumature) si riscontra nelle *dissenting e concurring opinions* pronunciate con riferimento alle questioni della differenziazione scolastica per sesso e del finanziamento pubblico delle scuole religiose negli Stati Uniti ed in Spagna.

Nel caso statunitense, il tema delle *same-sex schools* ha incontrato nel corso della sua storia un ampio e trasversale consenso giuridico, sociale e politico; allo stesso tempo, la sua messa in discussione è stata circoscritta a specifici casi concreti, non in relazione all'esistenza "di principio" di siffatti modelli, quanto piuttosto a causa dell'assenza di istituzioni "separate" per sesso analoghe a quelle oggetto di discussione.

In merito al finanziamento pubblico delle scuole confessionali⁶, si è assistito ad un importante mutamento di sistema nel corso della storia recente degli Stati Uniti, che ha determinato il passaggio dalla dottrina escludente del «wall of separation between Church and State»⁷ ad una prospettiva sempre più "integrata" o *accommodationist*, da ultimo plasma-

⁶L'intrinseca dimensione religiosa della società statunitense può essere evidenziata con le parole di Justice DOUGLAS nella redazione di U.S. Supreme Court, *Zorach v. Clauson*, 343 U.S. 306 (1952), p. 313 – la quale aveva legittimato la possibilità, per gli studenti delle scuole pubbliche di New York, di usufruire di attività di istruzione confessionale al di fuori degli istituti scolastici ed in parziale sostituzione del rispettivo programma didattico – secondo cui «we are a religious people whose institutions presuppose a Supreme Being».

⁷U.S. Supreme Court, *Everson v. Board of Education*, cit., p. 16.

ta in *Carson v. Makin*: in tale contesto, non si può trascurare l'incidenza di alcune articolate opinioni dissenzienti che, ribadite in modo incessante nel tempo, sono divenute infine giurisprudenza maggioritaria.

Nel caso spagnolo, le opinioni dissenzienti contenute nelle SSTC 31 e 74 del 2018 rivela(va)no un'opposizione frontale al sistema dell'educazione differenziata, ritenuta da una cospicua minoranza del TC in ogni caso contraria, in punto di principio e senza "mediazioni", al modello costituzionale.

Si trattava, peraltro, di un dissenso molto marcato – sia sul piano degli argomenti, sia nei toni impiegati dai *Magistrados discrepantes* – che, a fronte del recente cambiamento nella composizione soggettiva del TC, è riuscito infine ad imporsi (quantomeno in relazione alla questione "selettiva" del finanziamento pubblico), provocando un importante *overruling* da parte del Giudice costituzionale.

In quest'ultimo senso, la questione dell'obbligo di finanziamento della *educación diferenciada* permette di riscontrare – almeno fino all'*overruling* determinato dalla STC 34/2023, del 18 aprile – un'interessante analogia tra le prospettive "espansioniste" sviluppate dalla Corte Suprema degli Stati Uniti e dal TC, da un lato, e le interpretazioni "riduttive" sostenute in modo belligerante dalle rispettive minoranze giudiziarie, dall'altro.

Si osserva(va), sul punto, un'importante apertura "spagnola" che rievoca(va) quella introdotta in precedenza dalla Corte Suprema degli Stati Uniti, essendo di fatto stato imposto l'obbligo giuridico – e non la mera facoltà, frutto della sola discrezionalità legislativa – di garantire tale tipologia di finanziamento nel caso in cui esso fosse già assicurato in precedenza alle scuole pubbliche, onde evitare lesioni ingiustificate del principio di uguaglianza⁸.

Da ultimo, è interessante notare anche una certa differenziazione nei

⁸ Secondo la prima, «a State need not subsidize private education. But once a State decides to do so, it cannot disqualify some private schools solely because they are religious» (U.S. Supreme Court, *Espinoza v. Montana Department of Revenue*, cit., p. 20); analogamente, per il secondo, «dado que las ayudas públicas previstas en el artículo 27.9 CE han de ser configuradas 'en el respeto al principio de igualdad' [...], la conclusión a la que ha de llegarse es la de que los centros de educación diferenciada podrán acceder al sistema de financiación pública en condiciones de igualdad con el resto de los centros educativos (STC 31/2018, cit., FJ4.b), p. 53576-53577).

parametri costituzionali impiegati. Nel caso statunitense, il *punctum dolens* è rappresentato dalle diverse interpretazioni (di maggioranza e minoranza) delle *Religion Clauses*, laddove in quello spagnolo il confronto è nell'intreccio tra l'*ideario educativo* dei centri scolastici (art. 27.6 CE) e il principio di eguaglianza.

Su un piano più generale, può sostenersi che, da un lato, alcune delle opinioni dissenzienti e concorrenti considerate in chiave comparata sono divenute giurisprudenza vincolante nel corso del tempo, ampliando sotto vari aspetti i confini sostanziali del diritto all'istruzione.

Si è così assistito alla migliore implementazione possibile delle opinioni giudiziarie "di minoranza", dando voce «a punti di vista e interpretazioni alternative rispetto a quelle dominanti, istituzionalizzando il conflitto, promuovendo il discorso pubblico sulla Costituzione»⁹.

Dall'altro, altre opinioni separate hanno invece rivendicato – con particolare attenzione al piano metodologico e delle regole applicabili in sede giurisdizionale¹⁰ – l'esigenza di mantenere pregresse situazioni di fatto e diritto o addirittura di ritornare "a ritroso" a tali contesti "originari", superando precedenti orientamenti giurisprudenziali ritenuti ingiustamente estensivi, quando non costituzionalmente errati.

A sua volta, l'idea che, attraverso le opinioni separate, si possa "preparare il terreno" per una estensione nel merito della tutela dei diritti fondamentali – già inaugurata attraverso l'intervento pervasivo dei giudici – poggia sulla condivisione della metodologia interpretativa del *living constitutionalism* e del corrispondente attivismo giudiziale.

È così fatta propria una concezione evolutiva della Costituzione come «organismo vivente, che affida la vitalità delle sue formule alla loro aderenza alla coscienza sociale, alla loro idoneità ad adeguarsi agli svolgimenti cui essa è sottoposta, e quindi riconosce nell'attività del giudice una funzione creativa di esplicazione e di adattamento dei principi costituzionali»¹¹.

⁹ A. DI MARTINO, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali*, cit., p. 520.

¹⁰ Attenzione molto evidente nelle sentenze della Corte Suprema degli Stati Uniti e, in tono minore, anche in quelle della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

¹¹ C. MORTATI, *Prefazione*, in C. MORTATI (a cura di), *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, cit., p. XI. In questo senso, cfr. anche U.S. Su-

Come è stato altresì osservato da *Justice Douglas*, «l'interpretazione presenta carattere tanto legislativo che giudiziario. Non si può omettere di rilevare come il legislatore ha lasciato al giudice la scelta delle tesi o teorie in competizione», soprattutto ove si consideri che «la legge è la più elevata forma di compromesso fra interessi contrastanti [...], il prodotto degli esperimenti di conciliazione fra i diversi gruppi sociali. La conciliazione non può essere compito della sola funzione legislativa. Anche quella giudiziaria vi è inevitabilmente implicata»¹².

In tale contesto, allora, l'opinione separata può assumere una dimensione ulteriore rispetto alla tradizionale (e ristretta) critica tecnico-giuridica da parte della minoranza, espandendosi nel contesto della vita politica e civile.

Ne deriva che la già ricordata filosofia della *demosprudence* trova traduzione in un simmetrico *demosprudential dissent*, il quale presta una particolare attenzione alla legittimazione e sostenibilità democratica delle scelte politico-sociali, adopera uno stile piano e comprensibile rispetto alla complessa (e specialistica) riflessione giuridica e si rivolge soprattutto ad attori esterni all'organo giurisdizionale, tra cui il Legislatore e la stessa società civile, con l'obiettivo di stimolare un dibattito il più ampio possibile sulla tematica in oggetto e che possa sfociare in parallele riforme normative¹³.

Ove, invece, si preferisca una contrapposta lettura orientata al *self-restraint* dei giudici e delle Corti costituzionali, il «ritorno al passato» attraverso il recepimento delle opinioni separate rappresenterebbe non tanto una sorta di *democratic backsliding* sul piano della tutela sostanziale dei diritti fondamentali (già riconosciuti e protetti come tali), bensì la semplice riespansione del loro «corretto» contenuto e dell'attribuzione di competenza agli organi – politici – corrispondenti¹⁴, rimuovendo un ri-

preme Court, *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), p. 484, secondo cui «specific guarantees in the Bill of Rights have penumbras, formed by emanations from those guarantees that help give them life and substance».

¹² W.O. DOUGLAS, *Il «dissent»: una salvaguardia per la democrazia*, in C. MORTATI (a cura di), *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, cit., p. 106.

¹³ Cfr. *supra*, Parte I, Cap. I, p. 12.

¹⁴ Con riferimento alla «revoca» del diritto all'aborto a livello federale, cfr. U.S. Supreme Court, *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, cit., p. 14 (slip op.): «In

conoscimento o ampliamento che non avrebbe mai dovuto essere realizzato da parte dell'autorità giudiziaria¹⁵.

Trova così applicazione la prospettiva del «costituzionalismo politico», in forza del quale «l'individuazione dei diritti fondamentali che spettano ai cittadini, del loro esatto contenuto, e del modo in cui questi diritti debbano essere coordinati con altri diritti e con altre esigenze di carattere pubblico [...] è compito che spetta al Parlamento», residuando in capo alle Corti solo il potere di «intervenire *ex post* per accertare se un diritto – così come debitamente individuato e definito in sede legislativa – sia stato violato in qualche circostanza concreta»¹⁶.

interpreting what is meant by the Fourteenth Amendment's reference to 'liberty', we must guard against the natural human tendency to confuse what that Amendment protects with our own ardent views about the liberty that Americans should enjoy. That is why the Court has long been 'reluctant' to recognize rights that are not mentioned in the Constitution».

¹⁵Citando U.S. Supreme Court, *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), pp. 221-222 (WHITE, J., dissenting), la critica sarebbe così rivolta nei confronti di un «exercise of raw judicial power [...] an improvident and extravagant exercise of the power of judicial review that the Constitution extends to this Court». In termini analoghi, con parole di ARAGÓN REYES nel *voto particular concurrente* alla STC 198/2012 (che ha ritenuto conforme a Costituzione la legalizzazione del matrimonio tra persone dello stesso sesso in Spagna, realizzata con *Ley 13/2005, de 1 de julio*), «la Constitución no es una hoja en blanco que pueda reescribir el legislador a su capricho, y ha de añadirse que tampoco es una hoja en blanco que pueda reescribir, sin límites, su supremo intérprete».

¹⁶G. PINO, *Chi deve essere il custode dei diritti? Sul costituzionalismo politico e i suoi limiti*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 1, 2022, pp. 4-5. Per U.S. Supreme Court, *Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists*, 476 U.S. 747 (1986), p. 787 (WHITE, J., dissenting), «decisions that find in the Constitution principles or values that cannot fairly be read into that document usurp the people's authority, for such decisions represent choices that the people have never made, and that they cannot disavow through corrective legislation». *Contra*, R. BIN, *Diritti: cioè? Dietro i diritti, oltre le corti*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 1, 2022, p. 113, secondo cui «lasciare i diritti alla disponibilità del circuito politico è quantomeno il frutto di un errore di prospettiva storica: i diritti sono nati come rivendicazione nei confronti del potere politico; il loro riconoscimento deve bilanciare il sacrificio in termini di libertà che la stessa presenza di un potere pubblico impone a tutti noi: i diritti sono stati riconosciuti come scambio, prezzo dell'accettazione del potere». Come già affermato da U.S. Supreme Court, *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943), p. 638, «the very purpose of a Bill of Rights was to withdraw certain subjects from the vicissitudes of po-

In tale orizzonte, l'opinione separata rivela un'interessante utilità, forse rimasta un po' nascosta nelle tradizionali ricostruzioni sulla natura di tale istituto e che ben può cogliersi percorrendo il *fil rouge* che lega tra loro l'interpretazione della Costituzione ed il principio di separazione dei poteri.

Accogliendo una lettura "determinista" della Carta costituzionale, «intesa quale insieme di precetti definiti una volta per sempre, di cui il giudice dichiara il significato, facendone applicazione ai casi concreti, in via logico-deduttiva»¹⁷, l'opinione dissenziente potrebbe essere un valido strumento per evidenziare la necessità di preservare una netta distinzione tra interpretazione giurisdizionale e discrezionalità del Legislatore¹⁸.

Pertanto, nell'ambito dei confini costituzionali solo al potere legislativo (ordinario)¹⁹ spetta l'ultima parola sull'adozione normativa o meno di determinate decisioni politiche, non dovendo quello giudiziario invadere in modo indebito il campo discrezionale riservato al primo²⁰.

litical controversy, to place them beyond the reach of majorities and officials, and to establish them as legal principles to be applied by the courts. One's right to life, liberty, and property, to free speech, a free press, freedom of worship and assembly, and other fundamental rights may not be submitted to vote; they depend on the outcome of no elections».

¹⁷ C. MORTATI, *Prefazione*, in C. MORTATI (a cura di), *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, cit., p. XI.

¹⁸ Come ha dichiarato (provocatoriamente) C. GEARTY, *The politics of abortion*, in *Journal of Law and Society*, 19(4), 1992, p. 453, «there are no 'human rights' other than those that are won through political struggle and determined campaigning. Lawyers are not politicians. Judges can occasionally deliver short cuts on the way to freedom, but such advances are always contingent on political consolidation».

¹⁹ Per alcuni, addirittura solo a quello costituzionale: in questo senso, cfr. A. RUGGERI, *La giustizia costituzionale in navigazione verso l'ignoto*, in *Rivista di Diritti comparati*, 2, 2022, pp. 562-563, il quale allude a «leggi di forma costituzionale: gli strumenti elettivi al fine di dare appunto il riconoscimento (in senso proprio) dei nuovi diritti, facendosi dunque luogo a quell'aggiornamento che avrebbe messo la nostra Carta al passo di quelle venute successivamente alla luce, senza perciò che la *prima ed essenziale* disciplina in parola venisse demandata alla legge comune o, addirittura, lasciata del tutto scoperta».

²⁰ In questo senso, «the place to make new legislation [...] lies in Congress. When it comes to statutory interpretation, our role is limited to applying the law's demands as

Di conseguenza, per un verso le riflessioni tecnico-giuridiche argomentate dal giudice rimasto in minoranza «si mostrerebbe[ro] assai util[i] nell'ipotesi di un eventuale riesame di certe disposizioni, oltre a segnalare con immediatezza gli ambiti particolarmente controversi ovvero le sfere dove maggiori sono il disagio e la conflittualità sociali»²¹.

Il giudice dissenziente diventerebbe così una sorta di sentinella di un conflitto giuridico più o meno latente, rispetto al quale il potere legislativo non potrebbe disinteressarsi, tanto in relazione alle ricadute sulla sua attività di normazione, quanto alla luce del fatto che la stessa *questio iuris* ed il prodotto normativo potrebbero tornare ad essere oggetto di un ulteriore sindacato costituzionale.

Per l'altro, non è irrazionale immaginare che l'utilizzo di tale opinione (*sub specie*, concorrente) si possa inserire in un contesto volto a garantire una determinata preservazione – e separazione, anche netta – degli equilibri tra i poteri considerati, sia con l'obiettivo di evitare sconfinamenti nel delicato terreno dell'attivismo giudiziale²², sia sollecitando il Legisla-

faithfully as we can in the cases that come before us» (U.S. Supreme Court, *Bostock v. Clayton County*, cit., p. 31 (slip op.)). Per citare alcuni casi specifici, cfr. U.S. Supreme Court, *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, cit., KAVANAUGH, J., concurring, p. 2 e 3 (slip op.): «The issue before this Court, however, is not the policy or morality of abortion. The issue before this Court is what the Constitution says about abortion. The Constitution does not take sides on the issue of abortion. The text of the Constitution does not refer to or encompass abortion [...] The Court's decision today does not outlaw abortion throughout the United States. On the contrary, the Court's decision properly leaves the question of abortion for the people and their elected representatives in the democratic process. Through that democratic process, the people and their representatives may decide to allow or limit abortion» e U.S. Supreme Court, *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015), SCALIA, J., dissenting, p. 2 (slip op.): «it is not of special importance to me what the law says about marriage. It is of overwhelming importance, however, who it is that rules me».

²¹ E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 77.

²² In questo senso, «quando i ruoli [tra la Corte e gli organi della direzione politica] tendono a confondersi o, puramente e semplicemente, diventano perfettamente intercambiabili [...] si smarrisce quel principio della separazione dei poteri che, unitamente al riconoscimento dei diritti fondamentali, è l'autentico cuore pulsante della costituzione materiale di un ordinamento di tradizioni liberali, secondo l'icastica definizione che della Costituzione si dà nel famosissimo art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789 (A. RUGGERI, *La giustizia costituzionale in navigazione verso l'ignoto*, cit., p. 566).

tore a mettere da parte la propria ignavia ed insipienza, onde non “costringere” più il giudice ad operare, ad ogni costo, quale organo risolutore dei conflitti politici²³.

Inoltre, da una parte l’opinione dissenziente potrebbe rappresentare, a fronte di una decisione di rigetto nel merito della questione di costituzionalità, un “invito” della minoranza a superare una determinata giurisprudenza in una certa materia (ritenuta erronea o non più attuale e funzionante rispetto alle contingenze storico-normative), fornendo argomenti di spessore per una possibile revisione legislativa²⁴.

Dall’altra, anche nell’ipotesi di decisioni di accoglimento, «il legislatore [potrebbe] desumere dagli orientamenti minoritari spunti utilizzabili per la redazione delle norme da sostituire a quelle dichiarate incostituzionali»²⁵, senza che ciò vada ad inficiare la regola della separazione dei poteri.

La questione di fondo può essere analizzata anche in relazione alla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, laddove le opinioni dissenzienti e concorrenti in materia educativa possono essere lette, secondo le lenti sopra applicate, facendo uso del parametro dottrinale del già evocato *Strasbourg dilemma*.

In questo senso, anche la Corte di Strasburgo si trova costantemente a dover fronteggiare un interrogativo spinoso, relativo all’intersezione tra la

²³ Ampiamente sul tema, anche in prospettiva comparata, può vedersi C. DRIGO, *Le Corti costituzionali tra politica e giurisdizione*, BUP, Bologna, 2017 e ID., *Giustizia costituzionale e political question doctrine. Paradigma statunitense e spunti comparatistici*, BUP, Bologna, 2012.

²⁴ Il richiamo è alla *workability* del principio di diritto in discussione, enunciato in U.S. Supreme Court, *Janus v. American Federation of State, County and Municipal Employees (AFSCME)*, cit., p. 34 (slip op.), quale parametro per il superamento di un proprio precedente da parte della stessa Corte Suprema. A titolo di esempio, con riferimento alla necessità di rivedere il precedente di U.S. Supreme Court, *Employment Division v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990) – in materia di eccezioni legittime al diritto di libertà religiosa, in presenza di «neutral laws of general applicability» – cfr. U.S. Supreme Court, *Fulton v. City of Philadelphia*, 593 U.S. ____ (2021), ALITO, J., concurring, p. 3 (slip op.): «We may hope that legislators and others with rule-making authority will not go as far as *Smith* allows, but the present case shows that the dangers posed by *Smith* are not hypothetical».

²⁵ D. TEGA, *La Corte costituzionale allo specchio del dibattito sull’opinione dissenziente*, in *Quad. cost.*, 1, 2020, p. 99.

sua funzione “sostanziale”, ovvero sia la tutela dei diritti fondamentali garantiti dalla CEDU e le modalità “procedurali” che devono orientarne le decisioni.

Deve allora prevalere la prima dimensione – essendo compito del giudice convenzionale tutelare e riconoscere, in modo espansivo e *whatever it takes*, i diritti fondamentali dell’uomo, oltre le “strette” imposte dal margine di apprezzamento e dalla deferenza per le decisioni statali²⁶ – oppure è preferibile la seconda alternativa, preservando una netta separazione di poteri e ruoli che non può mai essere “sacrificata” nemmeno in nome della buona fede sottesa alla tutela dei diritti e che potrebbe lasciare tale protezione “in sospeso”?²⁷.

Si tratta di una questione complessa che ciclicamente si è riproposta nelle fattispecie analizzate e che rievoca, a livello sovranazionale (seppure con parametri diversi rispetto a quelli nazionali), la disamina relativa alle competenze delle Corti costituzionali e/o Supreme a fronte di un sempre maggiore “interventismo” nell’allargamento della tutela giurisdizionale – se non addirittura nel riconoscimento *ex novo* – di diritti e libertà considerate fondamentali²⁸.

²⁶ Come affermato in ECHR, *Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpănu v. Romania*, 17 July 2014, concurring opinion of Judge PINTO DE ALBUQUERQUE, § 14, secondo cui le pronunce della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo devono rifuggire «a fallacious over-simplification of the factual and legal problems raised by the case and resist the easy temptation of convenient omissions». Lo stesso P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *Is the ECHR facing an existential crisis?* (Mansfield Collee, Oxford, 28 aprile 2017), p. 11, disponibile in https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/pinto_opening_presentation_2017.pdf, ha ribadito l’argomentazione, affermando che «since its early days, the Court has always sought for a purposeful (*pro persona*), objective, open-ended (to international law and subsequent practice of CP), autonomous, evolutive, effective (*effet utile*) and consensual Convention interpretation. The Court’s golden rule of interpretation rejects a formalistic, subjective, self-contained, literal, originalist, *in dubio mitius* and sovereigntist Convention interpretation».

²⁷ Cfr. G. LETSAS, *Judge Rozakis’s Separate Opinions and the Strasbourg Dilemma*, cit., pp. 313-314.

²⁸ Con parole del Presidente emerito della Corte costituzionale italiana Mario Rosario Morelli nella conferenza stampa successiva al suo insediamento (16 settembre 2020, disponibile in *Conferenza stampa del nuovo Presidente della Corte costituzionale Mario Rosario Morelli (16.09.2020) (radioradicale.it)*, min. 16.08), «i diritti fondamentali non

In conclusione, valga ricordare l'affermazione secondo cui «the right to dissent is the essence of democracy, the will to dissent is an effective safeguard against judicial lethargy, the effect of a dissent is the essence of progress»²⁹.

Le opinioni separate analizzate presentano tutte le caratteristiche indicate, dall'esigenza costante di favorire il confronto tra posizioni contrapposte³⁰ all'interpretazione del ruolo del potere giudiziario nel complessivo quadro istituzionale; dall'estensione del contenuto dei diritti fondamentali (in questo caso, del diritto all'istruzione) all'esigenza di equilibrare bene la garanzia di tali libertà "sostanziali" rispetto al principio – altrettanto fondamentale – della separazione dei poteri.

L'incertezza costante degli sviluppi "di merito" del diritto all'istruzione è quindi intrinsecamente connaturata ai contenuti delle eventuali opinioni separate ed alla loro vitalità (e mutevolezza) nelle diverse interpretazioni della giurisprudenza e nel terreno delle riforme legislative.

In questo senso, ben poco possiamo anticipare rispetto al futuro, se

sono solo quelli [...] elencati ma tutti quelli che emergono o emergeranno dalla coscienza sociale [...] C'è una classe di diritti [...] che non nascono dall'alto ma nascono dal basso, cioè sono richiesti dalla coscienza sociale». *Contra*, N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, cit., p. 95, nota 6. In quest'ultimo senso si è espresso anche il Giudice del TC spagnolo ARNALDO ALCUBILLA nell'opinione dissenziente alla STC 19/2023, de 22 de marzo, che ha riconosciuto un diritto fondamentale all'autodeterminazione in materia di eutanasia: «un derecho fundamental es un derecho creado por la Constitución (un derecho constitucional, pues) y vinculante por ello para todo poder público, incluido, en primer lugar, el poder legislativo. Es decir, un derecho fundamental es aquel que, por su definición en la Constitución, norma suprema del ordenamiento jurídico, se impone incluso (y muy destacadamente) al legislador».

²⁹ J.W. CARTER, *Dissenting Opinions*, in *Hastings Law Journal*, 4, 1953, p. 118.

³⁰ Configurandosi quale «valvola di sfogo del sistema, tramite le quali le culture soccombenti nel confronto dialettico possono fare sentire la propria voce e riaffermare la propria identità, e dall'altro elemento di trasparenza, tramite il quale il cittadino può comprendere il percorso che ha portato ad una decisione» (P. BILANCIA, *Prefazione*, in P. PINTO DE ALBUQUERQUE, D. GALLIANI, *I diritti umani in una prospettiva europea*, cit., p. XIV).

non prendere atto dei cambiamenti già intervenuti e delle “tendenze” che certe voci (per ora) minoritarie sembrano rivelare in relazione a possibili mutamenti giurisprudenziali e normativi.

*We'll know it when we'll see it*³¹.

³¹ Il riferimento è al celebre passaggio di U.S. Supreme Court, *Jacobellis v. Ohio*, 378 U.S. 184 (1964), p. 197 (Mr. Justice STEWART, concurring), in ordine alla definizione giuridica del criterio di oscenità, con la conseguente protezione o meno – ai sensi del Primo Emendamento – dei prodotti così caratterizzati: «I shall not today attempt further to define the kinds of material I understand to be embraced within that shorthand description [‘hard-core pornography’], and perhaps I could never succeed in intelligibly doing so. But I know it when I see it».

BIBLIOGRAFIA

- First Amendment – Free Exercise Clause – Government Aid to Religious Schools – Espinoza v. Montana Department of Revenue*, in *Harvard Law Review*, 134, 2020, p. 470 ss.
- La lengua de enseñanza en la legislación de Cataluña*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1994.
- Note: from consensus to collegiality: the origins of the “respectful” dissent*, in *Harvard Law Review*, 124, 2011, p. 1305 ss.
- Note. Getting Back to Basics: Recognizing and Understanding the Swing Voter on the Supreme Court of the United States*, in *Minnesota Law Review*, 101, 2017, p. 1247 ss.
- AA.VV., *El principio de igualdad en la Constitución española*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- ACETO DI CAPRIGLIA S., *Sintagma “laicità” e polisemia del crocifisso. Analisi comparata degli orditi normativi eurolunitari e di common law*, in *Federalismi.it*, 30, 2022.
- AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA I., *Reflexiones jurídicas sobre la oficialidad y el deber de conocimiento de las lenguas*, in S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (a cura di), *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. II, Civitas, Madrid, 1991, p. 678 ss.
- AGUIAR L., *El Tribunal de Garantías de la II República: una reflexión*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 8, 1983, p. 289 ss.
- ALÁEZ CORRAL B., *El ideario educativo constitucional como fundamento de la exclusión de la educación diferenciada por razón de sexo de la financiación pública*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 86, 2009, p. 31 ss.
- ALÁEZ CORRAL B., *El ideario educativo constitucional como límite a las libertades educativas*, in *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 17, 2011, p. 91 ss.
- ALBERTÍ ROVIRA E., *El régimen lingüístico de la enseñanza (Comentario a la STC*

- 337/1994, de 23 de diciembre), in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 44, 1995, p. 247 ss.
- ALBORS-LLORENS A., *Securing Trust in the Court of Justice of the EU: The Influence of the Advocates General*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 14, 2011-2012, p. 509 ss.
- ALICINO F., *L'accomodamento ragionevole e l'equità della laicità italiana. L'esposizione del crocifisso alla luce dell'insegnamento che proviene dalla comparazione*, in *DPCE*, 1, 2022, p. 53 ss.
- ALONSO DE ANTONIO A.L., *La cuestión lingüística en la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de autonomía de Cataluña*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 27, 2011, p. 449 ss.
- ÁLVAREZ CONDE E., TUR AUSINA R., *El Estatuto de Cataluña a través de los votos particulares a la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 27, 2011, p. 315 ss.
- ÁLVAREZ ORTEGA M., *El castellano en las aulas catalanas: claves de una incómoda recurrencia*, in *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, 169, 2015, p. 267 ss.
- AMANN D.M., *Justice Stevens' Equal Protection Jurisprudence Source*, in *Harvard Law Review*, 100(5), 1987, 1146 ss.
- AMANN D.M., *John Paul Stevens and Equally Impartial Government*, in *University of California, Davis*, 43, 2010, p. 885 ss.
- AMAR V.D., CAMINKER E., *Constitutional Sunsetting? Justice O'Connor's closing comments in Grutter*, in *Hastings Constitutional Law Quarterly*, 30(4), 2003, p. 541 ss.
- ANAND R.P., *The role of individual and dissenting opinions in international adjudication*, in *International & Comparative Law Quarterly*, 14, 1965, p. 788 ss.
- ANNICCHINO P., *Introduzione*, in P. ANNICCHINO (a cura di), *La Corte Roberts e la tutela della libertà religiosa negli Stati Uniti d'America*, European University Institute, Firenze, 2017, p. 1 ss.
- ANZON A., *La motivazione delle decisioni della Corte Suprema statunitense (struttura e stile)*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1994, p. 51 ss.
- ANZON A., *Forma delle sentenze e voti particolari. Le esperienze di giudici costituzionali e internazionali a confronto*, in A. ANZON (a cura di), *L'opinione dissenziente. Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 5 e 6 novembre 1993*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 167 ss.
- ARANGIO-RUIZ G., MARGHERITA L., TAU ARANGIO-RUIZ E., *Soggettività nel diritto internazionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XIV, UTET, Torino, 1999, p. 299 ss.

- ARAVANTINO G., *The day filibuster died. Le modifiche del regolamento del Senato statunitense e il secondo mandato Obama*, in *Nomos*, 3, 2013.
- ARCONZO G., *I diritti delle persone con disabilità. Profili costituzionali*, FrancoAngeli, Milano, 2020.
- ARMSTRONG S., WOODWARD B., *The Brethren. Inside the Supreme Court*, Simon and Schuster, New York, 1979.
- ARNARDOTTIR O.M., *Equality and Non-Discrimination Under the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague-London-New York, 2002.
- ARREBOLA C., MAURICIO A.J., JIMÉNEZ PORTILLA H., *An Economic Analysis of the Influence of the Advocate General on the Court of Justice of the European Union*, in *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 5, 2016, p. 82 ss.
- ARZOZ SANTISTEBAN X., *La cita de jurisprudencia constitucional comparada por el Tribunal Constitucional español*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 125, 2022, 13 ss.
- ASPRELLA C., *L'opinione dissenziente del giudice*, Aracne, Roma, 2012.
- AUSTIN J.M., *The Law of Citations and Seriatim Opinions: Were the Ancient Romans and the early Supreme Court on the Right Track?*, in *Northern Illinois University Law Review*, 31, 2010, p. 19 ss.
- AZIZI J., *Unveiling the EU Courts' Internal Decision-Making Process: A Case for Dissenting Opinions?*, in *ERA Forum*, 12, 2011, p. 49 ss.
- BAER J.A., *Sexual Equality and the Burger Court*, in *The Western Political Quarterly*, 31(4), 1978, p. 470 ss.
- BÁEZ SERRANO R., *Hacia la consolidación de la constitucionalidad de la educación diferenciada. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2018*, in *Revista de Derecho Político*, 105, 2019, p. 251 ss.
- BAIER P.R., *Of Bakke's Balance, Gratz and Grutter: The Voice of Justice Powell*, in *Tulane Law Review*, 78, 2004, p. 1955 ss.
- BADER GINSBURG R., *The Role of Dissenting Opinions*, in *Minnesota Law Review*, 95, 2010, p. 1 ss.
- BALAGUER CALLEJÓN F. (a cura di), *Derecho constitucional*, vol. I, Tecnos, Madrid, 2019.
- BALAGUER CALLEJÓN M.L., *Mujer y Constitución: la construcción jurídica del género*, Cátedra, Madrid, 2005.
- BALAGUER CALLEJÓN M.L., *Igualdad y Constitución española*, Tecnos, Madrid, 2010.
- BALDASSARRE S., *Gli accomodamenti ragionevoli come possibili soluzioni pragmatiche alle nuove sfide del pluralismo religioso*, in A. NEGRI, G. RAGONE, M.

- TOSCANO, L.P. VANONI (a cura di), *I simboli religiosi nella società contemporanea*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 297 ss.
- BALDINI V. (a cura di), *Cos'è un diritto fondamentale? Atti del Convegno annuale di Cassino, 10-11 giugno 2016*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017.
- BARBERA A., *Articolo 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli-Foro Italiano, Bologna-Roma, 1975, p. 50 ss.
- BARCIA LAGO M., *Soberanía nacional y lengua. Constitución española y cooficialidad lingüística*, Dykinson, Madrid, 2021.
- BARNES M.L., CHEMERINSKY E., ONWUACHI-WILLIG A., *Judging Opportunity Lost: Assessing the Viability of Race-Based Affirmative Action After Fisher v. University of Texas*, in *UCLA Law Review*, 62, 2015, p. 272 ss.
- BARNÉS VÁZQUEZ J., *La educación en la Constitución de 1978 (Una reflexión conciliadora)*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 12, 1984, p. 23 ss.
- BARNHART B., SCHLICKMAN G., *John Paul Stevens. An independent life*, Northern Illinois University Press, DeKalb, 2010.
- BARTELS B.L., *The Sources and Consequences of Polarization in the U.S. Supreme Court*, in J.A. THURBER, A. YOSHINAKA, *American Gridlock: The Sources, Character, and Impact of Political Polarization*, Cambridge University Press, New York, 2015, p. 171 ss.
- BARTH A., *Prophets with Honor: Great Dissents and Great Dissenters in the Supreme Court*, Knopf, New York, 1974.
- BARTOLI R., *I rapporti tra costituzionalismo europeo e costituzionalismo nazionale*, in *Sistema Penale*, 14 aprile 2022.
- BASS J., *Unlikely Heroes: The Dramatic Story of the Southern Judges of the Fifth Circuit who Translated the Supreme Court's Brown Decision Into a Revolution for Equality*, Simon & Schuster, New York, 1981.
- BASSOLS COMA M., *El Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010.
- BELGIORNO DE STEFANO M.G., *Il crocifisso "salvato" dalla Corte europea dei diritti umani*, in M. TEDESCHI (a cura di), *Scritti in onore di Franco Bolognini*, Luigi Pellegrini editore, Cosenza, 2011, p. 55 ss.
- BERG T.C., LAYCOCK D., *The Mistakes in Locke v. Davey and the Future of State Payments for Services Provided by Religious Institutions*, in *Tulsa Law Review*, 40, 2013, p. 227 ss.
- BERNINI L., *Maschio e Femmina Dio li creò!? Il sabotaggio transmodernista del binarismo sessuale*, Il Dito e la Luna, Milano, 2010.
- BERNSTEIN D.E., *Lochner v. New York: A Centennial Retrospective*, in *Washington University Law Quarterly*, 85(5), 2005, p. 1469 ss.

- BERNSTEIN D.E., *Classified: The Untold Story of Racial Classification in America*, Bombardier Books, New York, 2022.
- BICKEL A., *The Morality of Consent*, Yale University Press, New Haven, 1975.
- BILANCIA P., *Prefazione*, in P. PINTO DE ALBUQUERQUE (autore), D. GALLIANI (a cura di), *I diritti umani in una prospettiva europea. Opinioni concorrenti e dissenzienti (2011-2015)*, Giappichelli, Torino, 2016, p. XI ss.
- BIN R., *Art. 14 – Divieto di discriminazione*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, CEDAM, Padova, 2001, p. 409 ss.
- BIN R., *Diritti: cioè? Dietro i diritti, oltre le corti*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 1, 2022, p. 113 ss.
- BIN R., BRUNELLI G., PUGIOTTO A., VERONESI P. (a cura di), *La laicità crocifissa? Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici*, Giappichelli, Torino, 2004.
- BINDAS M., *The Status of Use-Based Exclusions & Educational Choice After Espinoza*, in *The Federalist Society Review*, 21, 2020, p. 204 ss.
- BINDAS M., *Using My Religion: Carson v. Makin and the Status/Use (Non)Distinction*, in *Cato Supreme Court Review*, 2021-2022, p. 163 ss.
- BLACK D.W., *The fundamental right to education*, in *Notre Dame Law Review*, 94(3), 2019, p. 1059 ss.
- BLACKMAN J., *SCOTUS after Scalia*, in *New York University Journal of Law & Liberty*, 11(1), 2017, p. 78 ss.
- BLACKMAN J., *Judicial Courage*, in *Texas Review of Law & Politics*, 26, 2022, p. 355 ss.
- BLACKMAN J., *Forget Carson! Remember the Maine Human Rights Act*, in *The Volokh Conspiracy*, 2nd July 2022.
- BLACKMAN J., *Farewell to Footnote 3 of Trinity Lutheran*, in *The Volokh Conspiracy*, 7th July 2022.
- BLACKMAN J., *Review of Oral Argument in Students for Fair Admission v. University of North Carolina*, in *The Volokh Conspiracy*, 1st November 2022.
- BLANCO VALDÉS R., *Políticas lingüísticas y construcción nacional: el laboratorio español*, in *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 17, 2013, p. 475 ss.
- BOGNETTI G., *Il pensiero filosofico giuridico nord-americano del XX secolo. I fondatori: Holmes, Pound, Cardozo*, Istituto editoriale cisalpino, Milano, 1958.
- BORGSMTIDT K., *The Advocate General at the European Court of Justice: a Comparative Study*, in *European Law Review* 106 (1988).

- BOTTONI R., *Il principio di laicità in Turchia. Profili storico-giuridici*, Vita e Pensiero, Milano, 2012.
- BOWSER D.K., *Cracking the Code of United States v. Virginia*, in *Duke Law Journal*, 48(2), 1998, p. 305 ss.
- BRAGE CAMAZANO J., *La no renovación de contrato a los profesores de religión en las escuelas públicas por falta de idoneidad canónica (autonomía de las iglesias y aconfesionalidad del Estado vs. derechos fundamentales del trabajador)*. Comentario a las SSTC 38/2007 y 128/2007, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 20, 2007, p. 633 ss.
- BREMS E. (a cura di), *The experiences of face veil wearers in Europe and the law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.
- BRENNAN W.J., *In defense of dissents*, in *Hastings Law Journal*, 37, 1985, p. 427 ss.
- BREYER S., *Active Liberty. Interpreting our democratic Constitution*, Knopf, New York, 2005.
- BROWN E., *Black like me? "Gangsta" culture, Clarence Thomas and afrocentric academies*, in *New York University Law Review*, 745, 2000, p. 308 ss.
- BROWN J.O., PARMET W.E., O'CONNELL M.E., *The Rugged Feminism Of Sandra Day O'Connor*, in *Indiana Law Journal*, 32, 1999, p. 1219 ss.
- BROWN-NAGIN T., *The transformative racial politics of Justice Thomas? The Grutter v. Bollinger opinion*, in *Journal of Constitutional Law*, 7(3), 2005, p. 787 ss.
- BRUINSMA F.J., *The Room at the Top: Separate Opinions in the Grand Chambers of the ECHR (1998-2006)*, in *Ancilla Iuris*, 2008, p. 32 ss.
- CAHN S.M., *Affirmative Action and the University. A Philosophical Inquiry*, Temple University Press, Philadelphia, 1993.
- CALABRESI S.G., PERL M.W., *Originalism and Brown v. Board of Education*, in *Michigan State Law Review*, 2015
- CALAMANDREI P., *Discorso pronunciato al III Congresso dell'Associazione a difesa della scuola nazionale (ADSN)*, Roma 11 febbraio 1950, in *Scuola democratica*, IV supplemento al n. 2 del 20 marzo 1950.
- CALLAHAN G.N., *Between XX and XY. Intersexuality and myth of two sexes*, Chicago Review Press, Chicago, 2009.
- CALVO CHARRO M., *Los colegios diferenciados por sexo en Estados Unidos: constitucionalidad y actualidad de una tendencia imparable*, in *Revista de Derecho Político*, 86, 2013, p. 159 ss.
- CÁMARA VILLAR G., *Votos particulares y derechos fundamentales en la práctica del Tribunal Constitucional español (1981-1991)*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.

- CÁMARA VILLAR G., *Constitución y Educación (Los derechos y libertades del ámbito educativo a los veinte años de vigencia de la Constitución Española de 1978)*, in G. TRUJILLO, L. LÓPEZ GUERRA, P. GONZÁLEZ-TREVIJANO (a cura di), *La experiencia constitucional, 1978-2000*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 265 ss.
- CAMERLENGO Q., *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, Giuffrè, Milano, 2007.
- CAMONI D., *L'opinione dissenziente nelle Corti costituzionali: un formante giurisprudenziale con influenza sul procedimento legislativo?*, in *DPCE online*, numero speciale, 2022, p. 10 ss.
- CAMPBELL BLACK H., *Black's Law Dictionary*, 4^a ed., West Pub. Co., St. Paul, 1968.
- CANDIA G., *Interpretation of Regional Human Rights Conventions and Originalism: Different Context, Same Myths*, in *DPCE online*, 3, 2017, p. 597 ss.
- CANELLOS P.S., *The Great Dissenter: The Story of John Marshall Harlan, America's Judicial Hero*, Simon & Schuster, New York, 2021.
- CAPETA T., *Advocate General: Bringing Clarity to CJEU Decisions: A Case-Study of Mangold and Kucukdeveci*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 14, 2011-2012, p. 563 ss.
- CARACCIO A., GIANFREDA A., *Libertà di coscienza e diritto di dispensa dall'insegnamento religioso nel sistema scolastico norvegese: il caso Folgerø e altri c. Norvegia*, in R. MAZZOLA (a cura di), *Diritto e religione in Europa. Rapporto sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di libertà religiosa*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 147 ss.
- CARAVITA B. (a cura di), *La giustizia costituzionale in trasformazione: la Corte costituzionale tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti*, Jovene, Napoli, 2012.
- CÁRDENAS CORDÓN A., SALAZAR BENÍTEZ O., *La interpretación y aplicación del Derecho en clave de igualdad de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- CARDIA C., *Voci in dialogo: organizzazioni, istituzioni di tendenza religiose e diritti delle parti. Prima voce*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1, 2013, p. 203 ss.
- CARDONE A., DONATI F., GRISOLIA M.C., TARLI BARBIERI G. (a cura di), *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio. Lectio magistralis di Paolo Caretti*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2016.
- CARMONA CUENCA E., *El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, in *Revista de Estudios Políticos*, 84, 1994, p. 265 ss.
- CARTER J.W., *Dissenting Opinions*, in *Hastings Law Journal*, 4, 1953, p. 118 ss.

- CARTER S.L., *Parents, Religion, and Schools: Reflections on Pierce, 70 Years Later*, in *Seton Hall Law Review*, 27, 1997, p. 1194 ss.
- CASCAJO CASTRO J.L., *La figura del voto particular en la jurisdicción constitucional española*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 17, 1986, p. 171 ss.
- CASTELLÀ ANDREU J.M., *Tribunal Constitucional y proceso secesionista catalán: respuestas jurídico-constitucionales a un conflicto político-constitucional*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 37, 2016, p. 561 ss.
- CENTENERA SÁNCHEZ-SECO F., *Educación diferenciada y conciertos educativos: algunas consideraciones a partir de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años*, in *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXX, 2014, p. 767 ss.
- CHAMBERS D.L., CLYDESDALE T.T., KIDDER W.C., LEMPERT R.O., *The Real Impact of Eliminating Affirmative Action in American Law Schools: An Empirical Critique of Richard Sander's Study*, in *Stanford Law Review*, 57(6), 2005, p. 1855 ss.
- CHAYES A., *The role of the judge in public law litigation*, in *Harvard Law Review*, 89(7), 1976, p. 1281 ss.
- CHEMERINSKY E., *A Fixture On A Changing Court: Justice Stevens And The Establishment Clause*, in *Northwestern University Law Review*, 106(2), 2012, p. 587 ss.
- CHEMERINSKY E., GILLMAN H., *Free speech on campus*, Yale University Press, New Haven-London, 2017.
- CHIEREGATO E., *I rapporti tra la Corte europea dei diritti dell'uomo e le corti nazionali: l'applicazione della dottrina del margine di apprezzamento come occasione mancata di dialogo nel caso Lautsi c. Italia*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico e Comunitario*, 2, 2013, p. 401 ss.
- CLEGHORN A.S., *Justice Harry A. Blackmun: A Retrospective Consideration of the Justice's Role in the Emancipation of Women*, in *Seton Hall Law Review*, 25, 1995, p. 1176 ss.
- CLEMENT-WILZ L., *La fonction de l'Avocat general près la Cour de Justice*, Bruylant, Bruxelles, 2011.
- CLEMENT-WILZ L., *The Advocate General: A Key Actor of the Court of Justice of the European Union*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 14, 2011-2012, p. 587 ss.
- COLAIANNI N., *Dal "crocifisso di Stato" al "crocifisso di classe" (nota a margine di Cass., SS. UU., 9 settembre 2021, n. 24414)*, in *www.statoechiese.it*, 17, 2021, p. 17 ss.
- COLAIANNI N., *Voci in dialogo: organizzazioni, istituzioni di tendenza religiose e*

- diritti delle parti. Seconda voce*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1, 2013, p. 215 ss.
- CONSTANTINESCO L.-J., *Il metodo comparativo*, Giappichelli, Torino, 2000.
- CONSTANTINESCO L.-J., *La scienza dei diritti comparati*, Giappichelli, Torino, 2003.
- CONTRERAS CASADO, J.R. MONTERO, *Una Constitución frágil: revisionismo y reforma constitucional en la Segunda República española*, in *Revista de Derecho Político*, 12, 1981-1982, p. 23 ss.
- CONTRERAS MAZARÍO J.M., *Valores educativos, ideario constitucional y derecho de los padres: la cuestión del «pin o censura parental»*, in *Revista de Derecho Político*, 110, 2021, p. 79 ss.
- CORCORAN C., *Single-sex education after VMI. Equal protection and East Harlem's Young Women's Leadership School*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 145, 1997, p. 987 ss.
- CORTESE F., *Dialogando con Weiler: il crocifisso e gli "imbarazzi" del giurista*, in *Quad. cost.*, 4, 2010, p. 877 ss.
- COSTA J.P., *Les opinions séparées des juges: est-ce une bonne institution dans une juridiction internationale?*, in S. KATUOKA (a cura di), *Law in the Changing Europe. Liber Amicorum Pranas Kūris*, Mykolo Romerio universiteto Lei-dybos centras, Vilnius, 2008.
- COTINO HUESO L., *El derecho a la educación como derecho fundamental. Especial atención a su dimensión social prestacional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.
- CRESPI S., *Articolo 8*, in C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, P. IANNUCELLI (a cura di), *Le regole del processo dinanzi al giudice dell'Unione europea*, Editoriale scientifica, Napoli, 2017, p. 38 ss.
- CRIVELLI E., *L'opinione dissenziente nella prassi della Corte di Strasburgo*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2016, p. 673 ss.
- CRUZ VILLALÓN P., *Dos modos de regulación del control de constitucionalidad: Checoslovaquia (1920-1938) y España (1931-1936)*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 5, 1982, p. 115 ss.
- D'ALOIA A., *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, CEDAM, Padova, 2002.
- D'AMICO M., *The legacy of Ruth Bader Ginsburg*, in *Rivista AIC*, 4, 2021, p. 136 ss.
- DARMON M., *La fonction d'Avocat general à la Cour de justice des Communautés européennes*, in AA.VV., *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs? Melanges a l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, Paris, 1996, p. 75 ss.

- DAVIS S., *Justice Rehnquist's Equal Protection Clause: An interim analysis*, in *Nebraska Law Review*, 63, 1984, p. 288 ss.
- DE CARRERAS F., *Fundamento de la política lingüística del nacionalismo catalán*, in *Cuadernos de Alzate*, 20, 1999, p. 85 ss.
- DE CARRERAS F., DOMINGO J., *La aplicación de la Ley catalana de política lingüística: su control judicial*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 12-13, 2003, p. 63 ss.
- DELCHIN S.A., *United States v. Virginia and Our Evolving "Constitution". Playing Peek-A-Boo with the Standard of Scrutiny for Sex-Based Classifications*, in *Case Western Reserve Law Review*, 47, 1997, p. 1121 ss.
- DELLA MALVA M., *Prima dell'«addensarsi della bufera». Quattro interventi del Tribunale costituzionale spagnolo per riflettere sui diritti linguistici dei catalanofoni (o meglio dei castiglianofoni) nella CA catalana*, in *Osservatorio costituzionale*, 1, 2018.
- DE LOS MOZOS TOUYA I., *Educación en libertad y concierto escolar*, Montecorvo, Madrid, 1995.
- DE MIGUEL BÁRCENA J., *Neutralidad y Derecho constitucional*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 49, 2022, p. 239 ss.
- DE SCHUTTER O., TULKENS F., *The European Court of Human Rights as a Pragmatic Institution*, in E. BREMS (a cura di), *Conflicts Between Fundamental Rights*, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2008, p. 169 ss.
- DE VERGOTTINI G., *Diritto costituzionale comparato*, 8ª ed., vol. I, CEDAM, Padova, 2011.
- DE VERGOTTINI G., *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Il Mulino, Bologna, 2010.
- DÍAZ LEMA J.M., *Los conciertos educativos en el contexto de nuestro derecho nacional, y en el derecho comparado*, Marcial Pons, Madrid, 1992.
- DIENI E., FERRARI A., PACILLO V. (a cura di), *I simboli religiosi tra diritto e culture*, Giuffrè, Milano, 2006.
- DIENI E., FERRARI A., PACILLO V. (a cura di), *Symbolon/diabolon. Simboli, religioni e diritti nell'Europa multiculturale*, Il Mulino, Bologna, 2005.
- DI MARTINO A., *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali. Uno studio comparativo*, Jovene, Napoli, 2016.
- DI PLINIO G., *Uso del «comparato» e problemi di legittimazione nelle dinamiche delle corti costituzionali: lo stile spagnolo*, in G.F. FERRARI, A. GAMBARO (a cura di) *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006, p. 63 ss.
- DOLSO G.P., SPITALERI F., *Art. 14 – Divieto di discriminazione*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Conven-*

- zione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, CEDAM, Padova, 2012, p. 518 ss.
- DOUGLAS W.O., *Il «dissent»: una salvaguardia per la democrazia*, in C. MORTATI (a cura di), *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, Giuffrè, Milano, 1964, p. 105 ss.
- DRAKEMAN W.L., *Church, State, and Original Intent*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010
- DRAKEMAN W.L., *Which Original Meaning of the Establishment Clause Is the Right One?*, in M.D. BREIDENBACH, O. ANDERSON (a cura di), *The Cambridge companion to the First Amendment and Religious Liberty*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, p. 365 ss.
- DRIGO C., *Giustizia costituzionale e political question doctrine. Paradigma statunitense e spunti comparatistici*, BUP, Bologna, 2012.
- DRIGO C., *Le Corti costituzionali tra politica e giurisdizione*, BUP, Bologna, 2017.
- DUNCAN R.F., *Justice Thomas and Partial Incorporation of the Establishment Clause: Herein of Structural Limitations, Liberty Interests, and Taking Incorporation Seriously*, in *Regent University Law Review*, 20, 2007, p. 37 ss.
- DURANTE M., *Le opinioni dissenzienti della Corte di Strasburgo e la tutela della libertà religiosa: un capovolgimento di prospettiva*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2, 2020, p. 170 ss.
- EMBED IRUJO A., *Las libertades en la enseñanza*, Tecnos, Madrid, 1983.
- EMBED IRUJO A., *La educación para la ciudadanía en el sistema educativo español. Reflexiones jurídicas*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 83, 2008, p. 11 ss.
- ENNS P.K., WOHLFARTH P.C., *The Swing Justice*, in *Journal of Politics*, 75(4), 2013, p. 1089 ss.
- EPPS G., *Some Animals are More Equal than Others: The Rehnquist Court and "Majority Religion"*, in *Washington University Journal of Law & Policy*, 21, 2006, p. 323 ss.
- EPSTEIN L., JACOBI T., *Super Medians*, in *Stanford Law Review*, 61, 2008, p. 37 ss.
- EPSTEIN L., POSNER E.A., *The Roberts Court and the transformation of constitutional protections for religion: a statistical portrait*, in *The Supreme Court Review*, 2021, p. 315 ss.
- ESBECK C.H., *After Espinoza: What's left of the Establishment Clause?*, in *Federalist Society Review*, 21, 2020, p. 186 ss.
- ESTEVE PARDO J., *Paradojas de la discriminación en materia educativa. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo Federal Alemán de 30 de enero de*

- 2013 *sobre el modelo de educación diferenciada*, in *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 37, 2013, p. 4 ss.
- EVANS E.A., *The Dissenting Opinion-Its Use and Abuse*, in *Missouri Law Review*, 3, 1938, p. 120 ss.
- EXPÓSITO E., *La libertad de cátedra*, Tecnos, Madrid, 1995.
- EZQUIAGA GANUZAS F.J., *El voto particular*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.
- FABBRINI F., *Fundamental Rights in Europe: Challenges and Transformations in Comparative Perspective*, Oxford University Press, Oxford, 2014.
- FABEIRO FIDALGO P., *El Derecho de usar y el deber de conocer las lenguas en la Constitución Española de 1978*, Iustel, Madrid, 2013.
- FAGGIANI F., *La controvertida cuestión del velo islámico: una perspectiva de género desde el espacio europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020
- FAGNANI E., *Tutela dei diritti fondamentali e crisi economica: il caso dell'istruzione. Stato di attuazione, funzioni amministrative e finanziamento del sistema*, Giuffrè, Milano, 2014.
- FAVOREU L., *Les Cours de Luxembourg et de Strasbourg ne sont pas de cours constitutionnelles*, in *Melanges en l'honneur de Louis Dubouis. Au carrefour des droits*, Dalloz, Paris, 2002, p. 35 ss.
- FEINBERG W., *Affirmative Action*, in H. LAFOLLETTE (a cura di), *The Oxford Handbook of Practical Ethics*, Oxford University Press, Oxford, p. 272 ss.
- FELDMAN A., *King of Dissents*, in www.empiricalsctous.com, 22nd June 2016.
- FELDMAN A., *The dissenting-est Dissenters on the modern Court*, in www.empiricalsctous.com, 26th February 2018.
- FELDMAN A., *Empirical SCOTUS: The recent role of separate opinions*, in www.scotusblog.com, 13th November 2019.
- FELDMAN A., *Was it Ever Really Roberts' Court?*, in www.empiricalsctous.com, 17th May 2022.
- FELDMAN A., *Do Dissents of the Past Foreshadow Dissents on the Current Court?*, 31st May 2022.
- FENTON-GLYNN C., *Children and the European Court of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2021.
- FERIOLI E., *La dissenting opinion nella giustizia costituzionale europea di matrice kelseniana*, in *DPCE*, 3, 2017, p. 687 ss.
- FERIOLI E., *Dissenso e dialogo nella giustizia costituzionale*, Wolters Kluwer-CEDAM, Milano-Padova, 2018.

- FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR A., *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación. Los derechos educativos en la Constitución española*, Ceura, Madrid, 1988.
- FERNÁNDEZ SEGADO F., *El Tribunal de Garantías Constitucionales: la problemática de su composición y del estatuto jurídico de sus miembros*, in *Revista de Derecho Público*, III, 1988.
- FERNÁNDEZ SEGADO F., *Los overruling de la jurisprudencia constitucional*, in *Foro. Revista de Ciencias jurídicas y sociales, Nueva época*, 3, 2006, p. 27 ss.
- FERNÁNDEZ SEGADO F., *La recepción del Sondervotum en Alemania*, in *Revista de las Cortes Generales*, 77, 2009, p. 7 ss.
- FERNÁNDEZ SEGADO F., *El Justice Oliver Wendell Holmes: "The great dissenter" de la Supreme Court*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 25, 2010, p. 129 ss.
- FERNÁNDEZ SEGADO F., *La Judicial Review en la pre-Marshall Court*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 28, 2011, p. 133 ss.
- FERRARI G.F., *Le libertà. Profili comparatistici*, Giappichelli, Torino, 2011.
- FERRARI G.F., *Nino Scalia: analisi giurisprudenziale del pensiero di un giudice conservatore*, in *Giur. cost.*, 3, 2016, p. 1191 ss.
- FERRARIS F., *«Rationing Justice». La selezione dei ricorsi nelle Corti Supreme di Stati Uniti e Italia*, Giappichelli, Torino, 2015.
- FIORILLO V., *La sentenza della Grande Camera sul crocifisso: il ritorno del margine di apprezzamento*, in *Quad. cost.*, 2, 2011, p. 422 ss.
- FISK C., CHEMERINSKY E., *The Filibuster*, in *Stanford Law Review*, 49, 1997, 181 ss.
- FLAUSS J.F., *La Cour européenne des droits de l'homme est-elle une cour constitutionnelle?*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 36, 1998, p. 711 ss.
- FLITER J.A., *Keeping the Faith: Justice David Souter and the First Amendment Religion Clauses*, in *Journal of Church and State*, 40(2), 1998, p. 387 ss.
- FORD P.L., *The Works of Thomas Jefferson*, Putnam's Sons, New York-London, 1905.
- FRANK A.L., *Mueller v. Allen: A Constitutional Crosswalk to Federal Tuition Tax Credits; Note*, in *Journal of Legislation*, 11, 1984, p. 163 ss.
- FROSINI T.E., *Scienza giuridica e diritto comparato*, in *Nomos*, 3, 2021.
- FROST M., *Justice Scalia's Rhetoric of Dissent: A Greco-Roman Analysis of Scalia's Advocacy in the VMI Case*, in *Kentucky Law Journal*, 91, 2002-2003, p. 167 ss.
- FRYE B.L., BLACKMAN J., MCCLOSKEY M., *Justice John Marshall Harlan: Professor of Law*, in *George Washington Law Review*, 81, 2013, p. 1063 ss.

- FUCHS EPSTEIN C., *The Myths and Justifications of Sex Segregation in Higher Education: VMI and the Citadel*, in *Duke Journal of Gender Law and Policy*, 4, 1997, p. 101 ss.
- FUENTES-ROHWER L., *The Racial Evolution of Justice Kennedy and Its Implications for Law, Theory, and the End of the Second Reconstruction*, in *Michigan State Law Review*, 2015, p. 1473 ss.
- GAIA G., *Dissenting opinions in the International Court of Justice*, in N. ZANON, G. RAGONE (a cura di), *The dissenting opinion. Selected Essays*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 155 ss.
- GALIMBERTI M., *Il secolarismo all'ombra dei minareti: il principio costituzionale di laicità nella Turchia moderna e contemporanea*, in *www.statoechniese.it*, 7, 2018.
- GALLIANI D., *“È più facile perdonare un nemico che un amico”. La Corte europea dei diritti dell'uomo, la giusta giustizia, la giurisprudenza consolidata, l'ordinamento italiano*, in P. PINTO DE ALBUQUERQUE (autore), D. GALLIANI (a cura di), *I diritti umani in una prospettiva europea. Opinioni concorrenti e dissenzienti (2011-2015)*, Giappichelli, Torino, 2016, 5 ss.
- GALLOWAY JR R.W., *Third Period of the Warren Court: Liberal Dominance (1962-1969). The Supreme Court History Project: The Warren Court 1962-1969*, in *Santa Clara Law Review*, 20, 1980, p. 773 ss.
- GALLOWAY JR. R.W., *The Burger Court (1969-1986)*, in *Santa Clara Law Review*, 27, 1987, p. 31 ss.
- GARCÍA ROCA J., *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2010.
- GARRORENA MORALES A., *La sentencia constitucional*, in *Revista de Derecho Político*, 11, 1981, p. 7 ss.
- GEARTY C., *The politics of abortion*, in *Journal of Law and Society*, 19(4), 1992, p. 441 ss.
- GEDICKS F.M., *Incorporation of the Establishment Clause Against the States: A Logical, Textual, and Historical Account*, in *Indiana Law Journal*, 88, 2013, p. 669 ss.
- GERARDS J., *The Discrimination Grounds of Article 14 of the European Convention on Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 13(1), 2013, p. 99 ss.
- GERBER S.D., *Clarence Thomas, Fisher v. University of Texas and the future of affirmative action in higher education*, in *University of Richmond Law Review*, 50, 2016, p. 1169 ss.
- GEY S.G., *Why is Religion Special: Reconsidering the Accommodation of Religion*

- under the Religion Clauses of the First Amendment*, in *University of Pittsburgh Law Review*, 52, 1990, p. 75 ss.
- GILLES S.G., *On Educating Children: A Parentalist Manifesto*, in *University of Chicago Law Review*, 93, 1996, p. 937 ss.
- GIMÉNEZ GLUCK D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- GOLDSTEIN J.K., *Calling Them as He Sees Them: The Disappearance of Originalism in Justice Thomas's Opinions on Race*, in *Maryland Law Review*, 74, 2014, p. 79 ss.
- GOODWIN M.E.A., *Taking on Racial Segregation: The European Court of Human Rights at a Brown v. Board of Education Moment?*, in *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 3, 2009, p. 93 ss.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ A., *El régimen jurídico de las lenguas en las escuelas españolas*, in *Revista Jurídica de Castilla-León*, 25, 2011, p. 291 ss.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ A., *Régimen jurídico de la educación diferenciada en España*, in *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 31, 2013.
- GONZALVO CIRAC E., *La LOMLOE y la educación diferenciada (breve estudio a la luz de la STC 31/2018, de 10 de abril)*, in *Revista General de Derecho Constitucional*, 34, 2021.
- GORI G., *Towards an EU Right to Education*, Kluwer Law International, The Hague, 2001.
- GRABENWARTER C., *Die Bedeutung der "dissenting opinion" in der Praxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, in *Journal für Rechtspolitik*, 1, 1999, p. 16 ss.
- GRAETZ M.J., GREENHOUSE L., *The Burger Court and the rise of the judicial right*, Simon & Schuster, New York, 2016.
- GRAHAM H.J., *Everyman's Constitution*, Norton, New York, 1968.
- GRGIC A., *Recognizing Formal and Substantive Equality in the Orsus Case*, in *European Yearbook of Minority Issues*, 9, 2010, p. 327 ss.
- GREENBAUM J.P., *Osservazioni sul ruolo delle opinioni dissenzienti nella giurisprudenza della Corte Suprema statunitense*, in A. ANZON (a cura di), *L'opinione dissenziente. Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 5 e 6 novembre 1993*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 183 ss.
- GREER S., *The margin of appreciation: interpretation and discretion under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2000.
- GRINSELL S., *"The Prejudice of Caste". The Misreading of Justice Harlan and the*

- Ascendency of Anticlassification*, in *Michigan Journal of Race and Law*, 15, 2010, p. 317 ss.
- GUAITA MARTORELL A., *Lenguas de España y artículo 3 de la Constitución*, Civitas, Madrid, 1989.
- GUAZZAROTTI A., *Giurisprudenza CEDU e giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali a confronto*, in E. CAVASINO, G. SCALA, G. VERDE (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza, Atti del Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa". Trapani, 8-9 giugno 2012*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, p. 379 ss.
- GUILLAUME G., *The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators*, in *Journal of International Dispute Settlement*, 2, 2011, p. 5 ss.
- GUINIER L., *The Supreme Court, 2007 Term – Foreword: Demosprudence Through Dissent*, in *Harvard Law Review*, 122, 2008, p. 4 ss.
- HÄBERLE P., *La jurisdicción constitucional institucionalizada en el estado constitucional*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 5, 2001, p. 169 ss.
- HÄBERLE P., *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, Duncker & Humblot, Berlin, 1998.
- HACKER H.J., BLAKE W.D., *The Neutrality Principle: The Hidden Yet Powerful Legal Axiom at Work in Brown versus Board of Education*, in *Berkeley Journal of African-American Law & Policy*, 8, 2006, p. 5 ss.
- HALL M., *Docket Control as an Influence on Judicial Voting*, in *Justice System Journal*, 10, 1985, p. 243 ss.
- HALPERN S., K. VINES, *Institutional Disunity, the Judge's Bill and the Role of the U.S. Supreme Court*, in *Western Political Quarterly*, 30, 1977, p. 471 ss.
- HAMILTON A., *Paper No. 78*, in G.W. CAREY, J. MCCLELLAN (a cura di), *The Federalist*, Liberty Fund, Indianapolis, 2001, p. 401 ss.
- HELPER L.R., VOETEN E., *Walking Back Human Rights in Europe?*, in *European Journal of International Law*, 31(3), 2020, p. 797 ss.
- HENDRICK B., *Bulwark of the Republic – A Biography of the Constitution*, Little, Brown and Company, Boston, 1937.
- HERZ M., *Nearest to Legitimacy: Justice White and Strict Rational Basis Scrutiny*, in *University of Colorado Law Review*, 74, 2003, p. 1329 ss.
- HOLZER H.M., *The Supreme Court opinions of Clarence Thomas, 1991–2006: a conservative's perspective*, McFarland & Co., Jefferson, 2007.
- HÖRETH M., *Richter contra Richter: Sondervoten beim EuGH als Alternative zum "Court Curbing"*, in *Der Staat*, 50, 2011, p. 191 ss.

- HORWITZ M.J., *The Warren Court and The Pursuit Of Justice*, in *Washington & Lee Law Review*, 50, 1993, p. 5 ss.
- HOWELL J.S., *Assessing the Impact of Eliminating Affirmative Action in Higher Education*, in *Journal of Labor Economics*, 28(1), 2010, p. 113 ss.
- HUGHES C.H., *The Supreme Court of the United States, Its Foundation, Methods and Achievements: An Interpretation*, Columbia University Press, New York, 1928.
- HUGHES C.H., SCHURMAN J.G., *Addresses and papers of Charles Evans Hughes, Governor of New York, 1906– 1908*, Putnam's Sons, New York, 1908.
- HUHN W.R., *Constitutional jurisprudence of Sandra Day O'Connor. A refusal to "foreclose the unanticipated"*, in *Akron Law Review*, 39, 2006, p. 373 ss.
- HUNTER-HENIN M. (a cura di), *Law, religious freedoms and education in Europe*, Ashgate, Farnham, 2011.
- HURD W.H., *Gone with the wind? VMI's loss and the future of single-sex public education*, in *Duke Journal of Gender Law & Policy*, 4, 1997, p. 27 ss.
- HUSSAIN I., *Dissenting and Separate Opinions at the World Court*, Mărtiņus Mijhoff Publishers, Dordrecht, 1984.
- IACOMETTI M., *La giurisprudenza del Tribunale costituzionale spagnolo nel bienio 1993-1994*, in *Giur. cost.*, III, 1995, p. 3942 ss.
- IANNONE C., *L'avvocato generale della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 1, 2002, p. 123 ss.
- IDES A., *The Jurisprudence of Justice Byron White*, in *Yale Law Journal*, 103(2), 1993, p. 419 ss.
- INSOLERA P., *Interpretazione costituzionale e giustizia penale nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense: la legacy di Anthony Kennedy (parte I)*, in *Diritti Comparati*, 1, 2020, p. 97 ss.
- JACKSON P.E., *Dissent in the Supreme Court. A Chronology*, University of Oklahoma Press, Norman, 1969.
- JACKSON V.C., TUSHNET M., *Comparative constitutional law*, 2nd ed., Foundation Press, New York, 2006.
- JARDÓN M., *La "normalización lingüística" como anomalía democrática. El caso gallego*, Siglo XXI, Madrid, 1993.
- JEFFRIES J., *Justice Lewis F. Powell, Jr. A biography*, Fordham University Press, New York, 2001.
- JHABVALA F., *Declarations by Judges of the International Court of Justice*, in *American Journal of International Law*, 72(4), 1978, p. 830 ss.
- JOHNSON Jr. A.M., *Bid Whist, Tonk and United States v. Fordice. Why Integra-*

- tionism Fails African-Americans Again*, in *California Law Review*, 81(6), 1993, p. 1401 ss.
- JOHNSON T.R., BLACK R.C., RINGSMUTH E.M., *Hear Me Roar: What Provokes Supreme Court Justices to Dissent from the Bench?*, in *Minnesota Law Review*, 93, 2009, p. 1560 ss.
- JORGENSON L.P., *The State and the Non-Public School, 1825-1925*, University of Missouri Press, Columbia, 1987.
- JOSHI Y., *Racial indirection*, in *University of California, Davis*, 52, 2019, p. 2495 ss.
- KALMAN L., *The Constitution, the Supreme Court and the New Deal*, in *American History Review*, 110(4), 2005, p. 1052 ss.
- KEITH K.J., *The International Court of Justice: Primus Inter Pares?*, in *International Organizations Law Review*, 5, 2008, p. 7 ss.
- KELEMEN K., *Judicial Dissent in European Constitutional Courts. A Comparative and Legal Perspective*, Routledge, London, 2019.
- KELSEN H., *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1981.
- KINSMAN S., *The Crack in Justice Scalia's Crystal Ball: Single-Sex Charter Schools May Prove His Prediction in VMI Was Wrong*, in *William & Mary Journal of Women and the Law*, 8, 2001, p. 133 ss.
- KLARMAN M., *An Interpretive History of Modern Equal Protection*, in *Michigan Law Review*, 90, 1991, p. 213 ss.
- KLATT M., *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 71, 2011, p. 691 ss.
- KOLSKY LEWIS M., *Justice William Johnson and the History of Supreme Court Dissent*, in *Georgetown Law Journal*, 83, 1995, p. 2069 ss.
- KOLSKY LEWIS, *The Lack of Dissent in WTO Dispute Settlement*, in *Journal of International Economic Law*, 9, 2006, p. 895 ss.
- KOSAŘ D., *Selecting Strasbourg Judges. A Critique*, in M. BOBEK (a cura di), *Selecting Europe's Judges: A Critical Review of the Appointment Procedures to the European Courts*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 120 ss.
- KYRITSIS D., TSAKYRAKIS S., *Neutrality in the classroom*, in *International Journal of Constitutional Law*, 11(1), 2013, p. 200 ss.
- LAFFRANQUE J., *Dissenting Opinion in the European Court of Justice – Estonia's Possible Contribution to the Democratisation of the European Union Judicial System*, in *Juridica International*, IX, 2004, p. 14 ss.
- LARICCIA S., *Articolo 9*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura

- di), *Commentario alla convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, CEDAM, Padova, 2001, 370 ss.
- LATHAM F.B., *The great dissenter: John Marshall Harlan, 1833–1911*, Cowles Book Company, New York, 1970.
- LAWSON R., *Living instrument: the evolutive doctrine – Some introductory remarks*, in *Dialogue between judges, European Court of Human Rights, Council of Europe, 2020*, European Court of Human Rights, 2020, p. 7 ss.
- LEIGH I., AHDAR R., *Post-Secularism and the European Court of Human Rights: Or How God Never Really Went Away*, in *The Modern Law Review*, 75(6), 2012, p. 1064 ss.
- LEIMAN L.M., *The Rule of Four*, in *Columbia Law Review*, 57(7), 1957, p. 975 ss.
- LEMMENS K., *(S)electing Judges for Strasbourg A (Dis)appointing Process?*, in M. BOBEK (a cura di), *Selecting Europe's Judges: A Critical Review of the Appointment Procedures to the European Courts*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 95 ss.
- LENAERTS K., *Le juge et la Constitution aux États-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, Bruylant, Bruxelles, 1988.
- LEÓN JIMÉNEZ R., *La figura del Abogado General en el Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas*, Reus, Madrid, 2007.
- LETSAS G., *Judge Rozakis's Separate Opinions and the Strasbourg Dilemma*, in D. SPIELMANN, M. TSIRLI, P. VOYATZIS (a cura di), *La Convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant: mélanges en l'honneur de Christos L. Rozakis*, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 305 ss.
- LETSAS G., *Strasbourg's Interpretive Ethic: Lessons for the International Lawyer*, in *European Journal of International Law*, 21, 2010, p. 509 ss.
- LEVY L.W., *The Establishment Clause: Religion and the First Amendment*, Macmillan Publishing Company, New York, 1986.
- LEVIN A.J., *Mr. Justice William Johnson, Creative Dissenter*, in *Michigan Law Review*, 43(3), 1944, p. 497 ss.
- LEVIT N., *Separating Equals: Educational Research and the Long-Term Consequences of Sex Segregation*, in *George Washington Law Review*, 67, 1999, p. 451 ss.
- L'HEUREUX-DUBÉ C., *The Dissenting Opinion: Voice of the Future?*, in *Osgoode Hall Law Journal*, 38(3), 2000, p. 495 ss.
- LICASTRO A., *Crocifisso "per scelta". Dall'obbligatorietà alla facoltatività dell'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche (in margine a Cass. civ., sez. un., ord. 9 settembre 2021, n. 24414)*, in *www.statoechiese.it*, 21, 2021, p. 17 ss.
- LIEF A., *The Dissenting Opinions of Justice Oliver Wendell Holmes*, Vanguard Press, New York, 1929.

- LINZ J.J., MONTERO J.R., RUIZ M.A, *Elecciones y política*, in A. CARRERAS, X. TAFUNELL (a cura di), *Estadísticas históricas de España: siglos XIX-XX*, 2ª ed., vol. III, Fundación BBVA, Bilbao, 2005.
- LONGO F., *Struttura e funzioni dei preamboli costituzionali. Studio di diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2021.
- LÓPEZ CASTILLO A., *Aproximación al modelo lingüístico español*, in *Revista de Derecho Político*, 71-72, 2008, p. 309 ss.
- LÓPEZ CASTILLO A. (a cura di), *Lenguas y Constitución española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- LOVE N., *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No.1: The Application of Strict Scrutiny to Race-Conscious Student Assignment Policies in K-12 Public Schools*, in *Boston College Third World Law Journal*, 29, 2009, p. 115 ss.
- LUATTI L., *Profili costituzionali del voto particolare. L'esperienza del Tribunale costituzionale spagnolo*, Giuffrè, Milano, 1995.
- LUCIANI M., *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, II, 2006, p. 1643 ss.
- LUCIANI M., *La problematica laicità italiana*, in *Democrazia e diritto*, 2, 2008, p. 105 ss.
- LYNCH T.D., *Education as a Fundamental Right: Challenging the Supreme Court's Jurisprudence*, in *Hofstra Law Review*, 26(4), 1998, p. 953 ss.
- MADSEN M.R., *Rebalancing European Human Rights: Has the Brighton Declaration Engendered a New Deal on Human Rights in Europe?*, in *Journal of International Dispute Settlement*, 9, 2018, p. 199 ss.
- MALENOVSKI J., *Les opinions séparées et leurs répercussions sur l'indépendance du juge international*, in *Anuario Colombiano de Derecho Constitucional*, 3, 2010, p. 27 ss.
- MALFATTI E., *I "livelli" di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, Giappichelli, Torino, 2018.
- MALFATTI E., PANIZZA S., ROMBOLI R., *Giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2016.
- MANCINI S., *Il potere dei simboli, i simboli del potere. Laicità e religione alla prova del pluralismo*, CEDAM, Padova, 2008.
- MANCINI S., *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, p. 479 ss.
- MANCINI S., *La sentenza della Grande Camera sul crocifisso: è corretta solo l'opinione dissenziente*, in *Quad. Cost.*, 2, 2011, p. 425 ss.

- MANSINGHANI M., *Symposium: Clarity in an era of confusion – The Supreme Court will not tolerate hostility to religion*, in *www.scotusblog.com*, 1st July 2020.
- MARCUS R., *Supreme Ambition: Brett Kavanaugh and the Conservative Takeover*, Simon & Schuster, New York, 2019.
- MARGIOTTA BROGLIO F., *La protezione internazionale della libertà religiosa nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Giuffrè, Milano, 1967.
- MARTÍN DE AGAR J.T., *Insegnamento della religione e coerenza di vita. La sentenza Fernández Martínez Vs Spagna*, in *Ius Ecclesiae. Rivista internazionale di diritto canonico*, 25(1), 2013, p. 153 ss.
- MARTINELLI C., *La questione del crocifisso tra esperienza giurisprudenziale e intervento parlamentare*, in E. DIENI, A. FERRARI, V. PACILLO (a cura di), *I simboli religiosi tra diritto e culture*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 147 ss.
- MARTÍN REBOLLO L., *El proceso de elaboración de la Ley de lo Contencioso-Administrativo de 13 de septiembre de 1888*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1975.
- MARTÍN SANZ V., *El empleo del idioma autonómico en el sistema educativo (A propósito de la Sentencia de la Sala 3.a, Sección 7.a, del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1996)*, in *Revista de Administración Pública*, 146, 1998, p. 191 ss.
- MARTÍNEZ-CANDADO J., *La educación diferenciada tras la aprobación de la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre*, in *Revista General de Derecho Constitucional*, 36, 2022.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ J.L., *Escolarización homogénea por razón del sexo y derecho fundamental a la educación en libertad*, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, 154, 2012, p. 71 ss.
- MARTÍNEZ TAPIA R., *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, Universidad de Almería, Almería, 2000.
- MASTOR W., *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Paris, 2005.
- MASTOR W., *The performative effect of the separate opinions on the majority decisions of Constitutional Courts*, in N. ZANON, G. RAGONE (a cura di), *The dissenting opinion. Selected Essays*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 125 ss.
- MATIA PORTILLA F.J., *De declaraciones de idoneidad eclesiástica, obispos, profesores de religión y derechos fundamentales*, in *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, 19, 2007, p. 67 ss.
- MATTEI U., *Il modello di Common Law*, Giappichelli, Torino, 2010.
- MATUCCI G., *Il caso Dupin all'esame della Corte EDU: un passo indietro per il diritto all'istruzione inclusiva?*, in *Quad. cost.*, 2, 2019, p. 476 ss.

- MATUCCI G., *La rivincita del diritto all'inclusione scolastica innanzi alla Corte EDU. Riflessioni a margine della Corte EDU, Sez. I, G.L. c. Italia, 10 settembre 2020, ric. 59751/15*, in *Osservatorio costituzionale*, 6, 2020, p. 508 ss.
- MCCARTHY M., *Religion and Education: Whither the Establishment Clause?*, in *Indiana Law Journal*, 75, 2000, p. 123 ss.
- MCCONNELL M.W., *Originalism and the Desegregation Decisions*, in *Virginia Law Review*, 81, 1995, p. 947 ss.
- MCCONNELL M.W., CHAPMAN N., *Las medidas de «acomodación» de la religión en el Derecho estadounidense*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 49, 2022, p. 121 ss.
- MCDONALD B.P., *Democracy's Religion: Religious Liberty in the Rehnquist Court and Into the Roberts Court*, in *University of Illinois Law Review*, 5, 2016, p. 2179 ss.
- MEDDA-WINDISCHER R., *Dismantling Segregating Education and the European Court of Human Rights. D.H. and Others vs. Czech Republic: Towards an Inclusive Education?*, in *European Yearbook of Minority Issues Online*, 7(1), 2010, p. 19 ss.
- MÍGUEZ MACHO L., *La polémica sobre la compatibilidad con el principio constitucional de no discriminación por razón de sexo de los conciertos de la administración con los centros que imparten educación diferenciada*, in *Persona y Derecho*, 72, 2015, p. 250 ss.
- MILIAN MASSANA A., *Los derechos lingüísticos en la enseñanza, de acuerdo con la Constitución*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 7, 1983, p. 357 ss.
- MILIAN I MASSANA A., *La regulación constitucional del multilingüismo*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 10, 1984, p. 123 ss.
- MILIAN I MASSANA A., *Derechos lingüísticos y derecho fundamental a la educación. Un estudio comparado: Italia, Bélgica, Suiza, Canadá y España*, Civitas, Madrid, 1994.
- MILIAN I MASSANA A., *Más sobre derechos lingüísticos. Reflexiones sobre los límites constitucionales y su interpretación por el Tribunal Constitucional*, Tirant lo Blanch-IEA, Valencia, 2016.
- MILLGRAM K.M., *Separate opinions und Sondervotum in der Rechtsprechung des Supreme Court of the United States und Bundesverfassungsgerichts*, Duncker & Humblot, Berlin, 1985.
- MIRKINE-GUETZEVICH B., *I metodi di studio del diritto costituzionale comparato*, in *Il Politico*, 16(2), 1951.
- MOLERO MARTÍN-SALAS M.³, *Las lenguas cooficiales en el aula, y su uso dentro del sistema educativo*, in *Revista de Derecho Político*, 114, 2022, p. 47 ss.
- MONAGHAN T.P., ARIENS M.S., *Mueller v. Allen: A fairer Approach to the*

- Establishment Clause*, in *Saint Louis University Law Journal*, 29, 1984, p. 115 ss.
- MOR G., CAMERLENGO Q., VIGEVANI G.E., *Commento all'art. 2 del Prot. n. 1 CEDU*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, CEDAM, Padova, 2001, p. 829 ss.
- MORENO BOTELLA G., *Educación diferenciada, ideario y libre elección de centro*, in *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, 20, 2009.
- MORTATI C., *Prefazione*, in C. MORTATI (a cura di), *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, Giuffrè, Milano, 1964, p. III ss.
- MUÑOZ V.P., *The original meaning of the Establishment Clause and the impossibility of its incorporation*, in *Journal of Constitutional Law*, 8(4), 2006, p. 585 ss.
- MURO I BAS X., *Los deberes lingüísticos y la proyección de la cooficialidad lingüística sobre la distribución de competencias en la reciente jurisprudencia constitucional (Sentencias 337/1994 y 147/1996)*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 49, 1997, p. 259 ss.
- MURPHY W.F., *Elements of Judicial Strategy*, University of Chicago Press, Chicago-London, 1964.
- MUSMANNO A., *Dissenting Opinions*, in *University Kansas Law Review*, 6, 1958, p. 407 ss.
- NADELMANN K., *Il «dissenso» nelle decisioni giudiziarie. Pubblicità contro segretezza*, in C. MORTATI (a cura di), *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, Giuffrè, Milano, 1964, p. 31 ss.
- NAGLIERI G., *Una impervia strada da Bandemer a Rucho: tutela della democrazia rappresentativa e valore della legittimazione giudiziale alla prova del partisan gerrymandering*, in *DPCE Online*, 4, 2020, p. 4603 ss.
- NARDOCCI C., *I diritti delle persone con disabilità "si fanno strada" e la Corte di Strasburgo apre le sue porte. In margine a G.L. c. Italia*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 1, 2021, p. 336 ss.
- NATELSON R.G., *The Original Meaning of the Establishment Clause*, in *William & Mary Bill of Rights Journal*, 14, 2005, p. 51 ss.
- NAVAS SÁNCHEZ M.M., *¿Diferenciar o segregar por razón de sexo? A propósito de la constitucionalidad de la educación diferenciada por sexo y su financiación pública. Comentario a la STC 31/2018 y conexas*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 43, 2019, p. 473 ss.
- NAVAS SÁNCHEZ M.M., *La educación diferenciada por razón de sexo ante el derecho constitucional. Un debate con múltiples voces: legislación, doctrina y jurisprudencia*, in *IgualdadES*, 4, 2021, p. 239 ss.

- NEGRI A., RAGONE G., TOSCANO M., VANONI L.P. (a cura di), *I simboli religiosi nella società contemporanea*, Giappichelli, Torino, 2021.
- NICCOLAI S., *Dissenso e diritto costituzionale. Appunti per una riflessione*, in *Questione Giustizia*, 4, 2015, p. 62 ss.
- NOLL M.A., HARLOW L.E., *Religion and American Politics: From the Colonial Period to the Present*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- NOVARESE F., «*Dissenting opinion*» e *Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in A. ANZON (a cura di), *L'opinione dissenziente. Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 5 e 6 novembre 1993*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 361 ss.
- NUEVO LÓPEZ P., *La introducción de la asignatura "Educación para la Ciudadanía" y la concepción constitucional del pluralismo político*, in *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 56, 2006, p. 61 ss.
- NUEVO LÓPEZ P., *La Constitución educativa del pluralismo: una aproximación desde la teoría de los derechos fundamentales*, UNED, Madrid, 2009.
- NUEVO LÓPEZ P., *Derechos fundamentales e ideario educativo constitucional*, in *Revista de Derecho Político*, 89, 2014, p. 205 ss.
- O'CONNELL R., *Cinderella Comes to the Ball: Art 14 and the Right to Non-Discrimination in the ECHR*, in *Legal Studies*, 29, 2009, p. 211 ss.
- O'CONNOR UDELL C., *Signalling A New Direction in Gender Classification: United States v. Virginia*, in *Connelly Law Review*, 29, 1996, p. 521 ss.
- OGLETTREE JR. C.J., *The Legacy and Implications of San Antonio Independent School District v. Rodriguez*, in *Richmond Journal of Law and the Public Interest*, 17, 2014, p. 515 ss.
- OLLERO A., *Un Estado laico. Apuntes para un léxico argumental a modo de introducción*, in *Persona y Derecho*, 53, 2005.
- OLLERO TASSARA A., *Discriminación por razón de sexo: valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.
- OLLERO TASSARA A., *Laicismo: sociedad neutralizada*, Digital Reasons, Madrid, 2014.
- OLLERO TASSARA A., *Laicidad y laicismo*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019.
- OLLERO A., *Votos particulares*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- OSTI A., *La (s)elezione dei giudici della Corte europea dei diritti dell'uomo tra teoria e prassi*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 2, 2022, p. 487 ss.
- PABÓN LÓPEZ M., *Reflections on Educating Latino and Latina Undocumented*

- Children: Beyond Plyler v. Doe*, in *Seton Hall Law Review*, 35(4), 2005, p. 1373 ss.
- PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, CEDAM, Padova, 1990.
- PALICI DI SUNI E., *Intorno alle minoranze*, Giappichelli, Torino, 2002.
- PALOMBINO F.M., *La decisione della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Lautsi: un uso incongruo della nozione di «simbolo passivo»*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2, 2011, p. 463 ss.
- PANIZZA S., *L'introduzione dell'opinione dissenziente nel sistema di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1998.
- PARISI M., *Insegnamento religioso, neutralità dell'istruzione pubblica ed educazione alla cittadinanza democratica. Il caso Folgerø contro Norvegia*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 17(3), 2009, p. 729 ss.
- PASQUALI CERIOLO J., *Parità di trattamento e organizzazioni di tendenza religiose nel nuovo diritto ecclesiastico europeo*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1, 2013, p. 71 ss.
- PAULSEN M.S., *Does the Supreme Court's Current Doctrine of Stare Decisis Require Adherence to the Supreme Court's Current Doctrine of Stare Decisis?*, in *North Carolina Law Review*, 86, 2008, p. 1165 ss.
- PAVESI G., *Le frontiere europee della religious accommodation. Spunti di comparazione*, in *www.statoechiese.it*, 10, 2021, p. 75 ss.
- PEGORARO L., RINELLA A., *Introduzione al diritto pubblico comparato. Metodologie di ricerca*, CEDAM, Padova, 2002.
- PELLER G., *Race Consciousness*, in *Duke Law Journal*, 1990, p. 758 ss.
- PÉREZ FERNÁNDEZ J.M. (a cura di), *Estudio sobre el Estatuto Jurídico de las lenguas en España*, Atelier, Barcelona, 2006.
- PÉREZ FERNÁNDEZ J.M., *La tutela de las lenguas regionales o minoritarias estatutarias y su encaje en el modelo constitucional español. ¿Un tertium genus en el reconocimiento de los derechos lingüísticos?*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 89, 2010, p. 157 ss.
- PERRY B.A., *Justice Hugo Black and the "Wall of Separation Between Church and State"*, in *Journal of Church and State*, 31(1), 1989, p. 55 ss.
- PINO G., *Chi deve essere il custode dei diritti? Sul costituzionalismo politico e i suoi limiti*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 1, 2022.
- PINTO DE ALBUQUERQUE P. (autore), GALLIANI D. (a cura di), *I diritti umani in una prospettiva europea. Opinioni concorrenti e dissenzienti (2011-2015)*, Giappichelli, Torino, 2016.
- PINTO DE ALBUQUERQUE, *Is the ECHR facing an existential crisis?* (Mansfield

- College, Oxford, 28 aprile 2017), in https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/pinto_opening_presentation_2017.pdf.
- PINTO DE ALBUQUERQUE P., CARDAMONE D., *Efficacia della «dissenting opinion»*, in F. BUFFA, M.G. CIVININI (a cura di), *La Corte di Strasburgo. Gli speciali di «Questione Giustizia»*, aprile 2019, p. 148 ss.
- PINTO DE ALBUQUERQUE P., PRECIADO DOMÈNECH C.H., *Hablemos de Derechos Humanos. La doctrina del TEDH y su aplicación en España desde los votos particulares del Juez Paulo Pinto de Albuquerque*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- PINTO DE ALBUQUERQUE P. (autore), SACCUCCI A. (a cura di), *I diritti umani in una prospettiva europea. Opinioni concorrenti e dissenzienti (2016-2020)*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021.
- POGGESCHI G., *Le nazioni linguistiche della Spagna autonómica*, CEDAM, Padova, 2002.
- POMERANCE B., *Center of order. Chief Justice John Roberts and the coming struggle for a respected Supreme Court*, in *Albany Law Review*, 82(2), 2018/2019, p. 449 ss.
- POMERANCE B., *The king in his court: Chief Justice John Roberts at the center*, in *Albany Law Review*, 83(1), 2019/2020, p. 169 ss.
- PORTONERA G., *Antonin Scalia*, IBL Libri, Torino, 2022.
- POST R., *The Supreme Court Opinion as Institutional Practice: Dissent, Legal Scholarship, and Decision-making in the Taft Court*, in *Minnesota Law Review*, 85, 2001, p. 1267 ss.
- PRESSMAN C., *The House that Ruth Built: Justice Ruth Bader Ginsburg, Gender and Justice*, in *New York Law School Journal of Human Rights*, 14, 1997, p. 311 ss.
- PRIETO DE PEDRO J., *Artículo tercero: las lenguas de España*, in O. ALZAGA VILLAAMIL, *Comentarios a la Constitución española de 1978*, vol. I, Edersa, Madrid, 1996.
- PRIMUS R., *Canon, Anti-Canon, and Judicial Dissent*, in *Duke Law Journal*, 48(2), 1998, p. 243 ss.
- PROCIDA MIRABELLI DI LAURO A., *Presentazione*, in L.-J. CONSTANTINESCO, *Il metodo comparativo*, Giappichelli, Torino, 2000, p. XLI ss.
- PUNSET R., *Doctrina del Tribunal Constitucional durante el último cuatrimestre de 1994*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 43, 1995, p. 255 ss.
- RAHIM A., *Diversity to Deradicalize*, in *California Law Review*, 108, 2020, p. 1423 ss.
- RAIMONDI G., *Advantages and risks of separate opinions from the point of view of*

- the European Court of Human Rights*, in N. ZANON, G. RAGONE (a cura di), *The dissenting opinion. Selected Essays*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 141 ss.
- RANDAZZO B., *Il giudizio dinanzi alla Corte Europea dei Diritti: un nuovo processo costituzionale*, in *Rivista AIC*, 4, 2011.
- RANDAZZO B., *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Giuffrè, Milano, 2012.
- RAPPAPORT M.B., *Originalism and the Colorblind Constitution*, in *Notre Dame Law Review*, 89, 2013, p. 71 ss.
- RASMUSSEN T., *The New Norwegian "KRL" Subject and Religious Freedom: A Report*, in *Studia Theologica – Nordic Journal of Theology*, 54, 2000, p. 19 ss.
- READ F.T., *The Bloodless Revolution: The Role of the Fifth Circuit in the Integration of the Deep South*, in *Mercer Law Review*, 32(4), 1981, p. 1149 ss.
- REPETTO G., *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Jovene, Napoli, 2011.
- REPETTO G., *Sull'introduzione dell'opinione dissenziente nel giudizio di costituzionalità*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 1, 2021.
- REYES R., *Justice Souter's Religion Clause Jurisprudence: Judgments of Conscience Essay*, in *Connecticut Law Review*, 43(1), 2010, p. 303 ss.
- REY MARTÍNEZ F., *Segregación escolar en España. Marco teórico desde un enfoque de derechos fundamentales y principales ámbitos: socioeconómico, discapacidad, etnia y género*, Marcial Pons, Madrid, 2021.
- RIDAURA MARTÍNEZ M.J., *La regulación de los votos particulares en la Constitución de 1978*, in E. ÁLVAREZ CONDE (a cura di), *Diez años de régimen constitucional*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 385 ss.
- RIDOLA P., *Il principio libertà nello stato costituzionale. I diritti fondamentali in prospettiva storico-comparativa*, Giappichelli, Torino, 2018.
- RITTER C., *A New Look at the Role and Impact of Advocates-General – Collectively and Individually*, in *Columbia Journal of European Law*, 12, 2006, p. 751 ss.
- RIVIÈRE F., *Les opinions séparées des juges de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Bruylant, Brussels, , 2004.
- RODRÍGUEZ COARASA C., *La libertad de enseñanza en España*, Tecnos, Madrid, 1998.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO M., M^aF. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986.
- RODRÍGUEZ-ZAPATA J., *Prólogo*, in R. LEÓN JIMÉNEZ, *La figura del Abogado General en el Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas*, Reus, Madrid, 2007, p. 11 ss.
- ROLANDO K.N., *A Decade Later: United States v. Virginia and the Rise and Fall*

- of “Skeptical Scrutiny”, in *Roger Williams University Law Review*, 12, 2006, p. 182 ss.
- ROLLA G., *Indirizzo politico e Tribunale costituzionale in Spagna*, Jovene, Napoli, 1986.
- ROMEA SEBASTIÁN A., *Régimen jurídico de los centros concertados*, Marcial Pons, Madrid, 2003.
- RUBENFELD J., *Affirmative action*, in *Yale Law Journal*, 2, 1997, p. 427 ss.
- RUBIO P.F., *A History of Affirmative Action. 1619-2000*, University Press of Mississippi, Jackson, 2001.
- RUBIO LLORENTE F., *Del Tribunal de Garantías al Tribunal constitucional*, in *Revista de Derecho Político*, 16, 1982-1983, p. 27 ss.
- RUDA J.M., *The Opinions of Judge Dionisio Anzilotti at the Permanent Court of International Justice*, in *European Journal of International Law*, 3, 1992, p. 100 ss.
- RUGGERI A., *Comparazione giuridica, dialogo tra le Corti, identità “intercostituzionale”*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2, 2022.
- RUGGERI A., *La giustizia costituzionale in navigazione verso l’ignoto*, in *Rivista di Diritti comparati*, 2, 2022, p. 557 ss.
- RUIZ-JARABO COLOMER D., LÓPEZ ESCUDERO M., *L’institution de l’avocat général à la Cour de justice des Communautés européennes*, in G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS (a cura di), *Mélanges en hommage à Fernand Schockweiler*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999, p. 523 ss.
- RUNYON R.F., *VMI and Virginia Lose Again: United States v. Virginia*, in *Tulsa Law Journal*, 32, 2013, p. 681 ss.
- RYSSDAL R., *Vers une Cour constitutionnelle européenne*, in *Collected Courses of the Academy of European Law*, II, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague-London-Boston, 1993, p. 3 ss.
- SÁIZ ARNÁIZ A., *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- SALAZAR BENÍTEZ O., *Educación diferenciada por razón de sexo y derecho a la educación. Sobre la inconstitucionalidad de la reforma del artículo 84.3 de la Ley Orgánica de Educación*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 106, 2016, p. 451 ss.
- SALAZAR BENÍTEZ O., *Educación, igualdad y ciudadanía: apuntes sobre el triángulo democrático del pacto constitucional*, in *IgualdadES*, 4, 2021, p. 219 ss.
- SALAMONE M.F., *Judicial Consensus and Public Opinion: Conditional Response to Supreme Court Majority Size*, in *Political Research Quarterly*, 67, 2014, p. 320 ss.

- SALOMONE R.C., *Same, different, equal: rethinking single-sex schooling*, Yale University Press, New York, 2003.
- SÁNCHEZ CUENCA I., *Los retrasos y los sesgos de la composición del Tribunal Constitucional*, in *Informe sobre la democracia en España*, Fundación Alternativas, Madrid, 2012, p. 284 ss.
- SÁNCHEZ NAVARRO A.J., *Pluralismo e inmersión lingüística: el caso francés (Anotaciones sobre la decisión del Consejo Constitucional Francés-Décision n.º 2021-818 DC, de 21 de mayo de 2021)*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 49, 2022, p. 365 ss.
- SANDEFUR T., *Clarence Thomas's jurisprudence unexplained*, i *New York University Journal of Law & Liberty*, 4, 2009, p. 535 ss.
- SANDER R.H., *A Systemic Analysis of Affirmative Action in American Law Schools*, in *Stanford Law Review*, 57(2), 2004, p. 367 ss.
- SAVATER F., *Falacias de la legitimación histórica*, in *Claves de razón práctica*, 7, 1990, p. 32 ss.
- SCALA G., *Diritto pubblico subiettivo e libertà religiosa*, Padova University Press, Padova, 2021.
- SCARCIGLIA R., *Metodi e comparazione giuridica*, CEDAM, Padova, 2016.
- SCHNAPPER E., *Affirmative Action and the Legislative History of the Fourteenth Amendment*, in *Virginia Law Review*, 71, 1985, p. 753 ss.
- SCHWARTZ S., *Map: Where Critical Race Theory Is Under Attack*, in www.edweek.org, updated 05 May 2023.
- SEGAL J.A., COVER A.D., *Ideological Values and the Votes of U.S. Supreme Court Justices*, in *American Political Science Review*, 83, 1989, p. 557 ss.
- SEGAL J.A., EPSTEIN L., CAMERON C.M., SPAET H.J., *Values and the Votes of U.S. Supreme Court Justices Revisited*, in *Journal of Politics*, 57(3), 1995, p. 812 ss.
- SERENI A.P., *Le opinioni separate dei giudici dei Tribunali internazionali*, in C. MORTATI (a cura di), *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, Giuffrè, Milano, 1964, p. 113 ss.
- SEYMOUR S.K., *Women As Constitutional Equals: The Burger Court's Overdue Evolution*, in *Tulsa Law Journal*, 33, 2013, p. 23 ss.
- SHAHABUDDEEN M., *Precedent in the World Court*, Cambridge University Press, Cambridge-New York, 1996.
- SIDHU D.S., *Are Blue and Pink the New Brown? The Permissibility of Sex-Segregated Education as Affirmative Action*, in *Cornell Journal of Law and Public Policy*, 17, 2008, p. 579 ss.
- SIEGEL R.B., *Equality Talk. Antisubordination and Anticlassification Values in Constitutional struggles over Brown*, in *Harvard Law Review*, 117, 2004, p. 1470 ss.

- SIEGEL R.B., *Antisubordination and Anticlassification Values in Constitutional Struggles over Brown*, in *Harvard Law Review*, 117(5), 2004, p. 1470 ss.
- SIMÓN YARZA F., *Los conciertos en la LOMLOE. Ruptura de un consenso constitucional*, in *Revista General de Derecho Constitucional*, 35, 2021.
- SIMSON G.J., *Separate but Equal and Single-Sex Schools*, in *Cornell Law Review*, 90, 2005, p. 443 ss.
- SLOCUM B.G., MOOTZ F.J., *Justice Scalia: Rhetoric and the Rule of Law*, University of Chicago Press, Chicago-London, 2019.
- SMEKAL H., SIPULOVA K., *DH v Czech Republic Six Years Later: On the Power of an International Human Rights Court to Push through Systemic Change*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 32, 2014, p. 288 ss.
- SMILER S.M., *Justice Ruth Bader Ginsburg and The Virginia Military Institute: A Culmination of Strategic Success*, in *Cardozo Women's Law Journal*, 4, 1998, p. 541 ss.
- SMOLIN D.M., *Overcoming Religious Objections to the Convention on the Rights of the Child*, in *Emory International Law Review*, 20, 2006, p. 81 ss.
- SODERBERG J.A., *The "Constitutional" Assault on the Virginia Military Institute*, in *Washington & Lee Law Review*, 53, 1996, p. 429 ss.
- SOLAZÁBAL ECHAVARRÍA J.J., *El régimen constitucional del bilingüismo*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 55, 1999, p. 11 ss.
- SOMIN I., *The Supreme Court's Options in the Harvard and UNC Affirmative Action Cases*, in *The Volokh Conspiracy*, 31st October 2022.
- SORRENTI G., *Le carte internazionali sui diritti umani: un'ipotesi di "copertura" costituzionale "a più facce"*, in *Politica del Diritto*, 3, 1997, p. 349 ss.
- SORRENTI G., *Il principio di eguaglianza nella CEDU e le sue ricadute interne*, in *Rivista AIC*, 2, 2022.
- SPADARO A., *La sentenza 'Lautsi' sul crocifisso: summum jus, summa iniuria?*, in *DPCE*, 1, 2010, p. 198 ss.
- SPITALERI F., *L'eguaglianza alla prova delle azioni positive*, Giappichelli, Torino, 2013.
- STARK A.C., *Mueller v. Allen: Clarifying or Confusing Establishment Clause Analysis of State Aid to Public Schools?*, in *Denver Law Journal*, 61, 1984, p. 877 ss.
- STOBAUGH H.L., *The Aftermath of United States v. Virginia: Why Five Justices Are Pulling in the Reins on the "Exceedingly Persuasive Justification"*, in *Southern Methodist University Law Review*, 55, 2002, p. 1755 ss.
- STOCKEL E.J., *United States v. Virginia: Does Intermediate Scrutiny Still Exist?*, in *Touro Law Review*, 13, 1996, p. 229 ss.
- STRADELLA E., *Primi spunti per una definizione della "fondamentalità" dei diritti nel diritto comparato*, in V. BALDINI (a cura di), *Cos'è un diritto fundamenta-*

- le? *Atti del Convegno annuale di Cassino, 10-11 giugno 2016*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, p. 51 ss.
- STRASSER M., *The Invidiousness of Invidiousness: On the Supreme Court's Affirmative Action Jurisprudence*, in *Hastings Constitutional Law Quarterly*, 21, 1994, p. 323 ss.
- STREICHLER S.A., *Justice Curtis's dissent in the Dred Scott Case: an interpretive study*, in *Hastings Constitutional Law Quarterly*, 24, 1996-1997, p. 509 ss.
- STRUM P., *Women in the Barracks: The VMI Case and Equal Rights*, University Press of Kansas, Lawrence, 2002.
- SULLIVAN G., *Symposium: What "play in the joints" remains after Espinoza?*, in *www.scotusblog.com*, 1st July 2020.
- TAJADURA TEJADA J., *Funzioni e valore dei preamboli costituzionali*, in *Quad. cost.*, 3, 2003, p. 509 ss.
- TANZARELLA P., *Il margine di apprezzamento*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 145 ss.
- TARELLO G., *Il realismo giuridico americano*, Giuffrè, Milano, 1962.
- TARROW S.G., *Lochner versus New York: a political analysis*, in *Labor History*, 5(3), 1964, p. 277 ss.
- TEGA, *La Corte costituzionale allo specchio del dibattito sull'opinione dissenziente*, in *Quad. cost.*, 1, 2020, p. 91 ss.
- TENORIO P., *El derecho comparado como argumento de las decisiones del Tribunal Constitucional español*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 108, 2016, p. 275 ss.
- TEW Y., *Strategic judicial empowerment*, in *American Journal of comparative law* (forthcoming), 2022.
- THOMAS C., *Toward a Plain Reading of the Constitution. The Declaration of Independence in Constitutional Interpretation*, in *Howard Law Journal*, 30, 1987, p. 983 ss.
- THOMAS C., *My Grandfather's Son: A Memoir*, Harper Collins, New York, 2007.
- TODD HENDERSON M., *From 'Seriatim' to Consensus and Back Again: A Theory of Dissent*, in *University of Chicago Public Law & Legal Theory*, Working Paper No. 186, 2007.
- TOMÁS Y VALIENTE F., *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- TOMÁS Y VALIENTE F., *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, in F. TOMÁS Y VALIENTE, *Obras completas*, vol. III, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
- TOSCANO M., *Il crocifisso 'accomodato'. Considerazioni a prima lettura di Corte*

- cass.*, *Sezioni Unite civili*, n. 24414 del 2021, in *www.stato.echiese.it*, 18, 2021, p. 45 ss.
- TOSCANO M., *Il fattore religioso nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Itinerari giurisprudenziali*, Edizioni ETS, Pisa, 2018.
- TOSI D.E., *Diritto alla lingua in Europa*, Giappichelli, Torino, 2017.
- TREVES T., *Pros and cons of individual opinions in international Tribunals: the experience of the law of the sea Tribunal*, in N. ZANON, G. RAGONE (a cura di), *The dissenting opinion. Selected Essays*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 165 ss.
- TRIPODINA C., *L'argomento originalista nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali*, in F. GIUFFRÈ, I. NICOTRA (a cura di), *Lavori preparatori e original intent nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 229 ss.
- TROILO S., *Tutti per uno o uno contro tutti? Il diritto all'istruzione e all'integrazione scolastica dei disabili nella crisi dello stato sociale*, Giuffrè, Milano, 2012.
- TRUJILLO G., *Juicio de legitimidad e interpretación constitucional: cuestiones problemáticas en el horizonte constitucional español*, in *Revista de Estudios políticos*, 7, 1979, p. 145 ss.
- TULKENS F., DONNAY L., *L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature?*, in *Revue de Science criminelle et de droit pénal comparé*, 1, 2006, p. 3 ss.
- TUÑÓN DE LARA M., *La coyuntura histórica española de 1930-1931*, in *Revista de Estudios Políticos*, 31-32, 1983, p. 39 ss.
- TUR AUSINA R., ÁLVAREZ CONDE E., *Las consecuencias jurídicas de la sentencia 31/2010, de 28 de junio, del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Cataluña. La sentencia de la perfecta libertad*, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2010.
- TURCHI V., *La pronuncia della Grande Chambre della Corte di Strasburgo sul caso Lautsi c. Italia: post nubila Phoebus*, in *www.statoechiese.it*, 10 ottobre 2011.
- TURCHI V., *Libertà religiosa e libertà di educazione di fronte alla Corte di Strasburgo*, in *www.statoechiese.it*, 8 ottobre 2012.
- TURENNE S., *Advocate Generals' Opinions or Separate Opinions? Judicial Engagement in the CJEU*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 14, 2011-2012, p. 723 ss.
- TURNER R., *"The Way to Stop Discrimination on the Basis of Race..."*, in *Stanford Journal of Civil Rights and Civil Liberties*, 11, 2015, p. 45 ss.
- TUSHNET M., *Justice Lewis F. Powell and the Jurisprudence of Centrism*, in *Michigan Law Review*, 93(6), 1995, p. 1854 ss.

- TUSHNET M. (a cura di), *I dissent. Great opposing opinions in landmark Supreme Court cases*, Beacon Press, Boston, 2008.
- TUSHNET M., LEZIN K., *What Really Happened in Brown v. Board of Education*, in *Columbia Law Review*, 91(8), 1991, p. 1867 ss.
- UBER R., *Ruth Bader Ginsburg at the Supreme Court: Oral Arguments, Majority Opinions and Dissents*, DuBois, Mammoth Publishing, 2019.
- UROFSKY M., *Dissent and the Supreme Court: Its Role in the Court's History and the Nation's Constitutional Dialogue*, Vintage Books, New York, 2015.
- VALERO HEREDIA A., *Ideario educativo constitucional y «homeschooling»: a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 133/2010, de 2 de diciembre*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 94, 2012, p. 411 ss.
- VAN BIJSTERVEL S., *A Matter of Judgment: Dissenting Opinions in Cases Concerning Religion or Belief in the European Court of Human Rights*, in J. TEMPERMAN, T. JEREMY GUNN, M. EVANS (a cura di), *The European Court of Human Rights and the Freedom of Religion or Belief: The 25 Years Since Kokkinakis*, Brill-Nijhoff, Leiden-Boston, 2019, p. 441 ss.
- VAN DEN BOGAERT S., *Roma Segregation in Education: Direct or Indirect Discrimination? An Analysis of the Parallels and Differences between Council Directive 2000/43/EC and Recent ECtHR Case Law on Roma Educational Matters*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 71, 2011, p. 740 ss.
- VANDENHOLE W., *Of Principles and Values: An Explorative Reading of Separate Opinions of Judge Paul Lemmens*, in K. LEMMENS, S. PARMENTIER, L. REYNTJENS (a cura di), *Human rights with a human touch. Liber Amicorum Paul Lemmens*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Chicago, 2019, p. 41 ss.
- VAN GERVEN W., *The Role and Structure of the European Judiciary Now and in the Future*, in *European Law Review*, 21, 1996, p. 211 ss.
- VANONI L.P., *Laicità e libertà di educazione. Il crocifisso nelle aule scolastiche in Italia e in Europa*, Giuffrè, Milano, 2013.
- VANONI L.P., *Pluralismo religioso e Stato (post) secolare. Una sfida per la modernità*, Giappichelli, Torino, 2016.
- VANONI L.P., *La nomina dei giudici supremi tra scontro politico e diritto costituzionale: il caso americano*, in *DPCE*, 3, 2017, p. 833 ss.
- VIDAL PRADO C., *La libertad de cátedra: un estudio comparado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.
- VIDAL PRADO C., *El derecho a la educación en España. Bases constitucionales para el acuerdo y cuestiones controvertidas*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

- VIDAL PRADO C., *El diseño constitucional de los derechos educativos ante los retos presentes y futuros*, in *Revista de Derecho Político*, 100, 2017, p. 739 ss.
- VIDAL PRADO C., *Educación diferenciada y Tribunal Constitucional*, in *Revista General de Derecho Constitucional*, 29, 2019.
- VIDAL PRADO C., *Educación y valores superiores del ordenamiento: igualdad y libertad*, in *IgualdadES*, 4, 2021, p. 255 ss.
- VIDAL PRADO C., *Una ley que rompe consensos: la LOMLOE escoge el camino equivocado*, in *Revista General de Derecho Constitucional*, 35, 2021.
- VILJANEN J., *The Role of the European Court of Human Rights as a Developer of International Human Rights Law*, in *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 62/63, 2008, p. 249 ss.
- VIOLINI L., *Prime considerazioni sul concetto di 'Costituzione europea' alla luce dei contenuti delle venti carte costituzionali*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1998, p. 1225 ss.
- VIVANCOS COMES M., *Límites a la libertad de enseñanza y Ley Orgánica de Educación (LOMLOE). Un debate constitucional en permanente definición*, in *Revista de Derecho Político*, 114, 2022, p. 89 ss.
- VIVIANI SCHLEIN M.P., *Il problema delle manifestazioni di credo religioso nella vita pubblica in Svizzera*, in *DPCE*, 2005, p. 235 ss.
- VOETEN E., *The Politics of International Judicial Appointments: Evidence from the European Court of Human Rights*, in *International Organization*, 61, 2007, p. 669 ss.
- VOETEN E., *The Impartiality of International Judges: Evidence from the European Court of Human Rights*, in *American Political Science Review*, 102, 2008, p. 417 ss.
- VOLOKH E., *Who Decides What Is Taught in Government-Run K-12 Schools?*, in *The Volokh Conspiracy*, 21st March 2022.
- VOSS E.C., *Dissent: Sign of a Healthy Court*, in *Arizona State Law Journal*, 24, 1992, p. 643 ss.
- WALD P.M., *The Rhetoric of Results and the Results of Rhetoric: Judicial Writings*, in *University of Chicago Law Review*, 62, 1995, p. 1371 ss.
- WALKER T.G., EPSTEIN L., DIXON W.J., *On the Mysterious Demise of Consensual Norms in the United States Supreme Court*, in *Journal of Politics*, 50, 1988, p. 361 ss.
- WATHELET M., *Opinions dissidentes: la Court de Justice de l'Union européenne sera-t-elle le dernier des mohicans?*, in AA.VV., *Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Court de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 1030 ss.

- WEILER J.H.H., *Il crocifisso a Strasburgo: una decisione "imbarazzante"*, in *Quad. cost.*, 1, 2010, p. 148 ss.
- WEIMAN HANKS L., *Justice Souter: Defining "Substantive Neutrality" in an Age of religious Politics*, in *Stanford Law Review*, 48(4), 1996, 903 ss.
- WEST M.S., *The Historical Roots of Affirmative Action*, in *La Raza Law Journal*, 10, 1998, p. 607ss.
- WHEELER L., *Single-Sex State Nursing Schools and the U.S. Constitution: Mississippi University for Women v. Hogan*, in *Population Research and Policy Review*, 2(2), 1983, p. 131 ss.
- WHITE A.J., *Antonin Scalia, Legal Educator*, in *National Affairs*, 51, spring 2022.
- WHITE R.C.A., BOUSSIAKOU I., *Separate Opinions in the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 9, 2009, p. 37 ss.
- WHITTINGTON K., *The trouble with banning critical race theory*, in *www.areomagazine.com*, 16 June 2021.
- WILDHABER L., *Opinions dissidentes et concordantes de juges individuels à la Cour européenne des droits de l'homme*, in R.J. DUPUY (a cura di), *Mélanges en l'honneur de N. Valticos*, A. Pedone, Paris, 1999, p. 529 ss.
- WILDHABER L., *Constitutional Future for the European Court of Human Rights?*, in *Human Rights Law Journal*, 23, 2002, p. 161 ss.
- WILDHABER L., *Un avenir constitutionnel pour la Cour européenne des droits de l'homme?*, in *Revue universelle des droits de l'homme*, 2002, p. 1 ss.
- WOELK J., PALERMO F., *Diritto costituzionale comparato dei gruppi e delle minoranze*, CEDAM, Padova, 2008.
- WOELK J., *Articolo 2, Protocollo n. 1*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, CEDAM, Padova, 2012, p. 814 ss.
- YOSSO T.J., *Whose culture has capital? A critical race theory discussion of community cultural wealth*, in *Race, Ethnicity and Education*, 8(1), 2005, p. 69 ss.
- ZAGREBELSKY G., *Intervento*, in A. ANZON (a cura di), *L'opinione dissenziente. Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 5 e 6 novembre 1993*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 155 ss.
- ZANON N., *Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale", interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista AIC*, 4, 2017.
- ZANON N., *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *Federalismi.it*, 3, 2021, p. 86 ss.

- ZINK J.R., SPRIGGS II J.F., SCOTT J.T., *Courting the Public: The Influence of Decision Attributes on Individuals' Views of Court Opinions*, in *The Journal of Politics*, 71(3), 2009, p. 909 ss.
- ZO BELL K.M., *Division of Opinion in the Supreme Court. A History of Judicial Disintegration*, in *Cornell Law Review*, 44, 1959, p. 186 ss.
- ZO BELL K.M., *L'espressione di giudizi separati nella Suprema Corte: storia della scissione della decisione giudiziaria*, in C. MORTATI (a cura di), *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, Giuffrè, Milano, 1964, p. 61 ss.
- ZORZI GIUSTINIANI A. (a cura di), *Diritti fondamentali e interessi costituiti: W.H. Taft Presidente della Corte Suprema degli Stati Uniti (1921-1930)*, Giuffrè, Milano, 2006.
- ZUCCA L., *A Secular Europe: Law and Religion in the European Constitutional Landscape*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- ZUCCA L., *Lautsi: A Commentary on a decision by the ECtHR Grand Chamber*, in *International Journal of Constitutional Law*, 11(1), 2013, p. 218 ss.
- ZUPANČIČ B., *The Owlets of Minerva. Human Rights in the Practice of the European Court of Human Rights*, Eleven International Publishing, The Hague, 2012.
- ZUPANČIČ B., *The Owl of Minerva: Essays on Human Rights*, Eleven International Publishing, Utrecht, 2008.

Finito di stampare nel mese di maggio 2023
nella Stampatre s.r.l. di Torino
Via Bologna, 220

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

PUBBLICAZIONI DEL DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO ITALIANO E SOVRANAZIONALE

Studi di diritto pubblico

Per i tipi di Giuffrè

1. VITTORIO ITALIA, *Libertà e segretezza della corrispondenza e delle comunicazioni*, 1963, pp. XXII-348.
2. ROBERTO GIANOLIO, *Le occupazioni d'urgenza*, 1963, pp. VII-226.
3. VITTORIO ITALIA, *La denominazione nel diritto pubblico*, 1966, pp. XVII-209.
4. VALERIO ONIDA, *Le leggi di spesa nella Costituzione*, 1969, pp. IV-892.
5. VITTORIO ITALIA, *Gli statuti nel diritto pubblico*. vol. I, *Potestà e norma statutaria*, 1974, pp. XXVI-430.
6. CARLO EMILIO TRAVERSO, *Il partito politico nella Costituzione italiana*, 1969.
7. PIETRO GIUSEPPE GRASSO, *Il principio nullum crimen sine lege nella Costituzione italiana*, 1972, pp. XII-372.
8. RICCARDO VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, 1971, pp. VIII-636.
9. VITTORIO ITALIA, *Le disposizioni di principio stabilite dal legislatore*, 1970, pp. XVI-366.
10. GIANFRANCO MOR, *Le sanzioni disciplinari ed il principio nullum crimen sine lege*, 1970, ristampa 1974, pp. VIII-224.
11. VITTORIO ITALIA, *La deroga nel diritto pubblico*, 1977, pp. XII-257.
12. RICCARDO VILLATA, *Autorizzazioni amministrative e iniziativa economica privata*, 1974, pp. VIII-212.
13. GIANFRANCO MOR, *Profili dell'amministrazione regionale*, 1974, pp. VIII-244.
14. ALDO BARDUSCO, *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, 1974, pp. VIII-404.
15. GUIDO GRECO, *Provvedimenti amministrativi costitutivi di rapporti giuridici tra privati*, 1977, pp. IV-406.
16. CARLO EMILIO TRAVERSO, *La tutela costituzionale della persona umana prima della nascita*, 1977, pp. IV-252.
17. ALDO BARDUSCO, *Lo stato regionale italiano*, 1980, pp. IV-252.
18. RICCARDO VILLATA, «Disapplicazione» dei provvedimenti amministrativi e processo penale, 1980, pp. IV-176.
19. GUIDO GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, 1980, pp. IV-256.
20. MARIA LUISA MAZZONI HONORATI, *Il referendum nella procedura di revisione costituzionale*, 1982, pp. VIII-168.
21. CARLO EMILIO TRAVERSO, *Partito politico e ordinamento costituzionale*, 1983, pp. IV-280.
22. ERMINIO FERRARI, *I servizi sociali*, vol. I, 1986, pp. XVI-276.
23. ENZO BALBONI-FABRIZIO D'ADDABBO-ANTONIO D'ANDREA-GIOVANNI GUIGLIA, *La difficile alternanza. Il sistema parlamentare italiano alla prova (1985-1987)*, 1988, pp. XVI-236.
24. CARLO ENRICO PALIERO-ALDO TRAVI, *La sanzione amministrativa*, 1988, pp. XVI-356.
25. MARCO SICA, *Effettività della tutela giurisdizionale e provvedimenti d'urgenza*, 1991, pp. XII-352.
26. GIOVANNI BOGNETTI, *La cultura giuridica e le facoltà di giurisprudenza a Milano nel secolo ventesimo*, 1991, pp. X-198.
27. SERENA MANZIN MAESTRELLI, *Il partito politico nella giurisprudenza del tribunale costituzionale federale tedesco*, 1991, pp. VIII-156.

28. MARTA CARTABIA, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo*, 1991, pp. VI-138.
29. GIOVANNI BOGNETTI, *Europa in crisi*, 1991, pp. VIII-184.
30. MARILISA D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, 1993, pp. XIV-182.
31. GIOVANNI BOGNETTI, *La costituzione economica italiana. Interpretazione e proposta di riforma*, 1993, pp. X-206.
32. MARILISA D'AMICO, *Donna e aborto nella Germania riunificata*, 1994, pp. VIII-286.
33. GABRIELLA MANGIONE, *La revisione del Grundgesetz in materia di asilo*, 1994, pp. X-106.
34. GIOVANNI BOGNETTI, *Costituzione, televisione e legge antitrust*, 1996, pp. VI-136.
35. LUCA ANTONINI, *Dovere tributario, interesse fiscale e diritti costituzionali*, 1996, pp. XII-446.
36. EUGENIO BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazioni e privati*, 1996, pp. X-352.
37. MAURIZIO CAFAGNO, *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi. Fini pubblici e reazioni di mercato*, 1996, pp. VIII-360.
38. MARCO BIGNAMI, *Costituzione flessibile, costituzione rigida e controllo di costituzionalità in Italia (1848-1956)*, 1997, pp. VIII-242.
39. GIOVANNI BOGNETTI, *Lo stato e i gruppi di interesse negli ordinamenti borghesi*, 1998, pp. XII-182.
40. MARGHERITA RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, 1998, pp. XII-524.
41. *Norme di correttezza costituzionale, convenzioni ed indirizzo politico*. Atti del Convegno organizzato in ricordo del Prof. Paolo Biscaretti di Ruffia, a cura di Gianfranco Mor, Stefania Ninatti, Quirino Camerlengo e Giulio Enea Vigevani, 1999, pp. VIII-194.
42. GABRIELLA MANGIONE, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale tedesco*, 1999, pp. X-262.
43. ALESSANDRA CONCARO, *Il sindacato di costituzionalità sul decreto-legge*, 2000, pp. X-198.
44. MARIA ELENA GENNUSA, *La posizione costituzionale dell'opposizione*, 2000, pp. X-316.
45. LUCA ANTONINI, *Il regionalismo differenziato*, 2000, pp. XII-418.
46. *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*. Atti del Convegno - Milano, 16-17 marzo 2000, a cura di Nicolò Zanon e Francesca Biondi, introduzione di Gustavo Zagrebelsky, 2001, pp. XVI-302.
47. MIRYAM IACOMETTI, *I Presidenti di Assemblea parlamentare*, 2001, pp. X-518.
48. *Studi in onore di Umberto Pototschnig*, voll. I e II, 2002, pp. X-1602.
49. *Le trasformazioni dello stato regionale italiano. In ricordo di Gianfranco Mor*, a cura di Vittorio Angiolini, Lorenza Violini, Nicolò Zanon, 2002, pp. X-488.
50. QUIRINO CAMERLENGO, *I fatti normativi e la certezza del diritto costituzionale*, 2002, pp. XIV-444.
51. GIUSEPPE MONACO, *Pubblico ministero ed obbligatorietà dell'azione penale*, 2003, pp. XIV-412.
52. WLADIMIRO TROISE MANGONI, *L'opposizione ordinaria del terzo nel processo amministrativo*, 2004, pp. X-350.
53. FRANCESCO GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, 2004, pp. X-396.
54. STEFANIA NINATTI, *Giudicare la democrazia? Processo politico e ideale democratico nella giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea*, 2004, pp. XIV-324.
55. *L'incerto federalismo. Le competenze statali e regionali nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di Nicolò Zanon e Alessandra Concaro, 2005, pp. VI-424.
56. *Itinerari di sviluppo del regionalismo italiano*. Primo Incontro di Studio "Gianfranco Mor" sul diritto regionale, a cura di Lorenza Violini, con la collaborazione di Quirino Camerlengo, 2005, pp. X-590.
57. *La giustizia costituzionale ed i suoi utenti*. Atti del Convegno internazionale in onore del prof. Valerio Onida - Milano, 15 aprile 2005, a cura di Pasquale Pasquino e Barbara Randazzo, 2006, pp. X-192.

58. QUIRINO CAMERLENGO, *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, 2007, pp. X-358.
59. MARCO CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, 2007, pp. XVI-590.
60. MONICA DELSIGNORE, *La compromettibilità in arbitrato nel diritto amministrativo*, 2007, pp. XIV-306.
61. PAOLO PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, 2007, pp. XVI-698.
62. SARA VALAGUZZA, *La frammentazione della fattispecie nel diritto amministrativo a conformazione europea*, 2008, pp. XXXII-422.
63. LUCA BERTONAZZI, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: persistente attualità e problemi irrisolti del principale istituto di amministrazione giustiziale*, 2008, pp. X-324.
64. BARBARA RANDAZZO, *Diversi ed uguali. Le confessioni religiose davanti alla legge*, 2008, pp. XX-456.
65. *Come decidono le Corti Costituzionali (e altre Corti) - How Constitutional Courts make decisions*. Atti del Convegno internazionale svoltosi a Milano, il 25-26 maggio 2007, a cura di Pasquale Pasquino e Barbara Randazzo, 2009, pp. VIII-232.
66. GIUSEPPE PERICU, *Scritti scelti*, 2009, pp. VI-956.
67. STEFANO CATALANO, *La "presunzione di consonanza". Esecutivo e Consiglio nelle Regioni a statuto ordinario*, 2010, pp. VIII-392.
68. IRENE PELLIZZONE, *Contributo allo studio sul rinvio presidenziale delle leggi*, 2011, pp. XVIII-318.
69. *Verso il decentramento delle politiche di welfare*. Incontro di studio "Gianfranco Mor" sul diritto regionale, a cura di Lorenza Violini, 2011, pp. VIII-504.
70. MONICA DELSIGNORE, *Il contingentamento dell'iniziativa economica privata. Il caso non unico delle farmacie aperte al pubblico*, 2011, pp. VIII-208.
71. SARA VALAGUZZA, *Società miste a partecipazione comunale. Ammissibilità e ambiti*, 2012, pp. X-214.
72. WLADIMIRO TROISE MANGONI, *Il potere sanzionatorio della CONSOB. Profili procedurali e strumentali rispetto alla funzione regolatoria*, 2012, pp. VIII-248.
73. FRANCESCA BIONDI, *Il finanziamento pubblico dei partiti politici. Profili costituzionali*, 2012, pp. XIV-232.
74. BARBARA RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, 2012, pp. X-270.
75. GIUSEPPE ARCONZO, *Contributo allo studio sulla funzione legislativa provvedimento*, 2013, pp. XIV-376.
76. LUCA PIETRO VANONI, *Laicità e libertà di educazione. Il crocifisso nelle aule scolastiche in Italia e in Europa*, 2013, pp. VIII-318.
77. BENEDETTA VIMERCATI, *Consenso informato e incapacità. Gli strumenti di attuazione del diritto costituzionale all'autodeterminazione terapeutica*, 2014, pp. X-346.
78. ELISA FAGNANI, *Tutela dei diritti fondamentali e crisi economica: il caso dell'istruzione. Stato di attuazione, funzioni amministrative e finanziamento del sistema*, 2014, pp. XII-412.
79. *Scritti scelti di Giovanni Bognetti*, a cura di Miryam Iacometti, 2015, pp. XXXVI-530.
80. PAOLO PROVENZANO, *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo. Fra diritto interno e diritto dell'Unione europea*, con prefazione di Diana-Urania Galetta, 2015, pp. XX-332.
81. *Il controllo preventivo dei trattati dell'Unione europea*. Atti del Convegno tenutosi a Milano il 28 maggio 2014, a cura di Nicolò Zanon, 2015, pp. XII-202.
82. STEFANIA LEONE, *Contributo allo studio dello scioglimento anticipato nel sistema costituzionale*, 2016, pp. X-394.
83. ALESSANDRA OSTI, *Teoria e prassi dell'access to Justice. Un raffronto tra ordinamento nazionale e ordinamenti esteri*, 2016, pp. X-238.
84. ANNALISA NEGRELLI, *Accesso al mercato e autorizzazioni amministrative nazionali*, 2016, pp. XLII-450.
85. ANTONIA BARAGGIA, *L'autonomia universitaria nel quadro costituzionale italiano ed europeo. Già e non ancora ...*, 2016, pp. XII-268.

86. SARA VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, 2016, pp. XIII-348.
87. BENEDETTA LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, 2017, pp. XVI-772.
88. FILIPPO ROSSI, *La costruzione giuridica del licenziamento. Legislazione, dottrina e prassi fra XIX e XX secolo*, 2017, pp. X-322.
89. *Il diritto all'acqua*, a cura di Lorenza Violini e Barbara Randazzo, 2017, pp. VI-282.
90. FEDERICO GAFFURI, *Il principio di non contestazione nel processo amministrativo*, 2018, pp. XVI-304.

Per i tipi di Giappichelli

91. GIADA RAGONE, *Eine empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, 2020, pp. X-246.
92. LORENZA VIOLINI, *Una forma di Stato a regionalismo differenziato? Percorsi e argomenti per l'attuazione dell'art. 116, III comma, Cost.*, 2021, pp. XVIII-286.
93. *La Costituzione non odia. Conoscere, prevenire e contrastare l'hate speech on line*, a cura di Marilisa D'Amico e Cecilia Siccardi, 2021, pp. XXII-234.
94. GIULIA FORMICI, *La disciplina della data retention tra esigenze securitarie e tutela dei diritti fondamentali. Un'analisi comparata*, 2021, pp. XIV-434.
95. AA.VV., *Cinquant'anni dopo. L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato. Scritti di diritto processuale amministrativo dedicati a Riccardo Villata*, 2021, pp. XIV-274.
96. ELISABETTA CRIVELLI, *Il contributo dei Protocolli nn. 15 e 16 Cedu al processo di riforma della Corte di Strasburgo*, 2021, pp. X-142.
97. MARCO ANTONIOLI, *Rapporto senza potere e tutela dell'affidamento. Le nuove frontiere della responsabilità civile della P.A.*, 2022, pp. XVI-208.
98. BENEDETTA LIBERALI, *Un processo bifronte. Stato e Regioni davanti alla Corte costituzionale*, 2022, pp. XXXII-400.
99. *Diritto e valutazioni scientifiche*, a cura di Benedetta Liberali e Lavinia Del Corona, 2022, pp. XXVI-518.
100. LAVINIA DEL CORONA, *Libertà della scienza e politica. Riflessioni sulle valutazioni scientifiche nella prospettiva del diritto costituzionale*, 2022, pp. XVI-312.
101. ANTONIA BARAGGIA, *Stati Uniti e Irlanda. La regolamentazione dell'aborto in due esperienze paradigmatiche*, Seconda edizione, 2022, pp. X-214.
102. FILIPPO ROSSI, *Ragionevoli dubbi. Percorsi storici del recesso unilaterale*, 2022, pp. XIV-314.
103. RAFFAELLA BIANCHI RIVA, *Lo scandalo tra alto medioevo e prima età moderna. Itinerari tra dimensione giuridica, politica e sociale*, 2022, pp. XII-316.
104. ANTONIA BARAGGIA, *La condizionalità come strumento di governo negli Stati compositi. Una comparazione tra Stati Uniti d'America, Canada e Unione europea*, 2023, pp. X-270.
105. *One health. Dal paradigma alle implicazioni giuridiche*, a cura di Lorenza Violini, 2023, pp. VIII-168.
106. SARA V. PARINI (a cura di), *Parole pericolose. Conflitto e bilanciamento tra libertà e limiti. Una prospettiva trasversale*, 2023, pp. XXVI-214.
107. DANIELE CAMONI, *Diritto all'istruzione e opinioni dissenzienti in prospettiva comparata*, 2023, pp. XII-324.