



UNIVERSITÀ
DI PAVIA

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
CORSO DI LAUREA MAGISTRALE A CICLO UNICO
IN GIURISPRUDENZA

LA LIBERTÀ DI RELIGIONE
E IL MARGINE DI APPREZZAMENTO STATALE
NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI STRASBURGO

Relatore: Chiar.ma Prof.ssa Federica Falconi

Correlatore: Chiar.mo Prof. Giovanni Andrea Sacco

Tesi di laurea di
Bianca Maurichi
Matr. 456236

Anno accademico 2024/2025

INDICE

INTRODUZIONE	6
CAPITOLO PRIMO	1
LA TUTELA DELLA LIBERTA' RELIGIOSA NEL QUADRO DELLA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI UMANI.....	1
SEZIONE I	1
L'ART 9, PAR. I CEDU	1
1. La libertà religiosa ex art. 9 della Convenzione europea dei diritti umani: il fondamento di una società democratica.....	1
1.1. La libertà religiosa nella dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948.	4
1.2. Il problema della titolarità del diritto in capo ai gruppi religiosi: dall'approccio formalistico a quello sostanziale.	7
1.3. Cos'è la religione: il problema della definizione.....	9
2. Una libertà a formazione progressiva: il contenuto dell'articolo 9.	11
2.1 <i>Freedom to adopt, change, manifest a religion or belief</i> : il profilo positivo della libertà religiosa	14
2.2 La portata dell'elencazione al primo paragrafo	16
2.3 I diritti a contenuto negativo: il riconoscimento implicito.	16
3. I diritti interconnessi della Convenzione: gli artt. 8-11 CEDU	18
4. Il divieto di discriminazione su base religiosa: l'art. 14 della Convenzione	21
SEZIONE II	22
I LIMITI ALLA MANIFESTAZIONE DELLA LIBERTÀ RELIGIOSA SECONDO LA CLAUSOLA DI LIMITAZIONE DI CUI ALL' ART. 9 CEDU.....	22
1. La struttura articolata della libertà religiosa.	22

2. L'elaborazione della Corte europea dei diritti umani sulla clausola di limitazione di cui all'arti. 9, per. 2 CEDU.....	27
2.1 Pubblica sicurezza	28
2.2. L'ordine pubblico.....	29
2.3 Salute o morale pubbliche.	30
2.4. Le misure necessarie alla protezione dei diritti e delle libertà altrui. ..	32
SEZIONE III:.....	35
IL RUOLO DELLO STATO	35
1. Neutralità statale come <i>multi-layered concept</i>	35
2. La natura degli obblighi statali	38
2.1 Gli obblighi negativi	40
2.2 Gli obblighi positivi	43
CAPITOLO SECONDO	44
IL MARGINE DI APPREZZAMENTO STATALE IN RAPPORTO ALLA GARANZIA APPRESTATA ALLA LIBERTÀ RELIGIOSA DALL'ART 9 CEDU.....	44
SEZIONE I	45
LA DOTTRINA DEL MARGINE DI APPREZZAMENTO STATALE.....	45
1. La dottrina del margine di apprezzamento statale: natura e definizione dell'istituto.....	45
1.1 La genesi della teoria: la clausola di deroga di cui all'art. 15.	49
1.2 Il caso <i>Grecia c. Regno Unito</i>	54
2. Lo sviluppo della dottrina del margine di apprezzamento statale: l'estensione ai diritti fondamentali: il caso <i>Handyside c. Regno Unito</i>	63
3. I diritti fondamentali soggetti a limitazioni: artt. 8-11 CEDU: il caso <i>Dickson c. Regno Unito</i>	65
SEZIONE II	67
LA SUPERVISIONE DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI UMANI	67

1. Il principio di sussidiarietà e il margine di apprezzamento statale: la presunzione della <i>better position</i> dello Stato.....	67
2. Il principio del <i>consensus europeo</i> : definizione e criteri di valutazione ai fini di valutarne la sussistenza.....	69
2.1 Il rapporto di proporzionalità inversa tra margine di apprezzamento e <i>consensus</i>	72
2.2 La tendenza alla presunzione di proporzionalità delle misure: il margine di apprezzamento come alibi per evitare un controllo in concreto.....	73
SEZIONE III.....	75
L'AMPIO MARGINE DI APPREZZAMENTO STATALE: AMBIVALENZE DELLA CORTE IN MATERIA DI OSTENSIONE DI SIMBOLI RELIGIOSI.....	75
1. La crisi del principio di laicità, verso una laicità post secolare. Un' introduzione al caso <i>Lautsi c. Italia</i>	75
2. Il caso <i>Leyla Sahin c. Turchia</i> : quando un simbolo religioso diventa politico.	82
2.1. Il caso <i>Dalhab c. Svizzera</i> : un'introduzione al concetto di “simbolo esteriore forte”	86
2.2. La controversa distinzione tra simboli attivi e passivi: il confronto tra i casi <i>Dahlab c. Svizzera, c. Turchia e Lautsi c. Italia</i>	87
CAPITOLO TERZO.....	91
IL CASO <i>S.A.S. C. FRANCIA</i>	91
SEZIONE I	92
«AFFAIRES DE BURQA»	92
1. La legge francese n. 1192 del 2010: il divieto di coprire il volto nello spazio pubblico nel <i>leading case S.A.S. c. Francia</i>	92
1.1. Il dibattito sulla legittimazione ad agire: la qualità vittima diretta e di vittima potenziale.	94
1.2 ... (Segue) il dilemma tra rispetto della legge e rispetto della propria dimensione interiore: i precedenti <i>Dudgeon c. Regno Unito</i> e <i>Norris c. Irlanda</i> . .	96

2. La valutazione della Grande Camera: la previsione per legge, il perseguimento di uno scopo legittimo e la necessità in una società democratica. ...	100
SEZIONE II	107
IL CRITERIO DEL ‘ <i>VIVRE ENSEMBLE</i> ’	107
1. Il giudizio di necessità di una società democratica e il fine legittimo della tutela delle libertà e dei diritti altrui.	107
1.1 Il rapporto tra la protezione dei diritti e delle libertà altrui e <i>vivre ensemble</i> : la vaghezza di quest’ultimo bene.....	109
1.2. Le opinioni parzialmente dissenzienti dei giudici <i>Nusserberg</i> e <i>Jaderblom</i>	111
3. La protezione dei diritti e delle libertà altrui: verso un pluralismo escludente.	122
OSSERVAZIONI CONCLUSIVE.....	125
1. Considerazioni conclusive sull’adeguatezza del margine di apprezzamento statale adoperato dalla Corte europea dei diritti umani in relazione alla libertà d’abbigliamento religioso.	125
BIBLIOGRAFIA	131

INTRODUZIONE

Il presente lavoro si propone di offrire un'analisi avente ad oggetto uno dei valori fondamentali delle società democratiche, ossia la libertà religiosa.

Il Capitolo I illustra approfonditamente il contenuto, la struttura e la sfera di tutela dell'articolo 9 della Convenzione europea dei diritti umani, che sancisce la libertà di pensiero, coscienza e religione.

Oltre alla disciplina convenzionale, viene esaminata in maniera sintetica la libertà religiosa consacrata dall'art. 18 della Dichiarazione universale dei diritti umani, in virtù del ruolo archetipico che ha assunto rispetto a numerosi trattati di tutela internazionale dei diritti umani. Il confronto tra le due norme, che sono quasi sovrapponibili, rivela nondimeno elementi di differenziazione non trascurabili.

Successivamente la trattazione si incentra sul contenuto della libertà religiosa, analizzandone contenuto, manifestazioni e limitazioni.

Relativamente a quest'ultimo aspetto vengono approfondite le ragioni che legittimino la compressione della libertà religiosa, nonché le condotte che rispetto ad essa gli Stati nazionali devono adottare

Nel Capitolo II l'attenzione si concentra sulla dottrina del margine di apprezzamento statale identificandone genesi, natura, funzioni e criticità.

In primo luogo, si ripercorre l'evoluzione dell'istituto grazie ad una breve ricognizione giurisprudenziale, mentre successivamente pongono in rilievo gli elementi che incidono sul funzionamento dello strumento, con particolare approfondimento del principio di sussidiarietà, nonché al *consensus europeo*.

Una cospicua parte del capitolo è dedicata all'esame delle problematiche che questi elementi talvolta possono far sorgere. In particolare, ci si sofferma sul tema degli indumenti religiosi e dell'impatto che gli istituti già menzionati possono avere in un ambito così frammentato e soggetto a considerazioni di carattere politico.

L'analisi s'incentra sulla discussione di tre casi esaminati dalla Corte europea dei diritti umani: il caso *Leyla Sahin c. Francia*, il caso *Dahlab c. Svizzera* e il caso *Lautsi c. Italia*. Dall'esame dei casi emerge il ricorso ad un *doppio standard* di giudizio ad opera della Corte di Strasburgo che riguarda *hijab* e crocifisso. Tale discriminazione di giudizio è ascrivibile anche al conferimento di un ampio margine di discrezionalità agli Stati membri, ritenuti più idonei a regolare delicati scontri di interessi all'interno delle realtà

nazionali. Infine, il Capitolo III prende le mosse dall'analisi del caso *SAS c. Francia*, consentendo di svolgere una riflessione sulla legittimità della legge francese 1192 del 2010. Tale testo normativo, esito di un acceso dibattito sul velo integrale proibisce di coprire il volto on indumenti nei luoghi pubblici per tutelare il bene del *vivre ensemble*. Quest'ultimo concetto di difficile definizione ha sollevato numerosi interrogativi in merito alla sua legittimità. L'intera trattazione del terzo capitolo verte sull'analisi degli elementi dell'*iter* seguito dalla Grande Camera che ha portato all'accoglimento del criterio. In particolare, ci si sofferma sul ruolo che il margine di apprezzamento statale, unito alla valutazione relativa all'esistenza di un *consensus* europeo in materia, ha rivestito nella decisione della Corte europea di accoglimento della prospettiva governativa. In secondo luogo, ci si sofferma sulle conseguenze che tale accoglimento reca con sé, soprattutto rispetto all'efficacia del disposto convenzionale, nonché agli effetti pregiudizievoli per le minoranze. Viene anche analizzata l'opposta posizione assunta dal Comitato dei diritti umani delle Nazioni unite, che propone una prospettiva alternativa e critica al criterio del vivere insieme. Infine, alcune brevi riflessioni vertono sulle problematiche sollevate dal *leading case SAS c. Francia*, nonché sulle prospettive future per fare fronte ad esse.

CAPITOLO PRIMO

LA TUTELA DELLA LIBERTÀ RELIGIOSA NEL QUADRO DELLA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI UMANI

SOMMARIO: SEZIONE I: L' ART. 9, PAR. I CEDU. – 1. La libertà religiosa ex art. 9 della Convenzione europea dei diritti umani: il fondamento di una società democratica. – 1.1. La libertà religiosa nella dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948. – 1.2. Il problema della titolarità del diritto in capo ai gruppi religiosi: dall'approccio formalistico a quello sostanziale – 1.3. Cos'è la religione: il problema della definizione – 2. Una libertà a formazione progressiva: il contenuto dell'articolo 9. – 2.1. *Freedom to adopt, change, manifest a religion of belief*: il profilo positivo della libertà religiosa. – 2.2. Approfondimento sulla portata dell'elencazione al primo paragrafo. – 2.3 I diritti a contenuto negativo: il riconoscimento implicito. – 3. I diritti interconnessi della Convenzione: gli artt. 8-11 CEDU. – 4. Il divieto di discriminazione su base religiosa: l'art. 14 della Convenzione. SEZIONE II: ART 9 PARAGRAFO II CEDU: I LIMITI ALLA MANIFESTAZIONE DELLA LIBERTÀ. – 1. La struttura articolata della libertà religiosa. – 2. L'elaborazione della Corte europea dei diritti umani sulla clausola di limitazione di cui all'arti. 9, per. 2 CEDU. – 2.1. Pubblica sicurezza. – 2.2. Ordine pubblico. – 2.3. Salute o morale pubbliche. – 2.4 Le misure necessarie alla protezione dei diritti e delle libertà altrui. – 3. Le libertà condizionate: un confronto tra clausole restrittive. SEZIONE III: IL RUOLO DELLO STATO. – 1. Neutralità statale come *multi-layered concept*. – 2. La natura degli obblighi statali. – 2.1 Gli obblighi negativi. – 2.2 Gli obblighi positivi.

SEZIONE I

L' ART 9, PAR. I CEDU

1. La libertà religiosa ex art. 9 della Convenzione europea dei diritti umani: il fondamento di una società democratica.

La libertà religiosa è uno dei valori fondamentali delle società democratiche occidentali, la cui tutela rappresenta l'epilogo di secoli di conflitti, emarginazioni ed eventi storici drammatici a danno delle minoranze.

Il diritto a aderire e di professare o meno un culto, associato al divieto di subire discriminazioni sulla base di tale scelta personale, è uno dei presidi del pluralismo, nonché un indicatore di rispondenza ai principi di democrazia da parte di uno Stato¹.

¹ ZAGREBELSKY V., CHENAL R., TOMASI L., *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Torino, Il Mulino, 2022, p. 351,

Oggi sono numerosi gli strumenti internazionali di origine pattizia che riconoscono e proteggono la libertà religiosa²; tuttavia, ai fini della seguente dissertazione appare rilevante il riferimento alla Convenzione europea dei diritti umani, firmata a Roma nel 1950³.

L'articolo 9 della Convenzione sancisce il diritto di ogni persona alle libertà «di pensiero, di coscienza e di religione».

La norma si sviluppa in due paragrafi, il primo dei quali opera il riconoscimento del diritto di religione e ne definisce contenuto e manifestazioni.

«Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; this right includes freedom to change his religion or belief and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief, in worship, teaching, practice and observance.»

Il secondo paragrafo enuclea le motivazioni in astratto che legittimano le ingerenze statali nell'esercizio del diritto in questione da parte dei cittadini. Tale disposizione costituisce una clausola di restrizione, elemento ricorrente negli articoli della Convenzione deputati alla disciplina delle libertà personali.

«Freedom to manifest one's religion or beliefs shall be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of public safety, for the protection of public order, health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others».

Questa norma consente di bilanciare gli interessi individuali dei cittadini con gli interessi degli Stati aderenti entro confini espressamente e tassativamente delineati, il cui rispetto è salvaguardato dal controllo esercitato da un organismo giurisdizionale ad hoc: la Corte europea dei diritti umani⁴.

² I principali strumenti di tutela dei diritti umani internazionali di carattere generale sono: la Dichiarazione Universale dei diritti umani, adottata nel 1948; il Patto internazionale dei diritti civili e politici ed il Patto internazionale sui diritti economici sociali e culturali, adottati nel 1966 nel contesto dell'Organizzazione delle Nazioni Unite ed entrati in vigore nel 1976; la Dichiarazione sull'eliminazione di tutte le forme di intolleranza e di discriminazione fondate sulla religione o sul credo approvata nel 1981.

Rispetto a quest'ultimo atto è stata istituita con la risoluzione 1986/20 la figura del Rappresentante speciale sulla libertà religiosa e di credo, esperto indipendente che ha il compito di individuare minacce attuali e potenziali al godimento della libertà religiosa e formulare raccomandazioni per arginare questi pericoli.

³ La Convenzione Europea dei diritti umani, invece, è uno strumento internazionale di tutela dei diritti fondamentali a carattere regionale. Altri importanti strumenti a carattere regionale sono: la Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, del 1981; la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2000; la Convenzione americana sui diritti umani, del 1969; la Carta araba, del 2004.

⁴ Su nascita ed evoluzione della Corte si veda M. TOSCANO, *Il fattore religioso nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Itinerari giurisprudenziali*, Pisa, Edizioni ETS, 2018, p. 32-55.

Infatti, l'effettività delle posizioni giuridiche riconosciute e tutelate dalla Convenzione europea dei diritti umani viene garantita dall'istituzione di un sistema di controllo giurisdizionale al quale i cittadini degli Stati aderenti possono adire⁵, affinché si giunga ad una pronuncia sulla sussistenza o meno di violazioni della Convenzione da parte delle Alte Parti contraenti⁶.

La prima condanna per la violazione dell'art. 9 nei confronti di uno Stato aderente è stata pronunciata dalla Corte europea dei diritti umani nel *leading case Kokkinakis c. Grecia*⁷, risalente al 1993.

Il ricorrente Minas Kokkinakis, testimone di Geova, era stato arrestato più di sessanta volte e incarcerato in svariate occasioni per il reato di proselitismo, condotta criminosa prevista da due leggi greche rispettivamente del 1938 e del 1939 e dalla Costituzione ellenica. Il signor Kokkinakis rivendicava dinnanzi alla Corte di Strasburgo la violazione degli articoli 7 (*nulla poena sine lege*), 9 (libertà di pensiero, di coscienza e di religione) in combinato disposto con l'art 14 (divieto di discriminazione) e 10 (libertà di espressione).¹⁰

I giudici della Corte europea dei diritti umani hanno riscontrato la sola violazione dell'articolo 9 CEDU nella misura in cui «[t]he contested measure therefore does not appear to have been proportionate to the legitimate aim pursued or, consequently, necessary in a democratic society ... for the protection of the rights and freedoms of others.»⁸.

Quindi la Corte ha riscontrato dei profili di illegittimità della misura statale sotto il profilo della proporzionalità rispetto agli obiettivi perseguibili in base alla legge⁹.

Allo stesso tempo è stata affermata la compatibilità tra normativa statale che prescrive il divieto di proselitismo e art. 9: è la sproporzione nel rapporto tra misura in concreto e

⁵ I ricorsi dinnanzi alla Corte Europea dei diritti umani si distinguono i ricorsi interstatali e ricorsi individuali a seconda che vengano proposti rispettivamente da uno Stato membro o da un cittadino di uno Stato aderente. All'art 33 CEDU viene previsto che: «[o]gni Alta Parte contraente può deferire alla Corte qualunque inosservanza delle disposizioni della Convenzione e dei suoi Protocolli che essa ritenga possa essere imputata a un'altra Alta Parte contraente». L'articolo 34 disciplina invece il ricorso individuale che può avvenire «da parte di una persona fisica, un'organizzazione non governativa o un gruppo di privati che sostenga d'essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi protocolli». Il medesimo articolo dispone l'obbligo in capo agli Stati aderenti di «non ostacolare con alcuna misura l'esercizio effettivo di tale diritto.».

⁶ All'articolo 19 della Convenzione viene delineata la funzione della Corte, istituita «[p]er assicurare il rispetto degli impegni derivanti alle Alte Parti contraenti dalla presente Convenzione e dai suoi Protocolli».

⁷ S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, CEDAM, 2012, p.371.

⁸ Corte EDU *Kokkinakis c. Grecia*, ric. 14307/88, sent. 25 maggio 1993.

⁹ Il riferimento è il secondo paragrafo dell'articolo 9.

obiettivo perseguito che genera il pregiudizio al godimento della libertà da parte del ricorrente¹⁰.

Con la sentenza *Kokkinakis* si inizia ad affrontare la questione della definizione di proselitismo¹¹, poiché proprio in questa circostanza si afferma espressamente la sua riconduzione al novero delle attività che costituiscono manifestazione della libertà religiosa e in quanto tali meritevoli di tutela¹² e si cerca di delineare i confini della nozione.

Un ulteriore elemento evidenziato nella trattazione del caso è il ruolo rilevante che l'elemento religioso riveste rispetto all'identità della persona¹³, definito come vitale nella formazione della identità dei credenti e rispetto alla loro concezione di vita¹⁴.

Il tema assume importanza centrale anche e soprattutto nella giurisprudenza europea in materia di abbigliamento religioso.

1.1. La libertà religiosa nella dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948.

Come menzionato precedentemente, la libertà di religione viene protetta in numerosi atti internazionali a tutela dei diritti fondamentali.

Il primo documento su cui è opportuno soffermarsi, in ragione dell'influenza che ha esercitato sugli altri atti di diritto internazionale, è la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, adottata a Parigi dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1948.

¹⁰ *Idem*, parr. 48 - 50.

¹¹ Nella sentenza *Kokkinakis c Grecia*. La Corte ha definito il concetto di «proselitismo improprio» come una «corruption or deformation» della testimonianza evangelica cristiana. Il discrimine tra un'attività di evangelizzazione legittima, in quanto estrinsecazione del diritto di manifestare il proprio credo, risiede nella forza e nell'intento con i quali questa operazione viene effettuata. La Corte parla di «exerting improper pressure on people in distress or in need; it may even entail the use of violence or brainwashing; more generally, it is not compatible with respect for the freedom of thought, conscience and religion of others.».

¹² *Kokkinakis*, cit. par 31, ric. 14307/88, sent. 25 maggio 1993 «While religious freedom is primarily a matter of individual conscience, it also implies, inter alia, freedom to "manifest [one's] religion"».

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ «...one of the most vital elements that go to make up the identity of believers and their conception of life».

La Dichiarazione ha esercitato un ruolo determinante per la stipulazione del Patto Internazionale sui diritti civili e politici del 1966¹⁵ e della Convenzione europea dei diritti umani del 1950¹⁶.

Questo atto rappresenta il primo tentativo di conferire una tutela generalizzata e condivisa ai diritti umani, valorizzando la centralità e la dignità dell'essere umano, esigenza maturata a seguito del secondo conflitto mondiale.

Il primo riferimento alla libertà di credo compare nel preambolo della Dichiarazione, ove si afferma che «[l'] avvento di un mondo in cui gli esseri umani godano della libertà di parola e di credo e della libertà dal timore e dal bisogno» è «la più alta aspirazione dell'uomo»¹⁷.

La libertà religiosa trova poi specifica protezione all'articolo 18 dell'atto, che in primo luogo ne mette in luce la stretta correlazione con libertà di coscienza e pensiero, e successivamente procede ad elencarne le estrinsecazioni.

Sulla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo viene ricalcata la stessa Convenzione europea dei diritti umani¹⁸, fino a rendere i rispettivi testi quasi sovrapponibili: il primo paragrafo dell'articolo 9 della CEDU altro non è che una trasposizione della norma enunciata nell'articolo 18 della Dichiarazione¹⁹.

Sussistono, tuttavia, delle differenze non trascurabili tra i due atti, sia per quanto concerne la formulazione delle norme, sia sotto il profilo della forza giuridica che questi due strumenti esprimono²⁰.

Prendendo in considerazione la disciplina della libertà religiosa, una prima differenza attiene alla derogabilità delle previsioni dei rispettivi articoli. Mentre il secondo paragrafo dell'articolo 9 della Convenzione europea dei diritti umani elenca le motivazioni che legittimano restrizioni libertà da parte degli Stati aderenti, l'articolo 18 della

¹⁵ Adottato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con risoluzione 2200A (XXI) del 16 dicembre 1966.

¹⁶ Si veda G. GUNNER, *Religious Freedom as a Human Right*. In *Freedom of Religion and Religious Pluralism*, chapter 5, Leiden, The Netherlands: Brill | Nijhoff. 2023, p. 79 ss.

¹⁷ Preambolo Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo.

¹⁸ Il preambolo della Convenzione Europea dei diritti umani omaggia la Dichiarazione universale dei diritti umani: «[t]he Government signatory hereto, being members of the Council of Europe, Considering the Universal Declaration of Human Rights proclaimed by the General Assembly of the United Nations on 10th December 1948».

¹⁹ Art. 18, Dichiarazione Universale dei diritti umani: «Everyone has the right to freedom of opinion and expression; this right includes freedom to hold opinions without interference and to seek, receive and impart information and ideas through any media and regardless of frontiers».

²⁰ F. MARGIOTTA BROGLIO, *La protezione internazionale della libertà religiosa nella convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, Giuffrè Editore, 1967, pp 5-8.

Dichiarazione Universale dei diritti Umani non prevede una disciplina di deroga ad hoc per la libertà in questione.

Le uniche limitazioni all'esercizio delle prerogative ex art. 18 sono quelle riconducibili alle previsioni dell'articolo 29, che sancisce i doveri di ogni individuo «verso la comunità, nella quale soltanto è possibile il libero e pieno sviluppo della sua personalità. Nell'esercizio dei suoi diritti e delle sue libertà, ognuno deve essere sottoposto soltanto a quelle limitazioni che sono stabilite dalla legge per assicurare il riconoscimento e il rispetto dei diritti e delle libertà degli altri e per soddisfare le giuste esigenze della morale, dell'ordine pubblico e del benessere generale in una società democratica. Questi diritti e queste libertà non possono in nessun caso essere esercitati in contrasto con i fini e principi delle Nazioni Unite».

Pertanto, anche nel contesto della Dichiarazione Universale è possibile comprimere l'esercizio della libertà religiosa, sebbene sulla base di un regime derogatorio che ha portata generale, in quanto opera rispetto a tutte le libertà riconosciute dal testo.

Un' ulteriore differenza tra Dichiarazione Universale dei Diritti Umani e CEDU risiede nella diversa forza vincolante dei due atti.

La Convenzione europea dei diritti umani nasce fin dal principio dotata di forza vincolante, tanto da sottoporre i comportamenti degli Stati contraenti ad un controllo giurisdizionale creato ad hoc. Infatti, il sindacato della Corte europea dei diritti umani vigila sul rispetto della Convenzione attraverso un meccanismo azionabile dai singoli cittadini che si ritengono vittime di violazioni.

La Dichiarazione Universale, invece, non nasce come atto formalmente vincolante; tuttavia, alcune sue norme hanno assunto il rango di principi generali di diritto internazionale e come tali vincolano gli Stati soggetti di diritto internazionale²¹.

L' originaria assenza di vincolatività del documento era conseguenza della minore propensione degli Stati aderenti a rinunciare alla loro sovranità. La stessa enunciazione delle libertà sotto forma di principi non soggetti a limitazioni, unita all'assenza di un apposito organo giurisdizionale che vigilasse sul loro rispetto, costituivano argomenti a sostegno dell'esclusione del valore vincolante dell'atto.²²

²¹ R. PISILLO MAZZESCHI, *Diritto internazionale dei diritti umani – Teoria e Prassi*, Torino, Giappichelli, 2020

²² L. PINESCHI, *La Dichiarazione universale dei diritti umani, in La tutela internazionale dei diritti umani, norme, garanzie, prassi*, Milano, Giuffrè Editore, 2006. Pp 71-74.

1.2. Il problema della titolarità del diritto in capo ai gruppi religiosi: dall'approccio formalistico a quello sostanziale.

L'ampiezza della portata soggettiva dell'art. 9 della Convenzione ha subito un'evoluzione non sempre lineare, ricostruibile tramite uno sguardo alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani.

Se non è mai stata messa in dubbio la titolarità individuale di questo diritto, sia a livello sostanziale sia sul piano processuale, maggiori criticità si sono verificate rispetto alla titolarità collettiva della libertà.²³

Nonostante l'articolo 9 contempli espressamente l'esercizio collettivo della libertà di religione, solo recentemente è stato riconosciuto un autonomo diritto di religione in capo ai gruppi religiosi. A lungo, infatti, la Corte europea dei diritti umani ha ritenuto incompatibile con la concezione di gruppo la titolarità della libertà a causa della dimensione individuale nella quale sorge e si sviluppa.

La resistenza della Corte era dovuta anche alla difficoltà di individuare una definizione di gruppo religioso, imputabile non solo alla natura intima e individuale del fenomeno religioso, ma anche alla volontà di non cristallizzare l'esercizio collettivo della libertà di culto in una rigida definizione che impedisca l'adattamento del concetto a nuove realtà associative.²⁴

Lo sviluppo giurisprudenziale che ha condotto al riconoscimento della titolarità autonoma della libertà in capo ai gruppi si è imperniato sul piano della legittimazione processuale, trascurando a lungo la titolarità sostanziale del diritto.²⁵

Il primo fondamentale progresso è stato rappresentato dalla sentenza *X. E Church of Scientology c. Svezia* del 1979²⁶.

Nel caso di specie, uno dei ministri della Chiesa di Scientology in Svezia aveva adito la Corte europea dei diritti umani eccependo la violazione degli articoli 9, 10 e 14 come conseguenza dell'emanazione di un'ingiunzione della *Swedish Market Court* che proibiva la pubblicizzazione di uno strumento di rilevazione dei peccati noto come *E-meter*.

In questa occasione la Corte europea dei diritti umani ha attribuito le prerogative oggetto dell'art 9 anche ai gruppi religiosi; nondimeno, non si può parlare di titolarità diretta del

²³ C. MORINI, *La tutela dei diritti dei gruppi religiosi nel quadro della CEDU*, in A. SANTINI, M. SPATTI, (a cura di), *La libertà di religione in un contesto pluriculturale. Studi di diritto internazionale e dell'Unione europea*, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 2021.

²⁴ *Idem*, p. 63 s.

²⁵ *Idem* p. 66 – 70.

²⁶ *X. E Church of Scientology c. Svezia*, ric. 7805/77 dec. 5 maggio 1979.

diritto poiché essi agiscono unicamente in nome e per conto delle persone fisiche che li compongono e il godimento delle tutele ex articolo 9 risulta vincolato alla rappresentanza dei soggetti aderenti.²⁷

Il riconoscimento mediato, non diretto, e limitato al piano processuale del gruppo religioso viene riproposto a lungo dalla giurisprudenza europea in materia, reiterando un approccio formalistico che non considera il piano sostanziale nella titolarità del diritto²⁸.

La svolta è avvenuta nel 2000 con la sentenza *Hasan e Chaush c. Bulgaria*²⁹ che ha sviluppato e perfezionato un orientamento appena tracciato nel precedente caso *Serif c. Grecia*³⁰.

Il caso *Serif c. Grecia* riguarda la vicenda vissuta da un cittadino greco di religione musulmana, Ibrahim Serif, che era stato eletto mufti dalla comunità musulmana a seguito della morte del suo predecessore.

Lo Stato greco non aveva riconosciuto l'elezione in questione e Ibrahim Serif era stato condannato per usurpazione della carica di mufti e per averne indossato la veste, condotte punite rispettivamente dagli articoli 175 e 176 del Codice penale della Repubblica Ellenica.

Serif avanzava davanti alla Corte di Strasburgo la violazione degli articoli 9 e 10 della Convenzione da parte dello Stato greco.

La Corte, in realtà, ha rilevato unicamente la violazione del secondo paragrafo dell'art 9 della Convenzione europea in quanto la misura di cui Serif era destinatario non è stata ritenuta

«necessary in a democratic society ... for the protection of public order»³¹ e che più specificamente ha statuito che «punishing a person for merely acting as the religious leader of a group that willingly followed him can hardly be considered compatible with the demands of religious pluralism in a democratic society» e ancora che «the Court does not consider that, in democratic societies, the State needs to take measures to ensure that religious communities remain or are brought under a unified leadership».

²⁷ Si parla di *revirement* della Corte in quanto nella sentenza viene espressa chiaramente la volontà di mutare il proprio orientamento si veda M. TOSCANO cit. p. 119.

²⁸ Questo approccio ruotava attorno al concetto di vittima, qualità che deve sussistere nei soggetti proponenti il ricorso individuale ai sensi dell'art 34 della Convenzione Europea dei diritti umani. Si veda S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, cit. ss. 635 – 637.

²⁹ *Hasan e Chaush c. Bulgaria*, ric. 30985/96, 26 ottobre 2000.

³⁰ *Serif c. Grecia*, ric. 38178/97, sent. 14 dicembre 1999.

³¹ *Idem*, par. 54

Nel caso *Hasan e Chaush c. Bulgaria* la Corte Europea dei diritti umani formula più compiutamente l'orientamento accennato in *Serif c. Grecia*, asserendo inequivocabilmente l'autonoma, e non più mediata, esistenza dei gruppi religiosi quale elemento essenziale di una società democratica e a garanzia della tutela del singolo nel godimento individuale della libertà religiosa:

«the autonomous existence of religious communities is indispensable for pluralism in a democratic society and is thus an issue at the very heart of the protection which Article 9 affords. It directly concerns not only the organisation of the community as such but also the effective enjoyment of the right to freedom of religion by all its active members. Were the organisational life of the community not protected by Article 9 of the Convention, all other aspects of the individual's freedom of religion would become vulnerable³²».

Anche in questo caso i giudici della Corte hanno censurato l'ingiustificata ingerenza da parte del governo bulgaro nell'assetto dell'organizzazione religiosa con a capo il sig. Hasan poiché la misura restrittiva non è risultata prevista dalla legge³³

1.3. Cos'è la religione: il problema della definizione

L'obiettivo di realizzare una tutela pressoché omogenea dei diritti fondamentali si scontra con la varietà di concezioni statali degli stessi, in ragione delle differenze storiche e culturali che intercorrono tra Stati aderenti.

Perché la tutela della libertà religiosa ex articolo 9 sia effettiva, è necessario tracciare i confini di cosa può essere classificato come «religione o credenza» ai fini della Convenzione, posto che né all'interno del testo della Convenzione stessa, né nella giurisprudenza della Corte è possibile individuare una vera e propria definizione.

Questa omissione è volontaria: da un lato consente un'apertura all'evoluzione e alla nascita di nuovi fenomeni religiosi, dall'altro permette di includere la varietà di credenze e religioni tradizionali già affermate.

È pertanto necessario compiere un'operazione di qualificazione che dev'essere eseguita dalla Corte europea dei diritti umani: in alcun modo rileva la qualificazione eventualmente effettuata dai destinatari della tutela, tantomeno quella realizzata dagli

³² *Hasan e Chaush c. Bulgaria*, cit. par. 62

³³ *Idem*, parr. 75 – 89

Stati, ipotesi che reca con sé il pericolo di esclusioni arbitrarie dalla protezione della Convenzione.

Per fronteggiare questa criticità la Corte di Strasburgo si è preoccupata di individuare una soglia minima che permetta di capire quando effettivamente una credenza o religione ricada entro la tutela apportata dall'art 9.

Una volta che la credenza o religione presenti i requisiti individuati, lo Stato non può stabilire arbitrariamente se meriti o meno protezione, poiché sorge in capo ad esso un obbligo di neutralità³⁴. L'individuazione di questo riferimento avviene nel 1982 con la trattazione del caso *Campbell e Cosans c. Regno Unito*³⁵, che non verte direttamente sulla violazione dell'articolo 9 della Convenzione europea dei diritti umani, ma su quella dell'articolo 2 del protocollo addizionale numero 1³⁶, che disciplina il diritto all'istruzione.

La controversia riguardava la decisione di una coppia di genitori di sottrarre il figlio alla prassi delle punizioni corporali, trattamento che l'istituto scolastico di ispirazione cattolica che questi frequentava poneva in regolamento a fronte di comportamenti degli studenti ritenuti inadeguati. In particolare, la questione emergeva a fronte del rifiuto, fortemente caldeggiato dai coniugi *Cosans*, del ragazzo di subire una punizione corporale per aver disatteso il divieto imposto dal regolamento scolastico, di imboccare una scorciatoia per il ritorno da scuola. A seguito di una serie di incontri tra genitori e preside dell'istituto quest'ultimo propone il ritiro della sospensione nel momento in cui l'alunno dichiara di accettare il regolamento scolastico nella sua interezza, perciò comprensivo della prassi delle punizioni corporali.

La proposta veniva rifiutata e il ragazzo perdeva l'anno scolastico a causa del protrarsi della sospensione. I genitori lamentavano dinanzi alla Corte europea dei diritti umani la violazione dell'art 2³⁷ del protocollo addizionale numero uno, nella misura in cui non è stata garantita un'istruzione in linea con le convenzioni religiose e filosofiche dei genitori. Sorgeva quindi, a seguito di questa vicenda, il problema se la contrarietà

³⁴T. WOLFF, *Cogency, Seriousness, Cohesion, and Importance: Assessing the Strasbourg Case-Law on Religion or Belief*, in *Oxford Journal of Law and Religion*, Volume 11, Issue 2-3, June-October 2022, p. 179.

³⁵*Campbell e Cosans c. Regno Unito* ric. 7511/76; 7743/76, sent. 25 febbraio 1982.

³⁶ Art.2, protocollo addizionale n. 1, attiene al diritto all'istruzione.

³⁷ *Idem*: «No person shall be denied the right to education. In the exercise of any functions which it assumes in relation to education and to teaching, the State shall respect the right of parents to ensure such education and teaching in conformity with their own religious and philosophical convictions».

all'inflizione di pene corporali come metodo educativo fosse qualificabile come convinzione religiosa o filosofica ai sensi della Convenzione.

Proprio rispetto a questo interrogativo, viene ritenuta necessaria la sussistenza di «un certo grado di coerenza, serietà coesione ed importanza»³⁸della credenza perché questa possa essere tutelata ex articolo 9, che nel caso di specie si traduce in visioni che costituiscono «a weighty and substantial aspect of human life and behaviour, namely the integrity of the person, the propriety or otherwise of the infliction of corporal punishment and the exclusion of the distress which the risk of such punishment entails».

A questa conclusione si giunge sulla base dell'interpretazione della locuzione «philosophical conviction» a partire da un confronto con l'articolo 10, che disciplina la libertà di espressione e che conferirebbe alla locuzione un significato più vicino a quello di idea/opinione, e con l'art 9, di fatto la via preferita dai giudici di Strasburgo, che avvicinerrebbe la formula al concetto di *belief*, intesa come libertà di pensiero coscienza e religione.

Il termine *belief* è comprensivo di quelle convinzioni, credenze spirituali, correnti filosofiche che non necessariamente hanno contenuto religioso in senso stretto. L'ampiezza di questa formulazione, soprattutto per via del secondo termine, ha fatto sì che la Corte intervenisse per dare riferimenti per i casi limite³⁹.

Resta indiscusso il godimento della tutela della libertà religiosa relativo alle cosiddette religioni tradizionali, credenze «generalmente riconosciute» in virtù della loro affermazione storica risalente e consolidata.

2. Una libertà a formazione progressiva: il contenuto dell'articolo 9.

L'art 9 par. uno dispone che «ogni persona ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione». La successione dei termini «pensiero», «coscienza» e «religione» suggerisce un rapporto di genere a specie tra le libertà elencate, in quanto le prime due, di portata più generale, costituiscono la premessa per l'esistenza e tutela della terza, più specifica.

³⁸ *Campbell e Cosans c. Regno Unito*, par. 36.

³⁹ JACOBS, WHITE, OVERY, *The European Convention on human rights*, New York, Oxford University Press, 2021.

Infatti, non è concepibile la libera determinazione interna di aderire o meno ad una religione se prima l'individuo non è libero da coartazioni esterne nell'elaborazione e nello sviluppo del proprio pensiero e della propria coscienza.

Non è ugualmente possibile manifestare all'esterno le proprie credenze e posizioni religiose, se non sussiste in primo luogo la libertà di esprimere un'opinione o un pensiero di qualsiasi natura.

Esiste quindi una stretta correlazione tra libertà di espressione, sancita dall'articolo 10 della CEDU, e articolo 9, poiché la prima comprende la seconda. I riferimenti espressi alle libertà di pensiero e coscienza, più generali e comprensive della libertà religiosa, determinano una rappresentazione di quest'ultima come «libertà a formazione progressiva»⁴⁰.

Una simile formulazione comporta anche un certo grado di elasticità nella definizione dell'oggetto della tutela prestata dall'articolo 9.

I termini pensiero e coscienza conferiscono alla disposizione l'attitudine ad adattarsi alla nascita di nuove realtà e impediscono l'incasellamento di un simile fenomeno entro schemi eccessivamente rigidi che potrebbero pregiudicare il pluralismo e legittimare condotte discriminatorie.

Tale apertura consente di ricondurre all'ambito applicativo della disposizione anche convinzioni di natura non religiosa, come asserito dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel già citato caso *Kokkinakis c. Grecia*: le libertà di pensiero, di coscienza e di religione costituiscono «un bene prezioso per gli atei, gli agnostici, gli scettici o gli indifferenti»⁴¹.

Analogamente a quanto affermato precedentemente sulla nozione di religione anche per quanto riguarda la «manifestazione» di religione e credo, la Convenzione e la Corte non hanno formulato una definizione.

Una volta stabilito che sulla base della formula di «un certo grado coerenza, serietà coesione ed importanza» una credenza costituisce una religione, occorre valutare se il comportamento posto in essere da un individuo possa considerarsi una «manifestazione» di questa religione o credenza.

⁴⁰M. TOSCANO, *Il fattore religioso nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Itinerari giurisprudenziali*, Pisa, Edizioni ETS, 2018, p. 157

⁴¹ *Kokkinakis c. Grecia*, par. 31. «It is, in its religious dimension, one of the most vital elements that go to make-up the identity of believers and their conception of life, but it is also a precious asset for atheists, agnostics, sceptics and the unconcerned. The pluralism indissociable from a democratic society, which has been dearly won over the centuries, depends on it.

Infatti, non tutte le attività realizzate da un soggetto portatore di un certo credo/pensiero costituiscono una manifestazione di quel credo.

Il rapporto tra credo e condotte realizzate dall'individuo non è automatico ed occorre effettuare una valutazione in concreto, caso per caso, come accaduto nel caso *Eweida c. Regno Unito*⁴².

Il caso riguarda la signora *Eweida*, donna britannica di religione Copta, che prestava servizio come hostess per la compagnia aerea privata *British Airways*.

Il regolamento della compagnia prevedeva l'uso di una divisa che nel 2004 passava dall'essere composta, per i dipendenti di genere femminile, da una blusa a collo alto ad una a collo scoperto con cravatta. Era stato disposto dal responsabile della cura dell'abbigliamento che accessori, in particolare simboli religiosi, dovessero essere nascosti, pena la richiesta di rimozione immediata⁴³.

In caso fosse risultato impossibile procedere alla rimozione dell'accessorio per la natura dello stesso, la situazione avrebbe dovuto essere valutata da dall'amministrazione⁴⁴.

Nel 2006 *Eweida* decide di non nascondere più sotto l'uniforme una catenina con crocefisso, decisione che ha come conseguenza una prima ammonizione verbale e successive misure più impattanti tra le quali l'indicazione di astenersi dall'attività lavorativa fino a che non si fosse compiuto un allineamento alla policy della compagnia.

Dopo aver ricevuto le attenzioni negative mediatiche in riferimento alla citata vicenda, la *British Airlines* modifica il regolamento ammettendo l'ostensione dei simboli religiosi. Tuttavia, la compagnia si rifiuta di versare alla dipendente l'indennizzo per i giorni di sospensione obbligata dal lavoro, non retribuiti a causa dell'abbigliamento poiché i tribunali statali avevano ritenuto superflua la scelta di indossare la collana con il crocefisso, in quanto non specificamente imposta dai dettami della religione.

Rispetto alla posizione dello Stato, la ricorrente eccepisce di fronte alla Corte la violazione dell'art 9 della Convenzione in combinato disposto con l'art 14.

La Corte europea dei diritti umani ha ritenuto che perché un atteggiamento si possa qualificare come manifestazione della libertà ex articolo 9 della Convenzione è

⁴² *Eweida e altri c. Regno Unito* ricc. 48420/10, 598420/10, 51671/10, sent. 15 gennaio 2013

⁴³ Sanzionata dalla sottrazione dal monte ore del tempo necessario alle operazioni di regolarizzazione del vestiario con conseguente riduzione salariale. Si veda par. 11 *Eweida e altri c. Regno Unito*.

⁴⁴ *Idem*, ma per quanto riguarda l'ipotesi di deroga su autorizzazione dell'amministrazione per quanto riguarda il caso di un dipendente di fede Sikh.

necessario verificare l'esistenza di un «sufficiently close and direct nexus between the act and the underlying religion or belief»⁴⁵.

Deve, pertanto, sussistere un rapporto di consequenzialità sufficientemente forte con i caratteri essenziali della convinzione che ne fonda la realizzazione.

Nonostante non esista una definizione univoca di manifestazione religiosa all'interno della Convenzione europea dei diritti umani, nel primo paragrafo dell'articolo 9 sono tipizzate alcune forme di manifestazione della libertà.

2.1 *Freedom to adopt, change, manifest a religion or belief*: il profilo positivo della libertà religiosa

Il contenuto della libertà religiosa comprende varie posizioni sottoposte a diversi gradi di tutela; esso si sviluppa secondo due prospettive, rispettivamente interna ed esterna all'individuo titolare della libertà. Il profilo interno attiene alla coscienza e spiritualità dell'essere umano; perciò, non è per natura sottoponibile a limitazioni o condizioni; esso si articola nel diritto di aderire ad una convinzione religiosa o non religiosa e nel diritto di cambiare religione o credo.

Con «adesione» ad una convinzione o credo religioso s'intende un processo di formazione ed interiorizzazione di idee, opinioni e posizioni che un soggetto attua secondo coscienza.

Il diritto di cambiare religione, credo o convinzione, costituisce la prima estrinsecazione della libertà religiosa espressamente prevista dall'articolo 9, in quanto il diritto di aderire o meno ad un credo religioso o non religioso è un presupposto di questa seconda posizione e rimane implicito.

Il «cambiamento» include sia il mutamento da una posizione di non adesione ad una di adesione ad una convinzione religiosa e non religiosa, sia il processo inverso. Comprende anche la facoltà di conservare la fede religiosa, credo o convinzione di altra natura già professata, nonostante non esista un riferimento esplicito nella norma⁴⁶.

Il diritto di cambiare religione resterebbe lettera morta se non venisse garantito il diritto di cercare di convincere e di convertire il prossimo, in questo vediamo la necessità di consentire propaganda e proselitismo, tema già affrontato nel caso *Kokkinakis*.

⁴⁵ *Idem*, capo 31.

⁴⁶ F. MARGIOTTA BROGLIO, *La protezione internazionale della libertà religiosa nella convenzione europea dei diritti dell'uomo*.

L'articolo 9 però non tutela il proselitismo abusivo, inteso come l'attività che offre vantaggi materiali o sociali o l'esercizio di una pressione al fine di ottenere delle adesioni a una comunità religiosa.⁴⁷

Il caso *Larissis e altri c. Grecia*⁴⁸ permette di approfondire cosa si intenda per proselitismo improprio. La vicenda riguarda degli ufficiali delle forze armate greche, aderenti alla Chiesa pentecostale, processati e dichiarati colpevoli di proselitismo dopo aver provato a convertire dei loro sottoposti e alcuni civili. La sentenza, che richiama il caso *Kokkinakis*, non riconosce la contrarietà assoluta all'articolo 9 della legge che criminalizza gli atti di proselitismo e ritiene in linea con i requisiti ex par 2 art 9 i provvedimenti statali per quanto riguarda gli atti di proselitismo rivolti ai membri dell'aviazione militare. In particolare, non sussiste una violazione del diritto degli ufficiali di convertire i propri sottoposti proprio in virtù della posizione subordinata in cui questi versavano al momento dei fatti e a causa delle modalità di convincimento pressanti e ripetute nel tempo, elementi che hanno connotato di aggressività una condotta in astratto meritevole di riconoscimento e salvaguardia.⁴⁹

Il profilo esterno della libertà religiosa consiste nel diritto «di manifestare la propria religione o il proprio credo individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti».

La manifestazione del proprio credo costituisce il *forum externum* della libertà di culto, ossia la dimensione oggetto delle limitazioni tipizzate nel secondo paragrafo dell'articolo 9 della Convenzione europea dei Diritti umani. La compressione della libertà di manifestazione opera entro i principi di legalità e determinatezza; ciò comporta la necessità che la legge espliciti le restrizioni e definisca a monte quando si ha una manifestazione di credo religioso ex articolo 9 CEDU.

Rispetto all'esercizio individuale o collettivo del proprio credo va specificato che la formulazione del testo non intende collocare le due modalità in un rapporto di reciproca esclusione; analoga riflessione vale per l'esercizio privato o pubblico della libertà.⁵⁰

⁴⁷ JACOBS, WHITE, OVERY, *The European Convention on human rights*, New York, Oxford University Press, 2021, p. 467

⁴⁸ *Larissis e altri c. Grecia*, ricc.23372/94, 26377/94, 26378/94, sent. 24 febbraio 1998

⁴⁹ *Ivi*, par. 47-55

⁵⁰ M. TOSCANO, Il fattore religioso nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Itinerari giurisprudenziali.

2.2 La portata dell'elencazione al primo paragrafo

La seconda parte del primo paragrafo dell'articolo 9 espone la serie di manifestazioni ricorrenti nella libertà di pensiero, di coscienza e religione, tradizionalmente oggetto di ingerenze statali.

È bene chiedersi se l'enumerazione sia o meno tassativa. La dottrina nega la tassatività del novero delle specificazioni, poiché se costituisse un *numerus clausus*, si assisterebbe ad un irrigidimento della norma che porterebbe ad escludere varie manifestazioni della libertà, con un evidente pregiudizio per il valore fondamentale del pluralismo.

L'elenco in questione ha quindi portata meramente esemplificativa; se così non fosse, attività non espressamente previste dalla norma non verrebbero salvaguardate: ad esempio, gli atti di proselitismo, ossia i comportamenti volti «a convincere gli altri ad abbracciare la propria fede» sono stati più volte riconosciuti dalla Corte Europea dei diritti dell'Uomo come una manifestazione della libertà religiosa meritevole di tutela, senza tuttavia essere esplicitamente menzionati dall'articolo.⁵¹

Rispetto alle manifestazioni non tipizzate e nella prospettiva della loro possibile restrizione ex paragrafo II, articolo 9 della Convenzione, resta valida l'operatività del criterio del «nesso diretto tra atto posto in essere e credenza ad esso sottostante⁵²».

2.3 I diritti a contenuto negativo: il riconoscimento implicito.

L'articolo 9 contempla implicitamente anche la tutela di diritti a contenuto negativo;⁵³ come il diritto di non essere costretti ad aderire ad un culto religioso, a non praticarlo e il diritto di non manifestare la propria religione o credo.

Nella prima ipotesi si fa riferimento al diritto del singolo di sottrarsi a obblighi relativi alla professione di un credo religioso imposti da terzi, sia che si tratti di privati cittadini, sia che si tratti dell'autorità statale.

La violazione del diritto di non manifestare espressamente la propria non appartenenza ad un credo si può osservare in *Buscarini e altri c. San Marino*⁵⁴. Il caso

⁵¹ S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, CEDAM, 2012, p. 374.

⁵² *Eweida c. Regno Unito*, capo 31.

⁵³ S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, CEDAM, 2012, p. 375.

⁵⁴ *Buscarini e altri c. San Marino*, ric. 24645/94, sent. 18 febbraio 1999.

riguarda tre parlamentari sanmarinesi, tra cui Buscarini, che avevano fatto richiesta di prestare un giuramento che non contenesse riferimenti religiosi al momento dell'insediamento nella nuova carica. Viene al contrario fatta loro richiesta di ripetere la formula del giuramento inserendo gli espliciti riferimenti al vangelo in precedenza omessi, pena la perdita del seggio. I ricorrenti hanno provveduto a soddisfare la richiesta del parlamento, lamentando però la violazione dell'art 9 della CEDU. La Corte europea dei diritti umani ha ribadito in questa occasione che la libertà religiosa come tutelata dalla Convenzione comprende anche la dimensione negativa della libertà stessa, ossia il diritto di non avere credenze religiose né di praticare una religione⁵⁵.

La misura adottata dallo Stato di obbligare i parlamentari a fare un riferimento esplicito ad una religione risulta non necessaria in uno Stato democratico, in quanto confliggente con l'idea di pluralismo religioso, valore tutelato dalla legge sanmarinese e confliggente con il concetto di rappresentatività parlamentare della pluralità della popolazione.

Il diritto di non manifestare la propria adesione ad un culto viene riconosciuto anche nella sentenza *Alexandridis c. Grecia*⁵⁶. La vicenda ha interessato un avvocato di nazionalità greca, *Alexandridis*, recatosi presso il tribunale di primo grado di Atene a pochi giorni dalla nomina, per prestare giuramento professionale, condizione necessaria per l'esercizio dell'attività di avvocato. Il ricorrente lamentava di essere stato obbligato a rivelare le proprie convinzioni religiose in quanto gli era stato chiesto di pronunciare la formula del giuramento posando una mano sul Vangelo, e a fronte della sua richiesta di optare per il giuramento solenne era stato inevitabile manifestare la sua non-adesione alla religione cristiana-ortodossa. Veniva inoltre evidenziata la sussistenza di una presunzione di adesione alla fede maggioritaria dello Stato, presunzione la cui esistenza viene confermata dalla Corte stessa⁵⁷ e che laddove disattesa dai fatti, mette gli individui nella condizione obbligata di rivelare la propria credenza o non credenza.

I giudici di Strasburgo hanno per questo motivo riscontrato una violazione dell'articolo 9 della Convenzione europea dei diritti umani nella sua dimensione negativa⁵⁸, richiamando a questo proposito il caso *Buscarini c San Marino*.

⁵⁵ *Ivi*, par 34.

⁵⁶ *Alexandridis c. Grecia*, ric.19516/06, sent. 21 febbraio 2008.

⁵⁷ Supportata da uno sguardo alla normativa nazionale, art 18 codice dei funzionari.

⁵⁸ *Alexandridis c. Grecia*, par. 38 «la liberté de manifester ses convictions religieuses comporte aussi un aspect négatif, à savoir le droit pour l'individu de ne pas être obligé de faire état de sa confession ou de ses convictions religieuses et de ne pas être contraint d'adopter un comportement duquel on pourrait déduire qu'il a – ou n'a pas – de telles convictions».

Pertanto, appare evidente che le autorità statali non possano, né con modalità dirette né indirette sottoporre ad indagine le credenze religiose del cittadino o obbligarlo a rivelarle.

3. I diritti interconnessi della Convenzione: gli artt. 8-11 CEDU

Frequentemente rispetto ad un'unica vicenda inerente all'articolo 9 vengono coinvolte altre posizioni tutelate dalla Corte, per natura interconnesse.

Il riferimento è alle libertà condizionate, consacrate negli articoli 8, 10 e 11 della Convenzione europea dei diritti umani.

Queste disposizioni presentano anzitutto un'analogia strutturale in quanto seguono lo schema enunciazione – deroga, secondo cui nel primo paragrafo avviene il riconoscimento della posizione tutelata, mentre nel secondo vengono enunciate le motivazioni che legittimano la compressione dei diritti in questione. Spesso nella prassi questi diritti devono essere bilanciati al fine di evitare che l'esercizio della libertà comprometta quello di un'altra altrettanto meritevole di tutela. Uno dei rapporti più frequenti e rilevanti intercorre tra l'articolo 9 e articolo 8, che tutela la libertà alla vita privata e familiare⁵⁹.

Un punto di partenza per spiegare questa connessione può essere la lettura del fenomeno religioso come componente costitutiva dell'identità della persona che una volta appurata, rende difficile tracciare un confine netto tra violazione della libertà religiosa e violazione dei diritti riconosciuti nell'articolo 8 della Convenzione.

Per esempio, nel caso *Hoffman c. Austria*⁶⁰ la Corte ha ritenuto fondata l'allegata violazione dell'articolo 8 in combinato disposto con l'articolo 14 della Convenzione alla luce dell'articolo 9⁶¹.

In particolare, è stato stabilito che il provvedimento che nega l'affido dei figli alla madre, testimone di Geova un tempo cattolica, unicamente in virtù del fatto che la sua appartenenza ad un credo religioso poteva astrattamente portare conseguenze pregiudizievoli per i minori, pericolo però scongiurato da elementi concreti, violava la sua libertà di educare i figli secondo i propri valori, comprensivi anche della dimensione religiosa.

⁵⁹ Art. 8 par. 1 Convenzione Europea dei diritti umani «Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence».

⁶⁰ *Hoffmann c. Austria*, ric. 12875/87, sent. 23 giugno 1993.

⁶¹ *Ivi*, par. 38.

La differenza di trattamento riservata dalla Corte Suprema austriaca agli ex coniugi viene ritenuta non giustificata sul piano religioso poiché seppur finalizzata al raggiungimento di uno scopo legittimo, non risultava proporzionata sotto il punto di vista dei mezzi impiegati per il suo raggiungimento.

Infatti, la madre risultava disposta a derogare a determinati dettami del culto da lei abbracciato, quali divieto di trasfusioni di sangue, rifiuto di festeggiare festività di altre religioni e limitazioni delle interazioni sociali in favore del benessere generale dei figli, comprendente gli aspetti legati alla salute e quelli inerenti al rapporto con il padre, come il festeggiamento di festività della chiesa Romano-Cattolica.

Per quanto concerne gli articoli 10⁶² e 9 della Convenzione europea dei diritti umani, il legame diventa ancora più stretto in quanto il riconoscimento delle libertà tutelate dal primo costituisce il presupposto per il riconoscimento ed il godimento delle libertà sancite dal secondo.

Questa relazione stretta è sottolineata esplicitamente negli articoli di varie carte internazionali di tutela dei diritti fondamentali.⁶³

Uno degli aspetti più interessanti, in quanto problematico, di questo rapporto riguarda l'intreccio tra libertà di espressione e tutela del sentimento religioso.

Con la tutela del sentimento religioso s'intende la difesa della convinzione religiosa da espressioni che costituiscano un'offesa o svalutazione delle convinzioni stesse.

Questa tutela dovrebbe concretizzarsi in un bilanciamento tra diritti, tuttavia spesso la giurisprudenza della Corte ha, come in altri ambiti, ad esempio in tema di abbigliamento religioso, optato per una direzione differente, avvallando limitazioni della libertà di espressione a fronte di minacce al sentimento religioso di un individuo, o categoria di individui.

È possibile rintracciare un atteggiamento di valorizzazione di *self restraint* statale che ha portato la Corte a nascondersi dietro alla dottrina del margine di apprezzamento statale per non effettuare in concreto un bilanciamento e permettendo in diverse occasioni la restrizione della libertà di espressione da parte dello Stato.

⁶² Art 10, par. 1 Convenzione europea dei diritti umani: «Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This Article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises».

⁶³ Art. 18 della Dichiarazione universale dei diritti umani; art. 18 del Patto internazionale sui diritti civili e politici; art. 9 della Convenzione europea dei diritti umani; art. 10 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

La prima circostanza in cui si osserva questo modo di procedere è il caso *Otto - Preminger - Institut c. Austria*⁶⁴, in occasione del quale avviene la riconduzione del concetto di sentimento religioso ai diritti protetti dall'articolo 9 CEDU.

La scelta di tutelare questo elemento, che può scontrarsi con le prerogative dell'articolo 10, si rivela di non facile agevolezza e dà appunto il via ad un comportamento lassista della corte a fronte a casi di provvedimenti statali di limitazione della libertà espressiva.

Il caso *Otto - Preminger - Institut c. Austria* riguarda la censura di un'opera cinematografica che offendeva il sentimento cristiano.

La Corte ha avallato la decisione austriaca di vietarne la circolazione proprio perché lesiva delle credenze cristiane⁶⁵.

L'Art 11⁶⁶ sancisce la tutela della libertà associativa che può essere combinata con quella religiosa in virtù dell'esercizio collettivo di quest'ultima, espressamente ricondotta all'operatività dell'art 9.

Il punto d'incontro tra le due disposizioni è proprio la dimensione corale entro cui si può esplicitare la libertà religiosa. Questo aspetto va indubbiamente considerato di vitale importanza e la sua garanzia viene definita dai giudici di Strasburgo in quanto è da ritenere funzionale anche alla tutela dell'esercizio individuale della libertà religiosa.

Può essere opportuno analizzare brevemente il caso *Papavasilakis c. Grecia*⁶⁷ che ha ad oggetto la tutela del diritto di obiezione di coscienza di un cittadino greco, di nome *Papavasilakis*, che aveva chiesto l'esclusione dal servizio militare per motivi morali di condanna verso la violenza e la guerra e religiosi.

Questi ideali erano riconducibili ai dettami della Chiesa dei testimoni di Geova di cui però il ricorrente non può dirsi ufficialmente parte, poiché non ancora battezzato.

Papavasilakis lamentava⁶⁸ che il diniego del conferimento dello status di obiettore da parte Ministero della Difesa greco alla sua esclusione dal servizio militare faceva leva

⁶⁴ *Otto - Preminger - Institute c. Austria*, ric. 13470/87, sent. 20 settembre 1994

⁶⁵ *Idem*, par. 56

⁶⁶ Art 11 CEDU 1. «Everyone has the right to freedom of peaceful assembly and to freedom of association with others, including the right to form and to join trade unions for the protection of his interests. 2. No restrictions shall be placed on the exercise of these rights other than such as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals or for the protection of the rights and freedoms of others. This Article shall not prevent the imposition of lawful restrictions on the exercise of these rights by members of the armed forces, of the police or of the administration of the State».

⁶⁷ *Papavasilakis c. Grecia*, ric. 66899/14, sent. 15 settembre 2016

⁶⁸ *Idem*, par 15.

anche sul fatto che questi diceva di aderire a convinzioni di un credo che formalmente non abbracciava poiché non ufficialmente membro della Chiesa dei testimoni di Geova.

Questi, quindi, vedeva negato il suo diritto a non essere parte di un gruppo religioso, poiché secondo la legge statale, infatti, al fine di rilasciare lo status di obiettore di coscienza religioso è necessario e sufficiente presentare dinnanzi al comitato deputato alla valutazione una certificazione proveniente dalla comunità religiosa di cui si è parte.

Un diverso *iter* invece interessa gli obiettori ideologici, che vengono sottoposti ad una valutazione in concreto che ha ad oggetto temi intimi e personali⁶⁹.

Il ricorrente non potendo formalmente dichiararsi testimone di Geova, pur abbracciandone il credo, è stato sottoposto ad una dettagliata valutazione in concreto, ritenuta inadeguata dalla Corte europea dei diritti umani poiché effettuata in condizioni⁷⁰ tali da non garantire efficienza procedurale imparzialità nel giudizio, concretizzando una violazione dell'obbligo positivo statale ex art 9.

4. Il divieto di discriminazione su base religiosa: l'art. 14 della Convenzione

L'articolo 14⁷¹ della Convenzione europea sancisce il principio di non-discriminazione valido per tutte le libertà il cui godimento è garantito dalla Convenzione. La disposizione ha il valore di un principio generale che informa tutto il sistema di tutela di diritti fondamentali, funzionale alla loro interpretazione e ha come conseguenza che tutti gli individui sono eguali nel godimento delle posizioni giuridiche riconosciute dalla Convenzione.

Nella giurisprudenza costante della Corte viene riconosciuta l'accessorietà dell'articolo 14 che pertanto non è dotato di vera e propria autonomia applicativa, ma viene impiegato nei giudizi in combinato disposto con disposizioni che tutelano altre libertà. Quindi la relazione che intercorre tra articolo 14 e le disposizioni che concorrono a delinearne l'ambito applicativo può essere definita come un rapporto di genere a specie, per cui il primo deve essere letto alla luce del secondo

⁶⁹ *Idem*, par. 62.

⁷⁰ Più specificamente era stata effettuata unicamente da militari.

⁷¹ Art. 14 Convenzione europea dei diritti umani: «The enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status».

Il medesimo discorso non vale sotto il profilo della violazione dell'articolo 14, poiché è possibile che questo venga violato senza che sussista un pregiudizio al godimento di un'ulteriore libertà convenzionale.⁷²

Stante la mancanza di autonomia applicativa dell'articolo 14, spesso la Corte ne ha riscontrato una violazione in combinato disposto con un'altra disposizione della Convenzione senza che questa fosse oggetto di per sé di una violazione. In questo senso si può pertanto riconoscere parziale autonomia dell'articolo 14 poiché la sua violazione non consegue necessariamente dalla violazione di un altro diritto sostanziale singolarmente considerato⁷³.

Non tutte le disparità di trattamento si connotano dell'elemento discriminatorio; infatti, il principio sancito dall'articolo 14 non comporta un'automatica illegittimità della diversità di trattamento – o del trattamento omogeneo di situazioni differenti.

È ammissibile che due situazioni uguali vengono trattate in maniera diversa purché la differenza sia sorretta da “una giustificazione oggettiva e ragionevole”.

Altri due criteri vengono utilizzati a fronte di una acclarata diversità di trattamento, ossia che questa persegua un fine legittimo e che si ricorra all'utilizzo di mezzi ragionevolmente proporzionati allo scopo legittimo da perseguire⁷⁴.

SEZIONE II

I LIMITI ALLA MANIFESTAZIONE DELLA LIBERTÀ RELIGIOSA SECONDO LA CLAUSOLA DI LIMITAZIONE DI CUI ALL' ART. 9 CEDU

1. La struttura articolata della libertà religiosa.

Il diritto di manifestare le proprie credenze, religiose e non, tutelato dall'articolo 9 della Convenzione europea dei diritti umani, non è una prerogativa contraddistinta dal carattere di assolutezza.

⁷² S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, CEDAM, 2012, p 393 ss.

⁷³ Ad esempio, nel già citato caso *Hoffmann c. Austria*, ric. 12875/87 la Corte rileva una violazione dell'articolo 8 in combinato con l'art. 14, censurando un comportamento discriminatorio fondato su motivi religiosi senza che vi sia una violazione dell'articolo 9 della Convenzione europea dei diritti umani.

⁷⁴ *Hoffmann c. Austria*, ric. 12875/87 al par. 33.

È infatti possibile che gli Stati contraenti attuino delle limitazioni alla manifestazione della libertà religiosa di persone fisiche e giuridiche.

Infatti, l'articolo 9 rientra nel novero di quelle disposizioni materiali che tutelano i diritti condizionati: all'enunciazione del diritto si accosta invero la formulazione di «limitation» o «derogation clauses» ossia di clausole di restrizione.

Gli articoli da 8 a 11 mostrano strutture analoghe, quasi sovrapponibili: il primo paragrafo riconosce il diritto fondamentale nel suo contenuto, mentre il secondo paragrafo enuncia i motivi che giustificano l'apposizione di limiti all'esercizio di suddetta libertà⁷⁵.

Prima di esaminare nel dettaglio la disciplina relativa alle restrizioni alla libertà di manifestare la propria religione è necessario soffermarsi sulla natura del fenomeno religioso, che può essere scisso in due componenti: una dimensione interna, detta *forum internum*, e una dimensione esterna, che, invece, prende il nome di *forum externum*.

Il foro interno può essere definito come «core of a person's convictions»⁷⁶, ossia la libertà intima e intoccabile di un individuo di aderire ad una convinzione religiosa o meno.

Poiché tale libertà trae origine e permane nel livello più profondo della coscienza umana, non potrà in alcun modo trovare limitazioni per il fatto stesso che non venga manifestata. Pertanto, il singolo avrà sempre la facoltà di autodeterminarsi interiormente esattamente come accade per la libertà di pensiero⁷⁷.

Alla luce di quanto riferito, non sarà ammissibile alcuna interferenza statale nella scelta individuale di adesione, mutamento o rinuncia ad un credo di qualsiasi natura. Infatti, sotto il profilo interno la libertà religiosa si configura come un diritto assoluto, che non può per natura essere sottoposto a restrizioni.

Diversamente appare il quadro inerente alla dimensione esterna della libertà, o *forum externum*, che consiste nell'esternazione dell'adesione ad un credo secondo varie modalità riconosciute o meno dalla legge: proprio rispetto a questo secondo profilo operano le limitazioni ex paragrafo 2.

Dunque, è possibile giungere alla conclusione che primo e secondo paragrafo dell'articolo 9 abbiano un ambito di applicazione oggettivo differente: il primo paragrafo ha ad oggetto

⁷⁵ M. IGLESIAS VILA *The National Margin of Appreciation Doctrine: In Search of a Balance between Democracy and Rights in the International Sphere* in *Yale Law School SELA Papers*, 2013, pp. 2.

⁷⁶ G. GUNNER, *Religious Freedom as a Human Right*. In *Freedom of Religion and Religious Pluralism*, chapter 5, Leiden, The Netherlands: Brill | Nijhoff. 2023, p. 89.

⁷⁷ Art. 10 Convenzione europea dei diritti umani.

il *forum internum* della libertà religiosa, mentre il secondo si occupa di disciplinare il *forum externum*⁷⁸.

Per quanto distinguibili in modo netto sul piano concettuale, le due dimensioni della libertà religiosa non possono essere considerate disgiuntamente in concreto, ma devono essere concepite come un *continuum*. Se infatti all'adesione ad un credo può seguire l'urgenza di esternare questa scelta, la stessa possibilità di manifestarla contribuisce ad incoraggiarne l'adesione.

Appare evidente, pertanto, come i due profili risultino strettamente intrecciati e con influenze reciproche.⁷⁹

La limitazione all'esercizio di un diritto di tale rilevanza è consentita unicamente sulla scorta di criteri normativamente predeterminati, al fine di evitare il sacrificio arbitrario di un valore irrinunciabile delle società democratiche. In particolare, il secondo paragrafo dell'articolo 9 della Convenzione dispone: «La libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla pubblica sicurezza, alla protezione dell'ordine, della salute o della morale pubblica, o alla protezione dei diritti e della libertà altrui»⁸⁰.

Per quanto concerne la prima condizione di legittimità, ossia il principio di legalità, esso fa sì che le limitazioni al diritto di manifestazione non possono avvenire se non per legge⁸¹, così da impedire il conferimento di una discrezionalità illimitata alle amministrazioni statali.

Per quanto concerne il significato da conferire al termine “legge”, ossia cosa viene inteso per legge, la Corte europea dei diritti umani ha elaborato una nozione autonoma, slegata dalle definizioni conferite dagli ordinamenti dei singoli Stati membri.

⁷⁸ M. TOSCANO, *op. cit.*, 166.

⁷⁹ G. GUNNER, *Religious Freedom as a Human Right*. In *Freedom of Religion and Religious Pluralism*, chapter 5, Leiden, The Netherlands: Brill | Nijhoff, 2023, p. 92 s.

⁸⁰ Art. 9, par. 2 della Convenzione europea dei diritti umani.

⁸¹ Per opportuni approfondimenti, si veda M. TOSCANO, *Il fattore religioso nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Itinerari giurisprudenziali*, Pisa, Edizioni ETS, 2018, p. 171, C. FOCARELLI, *La persona umana nel diritto internazionale*, Torino, Il Mulino, 2013. F. MARGIOTTA BROGLIO, *La protezione internazionale della libertà religiosa nella convenzione europea dei diritti dell'uomo*, L. PINESCHI, *La Dichiarazione universale dei diritti umani*, in *La tutela internazionale dei diritti umani, norme, garanzie, prassi*, Milano, Giuffrè Editore, 2006.

In diverse occasioni dimostrato che vada inteso in senso materiale,⁸² includendo ad esempio anche pronunce giurisdizionali che, come noto, negli ordinamenti di *common law* hanno rango di legge⁸³. È da escludere il ricorso ad una concezione formalistica e rigorosa del termine che riconduca la portata della disposizione alla sola norma di legge. Pertanto, è sufficiente che sia riscontrabile una base legale a fondamento della misura restrittiva perché il principio di legalità possa dirsi rispettato⁸⁴.

Occorre in ossequio a questa lettura che sussistano rispetto alla fonte della misura i requisiti della accessibilità e chiarezza⁸⁵, così che vengano assolte le funzioni di orientamento dei comportamenti dei consociati e di prevedibilità degli esiti dell'applicazione della disposizione normativa⁸⁶.

La formulazione della norma scandisce in modo puntuale i passaggi che compongono la valutazione della Corte circa la legittimità in concreto della misura. Si può parlare di un giudizio suddiviso in diversi *step*⁸⁷, che si traduce in un vero e proprio *modus operandi* dei giudici di Strasburgo.

Infatti, una volta verificata la fondatezza legale della misura restrittiva, la valutazione della Corte verterà sulla sussistenza della «necessarietà» della misura in una «società democratica» rispetto allo scopo legittimo – tra quelli tassativamente indicati dallo stesso paragrafo 2 – che questa si presta a perseguire.

Anche rispetto al criterio della necessità della misura restrittiva la giurisprudenza di Strasburgo ha provveduto a definirne il significato, identificando nella stessa una “esigenza sociale imperiosa” o secondo le parole della stessa Corte, «pressing social need», inteso come bisogno non altrimenti soddisfacibile: la compressione della libertà si rende inevitabile per tutelare un certo «legitimate aim» o scopo legittimo, compressione che vede sempre come limiti diritti umani e fondamentali.

Nel solco del riferito carattere di impellenza si inserisce il principio di proporzionalità, che lega la misura adottata e lo scopo legittimo perseguito e che costituisce il contrappeso all'obbligatorietà nella misura stessa.

⁸² *Dogru c. Francia*, ric 27058/2005 sent. 4 dicembre 2008, par 52: «According to the Court's settled case-law, the concept of “law” must be understood in its “substantive” sense, not its “formal” one. It therefore includes everything that goes to make-up the written law, including enactments of lower rank than statutes».

⁸³ La «judge-made law» dei sistemi giuridici di *common law*.

⁸⁴ Laddove la Corte accerti la carenza della base legale, l'esame di legittimità si arresta.

⁸⁵ Per approfondimento in tema si veda il paragrafo 49 della sentenza *The Sunday Times c. Regno Unito* ric. 6538/74 sent. 26 aprile 1979.

⁸⁶ T. ALVES PINTO, *An Empirical Investigation of the Use of Limitations to Freedom of Religion or Belief at the European Court of Human Rights*, Religion and Human Rights, 2020, p. 107.

⁸⁷ M. TOSCANO, *op. cit.*, 168.

In questo senso la necessarietà deve essere intesa come impossibilità di raggiungere il risultato con mezzi meno limitanti la libertà religiosa e ha come conseguenza lo stretto legame dell'esito del giudizio al caso concreto.

Infine, per quanto riguarda il riferimento normativo alla democraticità, si parla di una valutazione nota come «democracy test» inerente alla compatibilità democratica della misura attuata la cui premessa è l'accertamento della sussistenza dello scopo legittimo, che tuttavia spesso non è possibile scindere dal test di democraticità⁸⁸.

Una prima e generale lettura del riferimento alla «società democratica» può essere effettuato alla luce del preambolo della Convenzione europea dei diritti umani intendendosi in questo senso che la necessità della misura deve comunque garantire il rispetto delle libertà fondamentali e dei diritti umani⁸⁹. La valutazione della compatibilità della misura con una società democratica finisce per rappresentare lo snodo cruciale del processo in virtù dei valori fondanti della Convenzione, nonché degli stessi fini statutari del Consiglio d'Europa in base ai quali la democrazia è l'unica forma di organizzazione politica compatibile con il rispetto dei diritti umani.

Una chiara enunciazione di questi principi e valori si ritrova per la prima volta nella sentenza resa dalla Corte di Strasburgo nel caso *Handyside c. Regno Unito*⁹⁰: in tale occasione la Corte ha affermato che l'essenza di una società democratica è definita dal pluralismo⁹¹ dalla tolleranza e dallo spirito di apertura.

I beni la cui protezione legittima le ingerenze statali, ossia gli scopi legittimi⁹² che rendono lecite le restrizioni alla manifestazione della libertà religiosa sono quelli che lo stesso paragrafo provvede ad elencare tassativamente, quali la «sicurezza pubblica», «ordine pubblico», «salute» o «morale pubblica», nonché la «protezione dei diritti e delle libertà altrui».

Le indicazioni circa l'interpretazione da conferire a questi *legitimate aims* in principio è stata elaborata dalla Corte europea dei diritti umani con riferimento alle clausole restrittive degli articoli 8, 10 e 11 della Convenzione e solo successivamente hanno riguardato anche il paragrafo due dell'articolo 9.

⁸⁸ In questo senso si parla di forza assorbente della valutazione di necessità.

⁸⁹ F. MARGIOTTA BROGLIO, *op. cit.*, 51.

⁹⁰ *Handyside c. Regno Unito* ric. 5493/72 sent. 7 dicembre 1976.

⁹¹ In primo luogo, questo si traduce nella garanzia delle opinioni minoritarie allorché si tratta di operare un bilanciamento tra diritti.

⁹² Sono previste ulteriori deroghe generali agli articoli 15 (Deroga in caso di stato d'urgenza), 16 (Restrizioni all'attività politica degli stranieri) e 17 (Divieto dell'abuso di diritto) della Convenzione.

Questa iniziale esclusione dell'articolo è attribuibile alla tardiva trattazione da parte della Corte di cause relative alla libertà religiosa, che ha avuto inizio a partire dai primi anni Novanta del secolo scorso.⁹³

2. L'elaborazione della Corte europea dei diritti umani sulla clausola di limitazione di cui all'arti. 9, per. 2 CEDU

In due sentenze della Corte europea dei diritti umani è possibile individuare un orientamento circa la portata da attribuire alla clausola di restrizione contenuta nel secondo paragrafo dell'articolo 9.

Le prime indicazioni della Corte sull'interpretazione della suddetta clausola vengono fornite nella trattazione del ricorso presentato da un'associazione religiosa, la *Svyato-Mykhaylivska Parafiya* della Chiesa ortodossa ucraina nell'ambito della causa *Svyato-Mykhaylivska Parafiya c Ucraina*⁹⁴.

La vicenda origina dal diniego delle autorità ucraine di riconoscere gli emendamenti statutari necessari finalizzati al mutamento di subordinazione parrocchiale che nel caso di specie passava da Mosca a Kiev.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, oltre a rilevare la violazione degli articoli 9 e 11⁹⁵ della Convenzione europea, coglie l'occasione per stabilire che: «the list of exceptions to freedom of religion and assembly, as contained in articles 9 and 11 of the Convention, is exhaustive, they must be construed strictly and only convincing and compelling reasons can justify restrictions»⁹⁶.

Pertanto, già in questa occasione si evince il carattere tassativo della norma; tuttavia, si perviene ad una definizione più completa della posizione della Corte con il caso *Nolan K. c Russia*⁹⁷.

Il caso di specie riguardava un cittadino statunitense che aveva visto negato per dieci mesi il suo ingresso in Russia, per via della sua appartenenza alla Chiesa dell'unificazione che secondo le autorità locali costituiva una minaccia alla pubblica sicurezza dello Stato. Tale

⁹³ Si ricordi in questa occasione che la progressiva proliferazione di cause relative alla violazione dell'articolo 9 è avvenuta solo a partire dal 1993 con il caso *Kokkinakis c Grecia*.

⁹⁴ *Svyato-Mykhaylivska Parafiya c Ucraina*, ric. 77703/01, sent. 14 settembre 2007.

⁹⁵ Per approfondimento vedi sentenza

⁹⁶ *Svyato-Mykhaylivska Parafiya c Ucraina*, ric. 77703/01, par. 114.

⁹⁷ *Nolan K. c Russia*, ric. 2512/04, sent. 12 febbraio 2009.

diniego aveva avuto come conseguenza la separazione del ricorrente dal figlio di undici mesi per dieci mesi.

In questa occasione la Corte ha provveduto a specificare la portata assolutamente tassativa del secondo paragrafo dell'articolo 9, rendendo inammissibili motivazioni differenti da quelle espressamente menzionate, nonché il divieto di interpretazione estensiva dello stesso⁹⁸.

Esiste tuttavia una prassi, ricorrente in materie nelle quali gli Stati godono di un più ampio margine di apprezzamento, che tende ad avvallare un'accezione più ampia dei valori elencati, riconducendovi giustificazioni molto più generiche se non talvolta approssimative⁹⁹.

Non è raro, infatti, che la Corte europea dei diritti umani abbia accolto posizioni statali fondate su criteri non direttamente previsti dalle norme di legge pur essendovi astrattamente connessi¹⁰⁰, privilegiando il giudizio di proporzionalità e di democraticità della misura restrittiva.¹⁰¹

2.1 Pubblica sicurezza

Lo scopo legittimo della sicurezza pubblica, o *public safety*, è di difficile definizione e non sempre è nettamente distinguibile dal concetto di ordine pubblico¹⁰², Spesso pubblica sicurezza e ordine pubblico vengono considerati unitamente e non è raro che siano affiancati ad altri beni come quello della tutela dei diritti altrui.

⁹⁸ *Idem*, par. 73: «Furthermore, in so far as the Government relied on the protection of national security as the main legitimate aim of the impugned measure, the Court reiterates that the exceptions to freedom of religion listed in Article 9 par. 2 must be narrowly interpreted, for their enumeration is strictly exhaustive and their definition is necessarily restrictive. Legitimate aims mentioned in this provision include: the interests of public safety, the protection of public order, health or morals, and the protection of the rights and freedoms of others».

⁹⁹ Sarà oggetto di una dedicata trattazione al capitolo III il controverso criterio del *vivre ensemble* che la Corte ha ritenuto adeguato a giustificare il bando al porto del velo nel caso *SAS c Francia*.

¹⁰⁰ *SAS c Francia*, par. 114: «The Court's practice is to be quite succinct when it verifies the existence of a legitimate aim within the meaning of the second paragraphs of Articles 8 to 11 of the Convention. However, in the present case, the substance of the objectives invoked in this connection by the Government, and strongly disputed by the applicant, call for an in-depth examination. [...]The Government argued, for their part, that the Law pursued two legitimate aims: public safety and "respect for the minimum set of values of an open and democratic society". The Court observes that the second paragraphs of Articles 8 and 9 do not refer expressly to the second of those aims or to the three values mentioned by the Government in that connection.».

¹⁰¹ ZAGREBELSKY V., CHENAL R., TOMASI L., *Manuale dei diritti fondamentali*, op.cit. 148.

¹⁰² Evans tende a raggruppare le deroghe di pubblica sicurezza e ordine pubblico in un'unica categoria, si veda p. 324 M. D. EVANS, *Religious Liberty and International Law in Europe*, Cambridge University Press, 1997.

Come accade per la giustificazione dell'ordine pubblico, anche per quanto riguarda la nozione di «pubblica sicurezza» gran parte delle incertezze è imputabile alle differenze terminologiche che intercorrono tra versione inglese e francese della Convenzione¹⁰³.

La questione ha trovato ampio spazio durante la trattazione del caso *SAS c Francia*¹⁰⁴, giungendo ad una soluzione che è stata successivamente corroborata da sentenze posteriori che propongono la medesima concezione di *public safety*. In particolare, è emerso in quella occasione che il significato di pubblica sicurezza sarebbe sovrapponibile a quello di «sicurezza nazionale»¹⁰⁵, causa legittima di restrizione delle libertà di espressione, vita privata e associazione e volutamente omessa dal secondo paragrafo dell'art.9 in ottica di una valorizzazione del pluralismo religioso¹⁰⁶.

Il bene della sicurezza nazionale è invece direttamente previsto dal secondo paragrafo dell'articolo 10 della Convenzione, che si occupa di disciplinare la libertà di espressione.

2.2. L'ordine pubblico.

Anche di questo bene è difficile dare una nozione certa e una prima criticità in tema di definizione dell'ordine pubblico ai sensi della Convenzione dei diritti umani è dovuta al ricorso di formule diverse all'interno delle versioni ufficiali del testo. Infatti, non c'è coincidenza di significato tra il termine francese *ordre public* e quello inglese *public order*, traducibile con «assenza di disordini» concetto che in francese andrebbe reso con l'espressione *paix public*.

Le contraddizioni che emergono già a livello testuale nella Convenzione rispecchiano una reale complessità nel dare una definizione che riguarda in primo luogo gli Stati membri all'interno dei quali è arduo trovare un'interpretazione indiscussa del concetto di ordine pubblico¹⁰⁷.

Proprio perché l'accezione varia a seconda dello Stato di riferimento si è proceduto alla comparazione tra più concetti distinti per giungere all'idea di ordine pubblico come situazione caratterizzata dall'«assenza di fenomeni pregiudizievoli umani o naturali»¹⁰⁸.

¹⁰³ Le due lingue ufficiali della Convenzione europea dei diritti umani.

¹⁰⁴ *SAS c. Francia*, ric. 43835/11, sent. 1° luglio 2014.

¹⁰⁵ T. ALVES PINTO, *op. cit.*, 111.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ MARGIOTTA BROGLIO, *cit.*

¹⁰⁸ *Ibidem*.

L'ordine pubblico è stato spesso riconosciuto dalla Corte europea dei diritti umani quale fondamento legittimo di misure restrittive della libertà religiosa espressa mediante l'abbigliamento religioso, scelta che ha suscitato numerose perplessità.

Troviamo un esempio di questa tendenza nel caso *Dogru c. France*¹⁰⁹ inerente alla vicenda di una studentessa di undici anni espulsa da un istituto statale francese al quale era regolarmente iscritta a causa del rifiuto di rimuovere il velo durante le lezioni di educazione fisica.

La posizione che il Governo francese sosteneva dinnanzi alla Corte era che il porto del velo nel caso di specie pregiudicava «the protection of order and the rights and freedoms of others»¹¹⁰ poiché incompatibile con il regolamento scolastico relativo all'abbigliamento consono all'attività motoria, nonché contrario alle norme igieniche e di sicurezza generale.

2.3 Salute o morale pubbliche.

La casistica che ha ad oggetto le restrizioni della libertà religiosa per ragioni di salute pubblica è esigua, tuttavia merita una trattazione pur sintetica.

In un ricorso del 1977 avanzato da un cittadino indiano residente nel Regno Unito e aderente alla religione Sikh¹¹¹, il fine della tutela della salute pubblica è stato ritenuto un legittimo fondamento della restrizione alla libertà religiosa.

Nel merito, il ricorrente, multato e detenuto svariate volte per aver infranto l'obbligo di utilizzo del casco, sosteneva che il regolamento sull'utilizzo del casco per i motocicli violava la sua libertà religiosa in quanto le relative disposizioni gli impedivano di fatto di indossare il turbante durante il transito in motociclo. La Corte europea dei diritti umani, una volta individuato il fondamento legale¹¹² della restrizione, ha ritenuto inammissibile l'istanza del cittadino indiano poiché l'obbligo di utilizzo del casco aveva come fine la tutela della salute pubblica¹¹³.

Un tema ricorrente in ambito di bilanciamento tra libertà religiosa e salute pubblica è quello delle trasfusioni di sangue nei confronti di testimoni di Geova.

¹⁰⁹ *Dogru c. France*, ric. 27058/05 sent. 4 dicembre 2008

¹¹⁰ *Idem* par. 36

¹¹¹ *X c Regno Unito*, ric. 7992/1977

¹¹² *The Motor Cycle (Wearing of Helmets) Regulations* del 1973

¹¹³ «[...] the compulsory wearing of crash helmets is a necessary safety measure for motor cyclists. The Commission is of the opinion therefore that any interference that there may have been with the applicant's freedom of religion was justified for the protection of health in Accordance with Article 9(2).».

Una recentissima sentenza della Grande Camera del 2024¹¹⁴ ha condannato la Spagna a seguito della vicenda di una donna testimone di Geova sottoposta ad un intervento d'urgenza durante il quale era stata sottoposta a tre trasfusioni. La ricorrente aveva dovuto subire una precedente operazione chirurgica in occasione della quale e aveva più volte negato il suo consenso a ricevere trasfusioni di sangue per motivi religiosi, anche in situazioni di criticità per la sua vita.

La posizione statale alla tutela della salute è stata accolta nonostante la questione vertesse su una decisione, quella di ricevere un trattamento sanitario, strettamente personale¹¹⁵, più inerente alla salute individuale che pubblica. Tuttavia, i giudici di Strasburgo hanno ricondotto alla salute pubblica lo scopo di salvaguardare l'integrità fisica della paziente per via delle prescrizioni della legge interna spagnola.

La violazione dell'articolo 8 letto alla luce dell'articolo 9 della Convenzione è stata comunque riscontrata, ma le ragioni di tale approdo risiedono in una valutazione globale della vicenda più che sul singolo scopo legittimo¹¹⁶. Anche il ricorso allo scopo legittimo della tutela della morale pubblica è poco frequente, nonostante l'influenza marcata che storicamente la religione ha esercitato ed esercita in tema di formazione del sentimento di morale pubblica.

La tendenza è di lasciare un ampio margine di discrezionalità agli Stati membri in virtù dell'assenza di una concezione uniforme di morale tra di Stati aderenti¹¹⁷, questo però non deve portare a pensare che la posizione degli Stati membri prevalga automaticamente.

Nel già citato caso *Otto - Preminger - Institute c. Austria*¹¹⁸ la censura imposta dallo Stato austriaco è stata ritenuta legittima in virtù della necessità di tutelare il sentimento religioso cristiano dall'offesa che l'associazione di immagini pornografiche a temi religiosi poteva suscitare. Scelta che non consente di formulare pronostici circa l'evoluzione della

¹¹⁴ *Pindo Mulla c Spagna*, ric. 15541/20, sent. 17 settembre 2024.

¹¹⁵ *Ivi*, par. 135-136 «The Court accepts the Government's position on this point [...] Furthermore, the State's duty under Articles 2 and 8 to ensure the protection of hospital patients – discussed further below – must also be borne in mind in this connection. It can therefore be said that the interference had as its aim “the protection of health”».

¹¹⁶ *Ivi*, par. 172-184.

¹¹⁷ *Handyside c. Regno Unito* par. 48 «In particular, it is not possible to find in the domestic law of the various Contracting States a uniform European conception of morals. The view taken by their respective laws of the requirements of morals varies from time to time and from place to place, especially in our era which is characterised by a rapid and far-reaching evolution of opinions on the subject. By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of these requirements».

¹¹⁸ *Otto - Preminger - Institute c. Austria*, ric. 13470/87, sent. 20 settembre 1994.

giurisprudenza con riferimento alla salvaguardia del sentimento religioso, elementi che prima di questa sentenza non risultavano rientranti nell'ambito oggettivo di tutela dell'articolo 9 della Convenzione.

In un'interessante sentenza del 2024¹¹⁹, la *Executief van de Moslims van België and Others c Belgio*, è stato ricondotto il benessere animale alla morale pubblica. Diverse associazioni religiose, sia mussulmane sia ebraiche, hanno adito la Corte europea dei diritti umani lamentando l'avvenuta violazione dell'articolo 9 della Convenzione ad opera di due leggi regionali belghe che vietavano la macellazione senza previo stordimento degli animali, pratica in precedenza ammessa sono per motivi religiosi.

Prima del 2014 infatti la legislazione statale belga disponeva che la macellazione di animali potesse avvenire solo a seguito di stordimento degli stessi e l'unica eccezione alla regola in questione era ammessa rispetto a macellazioni rituali religiose.

Nel 2014 la materia è diventata di competenza regionale e due leggi regionali hanno escluso la derogabilità della norma per motivi religiosi. In relazione a questa vicenda la Corte, che non ha accolto la visione dei ricorrenti, si è espressa per la prima volta sul tema della protezione del benessere animale riconoscendo questo interesse come espressione del bene della morale pubblica¹²⁰. Il ragionamento dei giudici si è fondato sull'idea di morale come bene per natura in progressiva evoluzione nella società, specificando che quanto è ritenuto moralmente accettabile in certo periodo storico, potrebbe non essere più considerato tale nel periodo storico successivo¹²¹.

2.4. Le misure necessarie alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.

A differenza di quanto detto circa salute e sicurezza pubblica, la «tutela dei diritti e delle libertà altrui» è tra le cause legittimanti ingerenze statali più frequenti.

La necessità di un bilanciamento tra la libertà religiosa in capo ad una persona fisica o giuridica si verifica sia in riferimento a diritti di natura differente rispetto a quella religiosa, sia nell'ambito dell'esercizio di diritti altrui di matrice religiosa. Per quanto riguarda il primo caso, può accadere che l'esercizio del diritto di culto leda l'esercizio del diritto alla propria vita privata¹²². Non è raro, infatti, che possano sorgere pressioni interne

¹¹⁹ *Executief van de Moslims van België and Others c Belgio* ric. 16760/22, sent. 13 febbraio 2024.

¹²⁰ *Ivi*, par. 101-103.

¹²¹ *Ivi*, par. 97.

¹²² Articolo 8 della Convenzione Europea dei Diritti Umani.

al gruppo religioso di appartenenza che pregiudichino il pieno sviluppo della personalità dell'individuo¹²³.

Allo stesso tempo può verificarsi anche l'ipotesi opposta, ossia che la limitazione dell'esercizio della libertà religiosa, come il divieto di utilizzo del velo in luoghi pubblici, possa portare all'isolamento del soggetto titolare del diritto stesso che si vede impossibilitato a prendere parte alla vita della comunità alla quale appartiene in modo poco soddisfacente.

Nel caso *SAS c Francia*¹²⁴ la ricorrente sottolinea come l'obbligo di rimuovere il velo nei luoghi pubblici e la conseguente possibilità di indossarlo solo nella propria dimora la facesse sentire una «prigioniera», divisa tra due personalità non in grado di coesistere contemporaneamente¹²⁵. Inoltre, è bene sottolineare che uno dei principali obiettivi che concretamente si prefigura di realizzare la formula della «protezione e libertà dei diritti altrui» è sicuramente di evitare discriminazione sociale e intolleranza verso minoranze.

La protezione dei diritti individuali come contrappeso alla libertà religiosa emerge in altre sentenze precedentemente menzionate, in particolare in tema di proselitismo nel caso *Kokkinakis c Grecia* laddove la Corte sancisce che «it may be necessary to place restrictions on this freedom in order to reconcile the interests of the various groups and ensure that everyone's beliefs are respected¹²⁶», e proprio sul rispetto dei diritti altrui s'impenna la distinzione tra proselitismo proprio e improprio fondamentale nella valutazione della legittimità della misura statale nel caso *Larissis e altri c Grecia*.

Altri riferimenti sono rinvenibili nella più volte menzionata sentenza relativa al caso *Otto - Preminger - Institute c. Austria*, in cui si è affermato che:

«[i]n seizing the film, the Austrian authorities acted to ensure religious peace in that region and to prevent that some people should feel the object of attacks on their religious beliefs in an unwarranted and offensive manner. It is in the first place for the national authorities, who are better placed than the international judge, to assess the need for such a measure in the light of the situation obtaining locally at a given time. In all the circumstances of the present case, the Court does not consider that the Austrian authorities can be regarded as having overstepped their margin of appreciation in this respect.»¹²⁷

¹²³ F. MARGIOTTA BROGLIO, *op. cit.*, p.66

¹²⁴ *SAS c Francia*, ric. 43835/2011 sent.1° luglio 2014

¹²⁵ *Ivi*, par. 79

¹²⁶ *Kokkinakis c Grecia*, par. 33

¹²⁷ *Otto - Preminger - Institute c. Austria*,

3. Le libertà condizionate: un confronto tra clausole restrittive.

Le clausole restrittive relative alle libertà condizionate¹²⁸ sono in linea di massima coincidenti: ricorrono la «sicurezza nazionale», l'«integrità territoriale», la «pubblica sicurezza», la «difesa dell'ordine» e la «prevenzione dei reati», la «protezione della salute o della morale».

La *limitation clause* dell'articolo 9 presenta delle difformità che è bene analizzare, a partire dalla diversa estensione dell'applicabilità oggettiva delle misure restrittive. Infatti, le limitazioni ex paragrafo 2, art. 9 ineriscono ad un ambito oggettivo più ristretto rispetto a quello nei confronti del quale operano i paragrafi equivalenti degli articoli 8 10 e 11, in quanto resta esclusa, per ovvie e precedentemente esposte ragioni, l'operatività rispetto alla libertà di coscienza¹²⁹. Le misure restrittive, pertanto, potranno interessare unicamente le manifestazioni della libertà in questione.

Un'altra evidente differenza tra l'articolo 9 e le altre libertà condizionate è l'assenza del catalogo di scopi legittimi della «sicurezza nazionale» o *national security*, che viene illustrata nel già citato caso *Nolan K c Russia*¹³⁰, né della «prevenzione di reati e disordini».

La Corte europea dei diritti umani esclude espressamente che l'omissione di questa causa di giustificazione sia frutto del caso, e anzi provvede a darne una dettagliata motivazione:

«[...] the non-inclusion of that particular ground for limitations in Article 9 reflects the primordial importance of religious pluralism as “one of the foundations of a 'democratic society' within the meaning of the Convention” and the fact that a State cannot dictate what a person believes or take coercive steps to make him change his beliefs. It follows that the interests of national security could not serve as a justification for the measures taken by the Russian authorities against the applicant.»

Pertanto, ancora una volta viene posto in primo piano il pluralismo religioso come valore fondamentale e irrinunciabile. Appurata l'assenza della «sicurezza nazionale» e della «prevenzione di reati e disordini» tra i beni elencati al secondo paragrafo dell'articolo 9, si può ritenere, in base alla giurisprudenza di Strasburgo, che questi concetti possano essere connessi all'idea di «sicurezza pubblica», rendendo le tre espressioni, a seconda del caso concreto, quasi sovrapponibili¹³¹.

¹²⁸ Articoli 8, 10, e 11 della Convenzione europea dei diritti umani.

¹²⁹ M. Toscano, *op. cit.* p. 166.

¹³⁰ *Nolan K. c. Russia*, ric. 2512/04, par. 73

¹³¹ T. ALVES PINTO, *op. cit.*, 111.

SEZIONE III:

IL RUOLO DELLO STATO

1. Neutralità statale come *multi-layered concept*

Sulla scorta dell'analisi riguardante la posizione statale nei confronti delle libertà sancite dalla Convenzione, occorre ora approfondire l'atteggiamento dello Stato rispetto alle questioni inerenti alla religione. Questo aspetto del rapporto tra Stato e religioni è quanto di più lontano esista dall'omogeneità e per questo motivo costituisce un ambito nel quale spesso ai contraenti vengono lasciati buoni margini di libertà d'azione.

Nonostante questa tendenza, esiste un punto fermo in materia, un paradigma comportamentale rispetto al quale ogni Stato si deve attenere.

Si tratta del principio della neutralità statale, che rappresenta peraltro un presidio estensibile anche alla libertà di pensiero e di espressione¹³², strettamente connesse, come già anticipato, a quella religiosa.

Questo principio è complesso e si traduce in una serie di comportamenti che in prima battuta prescrivono un atteggiamento di imparzialità, inteso come equidistanza dalle varie confessioni religiose, finalizzato all'equiparazione di tutti i credo e le chiese di fronte all'entità statale.

Da questi primi rilievi si trae che le Alte Parti contraenti non potranno promuovere o favorire un culto a discapito di un altro, né impedirne la pratica senza che ricorrano i presupposti della clausola di restrizione nel secondo paragrafo dell'articolo 9.

In altre parole, lo Stato non si deve intromettere nelle vicende riguardanti la religione, in tutte le sue sfaccettature, se non nel momento in cui i beni menzionati al paragrafo due art. 9 vengono minacciati.¹³³

La neutralità statale, che opera su diversi livelli, ha l'obiettivo di presidiare il pluralismo confessionale e la diversità religiosa in un contesto sempre più variegato, al fine di evitare qualsiasi tipo di trattamento discriminatorio tra religioni. Pertanto, il concetto di neutralità assume una connotazione attiva, senza però identificarsi con

¹³² Articolo 10 CEDU

¹³³ M. D. Evans, *Manual on the wearing of religious symbols in public areas*, Strasburgo, Council of Europe Publishing, 2009.

l'imposizione della secolarizzazione, ovvero di un qualsiasi altro modello tra i vari esistenti, ma semplicemente promuovendo un atteggiamento di tolleranza e rispetto verso le varie religioni.

Un tale atteggiamento da parte dello Stato non è peraltro incompatibile con l'esistenza di una religione, di una fede, o di una chiesa maggioritarie all'interno di una realtà statale, soprattutto laddove esse siano culturalmente e storicamente consolidate. Esistono, infatti, diversi Paesi in cui si è affermata nel tempo e a seguito di vicende storiche una Chiesa maggioritaria, il cui culto è considerato estremamente importante nel contesto sociale. Infatti, un'ulteriore declinazione del sopraccitato principio è proprio che lo Stato non è in alcun modo titolato a pronunciarsi sulla legittimità di un credo religioso¹³⁴.

Il principio di neutralità statale era già emerso, pur in contesti differenti, nel caso *Hasan e Chaush c. Bulgaria*, sancendo il dovere di non ingerenza dello Stato nelle questioni organizzative. Nel *leading case Metropolitan Church of Bessarabia c. Moldavia*¹³⁵ troviamo ribadito il principio, in questo caso riguardante una chiesa autonoma ortodossa stanziata nel territorio della Repubblica Moldava che vedeva negato il riconoscimento dell'autonomia dalla chiesa X da parte delle autorità moldave. Il mancato riconoscimento di una chiesa da parte dello Stato ha numerose conseguenze pregiudizievoli¹³⁶ che condizionano marcatamente il godimento di determinati diritti religiosi, sino ad arrivare ad impedirne la piena manifestazione.

Proprio in questo contesto, concentrandosi sul giudizio di proporzionalità, la Corte ha constatato la illegittimità del diniego del riconoscimento. Questa occasione è servita all'affermazione del metodo attraverso cui questa neutralità deve manifestarsi, predisponendo condizioni atte a consentire il corretto svolgimento della vita religiosa preservando il pluralismo, piuttosto che ricorrere alla rimozione delle cause di tensioni e conflitti¹³⁷.

¹³⁴ Principio espresso al par. 117 della sentenza *Arcidiocesi Greco-Ortodossa di Ohrid del Patriarcato di Peć c. l'ex-Repubblica Jugoslava di Macedonia* ric. 3532/07, sent. 9 aprile 2018.

¹³⁵ *Metropolitan Church of Bessarabia v. Moldova*, ric. 45701/99, sent. 13 dicembre 2001

¹³⁶ *Ivi*, par. 129: «the Court notes that in the absence of recognition the applicant Church may neither organise itself nor operate. Lacking legal personality, it cannot bring legal proceedings to protect its assets, which are indispensable for worship, while its members cannot meet to carry on religious activities without contravening the legislation on religious denominations».

¹³⁷ *Ivi*, par. 116: «However, in exercising its regulatory power in this sphere and in its relations with the various religions, denominations and beliefs, the State has a duty to remain neutral and impartial. What is at stake here is the preservation of pluralism and the proper functioning of democracy, one of the principle characteristics of which is the possibility it offers of resolving a country's problems through dialogue, without recourse to violence, even when they are irksome. Accordingly, the role of the authorities in such

A seguito di questa vicenda il principio ha assunto sempre maggiore forza, affermandosi definitivamente e portando ad un ampliamento delle sfaccettature che l'obbligo statale in questione può assumere.

Infatti, la giurisprudenza della Corte europea ha portato alla luce un'accezione di imparzialità molto articolata, che in talune occasioni va oltre la semplice non ingerenza nelle questioni religiose mutandosi nella necessità di garantire imparzialità e neutralità nella garanzia dell'esercizio della libertà religiosa dei consociati.

Sempre più di frequente l'autorità statale diventa garante di un corretto svolgimento della vita religiosa in senso lato sul proprio territorio, come nei già citati casi *Serif c. Grecia* e *Metropolitan Church of Bessarabia v. Moldavia*. In questo senso si parla di Stato come «neutral and impartial organiser of the exercise of religions, faiths and beliefs»¹³⁸, ruolo che richiede una presenza attiva in materia in luogo della classica astensione.

È dunque possibile individuare due tipologie di neutralità statale: quella negativa, che coincide con il tradizionale dovere di astensione dello Stato dagli affari religiosi e quella positiva, che impone che lo Stato sia titolare di diverse obbligazioni positive rispetto ai consociati.

Restano indeterminati i comportamenti che uno Stato deve tenere affinché il requisito della neutralità sia rispettato. Non aiuta il fatto che la Convenzione Europea si applichi a realtà molto disomogenee nella regolazione del rapporto tra Stato e religione, problematica che si traduce nella tendenza di lasciare un margine di discrezionalità statale piuttosto ampio riguardo al tema.

Spesso la Corte di Giustizia ha ricorso alla dottrina del margine di apprezzamento per considerare leciti provvedimenti statali che non rispettavano il principio di neutralità proprio in ragione dell'impossibilità di trovare un minimo comune denominatore. La mancata individuazione di un nucleo di condotte idonee a preservare il dovere di neutralità statale ha reso più difficile il sanzionamento di atteggiamenti di forte disuguaglianza di trattamento riservato alle diverse religioni. In particolare, è emerso un atteggiamento di diffidenza rispetto all'Islam contrapposto ad una tendenziale indulgenza verso il cristianesimo.¹³⁹

circumstances is not to remove the cause of tension by eliminating pluralism, but to ensure that the competing groups tolerate each other».

¹³⁸ *Ivi*, 45

¹³⁹ A. Cebada Romero, *The European Court of Human Rights and Religion: between Christian Neutrality and the Fear of Islam*

La stessa, che Corte europea riveste il ruolo di supervisore, tuttavia non sempre ha mostrato di svolgere questa funzione in modo adeguato e non di rado si è rifugiata nella dottrina del margine di apprezzamento, per evitare di prendere posizioni ritenute eccessivamente nette rispetto ad una questione complessa come il rapporto Stato-chiesa.

2. La natura degli obblighi statali

In virtù dell'articolo 1 della Convenzione europea dei diritti umani ogni individuo deve essere messo nelle condizioni di godere in modo pieno ed effettivo dei diritti e delle libertà in essa consacrate¹⁴⁰; pertanto, è un principio assodato quello secondo il quale in capo agli Stati contraenti configurano obblighi di diversa natura proprio per consentire l'attuazione dei principi e valori convenzionali. Per avere un'idea più chiara di quali possano essere questi obblighi si può ricorrere ad una classificazione che distingue gli obblighi negativi da quelli positivi.

Una criticità abbastanza rilevante è che la Corte di Strasburgo non ha mai individuato un «core of obligations», che declini concretamente il principio di neutralità statale.

La bipartizione tra obblighi negativi e positivi trae origine dall'analisi relativa alla prima tipologia. La nozione di obblighi positivi, infatti, nasce e si sviluppa in contrapposizione a quella di obblighi negativi, che originariamente costituiva l'unica categoria di obblighi esistente in relazione ai diritti civili e politici. Una chiara definizione può essere costruita intorno al binomio inazione-azione poiché un obbligo negativo «is one by which a State is required to abstain from interference with, and thereby respect, human rights»; al contrario per adempiere un obbligo positivo «a State must take action to secure human rights.»

Pertanto, nel caso di obblighi negativi, sorgeranno in capo allo Stato vincoli di non fare o di non ingerenza; nel caso di obblighi positivi lo Stato sarà titolare di vincoli di fare o di intervento. Questa categoria, particolarmente rilevante in materia di diritti fondamentali, è applicabile anche ai diritti civili e politici.¹⁴¹

Sulla base di questa dicotomia, e considerata la genesi della seconda categoria di obblighi, si può affermare che i due concetti siano interdipendenti e che la riconduzione di un

¹⁴⁰Art. 1 Convenzione Europea dei Diritti Umani «The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention».

¹⁴¹ R. PISILLO MAZZESCHI, *Diritto internazionale dei diritti umani – Teoria e Prassi*, Torino, Giappichelli, 2020. p.108.

comportamento statale verso l'uno o verso l'altro non possa che avvenire per esclusione di uno dei due.

Anche sotto il profilo delle violazioni, laddove¹⁴² uno Stato debba garantire la tutela di un diritto tramite un'azione e si limiti ad un'inazione, sorgerà una violazione; viceversa, laddove sia necessaria l'inazione dello Stato e questo intervenga attivamente, andrà incontro ad una violazione. Quindi la violazione di un obbligo positivo si avrà con l'inazione od omissione statale, e parimenti quella di un obbligo negativo si avrà con la sua ingerenza, a meno che questa non sia giustificata dal secondo paragrafo dell'articolo 9.¹⁴³

Potremmo definire il binomio positivo-negativo come una macro-categorizzazione degli obblighi, che a sua volta si può ulteriormente declinare in modo più specifico¹⁴⁴.

L'elaborazione giurisprudenziale è giunta a definire le obbligazioni negative come il «core» delle «human right obligation», attribuendo a quelle positive una connotazione di superfluità, ritenendole aggiuntive nonché concettualmente posteriori rispetto a quelle negative.

Questa evoluzione comporta una minore familiarità nel controllo dell'adempimento di obblighi negativi da parte della Corte, definiti «self-evident» e pertanto non sottoposti ad un sindacato di esistenza, al di là della oggettiva e maggiore facilità di controllo del rispetto di comportamenti di non ingerenza.¹⁴⁵

La differente concezione della Corte, con particolare riguardo alla caratterizzazione degli obblighi positivi quale categoria addizionale, comporta che ci siano delle differenze anche nel test di legittimità di un comportamento statale rispetto ad una libertà, relativamente al tipo di obbligo che sorge in capo allo Stato nel caso concreto. Per quanto concerne gli obblighi negativi, il giudizio di legittimità del comportamento statale sarà quello standard

¹⁴² In caso di violazione agli obblighi positivi corrisponderà la categoria degli illeciti omissivi e a quelli negativi quella degli illeciti commissivi.

¹⁴³ L. LAVRYSEN, *Human Rights in a Positive State: Rethinking the Relationship Between Positive and Negative Obligations under the European Convention on Human Rights*, Cambridge, Intersentia, 2016, pp 1-44.

¹⁴⁴ Per una trattazione approfondita del tema degli obblighi positivi nell'ambito della Convenzione europea dei diritti umani si veda R. PISILLO MAZZESCHI, *Responsabilité de l'État pour violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme*, in *The Hague Academy Collected Courses Online / Recueil des cours de l'Académie de La Haye en ligne*, Brill | Nijhoff., 2008.

¹⁴⁵ L. LAVRYSEN, *Comparison Positive vs. Negative Obligations*, in *Human Rights in a Positive State: Rethinking the Relationship between Positive and Negative Obligations under the European Convention on Human Rights*. Intersentia; 2016:213-240.

precedentemente illustrato, scandito da tre step corrispondenti a valutazioni di diversa natura.¹⁴⁶

Nel caso delle obbligazioni positive avviene una valutazione ridotta ad un unico test di «fair balance» della misura, per cui il vaglio del requisito di legalità, ad esempio, non sarà sistematicamente separato e autonomo dal controllo della compatibilità attraverso il criterio della “necessità all’interno di una società democratica”. La Corte di Strasburgo non procederà ad una considerazione letterale di ogni scopo legittimo a fronte di ogni violazione, ma opererà una valutazione più generica improntata al riscontro di un certo grado di rilevanza dei «legitimate aims».¹⁴⁷

2.1 Gli obblighi negativi

Uno dei primi obblighi negativi riscontrabili nella Convenzione europea dei diritti umani consiste nel non ostacolare il normale funzionamento delle organizzazioni religiose riguardo lo status delle organizzazioni stesse.

La libertà di religione garantita dalla Convenzione europea dei diritti umani non implica in alcun modo che ai gruppi religiosi o ai seguaci di una religione debba essere concesso uno status giuridico specifico o uno status fiscale diverso da quello di altre entità esistenti. Allo stesso tempo, il dovere di neutralità statale non implica che gli Stati contrenti debbano ridurre l’impatto che una chiesa riveste a livello culturale all’interno di una data realtà statale. Infatti, è stata più volte ribadita la compatibilità del riconoscimento di una chiesa di Stato con l’art. 9.

Un secondo obbligo negativo dello Stato è quello del rapporto con le organizzazioni religiose. Le vicende che possono scandire questo rapporto sono tre: il riconoscimento, la registrazione e lo scioglimento delle organizzazioni religiose.

Per quanto riguarda il riconoscimento si fa riferimento a quell’atto dello Stato che conferisce all’organizzazione religiosa la personalità giuridica, requisito che, insieme alla registrazione, è fondamentale per godere pienamente il diritto di religione

¹⁴⁶ Test di legalità necessità e proporzionalità, laddove uno dei tre requisiti venga meno si avrà una violazione. Si veda in dettaglio F. Margiotta Broglio, *La protezione internazionale della libertà religiosa nella convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Milano, Giuffrè Editore, 1967, pp 5-8, ma anche M. Toscano, *Il fattore religioso nella Convenzione europea dei diritti dell’uomo. Itinerari giurisprudenziali*, Pisa, Edizioni ETS, 2018, p. 171 ss., Y. ARAI TAKAHASHI, Y. ARAI, *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*, Oxford, Intersentia, 2002.

¹⁴⁷ L. LAVRYSEN, *Human Rights in a Positive State: Rethinking the Relationship Between Positive and Negative Obligations under the European Convention on Human Rights*, Cambridge, Intersentia, 2016.

Si tratta di un atto che ha natura dichiarativa e non costitutiva, in quanto non influente sull'esistenza fattuale dei gruppi religiosi che possono comunque esistere anche senza che lo Stato li riconosca o registri.

Se le discipline di riconoscimento e registrazione sono necessarie perché i gruppi religiosi possano godere di alcuni diritti di varia natura, come essere titolari di proprietà, essere beneficiari di agevolazioni fiscali, o potere utilizzare spazi pubblici,¹⁴⁸ lo scioglimento, per contro, rappresenta una delle interferenze più gravose che lo Stato può attuare. Per questa ragione deve essere fondato su norme previste dalla legge, caratterizzata dal carattere dell'eccezionalità conseguente a fatti di particolare gravità.

Pertanto, dovere dello Stato sarà astenersi dall'ostacolare, senza che sussistano gravi motivi, la formazione o il regolare svolgimento della vita di organizzazioni di natura religiosa che spontaneamente vengono a formarsi in una realtà democratica, come ad esempio il rifiuto non giustificato di effettuare un riconoscimento o una registrazione.

Un'ulteriore ingerenza nella vita religiosa è l'utilizzo in atti statali di termini dispregiativi nei confronti di un credo o di una comunità religiosa. Un caso di riconoscimento di avvenuta violazione dell'articolo 9 è stato provato nella causa *Mockutė c. Lituania*¹⁴⁹ relativa ad una donna affetta da psicosi acuta ricoverata in una clinica psichiatrica.

Durante la degenza la ricorrente era stata sottoposta a tentativi di correzione delle sue credenze da parte del personale medico, poiché aveva praticato la meditazione prescritta dal movimento religioso di Osho, di cui era parte. In particolare, i medici parlavano negativamente e in termini dispregiativi del suo credo e la spronavano a rivedere le sue credenze.

La Corte di Strasburgo aveva in quel caso riscontrato una violazione dell'art. 9,¹⁵⁰ in quanto l'utilizzo di taluni termini dalla connotazione dispregiativa da parte del personale sanitario, nonché l'incoraggiamento ad abbandonarne il credo, avevano effettivamente impedito alla ricorrente, che versava in uno stato di particolare fragilità, il libero e sereno esercizio della propria libertà religiosa¹⁵¹.

¹⁴⁸ C. MORINI, *La tutela dei diritti dei gruppi religiosi nel quadro della CEDU*, in A. SANTINI, M. SPATTI, (a cura di), *La libertà di religione in un contesto pluriculturale. Studi di diritto internazionale e dell'Unione europea*, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 2021.

¹⁴⁹ *Mockutė c. Lituania*, ric. 66490/09, sent. 27 maggio 2018.

¹⁵⁰ A differenza di quanto è accaduto per il caso *Leela Förderkreis e.V. e altri c. Germania*, in cui la misura statale è stata ritenuta proporzionata e necessaria in una società democratica.

¹⁵¹ *Mockutė c. Lituania*, ric. 66490/09 sent. 27 maggio 2018 parr 123-131.

Un vero e proprio passo avanti in materia di difesa della reputazione e del proprio credo si raggiunge con il caso *Leela Förderkreis e.V. e altri c. Germania*¹⁵² con il quale si giunge ad una vera e propria formalizzazione del diritto di agire in capo ai gruppi religiosi per il pregiudizio alla propria reputazione derivante dall'utilizzo di termini dispregiativi, a prescindere dal fatto che i membri del credo abbiano subito direttamente dei danni a seguito di un simile trattamento¹⁵³.

La Corte europea dei diritti umani non ha riscontrato alcuna violazione dell'articolo 9 della Convenzione.¹⁵⁴ La vicenda riguardava l'utilizzo in documenti ufficiali della Repubblica Federale di Germania di termini quali «setta», «setta di giovani», «psico-setta», «pseudo-religione», «movimento religioso distruttivo», «movimento che manipola i suoi membri» e altri simili, ritenuti svilenti dalle cinque associazioni religiose dedicate alla condivisione degli insegnamenti di Osho che hanno promosso l'azione.

La Corte non ha ritenuto che il comportamento del Governo tedesco avesse violato la libertà religiosa ex art 9, poiché nonostante il lessico utilizzato fosse effettivamente sminuente, non era stato impiegato per finalità discriminatorie in quanto costituiva il trattamento standard riservato alle realtà religiose nuove e diverse dalla religione maggioritaria del Paese. Inoltre, la misura rispecchiava un'esigenza informativa portata avanti dal Governo e pertanto compatibile con il requisito della necessità in una società democratica.

Sempre a tutela della libertà delle organizzazioni religiose, vige l'ulteriore onere statale di esimersi da intromissioni in materia di organizzazione interna delle organizzazioni stesse.

Come già riferito¹⁵⁵, le organizzazioni religiose godono di autonomia e di organizzazione interna. Il diritto di autodeterminare le proprie regole interne deve essere garantito dall'entità statale a tutela del pluralismo religioso, in primo luogo evitando ingerenze nella designazione del leader religioso, nella selezione del personale, o nella risoluzione di conflitti tra articolazioni delle stesse organizzazioni, e in questioni di medesimo tenore.

¹⁵² *Leela Förderkreis e.V. e altri c. Germania*, ric. 58911/00, sent. 6 novembre 2008

¹⁵³ C. MORINI, *La tutela dei diritti dei gruppi religiosi nel quadro della CEDU*, in A. Santini, M. Spatti, (a cura di), *La libertà di religione in un contesto pluriculturalmente. Studi di diritto internazionale e dell'Unione europea*, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 2021.

¹⁵⁴ *Leela Förderkreis e.V. e altri c. Germania*, parr. 97-101.

¹⁵⁵ V. *supra*, sez. I, par. 1.2.

2.2 Gli obblighi positivi

L'elaborazione della categoria degli obblighi positivi risale a un momento successivo rispetto a quella degli obblighi negativi, e presenta il carattere della eccezionalità.¹⁵⁶

Posta la minore dimestichezza della Corte rispetto alla categoria obblighi positivi, la stessa dovrà argomentare la fondatezza dell'esistenza o meno dell'obbligo attraverso un iter che si discosta da quello usuale,¹⁵⁷ che verte su un bilanciamento atto a verificare l'equilibrio tra interesse generale e particolare.¹⁵⁸

Si può far riferimento ad un paradigma per quanto riguarda le obbligazioni positive che sorgono in capo agli Stati circa i diritti umani; tuttavia, la categoria non dispiega i suoi effetti in modo omogeneo rispetto a tutti i diritti della Convenzione.

In particolare, rispetto all'articolo 8 della Convenzione europea dei diritti umani è particolarmente sviluppato ed esteso il novero delle obbligazioni positive.

Non altrettanto avviene riguardo all'articolo 9, rispetto al quale è individuabile un numero più ridotto di obbligazioni positive, che poco si discostano dall'ambito correlato all'ambito religioso in senso stretto.¹⁵⁹

Il fatto che gli Stati contraenti debbano garantire ai cittadini di godere pienamente dei diritti e delle libertà proclamati nella Convenzione li rende titolari di obblighi positivi e responsabili del loro adempimento anche laddove la violazione di una libertà del singolo venga violata da un privato.

Il ruolo di garante attivo delle posizioni tutelate nella Convenzione delle istituzioni statali non assume rilevanza solo per quanto riguarda i rapporti verticali tra Stato e cittadino ma anche nei rapporti orizzontali ossia nell'ambito delle relazioni interindividuali.

Già nel caso *Otto – Preminger c. Austria* viene ricollegato all'articolo 9 un obbligo positivo dello Stato di assicurare «the peaceful enjoyment of the right guaranteed under Article 9 to the holders of those beliefs and doctrines».¹⁶⁰

¹⁵⁶L. LAVRYSEN, *Comparison Positive vs. Negative Obligations*. in: *Human Rights in a Positive State: Rethinking the Relationship between Positive and Negative Obligations under the European Convention on Human Rights*. Intersentia; 2016:213-240.

¹⁵⁷*Ivi*, p. 215.

¹⁵⁸Per approfondire, v. J. CHRISTOFFERSEN, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 106.

¹⁵⁹K. HENRARD, *Duties of Reasonable Accommodation in Relation to Religion and the European Court of Human Rights: A Closer Look at the Prohibition of Discrimination, the Freedom of Religion and Related Duties of State Neutrality in Erasmus Law Review*, 5, 2012, pp 59-78.

¹⁶⁰IAN LEIGH, *New Trends in Religious Liberty and the European Court of Human Rights*, in *Ecclesiastical Law Society*, p 267.

Un caso molto importante è stato dato dal caso *97 members of the Gldani congregation of Jehovah's Witnesses and 4 others c. Georgia* ¹⁶¹.

La controversia viene instaurata in relazione ad una vicenda accaduta in Georgia nel 1999 dove i membri di una congregazione di stampo religioso erano stati vittime di una serie di episodi violenti perpetrati ai loro danni da un gruppo di militanti della Chiesa Ortodossa di Tbilisi.

Questo genere di violenze di diversa natura, dalle percosse e atti fisici umilianti, come la rasatura forzata di un credente, ad atti simbolici come il rogo di libri sacri appartenenti alla congregazione, si è ripetuto svariate volte nel corso dei mesi, causando numerosi feriti e venendo sistematicamente filmato e postato online.

Nel corso della trattazione davanti ai giudici di Strasburgo, nonostante sia stata esclusa una complicità diretta delle forze dell'ordine nei fatti accaduti, è emerso che le autorità siano venute meno a obblighi di celerità di indagini che sarebbe sorto in capo ad esse a seguito di lamentele da parte delle vittime.¹⁶²

Pertanto, è possibile affermare che gli obblighi positivi possono implicare, dal punto di vista dell'articolo 9, l'istituzione di una procedura effettiva e accessibile allo scopo di tutelare i diritti garantiti da tale disposizione, e in particolare la creazione di un quadro normativo che introduca un meccanismo giudiziario ed esecutivo destinato a tutelare i diritti degli individui e, se necessario, l'applicazione di idonee misure specifiche.

Tra gli obblighi positivi certamente figura quello di evitare l'impedimento del godimento di una libertà ad opera di soggetti terzi.

Lo Stato dovrà agire nel realizzare questa tutela seguendo uno standard di diligenza.

CAPITOLO SECONDO

IL MARGINE DI APPREZZAMENTO STATALE IN RAPPORTO ALLA GARANZIA APPRESTATA ALLA LIBERTÀ RELIGIOSA DALL'ART 9 CEDU

¹⁶¹ *97 members of the Gldani congregation of Jehovah's Witnesses and 4 others v Georgia*, Appl No. 71156/01.

¹⁶² *Idem*, Par. 114 «the authorities gave no follow-up to the complaints of these 31 applicants, who had submitted specific details of the physical abuse sustained by them and by their children».

SOMMARIO: SEZIONE I: LA DOTTRINA DEL MARGINE DI APPREZZAMENTO STATALE 1. La dottrina del margine di apprezzamento statale: natura e definizione dell'istituto – 1.1 La genesi della teoria: la clausola di deroga di cui all'art. 15– 1.2 Il caso *Grecia c. Regno Unito*. – 2. Lo sviluppo della dottrina del margine di apprezzamento statale: l'estensione ai diritti fondamentali: il caso *Handyside c. Regno Unito*. – 3. I diritti fondamentali soggetti a limitazioni: artt. 8-11 CEDU: il caso *Dickson c. Regno Unito*. SEZIONE II: LA SUPERVISIONE DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI UMANI. – 1. Il principio di sussidiarietà e il margine di apprezzamento statale: la presunzione della *better position* dello Stato. – 2. Il principio del *consensus europeo*: definizione e criteri di valutazione ai fini di valutarne la sussistenza. – 2.1 Il rapporto di proporzionalità inversa tra margine di apprezzamento e *consensus*. – 2.2. La tendenza alla presunzione di proporzionalità delle misure: il margine di apprezzamento come alibi per evitare un controllo in concreto SEZIONE III: L'AMPIO MARGINE DI APPREZZAMENTO STATALE: AMBIVALENZE DELLA CORTE IN MATERIA DI OSTENSIONE DI SIMBOLI RELIGIOSI. – 1. La crisi del principio di laicità, verso una laicità post secolare. Un' introduzione al caso *Lautsi c. Italia*. – 2. Il caso *Leyla Sahin c. Turchia*: quando un simbolo religioso diventa politico – 2.1 Il caso *Dalhab c. Svizzera*: un'introduzione al concetto di “simbolo esteriore forte” 2.2 La controversa distinzione tra simboli attivi e passivi: il confronto tra i casi *Dalhab c. Svizzera*, *c. Turchia* e *Lautsi c. Italia* – 3. Verso una concezione restrittiva di laicità.

SEZIONE I

LA DOTTRINA DEL MARGINE DI APPREZZAMENTO STATALE

1. La dottrina del margine di apprezzamento statale: natura e definizione dell'istituto

La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nasce come strumento di garanzia di uno standard uniforme di rispetto di diritti umani fondamentali tra realtà statali eterogenee sul piano non solo culturale, ma anche economico e legale¹⁶³. Essa viene efficacemente definita «il minimo comune denominatore» che tiene insieme tante realtà disomogenee¹⁶⁴ e ad oggi è considerata l'esperienza di «meccanismo di protezione internazionale dei diritti dell'uomo» meglio riuscita in termini di efficacia ed efficienza tra tutti gli equivalenti presenti, che in larga misura da essa traggono ispirazione.¹⁶⁵ In virtù dello scopo che essa si prefigge, è richiesta un'applicazione uniforme del dettame convenzionale, obiettivo che, tuttavia, non sempre è possibile perseguire per le circostanze specifiche del caso. Per ovviare a

¹⁶³ E. BENEVESTI, *Margin of Appreciation, Consensus and Universal Standards* in *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol.31 (4), 1999, p. 843 ss.

¹⁶⁴ O. BAKIRCIOGLU, *The Application of the Margin of Appreciation Doctrine* in *Freedom of Expression and Public Morality Cases*, *German Law Journal*. 2007;8(7): p. 717.

¹⁶⁵ R. SAPIENZA, *Sul margine di apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale* p. 571.

questa criticità la Commissione e la Corte hanno elaborato un meccanismo di adattabilità della Convenzione alle vicende concrete che prende il nome di teoria del margine di apprezzamento statale.

L'espressione «margine di apprezzamento statale»¹⁶⁶ designa uno strumento interpretativo di origine giurisprudenziale che consente un bilanciamento tra esigenze statali e protezione dei diritti fondamentali sanciti nella Convenzione europea dei diritti umani. L'istituto consente agli Stati contraesti uno spazio di discrezionalità nell'applicazione del disposto convenzionale e più specificamente sarebbe in grado di tracciare il confine tra una misura statale frutto di un legittimo margine di errore nell'applicazione della Convenzione e una misura che al contrario ne provochi una violazione¹⁶⁷.

Questa teoria viene alla luce in un contesto ben specifico, ossia nell'ambito dell'esercizio di autotutela da parte dei membri del Consiglio d'Europa che vedevano le politiche internazionali come elementi potenzialmente in grado di compromettere il bene della sicurezza nazionale.

Al fine di salvaguardare questo interesse pertanto è sorta la possibilità di una deroga giustificata da situazioni prettamente emergenziali grazie all'applicazione dell'articolo 15 della Convenzione, che sarà oggetto di un ulteriore e puntuale approfondimento. Nel tempo, il campo di derogabilità è stato ampliato e la dottrina estendibile anche a tutti i casi in cui l'applicazione delle norme convenzionali comportava lo scontro tra interessi delicati e particolarmente rilevanti, riconducibili a scelte e questioni di natura politica.¹⁶⁸

Per quanto riguarda la natura giuridica del margine di apprezzamento, si può senza dubbio affermare che essa sia dibattuta: normalmente vi si fa riferimento come ad una dottrina, ma non vi è di fatto un'opinione concorde in merito. La classificazione quale dottrina origina dall'utilizzo consolidato che la Corte ne ha fatto e dai numerosi riferimenti dottrinali a sostegno di essa; tuttavia, non mancano studiosi che negano il

¹⁶⁶ L'espressione «marge d'appréciation», elaborata dal Conseil d'État è mutuata dall'ordinamento francese, anche se qualifica un istituto di diritto amministrativo che ricorre in svariati ordinamenti statali. Da questa esperienza trae ispirazione l'istituto in esame, ossia il margine di apprezzamento, oggi utilizzato in numerose realtà internazionali, basti pensare ai numerosi rimandi della Corte interamericana dei diritti umani al ricorso alla dottrina da parte della Corte Europea dei diritti umani. Si veda ad esempio *Proposed Amendments to the Naturalization Provisions of the Constitution of Costa Rica Advisory Opinion* OC-4/84 (Jan. 19 1984) Inter – American Court of Human Rights (Ser. A) N. 4, par. 56-59.

I primi riferimenti allo strumento, tuttavia, rimandavano al concetto di generica discrezionalità, mentre il concetto nella sua denominazione attuale, nonché definitiva, appare nella sentenza *Irlanda c. Regno Unito* (ric. 5310/71, par. 207) esito di un contenzioso relativo, non a caso, all'articolo 15 CEDU.

¹⁶⁷ P. TANZARELLA, op. cit., 145 ss.

¹⁶⁸ E. BENVENISTI, op. cit., p. 843 ss.

carattere di dottrinale del margine di apprezzamento statale sottolineando la carenza di presupposti teorici dietro alla teoria, nonché la scarsa coerenza nell'applicazione, sostenendo che per il suo carattere pratico può essere definita uno strumento tecnico di giudizio.¹⁶⁹

In effetti non vi è alcun riferimento diretto ed esplicito allo strumento all'interno della Convenzione europea dei diritti umani, carenza che in alcune occasioni ha portato ad una connotazione critica della prassi come invenzione.¹⁷⁰

Per quanto concerne l'ambito di applicazione tipico del margine di apprezzamento statale vengono in rilievo le disposizioni dall'8 all'11 della Convenzione proprio in virtù della derogabilità prevista dal testo, poiché proprio grazie a questa elasticità normativa si ricorre allo strumento del margine. Sicuramente non è possibile dire lo stesso di quei diritti assoluti sanciti agli articoli 2, 3 e 4 della Convenzione che in alcun caso e per nessuna ragione ammettono deroghe¹⁷¹.

Quindi certamente il ricorso al margine di apprezzamento si presta ad essere utilizzato per quei diritti che racchiudono in sé l'idea di contemperamento con altri interessi¹⁷².

È evidente che la dottrina del margine di apprezzamento statale ha trovato nella Convenzione europea dei diritti umani il contesto ideale per la sua nascita e il suo sviluppo soprattutto se si considerano le libertà condizionate più volte citate nel corso della trattazione. L'istituto ha rivelato con il tempo l'attitudine ad estendersi ad ambiti che esulano quello della Convenzione europea, divenendo uno strumento utilizzato, pur con i dovuti accorgimenti e adattamenti, in altri ambiti materiali del diritto internazionale.¹⁷³

Resta un elemento controverso per via della difficoltà, se non impossibilità, di definizione in termini quantomeno di confini, il che lo rende, per alcuni studiosi, un elemento negativo, mentre altri reputano questa criticità un elemento fisiologico. Sicuramente è stata l'indeterminatezza dell'istituto a determinare l'utilizzo casistico fattone dalla Corte di Strasburgo. Infatti, le valutazioni di legittimità riferite ad esistenza ed ampiezza del margine di discrezionalità non sono fisse, ma mutano in base alle

¹⁶⁹ P. TANZARELLA, op. cit., p.149.

¹⁷⁰ E. BENVENISTI, op. cit., p. 843 ss., ma anche R. NIGRO, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Case-Law of the European Court of Human Rights on the Islamic Veil*, in *Springer Science+Business Media B.V.* 2010, p. 535.

¹⁷¹ P. TANZARELLA, op. cit., p. 150ss.

¹⁷² Anche gli articoli 14, 15, 1 protocollo 1 e 2 protocollo 2.

¹⁷³ 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.

circostanze del caso. Il tema viene in rilievo anche nell'ambito dell'accertamento delle violazioni da parte della Corte poiché la diversa estensione del margine nell'applicazione della Convenzione potrà variare da caso a caso, portando a risultati differenti in seno ai giudici di Strasburgo.¹⁷⁴ Una delle critiche più frequenti alla teoria è che essa si fonda e incoraggia il relativismo, fenomeno che costituisce una minaccia all'uniformità e alla universalità auspicabili nella tutela dei diritti fondamentali, sino a minare la credibilità di uno strumento del calibro della Convenzione europea e dell'autorevolezza degli organi di tutela internazionale dei diritti umani.¹⁷⁵

Allo stesso tempo una parte di dottrina riconosce in questo strumento un'opportunità per far fronte alle diversità statali¹⁷⁶, in quanto renderebbe possibile l'applicazione concreta di uno strumento che deve garantire, quantomeno, uno standard uniforme di rispetto dei diritti umani. Quindi la concessione di uno spazio di discrezionalità agli Stati contraenti sarebbe un fattore naturale insito nel tentativo di realizzare tutela omogenea di libertà fondamentali nei singoli Stati, poiché proprio su di essi grava l'onere di garantire il rispetto dei diritti umani in primo luogo.

Infatti, la Corte e gli organi internazionali sarebbero deputati unicamente alla realizzazione di un controllo posteriore ed eventuale in virtù del già citato principio di sussidiarietà.

Una delle critiche più interessanti al relativismo innescato dal ricorso alla dottrina del margine di apprezzamento riguarda la tutela delle minoranze.

Infatti, una simile dottrina minerebbe la tutela dei diritti delle minoranze all'interno dello Stato, particolarmente vulnerabili soprattutto in materia di garanzia di quei diritti umani che spesso si scontrano con valutazioni di natura politica, rispetto ai quali purtroppo la Corte di Strasburgo ha mostrato tendenza ad avvallare le decisioni statali conferendo un ampio margine di apprezzamento.

Se è vero che in virtù del ruolo sussidiario rivestito dalle istituzioni del Consiglio d'Europa, gli Stati si trovano nella posizione di valutare in maniera più adeguata determinate situazioni in virtù della vicinanza al caso concreto questo non deve significare che la Corte sia esonerata da un'effettiva valutazione. Purtroppo, in ambiti

¹⁷⁴ R. SAPIENZA, *Sul margine di apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*.

¹⁷⁵ BENEVISTI, op., cit., 847

¹⁷⁶ O. GROSS, F. NÍ AOLÁIN, *From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights*, in *Human Rights Quarterly*, Aug., 2001, Vol. 23, 3, The Johns Hopkins University Press pp. 625-649

come la libertà di espressione e religione spesso è stato conferito un ampio margine di discrezionalità alle autorità statali talvolta con risultati deludenti sotto il profilo della tutela delle minoranze¹⁷⁷.

1.1 La genesi della teoria: la clausola di deroga di cui all'art. 15.

Il margine di apprezzamento ha un legame molto stretto con l'articolo 15 della Convenzione europea dei diritti umani, poiché la teoria è nata e si è sviluppata relativamente a questa norma. L'articolo in questione si apre con una disposizione che stabilisce le condizioni in base alle quali gli Stati nazionali possano sospendere l'applicazione della Convenzione e delle garanzie ivi stabilite¹⁷⁸.

Si tratta di una deroga generale che nulla ha a che vedere con le ipotesi di restrizione per ordine pubblico o sicurezza pubblica sancite negli articoli da 8 a 11 della Convenzione.

La distinzione riguarda in primo luogo l'ambito di applicazione oggettivo, poiché la portata dell'articolo 15, essendo una disposizione di carattere generale, si applica a tutte le norme convenzionali, compresi anche quegli articoli il cui dispositivo prevede già restrizioni ad hoc e fatta eccezione per quei diritti che tassativamente non possono essere sottoposti a restrizione.¹⁷⁹

In secondo luogo, la differenza attiene alla *ratio* della deroga; infatti, le singole discipline restrittive degli articoli 8-11 hanno il fine di rendere le singole discipline degli articoli compatibili con il caso concreto, così da poter bilanciare il godimento delle libertà con interessi di analoga importanza nella società democratica, come ad esempio il bene delle libertà e diritti altrui.

L'articolo 15 invece risponde all'esigenza di far fronte ad una situazione che, seppur transitoria, è caratterizzata da una gravità estrema, tale da mettere in pericolo la vita della nazione. Sulla base di questa premessa si può osservare una differenza fondamentale sull'entità del pericolo a fondamento delle due tipologie di limitazione.

¹⁷⁷ BENEVISTI, op. cit.,

¹⁷⁸ Art. 15 par 1. «In time of war or other public emergency threatening the life of the nation any High Contracting Party may take measures derogating from its obligations under this Convention to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with its other obligations under international law»

¹⁷⁹ Appunto le libertà condizionate, articoli 8-11, pertanto saranno sottoponibili al regime di deroga specifico per esse previsto e contestualmente sottoponibili alla disciplina derogatoria ex articolo 15.

I motivi che giustificano la sospensione dei diritti fondamentali sanciti nella Carta sono l'istaurazione di un conflitto bellico e il verificarsi di situazioni emergenziali in grado di minacciare la vita della nazione.

Se per il termine guerra non risultano approfondimenti da parte della Corte europea dei diritti umani, una specificazione del concetto di «pericolo pubblico che minaccia la vita della nazione» viene affermata nella sentenza *Lawless c. Irlanda*¹⁸⁰ nella quale viene definito come «an exceptional situation of crisis or emergency which affects the whole population and constitutes a threat to the organised life of the community of which the State is composed»¹⁸¹.

Inoltre, la disposizione provvede a fissare le condizioni per l'esercizio della facoltà di deroga, che riguardano la durata della stessa.

Le misure di sospensione devono protrarsi per il periodo di tempo strettamente necessario alla risoluzione dell'emergenza e non possono entrare in conflitto con altri obblighi di diritto internazionale: in altri termini la deroga delle libertà sancite dalla Convenzione deve comunque rispettare le norme di diritto internazionale generale.

Pertanto, ci si trova dinanzi ad una clausola derogatoria¹⁸² che consente un bilanciamento di interessi rispettivamente dello Stato e dei cittadini¹⁸³ in virtù della difesa della sicurezza nazionale e che affonda le sue radici nella teoria dello stato di necessità¹⁸⁴. La deroga, che ha natura temporanea, risponde alla necessità di uno Stato a vedere la prosecuzione della nazione mentre trova nei cittadini l'interesse di godere delle libertà temporaneamente sospese una volta venuta meno la minaccia.

Tenendo conto della portata di questo articolo è evidente come sia necessario ridurre al minimo la possibilità che gli Stati esercitino potere di deroga in modo arbitrario.

Non è un caso che il secondo paragrafo dell'articolo individui i limiti alla facoltà di deroga delle alte parti contraenti¹⁸⁵.

Il primo grande limite alla facoltà di sospensione è rappresentato dall'articolo 2 della Convenzione nella quale viene consacrato il diritto alla vita, come bene che ognuno deve

¹⁸⁰ *Lawless c. Irlanda (No. 3)*, ric. 332/57, sent. 1° luglio 1961.

¹⁸¹ *Idem*, Par. 28

¹⁸² R. SAPIENZA, op. cit., p. 575.

¹⁸³ Questa scelta normativa ha costituito il riferimento per l'inserimento di meccanismi analoghi in numerose realtà internazionali come nel caso dell'art 27 della Convenzione interamericana dei diritti umani, dell'articolo 4 del Patto sui diritti civili e politici.

¹⁸⁴ S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, op. cit., p. 555.

¹⁸⁵ Il paragrafo 2 dell'articolo 15 sancisce: «No derogation from Article 2, except in respect of deaths resulting from lawful acts of war, or from Articles 3, 4 (paragraph 1) and 7 shall be made under this provision».

vedere protetto dalla legge. Costituisce una violazione della Convenzione l'inflizione della morte a qualsiasi individuo salvo il caso in cui l'evento sia consequenziale ad «atti legittimi di guerra».

Limitano in maniera tassativa la facoltà di deroga dei contraenti, anche in caso di necessità, il divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti enunciato all'articolo 3¹⁸⁶ e la proibizione della riduzione alla schiavitù e servitù, che troviamo al successivo articolo 4 paragrafo 1¹⁸⁷ della Convenzione.

Infine, le misure di deroga ex art. 15 non possono intaccare il principio dell'irretroattività della legge penale sancito all'art. 7 della Convenzione cosicché nessuno potrà in alcun modo essere ritenuto colpevole di un crimine che al momento della commissione non costituiva reato, nemmeno nei casi di urgenza astrattamente previsti dall'articolo 15, né potrà subire l'inflizione di una pena più grave di quella prevista a sanzione del crimine nel momento della commissione¹⁸⁸.

A presidio della conformità legale del ricorso al potere di deroga dello Stato, sono prescritti ad una serie di obblighi informativi e procedurali delineati nel terzo paragrafo¹⁸⁹ dell'articolo, secondo il quale l'Alta Parte contraente che sospenda il godimento di diritti deve informare in modo continuativo e completo il Segretario Generale del Consiglio d'Europa¹⁹⁰.

Oggetto dell'obbligo informativo di cui sopra sono le misure adottate, i motivi sulle quali si fondano nonché la data della cessazione delle stesse, momento in cui le disposizioni oggetto di deroga riacquistano piena applicazione.

¹⁸⁶ Il testo dell'articolo 3 «No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment».

¹⁸⁷ Art. 4 «No one shall be held in slavery or servitude».

¹⁸⁸ Al secondo paragrafo dell'articolo 7 viene fatta salva la vigenza delle norme di diritto internazionale generale per quanto concerne la condanna e il giudizio di un comportamento che ai tempi della commissione costituiva reato.

¹⁸⁹ Art. 15, par. 3 «Any High Contracting Party availing itself of this right of derogation shall keep the Secretary General of the Council of Europe fully informed of the measures which it has taken and the reasons therefor. It shall also inform the Secretary General of the Council of Europe when such measures have ceased to operate and the provisions of the Convention are again being fully executed»

¹⁹⁰ L'elezione del Segretario Generale del Consiglio d'Europa avviene in seno all'Assemblea Consultiva sulla base della proposta del Comitato dei Ministri. Questa figura assiste l'Assemblea e il Comitato, ossia due organi principali, senza tuttavia farvi parte. Il Segretario Generale del Consiglio d'Europa ha un ruolo sia nell'adesione sia nel recesso degli Stati in quanto è deputato alla ricezione dei rispettivi atti. Si tratta, inoltre, di una figura imparziale e terza che gode di consultiva e gode di privilegi e immunità negli Stati membri nello svolgimento delle sue funzioni.

Si è brevemente fatto cenno, con una rapida analisi del testo dell'articolo, a quali siano i casi¹⁹¹ riconducibili alla «ragion di Stato» che aprono alla sospensione delle libertà fondamentali.

Si parla di una situazione eccezionale, di crisi o emergenza che la norma riconduce a guerra o pericolo pubblico in grado di minacciare la vita della nazione.

In mancanza di una chiara e univoca disamina del concetto di guerra sono da ritenere incluse nell'ipotesi sia guerre sorte in seguito ad una dichiarazione ufficiale dello stato di guerra, sia conflitti non formalmente e ufficialmente dichiarati, compresi quelli taciuti e negati. Per quanto riguarda la categoria dei conflitti civili, quindi interni occorre fare delle precisazioni.

Le guerre civili, infatti, rientrano nell'ambito di applicazione oggettivo dell'articolo ma bisogna precisare che potranno essere considerate guerre nel momento in cui assumeranno la qualifica di conflitto di rilievo internazionale laddove non assumano questa caratteristica costituiranno legittimi motivi di sospensione laddove siano in grado di rappresentare un «pericolo pubblico» che minaccia la vita della nazione.

Proprio rispetto a questa seconda ipotesi è bene spendersi in un approfondimento¹⁹². Si tratta di un concetto molto vago che può racchiudere in sé una lunga serie di situazioni e casi concreti. Durante i lavori preparatori alla Convenzione europea dei diritti umani era stata avanzata l'ipotesi dell'inserimento di un elenco di casi tassativamente elencati, ipotesi che tuttavia è stata accantonata propendendo poi per una formulazione meno specifica che consentisse l'adattamento della disposizione ad una varietà di casi concreti¹⁹³.

Considerata, tuttavia, la delicatezza dell'ambito è il caso di specificare che in virtù dell'eccezionalità e dell'oggetto della deroga, l'articolo 15 non può che essere oggetto di un'interpretazione restrittiva.

Di fronte ad una simile varietà di ipotesi è stata la giurisprudenza di Strasburgo a fornire delle indicazioni che meglio definissero i caratteri del «pericolo» a fondamento della

¹⁹¹Ad oggi si è registrato un ricorso moderato alla facoltà di deroga prevista dall'articolo 15 della convenzione.

¹⁹² S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 556

¹⁹³ Si veda per un approfondimento sul tema l'opera E. SOMMARIO, *Stati d'emergenza e trattati a tutela dei diritti umani*, Torino, Giappichelli, 2018, 316 ss.

deroga. In particolare, si deve trattare di un pericolo concreto, eccezionale ed imminente, mentre per quanto concerne l'eccezionalità il ricorso a questo istituto è lecito solo laddove sia ormai evidente che non sussista un'alternativa che impedisca un sacrificio di tale portata. Strettamente correlato al carattere eccezionale del pericolo è il requisito della temporaneità della deroga, che per natura non può protrarsi oltre il periodo di tempo strettamente necessario per la risoluzione della crisi.

A presidio di questa previsione i requisiti della concretezza e dell'imminenza portano ad escludere il caso di deroga preventiva, ossia la sospensione realizzata con il fine di scongiurare l'insorgenza di un pericolo o di evitare un potenziale aggravamento della situazione. È inoltre necessario che la misura sia proporzionata al tipo di pericolo esistente richiedendo il minor sacrificio possibile dei diritti che compatibilmente con l'esigenza concreta del caso.

Una conseguenza interessante e importante di temporaneità e proporzionalità della misura riguarda la sua efficacia, poiché laddove una misura si riveli concretamente inefficace, ossia non in grado di portare alla risoluzione della crisi, dovrà cessare di essere attuata o essere sottoposta a modifiche.

Dal punto di vista soggettivo la misura deve riguardare la popolazione nel suo complesso quindi non solo una parte di essa, anche se è possibile che il provvedimento derogatorio si applichi limitatamente ad una sola porzione di territorio interessata dalla circostanza emergenziale.

La varietà di ragioni ammesse sulla base del secondo motivo di deroga fa sì che si sia fatto ricorso all'articolo 15 per affrontare situazioni molto eterogenee tra loro che vanno dalla calamità naturale, alla crisi sanitaria, minacce terroristiche sino ad arrivare casi di grave dissesto economico.

Pertanto, non assume rilievo né l'origine del pericolo, né la natura dello stesso, purché non sia stato cagionato dallo stesso Stato contraente, come nel caso che ha interessato la Grecia durante il regime dei colonnelli.

Il Governo aveva, infatti, invocato lo stato di emergenza ex articolo 15, per la sospensione di determinate libertà.

Tuttavia, la situazione di crisi era semplicemente una diretta conseguenza dell'atteggiamento antidemocratico del regime dell'epoca e pertanto non qualificabile

come situazione di emergenza che potesse portare ad una legittima sospensione di diritti e libertà.

Sulla sussistenza delle caratteristiche previste dalla disposizione in esame vigilano la Commissione e la Corte europea dei diritti umani, senza che esse siano investite formalmente ad opera della disposizione in esame.

Sarà, infatti, lo Stato contraente che invochi l'applicazione dell'articolo 15 a scegliere le misure da adottare e a provare la sussistenza delle condizioni sancite nella norma, che saranno oggetto del vaglio di Commissione e Corte, che operano pertanto un controllo a posteriori, sulla base di eventuali impugnazioni.

Il ruolo cruciale dello Stato nella valutazione dell'entità di un pericolo, nonché dei provvedimenti per farvi fronte, sorge sulle base di un criterio di vicinanza alle vicissitudini concrete inerenti al mantenimento dell'ordine pubblico.

Proprio per questa ragione viene tendenzialmente lasciato un margine di apprezzamento piuttosto ampio alle Parti contraenti in quanto ritenute in una posizione migliore per le valutazioni di quelli che possono essere pericoli che pregiudichino l'esistenza della nazione stessa.

L'estensione della discrezionalità statale, pur ampia, non è assoluta e, esattamente come accade per le singole *derogation clauses* di cui agli articoli 8-11, anche rispetto all'articolo 15 la Corte europea dei diritti umani svolge un ruolo cruciale di controllo. Tuttavia, in materia si può osservare un atteggiamento di avvallo delle decisioni statali in sede del controllo giurisdizionale da parte dei giudici di Strasburgo, fatta eccezione per l'unico caso, sopra menzionato, riguardante la Grecia dei colonnelli.

1.2 Il caso *Grecia c. Regno Unito*

Si è accennato al ruolo rivestito dall'articolo 15 nella genesi della teoria del margine di apprezzamento, nonché alla responsabilità della Corte europea nell'orientare lo sviluppo dell'istituto. È opportuno approfondire le tappe che hanno scandito l'evoluzione della dottrina.

L'esordio di questo tipo di approccio giurisprudenziale è avvenuto nell'ambito di una controversia tra due Stati membri del Consiglio d'Europa, Grecia e Regno Unito, quest'ultimo responsabile dell'amministrazione cipriota a partire dal 1915. Il ricorso si

instaura su iniziativa dello Stato greco che lamenta la violazione della Convenzione da parte del Regno Unito, che aveva derogato numerose disposizioni convenzionali per contenere delle agitazioni sull'isola di Cipro.

Questi numerosi disordini sociali sarebbero successivamente sfociati in una vera e propria guerra d'indipendenza che avrebbe condotto alla conquista della autonomia nazionale da parte di Cipro. La guerra d'indipendenza cipriota è stato un evento molto complesso che ha formalmente avuto inizio nel 1955 con una serie di offensive diretta all'amministrazione coloniale britannica poste in essere dell'EOKA¹⁹⁴, una formazione insurrezionale filogreca che auspicava l'affermarsi del governo greco sull'isola.

L'iniziativa di questo gruppo paramilitare, che non di rado realizzava azioni di stampo terroristico, ha innescato forti tensioni su diversi fronti in una società molto complessa in cui già dilagava un malcontento latente nei confronti dei coloni britannici.

L'operato dell'EOKA ha determinato una crescita dell'astio nei riguardi dei britannici e al contempo ha esacerbato la conflittualità tra le due comunità che abitavano l'isola: quella greco-cipriota e quella turco-cipriota, a sua volta rappresentata dal Movimento di Resistenza Turco¹⁹⁵.

Il governo britannico ha attuato una serie di misure repressive per fare fronte ai disordini e successivamente ha indicato nell'articolo 15 della Convenzione la base giuridica di tale sospensione, correlando quindi la deroga allo stato di emergenza. In rapporto a tali atti restrittivi dei diritti umani adottati dal Regno Unito sul territorio di Cipro, il governo greco ha reagito rivolgendosi dapprima all'Organizzazione delle Nazioni Unite¹⁹⁶ e successivamente alla Corte europea dei diritti umani.

Questi due ricorsi hanno avuto contenuto, modalità nonché esiti differenti, in quanto si tratta di due organizzazioni internazionali separate che operano secondo regole differenti, e alla quale la Grecia si è rivolta perseguendo finalità differenti.

¹⁹⁴ L'Organizzazione Nazionale dei Combattenti Ciprioti, EOKA (*Ethniki Orgánosis Kyprion Agonistón*), fu una organizzazione paramilitare anticomunista attiva dal 1955 al 1959, anno del suo scioglimento. L'organizzazione ricorreva a metodi tipici della guerriglia e aveva dato il via ad una serie di attentati.

¹⁹⁵ Questo movimento, in turco prendeva il nome di *Türk Mukavemet Teşkilatı* (TMT), fu un gruppo attivo tra 58 e 74 che nacque come risposta alle azioni dell'Organizzazione Nazionale dei Combattenti Ciprioti, anche esso si macchiò di numerosi atti terroristici.

¹⁹⁶ La prima richiesta formale della Grecia rivolta alle Nazioni Unite aveva per oggetto la richiesta di realizzare l'*enosis*, la riconduzione di Cipro sotto il governo greco, ipotesi caldeggiata dal governo greco e dal gruppo etnico greco cipriota. Questa ipotesi venne presentata nell'istanza come una concretizzazione del principio di autodeterminazione dei popoli. L'ONU ha rigettato questa istanza e al diniego sono seguite ulteriori richieste formali da parte dello stato ellenico. Nel 1956 il Rappresentante Permanente della Grecia presso le Nazioni Unite ha presentato al Presidente del Comitato per i Diritti Umani delle Nazioni Unite.

Il ricorso avanzato dalla Grecia presentato nel 1957¹⁹⁷, ha seguito il disposto dell'articolo 33¹⁹⁸ della Convenzione e che ha avuto come esito la sentenza *Grecia c Regno Unito*¹⁹⁹.

Nel caso dei ricorsi interstatali qualsiasi Alta Parte contraente può contestare²⁰⁰ una violazione della Convenzione commessa da un'altra Parte contraente senza che sia sorto un concreto pregiudizio ai suoi danni, rendendo quindi possibile un ricorso che abbia ad oggetto una violazione in via puramente astratta.

Nel caso in esame l'istanza è stata presentata dal Rappresentante Permanente della Grecia al Consiglio d'Europa, che si rivolgeva al Segretario Generale chiedendo di trasmettere il ricorso in questione al presidente della Commissione per i diritti umani.²⁰¹

Oggetto dell'istanza del governo greco era l'accertamento della responsabilità del Regno Unito per la violazione della Convenzione Europea dei diritti umani.²⁰²

La contestata violazione riguardava gli articoli 3, 5, 6, 8, 10 e 11 della Convenzione, realizzata in occasione dell'erogazione di misure emergenziali repressive dei disordini e concretamente consistente in fustigazioni, applicazioni di punizioni collettive, arresto arbitrario, detenzione e deportazione arbitrarie, violazione di domicilio, censura della corrispondenza e proibizione del diritto di manifestare la propria opinione liberamente. Rispetto a queste numerose compressioni dei diritti fondamentali della persona umana, è stata contestata la mancanza di presupposti formali e sostanziali che consentissero la riconduzione delle condotte concretamente attuate all'operatività dell'articolo 15 della Convenzione europea dei diritti umani.²⁰³

¹⁹⁷ Si tratta del primo caso di ricorso interstatale dall'entrata in vigore della Convenzione. Il ricorso interstatale si contrappone a quello individuale disciplinato dall'articolo 34. È interessante effettuare un confronto tra le due discipline, in particolare per quanto riguarda la disciplina della legittimazione attiva. Come già evidenziato nel primo capitolo, Sez I, pp. 6-8, uno dei requisiti di ammissibilità dei ricorsi individuali ex. 35 par 3, lett. b) è l'allegazione dell'esistenza di un «significant disadvantage». Questo elemento non è, invece, richiesto per quanto concerne la disciplina di ammissibilità dei ricorsi interstatali.

¹⁹⁸ Nel corso del tempo la disciplina ha subito delle modifiche che hanno interessato natura e contenuto, per approfondimenti si veda p. 622 S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY

¹⁹⁹ *Grecia c. Regno Unito*, ric. 176/1956.

²⁰⁰ Il testo dell'articolo 33 della Convenzione molto sinteticamente dispone: «Any High Contracting Party may refer to the Court any alleged breach of the provisions of the Convention and the Protocols thereto by another High Contracting Party».

²⁰¹ Per la trattazione specifica del procedimento di ricorso interstatale si veda S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea*, p.

²⁰² *Grecia c Regno Unito*, pag. 5.

²⁰³ *Ivi*, par. 90, p. 99.

Una fase fondamentale del procedimento instaurato a Strasburgo è stato il tentativo di composizione amichevole tra controparti,²⁰⁴ demandato ad una Sotto-Commissione, come disposto dal primo paragrafo dell'articolo 39²⁰⁵ della Convenzione.²⁰⁶

Ad un primo momento dedicato all'accertamento dei fatti è seguita la vera e propria mediazione, conclusasi con successo, poiché ha determinato la revoca di alcune misure repressive erogate dal governo britannico; in particolare la revoca intervenuta nel 1956 ha riguardato le punizioni corporali e collettive, mentre quella del 1957 ha interessato la liberazione dell'arcivescovo Makarios e i suoi compagni deportati alle isole Seychelles. È stato oggetto di dibattito se la Commissione²⁰⁷, nel silenzio della Convenzione, dovesse pronunciarsi circa l'esistenza di una trasgressione delle norme convenzionali cagionata dalle misure oggetto di revoca del governo britannico, atteso che essa riveste, secondo le disposizioni convenzionali, una funzione conciliatoria e non giurisdizionale,²⁰⁸ competenza che al contrario spetta oggi alla Corte europea dei diritti umani.²⁰⁹

La Commissione non si è pronunciata sul quesito se le misure successivamente revocate avessero costituito una violazione della Convenzione proprio perché una condanna da parte della Commissione si sarebbe limitata ad esistere su un piano astratto e non sarebbe stata in alcun modo coerente con la funzione ad essa attribuita.²¹⁰ Tuttavia, questa decisione non è stata presa all'unanimità, in quanto quattro membri su sette sostenevano che fosse necessario procedere con una pronuncia, soprattutto rispetto alle punizioni corporali e quelle collettive.²¹¹

La seconda parte della sentenza scruta le componenti sostanziali della vicenda focalizzandosi sull'articolo 15 della Convenzione e sulle misure effettivamente intraprese

²⁰⁴ Al quale è dedicato l'intero capitolo IV della sentenza, si vedano p. 55 ss di *Grecia c. Regno Unito*.

²⁰⁵ Il primo paragrafo dell'articolo 39, rubricato: «Friendly settlements» stabilisce: «At any stage of the proceedings, the Court may place itself at the disposal of the parties concerned with a view to securing a friendly settlement of the matter on the basis of respect for human rights as defined in the Convention and the Protocols thereto».

²⁰⁶ Nel testo della sentenza *Grecia c. Regno Unito* infatti viene menzionato all' 28 della Convenzione, si veda pag. 55, par 66. *Grecia c. Regno Unito*.

²⁰⁷ La Commissione dei diritti umani è stata abolita nel 1998 con l'entrata in vigore del protocollo addizionale 11 che ha riformato l'intera struttura dell'apparato giurisdizionale del Consiglio d'Europa. Essa aveva appunto funzione di vagliare l'ammissibilità della causa e di procedere a tentativi di risoluzione delle controversie.

²⁰⁸ Si parla in questo senso di funzione riconciliatoria che assicuri «the observance of the Convention and the maximum enjoyment of the rights of freedoms guaranteed by it.» p. 103.

²⁰⁹ *Ivi*, par 96, p. 103.

²¹⁰ *Ivi*, p. 104.

²¹¹ *Ivi*, par 97, p. 105. Per un approfondimento della posizione della minoranza della Commissione si vedano le «dissenting opinion» di Eustathiades, Süsterhenn, Petren e Janssen-Pevtschin.

a Cipro, come l'imposizione di un coprifuoco²¹² e la detenzione individuale²¹³, nonché sulla loro legittimità.

L'analisi della Commissione ha interessato svariati temi, primo tra tutti l'accertamento dell'effettiva esistenza di uno stato di emergenza sul territorio coloniale, dichiarato nel novembre del 1956.²¹⁴

Successivamente essa ha valutato la legittimità l'estensione dello stato di emergenza, la riconducibilità dell'emergenza ad una minaccia per la vita della nazione e infine l'estensione del potere di controllo della Commissione in merito alla riconducibilità delle misure restrittive all'art. 15 avanzato dal Regno Unito.

Ulteriori profili di analisi sono stati la proporzionalità dei provvedimenti, la loro compatibilità con le norme di diritto internazionale generale, e il rispetto dei requisiti procedurali previsti dal terzo paragrafo dell'articolo 15²¹⁵.

Il caso *Grecia c. Regno Unito* è stata l'occasione per delineare la portata precettiva dell'articolo 15 in modo omnicomprensivo, e quest'opera di profilazione dell'estensione precettiva della norma trae avvio dalla definizione del concetto di nazione, poiché nel dispositivo oggetto di disamina fa riferimento ad una emergenza che minacci la vita della nazione.

La maggiore indeterminatezza ha interessato l'oggetto della minaccia, in particolare non era chiaro se la vita della nazione minacciata fosse quella del Regno Unito, dell'intero Commonwealth o infine se implicitamente si stesse riconoscendo Cipro come nazione:²¹⁶ entrambe le parti in causa e successivamente la Commissione hanno convenuto che si trattasse dell'ultima ipotesi²¹⁷.

In questa sede la Commissione ha avuto modo di specificare cosa si debba intendere per "nazione", riprendendo la nozione del diritto internazionale generale, che la definisce come «the people and its institutions, even in a non-self-governing territory, or in other words, the organised society, including the authorities responsible both under domestic and international law for the maintenance of law and order» precisando però che «a High Contracting Party, which extended the operation of the Convention to a

²¹² *The Curfews Law* n. 17/1955, *the Cyprus Gazette* n. 3821.

²¹³ *The detention of Person Law* n. 26/1955, *the Cyprus Gazette* n. 839.

²¹⁴ Rispetto a questo punto, la Corte ha ritenuto che fosse necessario definire precedentemente il significato di 'nazione', pertanto una significativa parte del testo è a questo tema dedicato.

²¹⁵ *Grecia c. Regno Unito*, p. 113-144.

²¹⁶ *Ivi*, par 113-115, pp 120-121.

²¹⁷ *Ivi*, par 130, pp.133.

territory for whose external relations that Party was responsible under Article 63, would not be entitled to invoke the right of derogation under Article 15 in any case of an attempt to overthrow by force the established Government of the territory»²¹⁸.

Successivamente è stata affrontata la questione dell'ampiezza del potere riservato alla Commissione per la verifica dell'esistenza dell'emergenza. In primo luogo, è stato esplicitamente affermata la sua competenza a pronunciarsi sulla sussistenza dello stato di emergenza²¹⁹.

La premessa effettuata dall'organo è stata che non sarebbe in alcun modo entrata nel merito di vicende politiche in senso stretto, non rientrando queste nella loro competenza, ma che si sarebbe attenuta alla considerazione dei fatti che strettamente riguardano la soluzione emergenziale delineata dalle alte parti in causa²²⁰.

Pertanto, a seguito di un rapido vaglio dei fatti, la Commissione è giunta alla seguente conclusione: «[t]he Commission of Human Rights is authorised by the Convention to express a critical opinion on derogations under Article 15, but the Government concerned retains, within certain limits, its discretion in appreciating the threat to the life of the nation» stabilendo che nel caso di specie: «In the present case the Government of Cyprus has not gone beyond these limits of appreciation».²²¹ Viene quindi citata la dimensione di discrezionalità lasciata allo Stato membro che, a seguito di successive elaborazioni, sfocerà nella teoria del margine di apprezzamento statale.

In un secondo tempo è stato oggetto di analisi il requisito della “stretta necessità” delle misure adottate. Dapprima la Commissione ha asserito perentoriamente che anche la valutazione sulla stretta necessità delle misure rientra nella sfera della sua competenza, a seguire essa ha specificato che anche in questo caso le Parti contraenti, nel caso di specie il Regno Unito, dispongono di uno spazio di discrezionalità per quanto riguarda l'estensione della formula «strictly required». La Commissione ha poi specificato che

²¹⁸ *Ivi*

²¹⁹ *Ivi*, par. 129, «The Plenary Commission, having been called upon to consider this question, declares that it is competent to pronounce on the existence of a public danger, which under the article 15, would grant to the Contracting Party concerned the right to derogate from the obligations laid down in the Convention».

²²⁰ Le indagini sulle circostanze di fatto oggetto della controversia sono affidate alla Sotto-Commissione che ha in quella sede chiarito i presupposti di applicabilità dell'articolo 15. I risultati di questa indagine sono stati inseriti in un *report*, sottoposto successivamente alla Commissione. Sulla base dei fatti emersi in sede di accertamento la Commissione è riuscita ad enucleare gli elementi che le hanno permesso di giungere ad una conclusione circa la sussistenza dello stato di emergenza a Cipro.

²²¹ *Ivi*, par 136, p 138

l'eventualità di un eccesso nell'esercizio della discrezionalità sarà valutato caso per caso con riferimento alle singole misure restrittive²²².

Per quanto riguarda l'adempimento degli obblighi procedurali prescritti dal paragrafo 3 dell'articolo 15, il governo greco ha lamentato l'incompletezza e l'inaccuratezza delle informazioni, nonché il mancato rispetto dei termini temporali²²³. La Commissione ha ritenuto opportuno optare per una distinta trattazione tra rispetto dei termini di notificazione e contenuto della notifica inerente alla misura durante l'emergenza pubblica.

Sotto il profilo del rispetto dei termini, la Commissione ha effettuato un rinvio esplicito al testo, sottolineando come non fosse possibile evincere dal disposto dell'articolo 15 un obbligo di notifica contestuale all'erogazione della misura; è stato pertanto chiarito che non necessariamente la notifica deve anticipare l'adozione del provvedimento emergenziale, e che è da ritenere lecito anche un adempimento successivo, o tardivo dell'obbligo di notifica.

In questa occasione la Commissione ha evidenziato una criticità relativa al testo della norma, ossia l'assenza di una definizione accurata dei tempi di comunicazione, poiché non è possibile individuare un termine esplicito, specifico, e quindi certo, entro cui va effettuata la comunicazione; in secondo luogo, non viene in alcun modo precisato nemmeno il contenuto dell'obbligo informativo in questione.

La problematica incertezza normativa viene risolta grazie ad un orientamento della Commissione che indica come riferimento interpretativo di questa disposizione il Preambolo della Convenzione, nella parte in cui ne viene definito lo scopo principale della convenzione, nonché i meccanismi previsti per la sua realizzazione²²⁴. Come già evocato nelle prime pagine dell'elaborato²²⁵, la Convenzione europea per la salvaguardia

²²² Sembra doveroso soffermarsi almeno in nota sul requisito del rispetto degli obblighi internazionali sanciti nel primo paragrafo dell'articolo 15, o in altre parole sull'asserita incompatibilità delle misure adottate dal Regno Unito con le norme di diritto internazionale generale allegata dalla Grecia nel ricorso. Oggetto di trattazione specifica, sono le misure di corporali e collettive, mentre per quanto concerne la legge di detenzione delle persone la Commissione non ha trovato violazione poiché la controparte greca non è riuscita a dimostrarla della Convenzione con 9 voti contro 1.

²²³ Può essere utile riportare nuovamente il testo del terzo paragrafo dell'articolo 15: «Any High Contracting Party availing itself of this right of derogation shall keep the Secretary General of the Council of Europe fully informed of the measures which it has taken and the reasons therefor. It shall also inform the Secretary General of the Council of Europe when such measures have ceased to operate and the provisions of the Convention are again being fully executed.»

²²⁴ Così al par 158, p.167: «The Commission considers that this provision has to be interpreted in the light of the general purpose of the Convention and of the machinery which it establishes for effecting that purpose.»

²²⁵ Al capitolo I, sezione I.

dei diritti umani e delle libertà fondamentali ha come obiettivo il raggiungimento di un minimo standard condiviso di tutela dei diritti umani fondamentali.²²⁶ Tale obiettivo viene realizzato anzitutto attraverso il riconoscimento imposto ai contraenti dei diritti e delle libertà convenzionali nei confronti di «ogni persona» sottoposta alla loro giurisdizione²²⁷ e in secondo luogo dagli articoli 19, 33 e 34, che disciplinano rispettivamente l'istituzione della Corte europea dei diritti umani,²²⁸ ricorsi interstatali,²²⁹ e ricorsi individuali.²³⁰

Proprio in virtù di quanto sancito dall'articolo 33 ogni alta parte contraente ha diritto, oltre che ad informare la Corte di violazioni della convenzione effettuate da un altro membro, di ricevere notizie in merito alle asserite violazioni.

La Commissione ha così sancito che il generico obbligo informativo al paragrafo 3 dell'articolo 15, può essere declinato come un dovere di informare non inficiato da ritardi evitabili e che sia in grado di fornire «sufficient information concerning them to enable the other High Contracting Parties and the Commission to appreciate the nature and extent of the derogation from the provisions of the Convention which the measures involve». Alla luce di questa puntualizzazione di natura interpretativa, il ritardo nell'adempimento dell'obbligo ex par 3 art 15,²³¹ lamentato dalla Grecia e imputato al Regno Unito, pur spiegabile anche da ragioni oggettive²³², si è protratto per un periodo di tempo ingiustificabile e in quanto tale non è stato ritenuto compatibile con il disposto dell'articolo in questione.

Un' ulteriore questione riguarda l'erogazione di punizioni corporali, nello specifico la fustigazione, di soggetti di sesso maschile di età inferiore ai 18 anni, misura rispetto alla quale la Corte europea dei diritti umani ha ritenuto sufficiente la revoca ottenuta a seguito della risoluzione amichevole della controversia effettuata ad opera della

²²⁶ Così recita il Preambolo: «Considering that the aim of the Council of Europe is the achievement of greater unity between its members and that one of the methods by which that aim is to be pursued is the maintenance and further realisation of Human Rights and Fundamental Freedoms».

²²⁷ Articolo 1 della Convenzione

²²⁸ Art. 19 CEDU: «To ensure the observance of the engagements undertaken by the High Contracting Parties in the Convention and the Protocols thereto, there shall be set up a European Court of Human Rights, hereinafter referred to as “the Court”. It shall function on a permanent basis.».

²²⁹ Art 33 CEDU: «Any High Contracting Party may refer to the Court any alleged breach of the provisions of the Convention and the Protocols thereto by another High Contracting Party».

²³⁰ Art 34 CEDU: «The Court may receive applications from any person, non governmental organisation or group of individuals claiming to be the victim of a violation by one of the High Contracting Parties of the rights set forth in the Convention or the Protocols thereto. The High Contracting Parties undertake not to hinder in any way the effective exercise of this right.».

²³¹ Relativo si ricorda alla detenzione di individui senza processo.

²³² Come, ad esempio, il fatto che l'*escalation* delle violenze si sia sviluppata in modo graduale e che gli stessi disordini abbiano ostacolato oggettivamente l'efficienza dell'apparato amministrativo locale.

Sottocommissione, a condizione che rimanesse revocata la misura,²³³ evitando quindi di esprimere un parere legale in merito.

Tuttavia, in questo contesto è avvenuta una condanna morale dell'inflizione di punizioni corporali, soprattutto se a danno di minori, ed è stata ribadita l'inequivocabile incompatibilità di tale condotta con gli scopi perseguiti dalla Convenzione europea dei diritti umani.

La Commissione ha specificato in più occasioni all'interno della medesima sentenza che l'assenza di una pronuncia sul punto si fonda da un lato sul fatto che la misura è stata revocata e dall'altro sul presupposto che tale revoca persisterà nel tempo.

Anche in merito alla legittimità delle pene collettive, che nel caso di specie si sono concretizzate in molte collettive, chiusure di negozi, chiusura di immobili abitativi e sequestri di beni mobili e immobili, la Commissione ha ritenuto sufficiente ai fini della compatibilità convenzionale, la revoca da parte del governo britannico, con la comunicazione di evitare il reinserimento di una simile tipologia di pena.²³⁴

Appare evidente, come la Commissione si sia trovata per la prima volta ad affrontare una situazione di questo tenore, e sicuramente la pronuncia è stata il punto di partenza per l'elaborazione di una più dettagliata disciplina del potere di deroga, come dimostrano la definizione e l'arricchimento della disciplina dell'articolo 15. Particolarmente importante ai fini della trattazione in esame sono stati i primi acerbi riferimenti al riconoscimento di uno spazio di discrezionalità in capo agli Stati membri in causa, a prescindere dall'esito decisorio della Commissione stessa, che d'altronde spesso non è stato espresso per mancanza di competenza.

A seguito di questa importantissima pronuncia sono stati fatti ulteriori riferimenti alla teoria del margine di apprezzamento in due importanti sentenze, senza però arrivare ad una formale e più strutturata disciplina dell'istituto.

In particolare, nel 1961 con il caso *Lawless c. Irlanda*²³⁵ la Corte ha ulteriormente riconosciuto lo spazio di discrezionalità dello Stato nella valutazione della sussistenza di una situazione emergenziale e delle misure a richieste per far fronte ad una simile situazione, confermando quanto già affermato in sede di trattazione del caso *Grecia c. Regno Unito*. Successivamente, nel 1976 viene fatto qualche passo avanti con la

²³³ *Grecia c. Regno Unito*, par. 203, p. 194.

²³⁴ *Ivi*, par. 235, p. 219.

²³⁵ *Lawless c. Irlanda*, ric. 332/57, sent. 1° luglio 1961.

pronuncia *Irlanda c. Regno Unito*²³⁶, altro caso di ricorso interstatale ai sensi dell'articolo 33 della Convenzione europea. In questa occasione i giudici europei hanno accolto l'ampliamento del margine di discrezionalità statale, giustificandone l'estensione in virtù del principio di prossimità, che sarà oggetto di successiva trattazione. Un ulteriore tassello importante di questa pronuncia riguarda il riferimento al *test* di proporzionalità alla quale la Corte deve sottoporre i comportamenti degli Stato membri²³⁷.

2. Lo sviluppo della dottrina del margine di apprezzamento statale: l'estensione ai diritti fondamentali: il caso *Handyside c. Regno Unito*

Un ulteriore, nonché fondamentale sviluppo della dottrina del margine di apprezzamento avviene con la trattazione del caso *Handyside c. Regno Unito*²³⁸, che ha condotto alla storica sentenza del 7 dicembre 1976 nella quale la dottrina del margine di apprezzamento trova per la prima volta esplicita menzione. Si tratta di una pronuncia che verte sulla violazione della libertà di espressione tutelata dall'articolo 10 della Convenzione europea dei diritti umani. Essa ha confermato un ampliamento del campo di applicazione oggettivo dell'istituto, ora pacificamente applicato anche alle libertà personali disciplinate nella Convenzione e non più confinato alle controversie inerenti a situazioni emergenziali che minacciano l'esistenza dello Stato²³⁹.

Venendo alla concreta fattispecie, l'istanza è stata presentata da un cittadino del Regno Unito, R. Handyside, proprietario di una casa editrice che aveva pubblicato tra le proprie offerte un libro intitolato *The Little Red Schoolbook*, scritto da due autori danesi, che si occupa di educazione sessuale di minori. Il libro, a seguito di adattamenti e traduzioni, era stato pubblicato in diversi Paesi europei ed extraeuropei.

La pubblicazione nel Regno Unito non era stata accolta con entusiasmo, suscitando, al contrario di quanto accaduto in altre realtà nazionali, forti reazioni avverse che sono sfociate in numerose lamentele presso il *Director of Public Prosecutions*.

Oggetto delle doglianze era la richiesta di ritirare dalla circolazione i volumi già distribuiti in forza della normativa dell'*Obscene Publication Act*, del 1959, che riformava la

²³⁶ *Irlanda c. Regno Unito*, ric. 5310/71, sent. 18 gennaio 1978.

²³⁷ *Test* al quale era già stato fatto riferimento nel caso inerente alla Grecia durante il dominio dei colonnelli, vicenda trattata al primo paragrafo della corrente sezione del corrente capitolo, e la cui mancanza aveva reso illegittime le misure adottate dallo stato in questione.

²³⁸ *Handyside c. Regno Unito*, ric. 5493/1972, sent. 7 dicembre 1976.

²³⁹ R. NIGRO, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Case-Law of the European Court of Human Rights on the Islamic Veil*, in *Human Rights Review*, 11, 2010, p. 533.

disciplina delle norme sulla pubblicazione di materiale osceno in Inghilterra e Galles²⁴⁰, a causa contenuto del libro, ritenuto “osceno”, che appunto si proponeva come opera di riferimento per l’educazione sessuale dei minori.

Infatti, le misure che impedivano la circolazione del volume, in particolare il sequestro, la confisca nonché la distruzione della matrice e di centinaia di copie del libro, hanno trovato fondamento nella «protezione della morale²⁴¹», giustificazione avvalorata dalla giovane età dei fruitori dell’opera, che si trovavano in stadio particolarmente delicato dell’età dello sviluppo.

Sotto al profilo della legittimità dello scopo perseguito dal sequestro, i giudici di Strasburgo non hanno trovato violazioni dell’articolo 10 e hanno decretato la fondatezza della protezione della morale di soggetti in giovane età come finalità legittima allegata dallo Stato a fondamento dei sequestri.²⁴²

Successivamente, la Corte ha statuito sulla «necessità» della misura «in una società democratica» e proprio in questa occasione ha ribadito dei principi cardine concernenti la teoria del margine di apprezzamento statale, che erano già stati espressi in controversie precedenti.

In primo luogo, i giudici hanno nuovamente affermato il ruolo sussidiario²⁴³ della Corte europea dei diritti umani rispetto ai sistemi nazionali di tutela dei diritti umani, come già statuito nel caso *linguistico belga*²⁴⁴, noto anche come caso Linguistica Belga, illustrando come si possa adire la Corte europea dei diritti umani solo quando lo Stato nazionale abbia fallito nel garantire una libertà, ad esempio per questioni di inefficienza degli strumenti di tutela nazionale, o una volta che tutte le vie di ricorso interno siano state esaurite²⁴⁵.

Un ulteriore profilo determinante afferente alla prassi applicativa del margine di apprezzamento statale che viene ulteriormente definito nel quadro di questa sentenza

²⁴⁰ L’obiettivo di tale legge era impedire la diffusione di corruzioni e depravazioni all’interno della società inglese dell’epoca.

²⁴¹ Il dispositivo in lingua ufficiale di *Handyside c. Regno Unito* ricorre alla formula «for the protection of ... morals».

²⁴² *Handyside c. Regno Unito*, per 52.

²⁴³ *Ivi*, par 48.

²⁴⁴ “*Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium*” v. *Belgium*, ricc. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, sent. 23 luglio 1968.

²⁴⁵ Si tratta di una condizione di ammissibilità del ricorso, la regola del previo esaurimento dei ricorsi interni sancita dall’articolo 35 della Convenzione. La Corte europea dei diritti umani nella sentenza *Handyside c. Regno Unito* così espone nuovamente il principio: «[t]he Convention leaves to each Contracting State, in the first place, the task of securing the rights and liberties it enshrines. The institutions created by it make their own contribution to this task but they become involved only through contentious proceedings and once all domestic remedies have been exhausted».

riguarda il peso dell'assenza di una concezione uniforme tra Stati europei²⁴⁶ del concetto di «morale». L'assenza di una linea comune nella soluzione di determinate questioni morali corrobora la tesi che lo Stato sia collocato in una posizione migliore per valutare l'adeguatezza di una misura.

Quindi il caso *Handyside c. Regno Unito* rappresenta anche il contesto in cui per la prima volta si fa riferimento ad un ulteriore elemento importante nei meccanismi di controllo degli organi giurisdizionali di Strasburgo, ossia il *consensus* europeo²⁴⁷, che può essere definito come una visione comune tra diversi Stati, in questo caso gli Stati membri del Consiglio d'Europa, in merito alla gestione della tutela di determinati interessi²⁴⁸.

3. I diritti fondamentali soggetti a limitazioni: artt. 8-11 CEDU: il caso *Dickson c. Regno Unito*

Nel caso *Dickson c. Regno Unito*²⁴⁹ è possibile trovare una illustrazione ancora più articolata di come funziona il margine di apprezzamento statale e di come la sua estensione vari a seconda delle libertà e dei diritti sottoposti a restrizioni, nonché in relazione agli scopi che le limitazioni intendono perseguire. È opportuno premettere che laddove l'interesse in gioco sia particolarmente delicato, nel caso di specie particolarmente importante per l'identità di un individuo, l'estensione della discrezionalità statale sarà notevolmente limitata²⁵⁰. Infatti, la vicenda oggetto del caso *Dickson c. Regno Unito* verteva sul diniego all'accesso a strutture per inseminazione artificiale da parte di una coppia nella quale uno dei due individui stava scontando la pena dell'ergastolo. I ricorrenti chiedevano l'accertamento della violazione dell'articolo 8 della

²⁴⁶ La questione è stata oggetto di trattazione nel capitolo precedente quando si trattava del secondo paragrafo dell'articolo 9. Il bene della morale pubblica è tra i più difficili da definire poiché manca una nozione uniforme, anche tra stati che presentano notevoli elementi in comune.

²⁴⁷ Una trattazione più approfondita della natura, del funzionamento e dei rischi che il ricorso al *consensus* comporta troverà spazio nel secondo paragrafo della Sezione II di questo capitolo.

²⁴⁸ In realtà questo ulteriore elemento sottolineato dalla Corte che è servito ad ammettere un margine di apprezzamento più ampio è controverso poiché l'opera oggetto della controversia era stata distribuita in numerosi altri Paesi europei senza che suscitasse questioni simili a quelle sollevate in Regno Unito. Questo aspetto peculiare della vicenda è ovviamente documentato nella sentenza nella parte in cui viene effettuata una sintetica esposizione dei fatti di causa.

²⁴⁹ *Dickson c. Regno Unito*, ric. 44362/04, sent. 4 dicembre 2007.

²⁵⁰ *Ivi*, par. 78.

Convenzione che sancisce il diritto alla vita privata e familiare e dell'articolo 12²⁵¹ della Convenzione che dispone il diritto di fondare una famiglia.

Una delle rimostranze avanzate dinanzi alla Corte di Strasburgo i ricorrenti lamentavano la concessione di un margine di discrezionalità eccessivamente ampio, considerata la delicatezza degli interessi in gioco. Questa obiezione ha fatto in modo che la Corte chiarisse determinate questioni già precedentemente trattate, ma in questa sede approfondite e sviluppate. In primo luogo, pur riconoscendo che il margine di apprezzamento statale debba essere ridotto, laddove siano coinvolti interessi strettamente connessi allo sviluppo della personalità del soggetto, come nel caso degli articoli 8, 9, 10, e 11 della Convenzione²⁵², un elemento altrettanto impattante nella valutazione degli interessi è la presenza o meno di un *consensus* a livello europeo.

Viene infatti precisato che laddove manchi una visione omogenea tra Stati membri e il caos sollevi «complex issues and choices of social strategy» si ritiene che l'Alta Parte contraente si trovi in una posizione migliore rispetto all'organo giurisdizionale internazionale ai fini della valutazione della soluzione migliore.

In situazioni analoghe verrà concesso un margine di apprezzamento più ampio allo Stato nazionale, privilegiando la «conoscenza diretta della società e dei suoi bisogni» da parte delle autorità interne²⁵³.

Un aspetto di vitale importanza e che sarà oggetto di trattazione in seguito, seppur in un contesto diverso da quello oggetto della nostra attenzione, è una presa di posizione rispetto all'«utilizzo ottuso» del margine di apprezzamento ridotto ad un «blunt instrument» laddove alla mancanza di *consensus* segua un'estensione della discrezionalità concessa allo Stato, che tuttavia non sia accompagnata da un contemperamento di tutti gli interessi concretamente in causa né da una valutazione circa la proporzionalità della misura. Il riferimento a questo fenomeno nasce dal confronto con un'altra vicenda che riguardava anch'essa un individuo detenuto al quale veniva negato il diritto di voto, che condotto al caso *Hirst c. Regno Unito*²⁵⁴.

²⁵¹ Più precisamente, l'articolo 12, rubricato Right to Marry, dispone: «Men and women of marriageable age have the right to marry and to found a family, according to the national laws governing the exercise of this right.».

²⁵² Rispetto a questi articoli, che il margine di apprezzamento agisce in relazione a misure interferenti e non interventi derogatori, diversamente a quanto accadeva con riferimento all'articolo 15.

²⁵³ *Dickson c. Regno Unito*, par. 78.

²⁵⁴ *Hirst c. Regno Unito* ric. 74025/01 sent. 6 ottobre 2005.

Il caso Hirst ha avuto come epilogo l'impedimento dell'utilizzo di divieti generali e automatici che prendono il nome di *blanket rules* o *indiscriminate rules*²⁵⁵, poiché scoraggiano il ricorso ad un test di proporzionalità delle misure restrittive delle libertà.

SEZIONE II

LA SUPERVISIONE DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI UMANI

1. Il principio di sussidiarietà e il margine di apprezzamento statale: la presunzione della *better position* dello Stato.

La teoria del margine di apprezzamento trae le sue radici dal principio di sussidiarietà che è a sua volta espressione del più generale principio di prossimità. Il principio di prossimità è un principio che regola la ripartizione delle competenze comuni a Stati nazionali e organi sovranazionali, nel caso di specie tra Stati membri del Consiglio d'Europa e organi dello stesso.

Secondo questo principio gli Stati nazionali sarebbero in grado di meglio bilanciare interessi confliggenti all'interno dell'ordinamento in virtù del contatto diretto che le autorità nazionali hanno con gli interessi in gioco: si parla a riguardo di una *better position* delle autorità statali rispetto agli interessi in causa.

Rispetto a questo tema è interessante fermarsi su una critica, che sorge ancora una volta dall'analisi del caso *Handyside*²⁵⁶, secondo cui il principio della *better position* dello Stato nazionale non sarebbe da ritenere un dato di fatto o un dato da dare per scontato. Infatti, se è vero che il contatto ravvicinato con dinamiche conflittuali di ordine morale può essere meglio colto da apparati nazionali, allo stesso tempo la prossimità può essere un elemento che offusca una valutazione ponderata. Questo offuscamento potrebbe portare ad esempio ad una sovrastima dei rischi, così come alla trascuratezza di determinati interessi meno visibili.

Non è un caso che in un simile contesto la prima categoria di soggetti a rischio sarebbero ancora una volta le minoranze, che spesso si collocano al di fuori del comune sentire soprattutto rispetto a questioni morali che non di rado sono condizionate da

²⁵⁵ D. MCGOLDRICK, *A defence of the margin of appreciation and an argument for its application by the human rights committee*, ICLQ, vol. 65, 2016, p. 27.

²⁵⁶ A. FOLLESDAL, *Appreciating the Margin of Appreciation*, (a cura di) A. Etinson, *Human Rights: Moral or Political?* Oxford, 2018, p.7.

componenti storico-religiose. Inoltre, viene sottolineato da numerosi studiosi come nel caso *Handyside* è vero che lo scopo è proteggere un sentimento morale diffuso nel Regno Unito, ma che è una prerogativa dell'articolo 10 della Convenzione anche la difesa di quanto «offenda, sciocchi o disturbi lo Stato o qualsiasi settore di popolazione». Questo presidio della libertà di espressione è ancora una volta espressione piena di democraticità, che si erge su valori quali «pluralism, tolerance and broadmindedness»²⁵⁷.

Il principio di sussidiarietà, che discende quindi da quello di prossimità, può essere definito come una «regola di precedenza»²⁵⁸, secondo la quale lo Stato membro per primo deve realizzare un bilanciamento tra interessi che sia conforme alla Convenzione europea dei diritti umani²⁵⁹.

Gli organi di controllo internazionali interverranno in via secondaria laddove risulti che sia necessario farlo, ossia laddove venga portata dinnanzi alla loro attenzione una presunta violazione del disposto convenzionale. Così si può trarre dal principio di sussidiarietà una regola processuale che assume anche la qualifica di condizione di ricevibilità di un ricorso che è la regola del previo esaurimento dei ricorsi interni²⁶⁰, secondo la quale è necessario che i soggetti che lamentano una violazione dei loro diritti dimostrino, prima di adire la Corte europea dei diritti umani, di aver presentato la loro istanza presso tutti gli organi giurisdizionali interni²⁶¹.

Confrontando la natura del margine di apprezzamento statale con la portata del principio di prossimità, emerge come il primo, diversamente da quanto detto rispetto al principio di sussidiarietà, si può definire un «criterio di limite» poiché garantisce uno spazio di discrezionalità insindacabile in capo agli Stati nella valutazione degli interessi confliggenti²⁶² sulla base dell'idea che essi siano collocato in una posizione per bilanciare diversi interessi meritevoli di tutela che siano in conflitto tra loro.

²⁵⁷ *Handyside c. Regno Unito*, par. 49.

²⁵⁸ M. R. MORELLI, *Sussidiarietà e margine di apprezzamento nella giurisprudenza delle Corti europee e della Corte costituzionale*, intervento presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, 20 settembre 2013. (chiarire se è una fonte valida e come inserirla in biblio.).

²⁵⁹ Morelli parla di «preferibilità dell'intervento statale».

²⁶⁰ Al primo paragrafo dell'articolo 35 della Convenzione europea dei diritti umani viene stabilito il primo criterio di ricevibilità del ricorso: «The Court may only deal with the matter after all domestic remedies have been exhausted, according to the generally recognised rules of international law, and within a period of four months from the date on which the final decision was taken».

²⁶¹ Analoghe all'esaurimento dei rimedi interni sono anche la non effettività dei rimedi in questione o l'ipotesi di esito non soddisfacente degli stessi.

²⁶² M. R. MORELLI, op./cit. p.2.

2. Il principio del *consensus europeo*: definizione e criteri di valutazione ai fini di valutarne la sussistenza.

Si è potuto vedere come. un criterio di valutazione di legittimità di una misura può essere l'esistenza di una *communis opinio* tra Stati relativa a temi controversi, esattamente come l'assenza di principi condivisi in merito può rappresentare un elemento importante nel dettare l'estensione del margine di apprezzamento statale. Il *consensus* è stato efficacemente definito come un mediatore tra l'interpretazione evolutiva della giurisprudenza di Strasburgo e il margine di apprezzamento statale; a seconda che esista o meno un *consensus* europeo rispetto all'ambito considerato tra gli Stati membri.

Quando il *consensus* è sufficientemente ampio i contraenti hanno meno discrezionalità nell'applicazione delle norme, mentre laddove manchi un *consensus* questi potranno intervenire con maggiore libertà nella tutela dei diritti.

Il primo riferimento giurisprudenziale al concetto di *consensus* trova spazio nella già menzionata sentenza *Handyside c. Regno Unito*, sentenza cardine per quanto riguarda lo sviluppo della teoria del margine di apprezzamento statale. In particolare, i giudici europei introducono nei meccanismi valutativi delle violazioni del disposto convenzionale l'idea del riferimento ad una «concezione europea uniforme» per valutare la «necessità» di una misura restrittiva.

Nel caso *Handyside* si parla di un'uniforme concezione di morale europea²⁶³, che nondimeno ai fini della pronuncia non viene tenuta in considerazione; Infatti, il libro era stato pubblicato in numerosi Stati europei e in tali contesti il suo contenuto era stato ritenuto adeguato. Per questo motivo, l'obiezione della mancanza di un *consensus* uniforme in materia risultava un'argomentazione debole.

Tuttavia, il concetto non si presta ad essere applicato unicamente in casi inerenti alla morale pubblica ma viene utilizzato anche in altre circostanze.

Il *consensus* può essere considerato come un limite all'interpretazione evolutiva della Convenzione europea dei diritti umani. Per addentrarsi in questo tema occorre premettere che la Convenzione, come spesso accade per gli atti che enunciano principi, spesso inerenti ai diritti fondamentali, è da considerarsi un *living instrument* atto a modificarsi con l'evoluzione delle società e in grado di recepire i mutamenti di sensibilità della società

²⁶³ *Handyside c. Regno Unito*, par 48.

civile; il tramite attraverso il quale le disposizioni convenzionali si adattano ai cambiamenti della società è proprio l'interpretazione che la Corte europea fa di esse, mettendo talvolta in secondo piano la lettera delle norme così da consentire la funzione creativa dei giudici.

In senso più ampio qualsiasi atto che riconosca e tuteli i diritti e le libertà fondamentali non può restare immutabile in ogni sua parte, ma per natura deve essere suscettibile di adattarsi agli slanci e agli sviluppi evolutivi delle libertà umane²⁶⁴.

Si parla in merito di interpretazione evolutiva, che consiste un approccio interpretativo che fa sì che la Convenzione goda di una certa flessibilità e che riesca a stare al passo con i cambiamenti sociali. La stessa Corte europea dei diritti umani ha definito le norme convenzionali come elementi di un «living instrument» che deve essere interpretato alla luce delle «condizioni delle caratteristiche odierne della società»²⁶⁵.

Questa indicazione da parte della Corte è stata fornita nel 1978 in occasione del caso *Tyrer c. Regno Unito*, inerente alla legittimità del ricordo a pene corporali nei confronti di un ragazzo minorenne, condannato ad essere percosso come punizione per un assalto realizzato ai danni di un compagno di scuola²⁶⁶.

Tale dinamismo interpretativo consente l'adattamento della Convenzione ai tempi che cambiano rapidamente e rende pertanto la protezione dei diritti e delle libertà in essa proclamati suscettibili di una piena efficacia²⁶⁷.

Ciò premesso, ancorare l'ampiezza della discrezionalità di uno Stato può essere limitata dall'esistenza o meno ad uno *standard* omogeneo tra diverse realtà nazionali, poiché nel momento in cui è presente una posizione comune tra Stati membri in merito ad una certa questione è possibile, ma non certo, che la Corte si orienti nella sua pronuncia tenendo conto di un simile elemento. Pertanto, il *consensus* oltre a rappresentare un limite all'estensione del margine di apprezzamento statale può allo stesso tempo limitare la componente innovativa dell'interpretazione di Strasburgo.

²⁶⁴ F. BUFFA, *La giurisprudenza CEDU tra Progresso Sociale e Conservazione dello Status Quo*, in *Questionegiustizia.it*, 2019, pp.188-189.

²⁶⁵ *Tyrer c. Regno Unito*, ric. 5856/72, sent. 25 aprile 1978, par. 183

²⁶⁶ *Tyrer c. Regno Unito*, ric. 5856/72, sent. 25 aprile 1978

²⁶⁷ K. DZEHTSIAROU, *European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights*, in *German Law Journal*. 12(10), 2011, p.1730 ss.

Ebbene, è evidente che un simile elemento se in determinati casi può essere salvifico, perché funzionale al consolidamento di una certa interpretazione più rispettosa dei diritti umani, presenta al tempo stesso numerose criticità.

Le critiche che possono essere mosse al ricorso al *consensus* per valutare quanto sia sindacabile la scelta effettuata da uno Stato in merito ad una certa questione sono molteplici. Prima tra tutte, fare riferimento all'esistenza o meno di un *consensus* introduce un elemento di vaghezza nelle decisioni, perché non sempre è chiaro quando possa dirsi sufficientemente di peso una tendenza che si ritiene possa essere sulla via di affermarsi, e addirittura i giudici possono non concordare sul fatto che ci sia un *consensus* emergente. Soprattutto laddove il *consensus* europeo non si basi su principi da tempo affermati nel contesto europeo, ma rifletta una realtà in evoluzione, difficilmente sarà possibile che questo incida particolarmente sull'ampiezza del margine di apprezzamento lasciato allo Stato²⁶⁸.

Un profilo problematico aggiuntivo riguarda le contraddizioni che a livello pratico si sono verificate e che hanno riguardato un simile riferimento. È accaduto che pure in presenza di quello che apparentemente poteva definirsi uno standard di omogeneità in merito ad una questione²⁶⁹, i giudici propendessero per una decisione opposta alla prassi già affermata o in via di sviluppo.

Un caso esemplare da questo punto di vista è il caso *A, B, C c. Irlanda*²⁷⁰, che riguardava tre donne residenti in Irlanda che si erano dovute recare in Inghilterra per essere sottoposte a interruzione volontaria di gravidanza, poiché nello Stato di residenza, nel caso di A e B coincidente con lo Stato di cittadinanza, non era possibile ricorrere al trattamento sanitario se non in caso di pericolo di vita «reale e sostanziale» per la donna. Era presente un solido *consensus* europeo in tema di aborto; tuttavia, in questo caso la Corte europea ha privilegiato la posizione dello Stato convenuto in tema per via del carattere altamente dipendente dalla politica della vicenda. Quindi non è scontato che l'assenza o la presenza di un *consensus* di fatto non fosse decisiva rispetto alla posizione successivamente adottata dall'organo giurisdizionale sovranazionale.

²⁶⁸ Questo tipo di fenomeno o conseguenza è stato visto più volte nella storia dello sviluppo dei diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione e in particolare in quelle situazioni che rientravano nell'ambito di tutela dell'articolo 8. È una problematica che ha interessato ambiti particolarmente controversi come transessualità e *same-sex relationships*.

²⁶⁹ Si pensi proprio alla perplessità sorta con riferimento alla distribuzione del volume oggetto del caso *Handyside* vista in precedenza.

²⁷⁰ *A, B, C, c. Irlanda*²⁷⁰, ric. 25579/05, sent. 16 dicembre 2010.

Un'ulteriore criticità sorge nel momento in cui un nuovo Stato diventa membro del Consiglio d'Europa²⁷¹, poiché un simile evento ha spesso destato la preoccupazione per cui la Corte dovesse ricorrere ad un'estensione del margine di apprezzamento.

In realtà spesso la Corte ha dimostrato che nei confronti di nuovi Stati, specialmente quelli appartenenti all'ex Unione Sovietica ha tenuto un comportamento più vigile in virtù della consapevolezza che aveva nei confronti della situazione di tutela di diritti fondamentali in queste realtà. Da questo atteggiamento si può dedurre che la priorità resta in ogni caso la tutela dei diritti fondamentali; pertanto, difficilmente si assisterà alla concessione di un margine di apprezzamento statale più ampio in Paesi particolarmente arretrati nella garanzia delle libertà dei diritti fondamentali.

Spesso la Corte ha condannato diversi Stati di nuova adesione che avessero violato disposizioni inerenti a diritti, Stati come Russia, Ucraina e Turchia sono stati destinatari di numerose condanne²⁷².

Nello specifico, esistono diversi temi rispetto ai quali la Corte si mostra più intransigente e questi sono il rispetto del principio di proporzionalità e l'individuazione di obblighi positivi a carico di Stati nuovi aderenti, riducendo drasticamente il ruolo del margine di apprezzamento statale²⁷³.

2.1 Il rapporto di proporzionalità inversa tra margine di apprezzamento e *consensus*

Data la frequenza con la quale dottrina del margine di apprezzamento viene combinata con la dottrina del *consensus*, è opportuno soffermarsi sulla natura del loro rapporto, rendendo esplicito quello che è una reciproca influenza che è facilmente riconducibile ad un rapporto potremmo definire non casuale.

Tra margine di apprezzamento e *consensus* sussiste un rapporto molto stretto che però è articolato secondo un principio controintuitivo. Laddove, infatti, è possibile trovare una omogeneità di posizione tra stati, o un'iniziale convergenza di discipline, la discrezionalità statale, e quindi il margine di apprezzamento risulterà ridotto.

²⁷¹ A. FOLLESDAL, *Appreciating the Margin of Appreciation*, p.15.

²⁷² P. TANZARELLA, *Il margine di apprezzamento*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, Il Mulino, 2007, 145 ss. p. 176.

²⁷³ *Ivi/Idem*, p. 177.

Al contrario laddove manchi un comune sentire in merito alla gestione di interessi delicati, in merito a conflitti tra diritti all'interno dei singoli Stati, le Parti contraenti assisteranno ad un'espansione della loro discrezionalità, e la Corte, nel limite della ragionevolezza delle giustificazioni addotte dallo Stato nel caso concreto tenderà a consentire simili spazi di discrezionalità degli Stati.

È evidente come questo rapporto tra consensus e margine di apprezzamento statale possa definirsi come un rapporto di proporzionalità inversa, poiché all'affermarsi di un elemento conseguirà la diminuzione dell'importanza dell'altro²⁷⁴.

2.2 La tendenza alla presunzione di proporzionalità delle misure: il margine di apprezzamento come alibi per evitare un controllo in concreto.

Abbiamo visto il legame tra principio di sussidiarietà e margine di apprezzamento e anche di quali i rischi del ricorso che possono derivare dal ricorso ad un simile istituto. Ebbene la teoria del margine di apprezzamento statale di per sé non è uno strumento problematico, ma può diveltarlo nel momento in cui ne viene fatto un uso poco adeguato. Esistono diverse voci in dottrina che sottolineano l'esistenza di aspetti positivi del ricorso al margine di apprezzamento statale quali appunto il conferimento di flessibilità allo strumento della Convenzione europea dei diritti umani che si apre quindi ad un'interpretazione evolutiva e mette la Corte europea dei diritti umani di arricchire concretamente la tutela delle libertà fondamentali, nonché, connesso a questo primo aspetto la dottrina è uno strumento funzionale alla realizzazione del valore del pluralismo, uno dei principi cardine delle democrazie occidentali²⁷⁵.

Quindi nonostante ci siano elementi positivi, una prassi sconosciuta dello strumento porta a problematiche rilevanti e le ragioni dietro alla prassi distorsive del margine di apprezzamento statale possono essere numerose, ma la principale operazione che rende critico il ricorso alla dottrina è l'automatica concessione di un'ampia discrezionalità statale rispetto, ad esempio, a casi che riguardano interessi delicati.

²⁷⁴ I. ANRÒ, *Il margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei Diritti dell'uomo*, in A. ODDENINO - E. RUOZZI; A. VITERBO - F. COSTAMAGNA - L. MOLA - L. POLI (a cura di), *La funzione giurisdizionale nell'ordinamento internazionale e nell'ordinamento comunitario: atti dell'Incontro di studio tra i giovani cultori delle materie internazionali*, VII edizione, Torino, 9-10 ottobre 2009, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010, p. 1 ss, ma anche P. TANZARELLA, *Il margine di apprezzamento*, cit. p. 188.

²⁷⁵ M. IGLESIAS VILA *The National Margin of Appreciation Doctrine: In Search of a Balance between Democracy and Rights in the International Sphere* in *Yale Law School SELA Papers*, 2013, p. 6.

Questo tipo di comportamento si può concretizzare nella trascuratezza del vaglio del test di proporzionalità, cioè in una elusione da parte della corte di una ponderazione di interessi in concreto, oppure nell'elusione del ricorso ad un *consensus* già affermato come già discusso in precedenza.

È quindi l'uso che se ne può fare a costituire la vera minaccia a determinati diritti e libertà, uso che peraltro non è difficile trovare nella realtà anche piuttosto recente²⁷⁶.

Una delle libertà più colpite da questo tipo di prassi negativa è proprio la libertà religiosa sancita dall'articolo 9 della Convenzione, in particolare rispetto al tema dell'ostensione dei simboli religiosi e in tema di abbigliamento religioso.

Negli utili anni la Corte europea dei diritti umani ha mostrato atteggiamenti contraddittori e poco chiari alimentando in questo modo lo scetticismo relativo all'utilizzo del margine di apprezzamento statale. In numerose occasioni i giudici di Strasburgo hanno lasciato che diversi Stati vietassero di indossare *hijab* e velo integrale in istituti scolastici sulla base dell'idea che una tale scelta evitasse la propagazione di idee fondate su una religione non in linea con il principio di eguaglianza dei sessi²⁷⁷, allo stesso modo la Corte ha avallato la decisione dello Stato italiano di non rimuovere i crocefissi dalle aule scolastiche, per via della portata passiva di un tale simbolo²⁷⁸.

È evidente che l'atteggiamento da parte della Corte europea dei diritti umani, che è il medesimo, ossia lasciare un ampio margine di apprezzamento agli Stati membri in materia di vestiario religioso, abbia come esito una disparità di trattamento tra credo, nonché sia fortemente incoerente e pregiudizievole per l'affermarsi di una tutela uniforme tra Stati in materia.

²⁷⁶ T. ALVES PINTO, *An Empirical Investigation of the Use of Limitations to Freedom of Religion or Belief at the European Court of Human Rights*, Religion and Human Rights, 2020, p. 121.

²⁷⁷ *Dahlab c. Svizzera*, ric. 4239/98.

²⁷⁸ *Ivi*, p. 126

SEZIONE III

L'AMPIO MARGINE DI APPREZZAMENTO STATALE: AMBIVALENZE DELLA CORTE IN MATERIA DI OSTENSIONE DI SIMBOLI RELIGIOSI.

1. La crisi del principio di laicità, verso una laicità post secolare. Un' introduzione al caso *Lautsi c. Italia*.

I consistenti flussi migratori che hanno investito l'Europa nel corso degli ultimi due decenni hanno riportato al centro dell'attenzione delle istituzioni nazionali ed internazionali il dibattito sul contenuto e le implicazioni pratiche del principio di laicità²⁷⁹.

La prima difficoltà in questo contesto deriva dal fatto che nella Convenzione europea dei diritti umani, non è possibile individuare un'enunciazione espressa del principio di laicità statale, né è possibile ricostruire il contenuto univoco di un ipotetico principio di laicità europeo sulla base della giurisprudenza della Corte europea²⁸⁰.

Infatti, nella trattazione dei casi che attengono al rapporto tra Stato e confessioni religiose, la Corte non può far riferimento ad un principio di laicità che abbia un significato chiaro e determinato e che sia stato elaborato a livello sovranazionale.

Questo comporta che i giudici valutino la coerenza tra una misura statale e il dettame convenzionale utilizzando il principio di laicità elaborato a livello nazionale, che assume la funzione di una norma interposta.

Pertanto, la Corte europea dei diritti umani prende di volta in volta come riferimento il concetto di laicità che vige in uno Stato, e se la misura statale controversa è coerente con tale concezione la Convenzione non si riterrà violata.

Potremmo dire che la laicità nazionale, in assenza di una definizione autonoma e universale, funge da parametro di conformità di una misura statale alla Convenzione europea dei diritti umani.

²⁷⁹ C. LUZZATI, *Lo strano caso del crocifisso*, in *Ragion pratica, Rivista semestrale*, 1/2007, p.126.

²⁸⁰ Manca una norma che dia una definizione del principio anche nello Statuto del Consiglio d' Europa e nei protocolli addizionali alla Convenzione.

Questo *modus operandi* porta a delle criticità perché nel contesto europeo l'idea di Stato laico viene declinata in modi diversi, poiché diversi sono i processi storici e i fattori culturali che hanno portato a quel risultato²⁸¹.

Secondo l'accezione classica, il principio di laicità dispone la netta separazione e indipendenza tra due soli attori principali: Stato e religione mono confessionale.

Una simile visione risulta inadeguata a regolare una società civile composta da una pluralità di nuovi agenti, che diventa frammentaria e carica di tensioni persistenti, ma che allo stesso tempo deve essere improntata all'accoglimento della diversità in virtù della valorizzazione del pluralismo democratico occidentale sulla quale l'intero apparato delle organizzazioni internazionali è impostato²⁸². La relazione tra le istanze degli apparati statali nazionali e quelle delle entità confessionali non può più essere descritta efficacemente prendendo come riferimento un rapporto bilaterale o una dinamica di polarizzazione tra due soggetti, poiché gli agenti nelle società civili contemporanee si sono moltiplicati e diversificati. Potrebbe pertanto essere necessario reinterpretare la laicità sotto una prospettiva diversa, ampliando la portata del principio e contestualmente modificandone, seppur in modo attenuato, natura e intenti. Non è più ragionevole parlare di una sola religione contrapposta a uno Stato, ma occorre ragionare in termini di più religioni che rivendicano un riconoscimento dello Stato, che a sua volta deve continuare a mantenere un atteggiamento di equidistanza e indipendenza dalle stesse.

Ricorrendo ad una formulazione molto chiara e concisa «secolare e religioso non sono più contrapposti, ma appartengono allo stesso piano dialetticamente e riflessivamente»²⁸³. L'esigenza di un tale mutamento è altresì riconducibile all'evoluzione del ruolo assunto dai moderni Stati nazionali nei confronti dei propri cittadini.

Infatti, le Alte Parti contraenti, nel garantire il pieno godimento dei diritti umani e delle libertà fondamentali dei propri cittadini, non operano più tramite condotte passive di non ingerenza, ma rivestono anche un ruolo attivo, dovendo adempiere obblighi di natura positiva che in precedenza non avevano.

È lecito parlare di crisi del principio di laicità poiché il termine assume un contenuto oggi indefinito e poco idoneo ad adattarsi ad un contesto storico e culturale caleidoscopico. Si dovrebbe auspicare l'affermazione una prospettiva laica post secolare, come un fenomeno

²⁸¹M. TOSCANO, *Il fattore religioso nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, p. 264 ss.

²⁸²C. LUZZATI, *Lo strano caso del crocifisso*, in *Ragion pratica, Rivista semestrale*, 1/2007, pp. 125-144.

²⁸³I. BIANO, *Religione e Politica nel Nuovo Millennio: una Laicità Post secolare? Il caso dell'Unione Europea e della CEDU* p.114-118.

che «si propone di porre sotto lo stesso ombrello una molteplicità di posizioni circa forme e modalità che la laicità assume dovrebbe assumere in epoca contemporanea»²⁸⁴.

A livello pratico questa crisi del tradizionale paradigma di laicità risulta particolarmente evidente nelle situazioni in cui nuove realtà religiose si scontrano con quelle più radicate e tradizionali, ovviamente da un punto di vista eurocentrico²⁸⁵.

Una delle tematiche maggiormente dibattute, sottoposta in svariate occasioni all'attenzione di numerosi tribunali interni ed internazionali nel corso degli ultimi vent'anni, è quella relativa all'esposizione dei simboli religiosi e dell'abbigliamento religioso. Prima di prendere in esame l'articolata giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani concernente l'utilizzo dei simboli e degli indumenti religiosi, è opportuno soffermarsi sugli aspetti essenziali della materia e su come viene disciplinata nel contesto delle disposizioni convenzionali.

Le libertà di ostensione dei simboli religiosi e dell'abbigliamento religioso sono due forme di manifestazione della libertà religiosa disciplinata dall'articolo 9 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali. Trattandosi di due modalità di espressione della libertà di culto, la dimensione che rileva ai fini della seguente analisi è quella del *forum externum*²⁸⁶; in virtù di questa classificazione, le suddette estrinsecazioni del diritto di professare la fede religiosa sono sottoponibili alle limitazioni stabilite dalla clausola d'interferenza stabilita dal secondo paragrafo dell'articolo 9²⁸⁷.

In ordine alla seguente tematica ritrova attualità l'interrogativo circa quali comportamenti siano da considerare manifestazioni della libertà religiosa tutelabili ex art. 9 e quali invece costituiscano meri comportamenti motivati da opinioni religiose o di coscienza, che restano esclusi dall'ambito di applicazione oggettiva dell'articolo. A fronte di suddetta esigenza è stata elaborata la dottrina *Arrowsmith*²⁸⁸, sviluppata durante la trattazione del caso *Arrowsmith c. Regno Unito*²⁸⁹ dinnanzi la Corte europea dei diritti umani²⁹⁰.

²⁸⁴ *Idem*.

²⁸⁵ B. PASTORE, *Condizioni di laicità*, in *Ragion pratica, Rivista semestrale*, 1/2007, pp. 7-16.

²⁸⁶ Per la definizione di *forum externum* si rimanda al Capitolo I, Sezione II, p. 22 del presente elaborato.

²⁸⁷ S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, CEDAM, 2012.

²⁸⁸ Detta altresì *test Arrowsmith*, consente di valutare se una presunta manifestazione esteriore della libertà religiosa è coperta rientra nel campo di efficacia della norma.

²⁸⁹ *Arrowsmith c. Regno Unito*, ric. 7050/75, sent. 12 ottobre 1978.

²⁹⁰ A. BONCOMPAGNI, *Il Velo Islamico di fronte alla Corte europea dei Diritti dell'Uomo tra Laicità e Pluralismo* in *Rivista di Studi Politici Internazionali*, Vol. 74, n. 1, 2007, p 105.

La vicenda, che ha permesso di distinguere le due categorie di condotte, riguardava una donna di nazionalità britannica residente in Regno Unito ai tempi del conflitto Nordirlandese e che prendeva parte alla militanza pacifista dell'associazione *British Withdrawal from Ireland Campaign*.

La ricorrente, Pat Arrowsmith, era stata condannata a diciotto mesi di reclusione per aver distribuito a dei soldati britannici alcuni volantini che esortavano a disertare le operazioni militari laddove fossero stati inviati in Irlanda del Nord, all'epoca teatro di aspri conflitti intestini ispirati da motivi politico - religiosi.

La Commissione ha ritenuto che le misure statali erogate a danno di Arrowsmith fossero legittime in virtù della tutela della sicurezza nazionale e della prevenzione di disordini all'interno dell'esercito²⁹¹.

A prescindere dall'esito della sentenza, è interessante esaminare l'iter che ha permesso di comprendere se ricondurre o meno l'attività di volantinaggio al novero di manifestazioni della libertà religiosa, e quindi tutelabile ex articolo 9, atteso che la Commissione ha espressamente definito il pacifismo «a belief ("conviction") protected by Art. 9 (1)»²⁹².

Nonostante la ricorrente facesse riferimento all'opera di distribuzione come ad una vera e propria estrinsecazione pratica delle sue credenze²⁹³, la Commissione ha in questa sede ribadito che il termine “pratica” contenuto nell'articolo 9 non comprende automaticamente anche gli atti di ispirazione religiosa o motivati da credenze, ma è opportuno esaminare il contenuto delle condotte del caso concreto per valutarne la portata religiosa²⁹⁴.

Infatti, proprio riguardo al caso di specie la Commissione ha articolato la distinzione tra quello che poteva essere ritenuto un atto a contenuto pacifista e quello che invece andava considerato un comportamento ispirato al pacifismo, ma non specificamente pacifista, poiché non ne esprimeva i caratteri genericamente riconosciuti²⁹⁵. Il giudizio si è imperniato infatti sul messaggio espresso nei volantini, che consisteva nell'incoraggiare il rifiuto di servire servizio militare in Nord Irlanda ai soldati

²⁹¹ *Ivi*, per. 97.

²⁹² *Ivi*, par. 69.

²⁹³ *Arrowsmith c. Regno Unito*, par 70.

²⁹⁴ *Ivi*, par. 71.

²⁹⁵ Il giudizio consiste nell'accertamento della sussistenza di un nesso tra la condotta posta in essere e la convinzione o credenza religiosa, che devono essere intimamente legata. Per un approfondimento in tema si veda A. BONCOMPAGNI, *Il Velo Islamico di fronte alla Corte europea dei Diritti dell'Uomo*.

destinati a tale collocazione e detto rifiuto poteva assumere la forma di un'assenza senza permesso o la diserzione vera e propria.

Pertanto, in questi volantini non è emersa una condanna generica della guerra, contenuto tradizionalmente riconducibile, nell'ottica della Commissione, al pacifismo. Inoltre, il contenuto del volantino era destinato unicamente ai militari impegnati nel conflitto nordirlandese, e non ai militari in senso lato.

Il fatto che venisse caldeggiata la diserzione solo rispetto alla campagna militare del Regno Unito in Irlanda del Nord, ha fatto sì che la Commissione classificasse la distribuzione dei suddetti volantini quali atti motivati dal credo, ma non espressivi di esso, poiché veicolanti idee politiche e non religiose in senso stretto.

Come preannunciato, l'approccio affermatosi con il caso *Arrowsmith c. Regno Unito* è stato adoperato anche in ordine al porto di abbigliamento religioso. Le argomentazioni che distinguono tra significato religioso e significato politico di una pratica religiosa ricorrono nella sentenza *Leyla Sahin c. Turchia*²⁹⁶, nella quale il porto del velo islamico veniva reputato un mero comportamento ispirato ad una religione. Tuttavia, questa prospettiva piuttosto semplicistica e restrittiva è stata recentemente superata, ammettendo quindi l'uso del velo quale una pratica a tutti gli effetti riconducibile alla tutela dell'art. 9²⁹⁷. Resta nondimeno un'estrema ambivalenza nell'atteggiamento della Corte europea dei diritti umani rispetto alle questioni relative ai simboli religiosi, ascrivibile in larga misura alla disomogeneità delle posizioni assunte dai vari Stati europei in merito.

Per di più, l'assenza di un *consensus* europeo in ordine al concetto di laicità, che viene declinato in maniera marcatamente dissimile nelle singole realtà nazionali, configura un ulteriore elemento pregiudizievole per la tutela della libertà di esposizione di simboli ed abbigliamento religiosi.

La frammentazione su che cosa si debba intendere per "laicità", insieme alla diversità di implicazioni che discendono dal principio in questione si traduce in una diversa sensibilità nell'esposizione di simboli religiosi in luoghi pubblici e luoghi accessibili al pubblico. Un esempio di questo dato è la diversità di trattamento della questione dell'esposizione del crocefisso nelle aule scolastiche all'interno di istituti pubblici tra Germania, Spagna e Italia.

²⁹⁶*Leyla Sahin c. Turchia*, ric. 44774/98 sent.10 novembre 2005.

²⁹⁷S.BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, CEDAM, 2012. p. 373.

Anche rispetto a questo tema un ruolo determinante è attribuibile all' utilizzo improprio della dottrina del margine di apprezzamento statale combinata alla dottrina del consensus. Infatti, non è possibile affermare che rispetto, ad esempio, alla esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche non sussistesse un *consensus* europeo che limitasse fortemente la discrezionalità statale, o che quantomeno rendesse più rigoroso il vaglio delle motivazioni statali alla base della propria condotta.

La sentenza resa dalla Grande Camera in merito al caso *Lautsi c. Italia*²⁹⁸ è molto importante, poiché consente mettere in luce gli aspetti negativi che abbiamo affrontato finora della dottrina del margine di apprezzamento e della dottrina del *consensus*. La vicenda, affrontata prima dalla Seconda sezione della Corte e successivamente dalla Grande Camera, riguardava l'esposizione del crocifisso nelle aule degli istituti d'istruzione pubblici italiani.

La ricorrente Soile Lautsi, una donna italo finlandese residente in Italia i cui figli frequentavano la scuola pubblica, riteneva che l'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche confliggesse con il principio di laicità statale e che non rispettasse i principi che informavano l'educazione dei suoi due figli²⁹⁹.

La controversia ha preso le mosse dall'impugnazione ad opera della signora Lautsi della delibera del consiglio di classe che ha rigettato la sua richiesta di rimozione dei crocifissi dalle aule. La ricorrente lamentava la contrarietà di detta delibera alle norme di legge nonché l'incostituzionalità³⁰⁰ delle norme che prevedevano l'affissione dei crocifissi nelle aule di istituti scolastici pubblici.

Esaurite le vie di ricorso interno senza ottenere accoglimento della propria istanza, la ricorrente ha adito la Corte di Strasburgo, la cui Seconda Sezione ha ravvisato una violazione dell'articolo 2 del protocollo addizionale n. 1³⁰¹ in combinato disposto con l'articolo 9 della Convenzione.

Specificamente, questa prima decisione si è fondata su un'interpretazione del rapporto tra il ruolo statale ed il fenomeno religioso decisamente più in linea con il concetto di laicità

²⁹⁸*Lautsi c. Italia*, ric. 30814/06, sent. 18 marzo 2011.

²⁹⁹ Dimensione che lo Stato italiano è tenuto tutelare ex articolo 2 del primo protocollo addizionale alla Convenzione europea.

³⁰⁰ Il giudizio incidentale di costituzionalità verteva sulla presunta violazione del principio di eguaglianza sancito dall'articolo 3 Cost., nonché il principio di libertà religiosa sancito dall'articolo 19 della costituzione italiana.

³⁰¹ Il testo dell'articolo 2, protocollo 1 dispone: «No person shall be denied the right to education. In the exercise of any functions which it assumes in relation to education and to teaching, the State shall respect the right of parents to ensure such education and teaching in conformity with their own religious and philosophical convictions.»

post-secolare di cui si è detto in precedenza. Infatti, i giudici di Strasburgo hanno valorizzato il diritto dei genitori a che la prole fosse destinataria di insegnamenti coerenti con le loro visioni morali e confessionali³⁰², e quindi prive di influenze religiose prevalenti di qualsivoglia genere.

Questo diritto, che ha prevalso nel bilanciamento effettuato dall'organo giurisdizionale, doveva innanzitutto essere letto alla luce dell'ampliamento degli obblighi dello Stato, che non traducono più solo un dovere di non ingerenza, ma assumono anche una connotazione positiva, ossia di attiva realizzazione dei presupposti per una convivenza di diversi interessi. Sulla base di questi presupposti la Seconda Sezione della Corte europea dei diritti umani acclarava la violazione della Convenzione da parte dello Stato italiano poiché non aveva impedito il verificarsi di ingerenze religiose dell'educazione dei figli³⁰³.

In questo contesto la Corte ha ritenuto inizialmente che non si dovesse applicare la teoria del margine di apprezzamento statale, poiché ha ritenuto che il crocifisso fosse un simbolo in grado di esercitare un'influenza non trascurabile sui soggetti ad esso esposti, definendolo un «segno esterno forte», espressione coniata nella decisione relativa al caso *Dahlab c. Svizzera*³⁰⁴. In tale decisione iniziale, pertanto viene valorizzata l'anima religiosa del simbolo, che lo rende da un lato incompatibile con il principio di non discriminazione su base religiosa in relazione ai soggetti non aderenti al cristianesimo, dall'altro lesivo del diritto allo studio nella misura in cui rappresenta posizioni di credo o religione non condivise dai genitori in un contesto deputato all'educazione e all'istruzione della prole³⁰⁵.

A seguito del ricorso dello Stato italiano nei confronti della decisione resa dalla seconda sezione della Corte, la Grande Camera è stata investita della questione e ha deciso in senso opposto quanto statuito nella precedente sentenza della Seconda Sezione, rigettando quindi la tesi della violazione.

Le differenze tra le due decisioni della Corte hanno riguardato in primo luogo l'approccio utilizzato dall'organo giurisdizionale.

³⁰² Come sancito dell'articolo 2 del primo protocollo addizionale.

³⁰³ F. RATTO TRABUCCO, *Tra il Principio di Laicità e la Libertà Religiosa: l'esposizione di Simboli Religiosi negli Edifici Pubblici alla luce della Giurisprudenza della Corte EDU*, in *Il Politico*, Vol. 78, No. 2 (233), 2013, pp 54-55.

³⁰⁴

³⁰⁵ *Lautsi c. Italia*, seconda sezione ric. 3081706, sent. 3 novembre 2009, parr. 53- 58.

La Grande Camera ha reintrodotta l'elemento del margine di apprezzamento statale e ha sottolineato la mancanza di un *consensus* europeo in materia, concedendo allo Stato italiano un'ampia deferenza sul tema³⁰⁶.

Sulla base di queste premesse la Grande Camera ha effettuato un vero e proprio ribaltamento dei principi alla base della decisione della seconda sezione.

Specificamente ha ritenuto che la compatibilità del crocifisso nelle aule scolastiche sarebbe da rinvenire nella passività del simbolo in questione che configurerebbe un «simbolo culturale» non in grado di esercitare un ruolo di proselitismo o più generica influenza sugli alunni³⁰⁷.

Quindi, se ad un certo punto la Corte europea dei diritti umani ha tentato di ricorrere ad una nozione di laicità autonoma, la successiva sentenza della Grande Camera ha di fatto riproposto il *modus operandi* antecedente alla sentenza del 2009 che concepisce il principio di laicità come declinato nei singoli Stati a modo di norma interposta per la valutazione di compatibilità delle misure nazionali con la Convenzione.

Laddove una misura di diritto interna rispetti il principio di laicità come formulato nella singola realtà statale, allora tendenzialmente il giudizio della Corte avvalorerà la posizione nazionale. È giocoforza che questo tipo di meccanismo implichi il ricorso alla dottrina del margine di apprezzamento statale³⁰⁸.

2. Il caso *Leyla Sahin c. Turchia*: quando un simbolo religioso diventa politico.

Un primo tentativo della Corte europea di ricorrere ad una formulazione autonoma del principio di laicità, antecedente a quello realizzato dalla Seconda Sezione in sede di giudizio del caso *Lautsi c. Italia*, è stato effettuato nell'ambito della vicenda che ha contrapposto in giudizio la studentessa musulmana Leila Sahin allo Stato turco³⁰⁹.

Tuttavia, a questo intento non è stato dato seguito dalla Grande Camera che ha ribadito la inclinazione alla deferenza dello Stato nazionale.

³⁰⁶ Ivi, par. 70.

³⁰⁷ *Lautsi c. Italia*, grande camera, par 72: «a crucifix on a wall is an essentially passive symbol and this point is of importance in the Court's view...[i]t cannot be deemed to have an influence on pupils comparable to that of didactic speech or participation in religious activities».

³⁰⁸ D. DURISOTTO, *I recenti interventi della Corte EDU e della Corte di Giustizia UE in tema di simboli religiosi, un percorso parallelo*. *Rassegna della giurisprudenza in Federalismi.it*, 05(1), 2019, p.9.

³⁰⁹ *Leyla Sahin c. Turchia*, ric. 44774/98 sent.10 novembre 2005.

Secondo questa seconda posizione, nelle controversie relative al rapporto tra lo Stato e le religioni è opportuno valorizzare la posizione della autorità interne, considerata l'ipotesi la varietà di interessi in conflitto.

Di fatto c'è un implicito riferimento alla migliore posizione statale rispetto ad un ambito nel quale non c'è omogeneità di vedute³¹⁰.

L'intento di concedere agli Stati contraenti un ampio margine di apprezzamento in materia di simboli religiosi è quindi dichiarato, proprio in forza dell'assenza di una posizione quantomeno uniforme in materia, approccio che ha impedito anche in questo caso l'avvicinamento alla formazione di un principio di laicità autonomo³¹¹.

Con la sentenza *Leyla Sahin c. Turchia* viene sancito che il divieto di indossare il velo imposto agli universitari dell'Università di Istanbul non ha violato né la libertà religiosa ex art. 9 né l'articolo del primo protocollo aggiuntivo della Convenzione europea dei diritti umani.

La vicenda è sorta in relazione al divieto dell'uso del velo all'interno dell'Università di Istanbul disposto da una circolare del rettore. Tale proibizione è stata sistematicamente disattesa dalla studentessa di medicina, Leyla Sahin, che ha dichiarato di indossare l'*hijab* in adempimento ad un obbligo religioso discendente dall'appartenenza alla comunità religiosa musulmana e in osservanza della posizione tradizionalista della famiglia di origine. La circolare in questione impediva agli studenti l'accesso alle attività universitarie laddove portassero barba o velo, escludendoli dalle liste di registrazione dell'istituto.

All'interno del documento, inoltre, veniva precisato che in caso di inosservanza del disposto sull'abbigliamento religioso e persistente rifiuto di lasciare le aule da parte degli studenti, essi sarebbero stati segnalati dai professori in un rapporto.

Prima di intraprendere l'ultimo anno di medicina presso l'università di Istanbul, la giovane ricorrente aveva frequentato i corsi di un'altra università turca, l'università di Bursa, e durante quei quattro anni di studio non aveva mai subito alcun tipo di rimprovero o osservazione in merito al suo abbigliamento. Tuttavia, a causa della sua scelta, a Istanbul Sahin era stata esclusa dal sostenimento di un esame e in un'ulteriore occasione le era stato impedito di partecipare alla lezione per via delle direttive dell'università. La studentessa aveva mostrato in diverse occasioni di non volere sottostare al divieto e aveva

³¹⁰ *Ivi*, par 109.

³¹¹ M. Toscano, *Il fattore religioso nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, p. 266.

preso parte anche ad un'assemblea di protesta contro la normativa sull'abbigliamento in istituto dinanzi all'università insieme ad altri studenti.

Questa reiterata violazione del regolamento universitario aveva fatto in modo che Sahin fosse destinataria di un provvedimento disciplinare che disponeva la sua sospensione dalle attività scolastiche per una durata di sei mesi. La misura è stata alla base della decisione della giovane di trasferirsi definitivamente all'università di Vienna per terminare gli studi³¹².

Leyla Sahin sosteneva che il vicerettore dell'istituto non avesse la competenza di sindacare l'ambito dell'abbigliamento religioso.

Questa posizione, però non è stata accolta dagli organi giurisdizionali interni e ciò ha fatto in modo che la studentessa intentasse una controversia contro lo Stato turco presso la Corte europea dei diritti umani. La ricorrente ha lamentato la violazione degli articoli 8, 9, 10, 14 della Convenzione europea dei diritti umani nonché l'articolo 2 del primo protocollo addizionale alla stessa ad opera della circolare che proibiva il velo islamico nell'istituto.

Il 29 giugno del 2004 la Quarta Sezione della Corte europea dei diritti umani, alla quale era stata assegnata la competenza giurisdizionale, aveva ritenuto fondata la posizione della Turchia in quanto la misura rispettava il principio di legalità, nonché realizzava uno scopo legittimo ed era da ritenere proporzionata considerato il requisito della necessità in una società democratica³¹³.

Lo Stato che non ha riconosciuto la sussistenza di una violazione degli articoli che la ricorrente ha allegato poiché ha ritenuto il divieto coerente con il principio di laicità e di non discriminazione che informano l'ordinamento turco e pertanto rispettoso del disposto convenzionale. A seguito di questa decisione Sahin ha chiesto che la decisione fosse rimessa alla Grande Camera della Corte di Strasburgo³¹⁴.

Anche la Grande Camera ha ritenuto che vi fosse stata un'interferenza legittima della libertà religiosa della ricorrente, ma è opportuno approfondire il *test* di proporzionalità della misura da essa realizzato.

La ricorrente, ha obiettato che non fosse legittimo conferire un ampio margine di apprezzamento statale alla Turchia in merito alla legittimità della misura, in virtù del fatto che nessuno Stato europeo vietava l'utilizzo del velo in ambito universitario. Ha inoltre

³¹² *Ivi*, parr. 17-28.

³¹³ In conformità al secondo paragrafo della Convenzione europea dei diritti umani.

³¹⁴ *Leyla Sahin c. Turchia*, parr 8-9.

fatto riferimento alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, sottolineando come gli istituti superiori fossero frequentati da individui adulti e in quanto tali in grado di prendere decisioni in modo indipendente e consapevole, smentendo l'argomentazione che la sua decisione indossare il velo, frutto di una convinzione religiosa e culturale personale, avesse ostacolato al godimento di libertà altrui³¹⁵.

Nella decisione della Grande Camera viene menzionato il fatto per cui non tutti gli atti ispirati a credenze religiose rientrano nel concetto di manifestazione di libertà di coscienza e credo sancito dall'articolo 9 della Convenzione europea dei diritti umani. In questo caso in particolare non mancano rinvii ai precedenti analoghi, compreso il già citato caso *Arrowsmith c. Regno Unito*.

Successivamente la Grande Camera ha ribadito la difficoltà di individuare una visione comune tra diverse realtà nazionali per quanto concerne la regolamentazione dei rapporti tra Stato e religione, che variano notevolmente tra loro e per questa ragione viene ritenuto più indicato lasciare maggiore potere decisionale alle autorità nazionali³¹⁶

Ha, inoltre, specificato che il preminente rilievo conferito alle scelte nazionali assume ulteriore pregnanza proprio in materie come la disciplina dell'uso dell'abbigliamento religioso.

Per questa ragione la Grande Camera ha concesso un ampio margine di apprezzamento statale, contrariamente a quanto auspicato dalla ricorrente³¹⁷. Si inizia, così, ad intravedere in modo inequivocabile il criterio operativo prediletto dalla Corte europea di diritti umani per quanto concerne le questioni delicate dal punto di vista politico in assenza di approcci nazionali uniformi.

La pronuncia della Grande Camera si è articolata attorno alla concezione di secolarismo dello Stato turco sostenendo detto principio fosse alla base dell'atteggiamento di neutralità adottato dalle autorità interne. Più nel dettaglio, lo Stato turco deve rivestire un ruolo di *impartial arbiter*, informato al principio di laicità.

Questo principio, di matrice costituzionale, agisce in due direzioni: da un lato previene interventi arbitrari ad opera dello Stato stesso, dall'altro protegge l'ordinamento da pressioni di gruppi e movimenti fondamentalisti³¹⁸.

³¹⁵ *Ivi*, parr. 100-101.

³¹⁶ *Ivi*, par. 109.

³¹⁷ *Ivi*, parr. 109-110.

³¹⁸ *Ivi*, par. 113.

Richiamando quanto statuito dalla Quarta Sezione, la Grande Camera ha ritenuto «this notion of secularism to be consistent with the values underpinning the Convention», evidenziando la funzione norma interposta del principio di laicità turco.

Inoltre, è stato ritenuto legittimo lo scopo della tutela delle libertà altrui e del mantenimento dell'ordine pubblico, alla base della restrizione della libertà di coscienza e religione ex articolo 9 della Convenzione europea, anche in virtù del principio di uguaglianza di genere che informa la società civile turca, nonché della connotazione politica che il velo islamico aveva assunto all'interno dello Stato³¹⁹.

In merito alla concezione velo fornita in questa occasione, la Corte ha avallato l'accezione politica che la pratica ha assunto in Turchia.

Questa recente politicizzazione è secondo la prospettiva governativa, conseguenza delle pressioni che movimenti politici estremisti effettuano nei confronti della società. Il tentativo sarebbe quindi quello di sventare l'imposizione di una pratica che determinati gruppi politici vorrebbero diventasse egemone³²⁰.

Proprio quest'ultima posizione, che conclude l'analisi di proporzionalità della restrizione, consentirà di effettuare un importante confronto con la trattazione del caso *Lautsi c. Italia*.

2.1. Il caso *Dalhab c. Svizzera*: un'introduzione al concetto di “simbolo esteriore forte”

Il caso *Dalhab c. Svizzera*³²¹ riguarda l'insegnante di una scuola primaria di nazionalità svizzera che a seguito della conversione all'islamismo aveva iniziato ad indossare il velo sul posto di lavoro in adempimento del dettame coranico che impone la copertura del capo in presenza individui di genere maschile³²².

Di ritorno dall'ultimo congedo di maternità, alla ricorrente viene intimata la rimozione del velo durante le ore lavorative da parte della Direzione Generale dell'Istruzione Primaria del Cantone di Ginevra. Il divieto trovava le sue ragioni nella violazione del principio di neutralità statale che la ricorrente, in quanto dipendente statale doveva rappresentare. Più specificamente veniva rimproverato alla ricorrente la contravvenzione della sesta sezione del *Canton of Geneva Public Education Act*: indossare il velo

³¹⁹ Ivi, par 116.

³²⁰ Ivi, par. 115.

³²¹ *Dalhab c. Svizzera*, ric. 42393/98 sent.

³²² Si fa riferimento sia ad individui di genere maschile, sia adulti sia adolescenti.

rappresentava l'imposizione di una scelta personale nei confronti di minori, contraria ad un sistema educativo improntato alla laicità.

Tutti gli organi giurisdizionali nazionali hanno confermato la fondatezza del divieto; pertanto, Lucia Dalahb ha adito la Corte europea dei diritti umani lamentando la violazione degli articoli 9 e 14 della Convenzione europea dei diritti umani.

La Corte europea dei diritti umani ha ritenuto il ricorso inammissibile, confermando ciò che avevano già espresso le corti nazionali, in virtù del fatto che la misura restrittiva, che ha effettivamente limitato la libertà religiosa della ricorrente, ha rispettato una chiara e precisa previsione di legge e allo stesso tempo ha protetto l'interesse legittimo della tutela dei diritti altrui.

Per quanto riguarda il giudizio di proporzionalità, correlato al requisito della «necessità in una società democratica», la Corte ha sottolineato che, nonostante la ricorrente non fosse stata destinataria di alcun reclamo circa la qualità del suo insegnamento, è molto difficile valutare l'influenza che l'uso del velo, definito «a powerful external symbol», può esercitare sulla libertà di pensiero, coscienza e religiosa di bambini di età compresa tra i quattro e gli otto anni.

La posizione validata dai giudici è che non sia possibile negare «some kind of proselytising effect» a danno di fanciulli in tenera età, sottolineando come una simile pratica difficilmente si possa conciliare con principi di tolleranza a democrazia per contrarietà al principio di uguaglianza di genere. Sulla base di queste premesse l'istanza della ricorrente è stata rigettata.

2.2. La controversa distinzione tra simboli attivi e passivi: il confronto tra i casi *Dahlab c. Svizzera*, *c. Turchia* e *Lautsi c. Italia*.

Dall'analisi dei casi *Dahlab c. Svizzera*, *c. Turchia* e *Lautsi c. Italia* emerge un quadro piuttosto contraddittorio di come la Corte operi in materia di simboli religiosi. Le ragioni di questo fenomeno sono da rinvenire nella difficoltà di gestione di argomenti controversi che risentono delle peculiari caratteristiche delle tradizioni dei singoli Paesi.

La riflessione verte su due simboli religiosi specifici, il velo ed il crocifisso che nella prospettiva eurocentrica rappresentano una religione rispettivamente minoritaria e maggioritaria.

La dichiarata assenza di uno *standard* comune di disciplina della materia determina, secondo il ragionamento della Corte, la concessione di un margine discrezionale statale molto ampio, che assume un'importanza fondamentale.³²³

Questo metodo ricorrente comporta che difficilmente la Corte si discosti dalla decisione statale.

In tutte e tre le sentenze, la Corte europea dei diritti umani suggerisce più o meno apertamente che lo Stato nazionale è in una posizione migliore per quanto concerne la valutazione degli interessi interni e questo comporta la concessione di un ampio spazio discrezionale allo Stato³²⁴.

L'aspetto più controverso riguarda come in virtù di questi presupposti, i simboli religiosi in questione vengano trattati diversamente.

Coesistono attualmente tre interpretazioni diverse della portata dei simboli: nel caso *Sahin c. Francia* si propende per il significato politico che il velo assume nella società civile, nel caso *Dahlab c. Svizzera* si sottolinea la forte caratterizzazione religiosa del simbolo, e in *Lautsi c. Italia* si valorizza la dimensione culturale del crocifisso: evidente che vi sia una scarsa coerenza, la cui causa non è molto semplice da definire.

Per quanto concerne il caso Sahin, la Grande Camera ha effettuato un rimando esplicito al caso Dahlab, giungendo a definire anche in questo caso l'*hijab* come un simbolo attivo³²⁵.

I commenti degli studiosi si sono soffermati particolarmente su questa decisione di connotare politicamente quello che senza dubbio ormai rientra di diritto nella manifestazione esterna di un credo religioso³²⁶

Nell'opinione dissidente opposta dalla giudice *Tulkens*³²⁷ si fa strada l'ipotesi dell'evitamento di un vaglio in concreto della proporzionalità della misura giustificato dal ricorso alla dottrina del margine di apprezzamento.

³²³ D. DURISOTTO, *I recenti interventi della Corte EDU e della Corte di Giustizia UE in tema di simboli religiosi, un percorso parallelo. Rassegna della giurisprudenza* in *Federalismi.it*, 05(1), 2019, p.3.

³²⁴ Nella sentenza *Dahlab c. Svizzera* si legge: « Lastly, as to whether the measure was “necessary in a democratic society,” the Court reiterates that, according to its settled case-law, the Contracting States have a certain margin of appreciation in assessing the existence and extent of the need for interference... the Court considers that, in the circumstances of the case ...the Geneva authorities did not exceed their margin of appreciation and that the measure they took was therefore not unreasonable». In *Sahin c. Turchia* è possibile rinvenire analogo passaggio al par.

³²⁵ *Sahin c. Turchia*, par. 111, in realtà la formula utilizzata è sempre *powerful external symbol*.

³²⁶ Si veda quanto detto precedentemente sulla sottoposizione del porto del velo al *test Arrowsmith*.

³²⁷ A. BONCOMPAGNI, *Il Velo Islamico di fronte alla Corte europea dei Diritti dell'Uomo tra Laicità e Pluralismo* in *Rivista di Studi Politici Internazionali*, Vol. 74, n. 1, 2007, pp.101-119.

Nel caso *Dahlab* il velo viene definito «a powerful external symbol», riconducendo questa forte carica simbolica all'ambito religioso, combinato alla tenera età degli allievi. Infatti, il principale valore in contrasto con la libertà religiosa della ricorrente è il principio di neutralità statale, che Dahlab in quanto dipendente pubblica deve rappresentare.

La difformità del trattamento nell'hijab nelle due sentenze è davvero insolita poiché se è vero che Dahlab è dipendente statale, resta comunque poco convincente il fatto che il medesimo simbolo, in entrambi i casi ricondotto a qualcosa di ideologicamente molto significativo, assuma una carica estremamente diversa a seconda del contesto.

È vero che ci sono differenze tra le due situazioni e differenze significative tra i modelli di laicità a cui i rispettivi stati si rifanno. Tuttavia, il fatto che la Corte di volta in volta provveda a definire il significato di un simbolo che di ha già un significato religioso universalmente noto in modo così arbitrario sembra più improntato ad una scelta prudente dovuta alla poca dimestichezza con una tale realtà religiosa e alla consapevolezza delle opinioni pubbliche nazionali

Sembra che la Corte sappia definire un simbolo con un significato esterno forte, che presupporrebbe un'univocità di significato, poiché in concetto di forza di simbolo viene indebolita da una moltitudine di significati. Tuttavia, la Corte non riesce a dare forma a questo significato, e utilizza la locuzione di simbolo forte come un concetto vuoto da riempire all'occorrenza sulla base delle esigenze nazionali del caso concreto.

Passando al confronto dei casi *Dahlab c. Svizzera* e *Lautsi c. Italia* emerge in modo ancora più evidente l'uso incongruo della distinzione tra simboli religiosi.

La prospettiva assunta dall'organo giurisdizionale è quella del soggetto ricettore del simbolo³²⁸ e in entrambi i casi gli individui esposti ai simboli religiosi sono fanciulli di età compresa tra gli 4 e 11 anni, ma gli esiti delle vicende sono opposti.

Nel caso *Dahlab c. Svizzera* l'hijab viene classificato come un simbolo attivo, in quanto in grado di esercitare un'influenza indebita sui soggetti ad esso esposti, facilmente condizionabili in virtù dell'età.

Nella pronuncia della Grande Camera sul caso *Lautsi c. Italia* invece il crocifisso viene classificato come un "simbolo essenzialmente passivo", cioè non in grado di esercitare un'influenza religiosa paragonabile a quella arrecata dalle attività di dibattito o di insegnamento religioso.

³²⁸ 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.

Questa tesi è solo apparentemente radicata della “polisemia intrinseca del crocifisso”³²⁹, secondo la quale un simbolo è portatore di più significati. La visione emerge in realtà è quella di uno svuotamento del simbolo religioso, a fronte della valorizzazione della sua dimensione storico- culturale. Se nel caso Dahlab la Corte trova difficile ricondurre l’utilizzo del velo islamico ad un messaggio di tolleranza, rispetto degli altri e uguaglianza e non discriminazione³³⁰ nel caso *Lautsi c. Italia* questa difficoltà non si rinviene.

Il crocifisso appeso nelle aule di un istituto pubblico viene ricondotto senza esitazione a messaggi di tolleranza e coesione sociale. Il crocifisso viene ridotto quasi ad un simbolo laico, venendone completamente neutralizzata la carica religiosa.

Un simile approccio a ben guardare oltre che poso rispettoso della reale, seppur non unica, natura religiosa del simbolo, risulta anche poco rispettoso per gli stessi appartenenti alla religione cattolica.

Questa difformità di vedute è ancora più lampante se si considera che la Corte europea dei diritti umani nell’argomentare l’inammissibilità dell’istanza di Dahlab ha menzionato una causa avente ad oggetto l’ostensione del crocifisso nelle aule svizzere. La vicenda adottata dal governo svizzero nella serie di argomentazione a sostegno della legittimità della propria posizione riguardava un giudizio³³¹ in occasione del quale è stato stabilito che «the presence of a crucifix in State primary-school classrooms fell foul of the requirement of denominational neutrality». Questo riferimento se da un lato è coerente con la scelta di tutelare la neutralità dei luoghi pubblici e dei funzionari che essi rappresentano, dall’altro contrasta con la argomentazione che viene proposta nel caso dei crocifissi italiani.

Un ulteriore aspetto che è opportuno evidenziare è che anche il velo, nonostante non venga espressamente dichiarato, può farsi portatore di molteplici significati, basti pensare alla natura delle giustificazioni alla base delle sentenze *Dahlab c. Svizzera* e *Sahin c. Turchia*. Nel primo caso il velo è incompatibile con il principio di neutralità delle istituzioni nazionali per via del forte carattere religioso che rappresenta. Nel caso *Sahin*

³²⁹ F. Ratto Trabucco, *Tra il Principio di Laicità e la Libertà Religiosa: l'esposizione di Simboli Religiosi negli Edifici Pubblici alla luce della Giurisprudenza della Corte EDU*, in *Il Politico*, Vol. 78, No. 2 (233), 2013 p. 58.

³³⁰ «It appears difficult to reconcile the wearing of an Islamic headscarf with the message of tolerance, respect for others and, above all, equality and non-discrimination that all teachers in a democratic society must convey to their pupils.».

³³¹ «published judgment of 26 September 1990».

c. *Turchia* le motivazioni a sostegno delle ragioni statali risiedono nel significato politico che il velo assume in quello specifico contesto.

A fronte di quest'analisi è opportuno chiedersi quanto possa essere convincente l'impostazione argomentativa della Corte europea dei diritti umani sia per quanto concerne la valenza della natura polisemantica di simbolo, sia per quanto riguarda la distinzione tra simboli attivi e passivi.

È possibile, invece, avanzare la tesi per cui la valutazione circa il significato dei simboli religiosi sia rimessa alla sensibilità della maggioranza della società, operazione che suggerisce la tendenza a ricorrere al principio di laicità, risultato di processo di secolarizzazione, per proteggere un'omogeneità culturale europea³³². Pertanto, prende forma l'inquietante ipotesi che venga fatto un uso strumentale dei simboli religiosi per identificare una specifica cultura non corrispondente a quella maggioritaria³³³.

CAPITOLO TERZO

IL CASO *S.A.S. C. FRANCIA*

SOMMARIO: SEZIONE I: QUESTIONE BURKA BAN – 1. – La legge francese n. 1192 del 2010: il divieto di coprire il volto nello spazio pubblico nel *leading case S.A.S. c. Francia*. 1.1. – Il dibattito sulla legittimazione ad agire: la qualità vittima diretta e di vittima potenziale. – 1.2. –... (Segue) il dilemma tra rispetto della legge e rispetto della propria dimensione interiore: i precedenti *Dudgeon c. Regno Unito* e *Norris c. Irlanda*. – 2. – La valutazione della Grande Camera: la previsione per legge, il perseguimento di uno scopo legittimo e la necessità in una società democratica. SEZIONE II: IL CRITERIO DEL 'VIVRE ENSEMBLE' – 1. – Il giudizio di necessità di una società democratica e il fine legittimo della tutela delle libertà e dei diritti altrui – 1.1. – Il rapporto tra la protezione dei diritti e delle libertà altrui e *vivre ensemble*: la vaghezza di quest'ultimo bene. – 1.2 – Le opinioni parzialmente dissenzienti dei giudici *Nusserberg* e *Jaderblom*. – 2 – L'eredità della sentenza *S.A.S. c. Francia*: i casi *Dakir c. Belgio* e *Belcacemi and Oussar c. Belgio*. – 2.1. – Il parere del Comitato dei diritti umani delle Nazioni Unite nei casi *Yaker c. Francia* e *Hebbadj c. Francia* – 3. – La protezione dei diritti e delle libertà altrui: verso un pluralismo escludente

³³² C. JOPPKE, *Double Standards? Veils and Crucifixes in the European Legal Order*, in *European Journal of Sociology*, Archives Européennes de Sociologie, vol. 54, no. 1, 2013, pp. 97–123

³³³ M. SALVETTI, *La Corte di Strasburgo parla di laicità. La problematica dei simboli religiosi nello spazio pubblico alla luce dell'incidenza del diritto sovranazionale sull'ordinamento italiano*, in *Diritto e Religioni*, 2, 2010, pp. 264-287.

SEZIONE I

«AFFAIRES DE BURQA»

1. La legge francese n. 1192 del 2010: il divieto di coprire il volto nello spazio pubblico nel *leading case S.A.S. c. Francia*.

Nel 2010 in Francia viene approvata la legge nazionale 1192/10 che sancisce il divieto generalizzato di copertura del volto nei luoghi pubblici³³⁴. Questa normativa rappresenta l'esito raggiunto a seguito di un vivace dibattito nazionale³³⁵ che ha avuto ad oggetto l'utilizzo del velo integrale negli spazi pubblici³³⁶.

Il primo articolo della legge 1192/10 sancisce il divieto assoluto e generalizzato di occultamento del viso nei luoghi pubblici³³⁷. Il testo di legge non opera alcun tipo di riferimento espresso ai simboli religiosi, ma si limita a predisporre un quadro regolatorio generale³³⁸. Pur non essendovi menzione espressa nel testo legislativo, la pratica più dibattuta è quella relativa al porto del *niqāb* e del *burqa*, indumenti religiosi che comportano la copertura integrale del volto fatta eccezione per gli occhi³³⁹.

Nondimeno, l'intenzione di disciplinare specificamente il porto del velo integrale emerge manifestamente nel progetto di legge n. 2520.

Il testo di tale progetto si apre con un riferimento ai valori storici fondanti della Repubblica, ossia «liberté, égalité, fraternité», che garantiscono la coesione della nazione e fungono da base per la garanzia di altri principi quali il rispetto e la dignità degli esseri umani e il principio di uguaglianza tra uomo e donna. Successivamente viene dichiarato che questi principi sono minacciati e messi in discussione dalle pratiche di dissimulazione

³³⁴ Loi n. 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public. Si tratta della prima legge che vieta l'occultamento del volto in Europa.

³³⁵ Il dibattito sul velo integrale in Francia origina dalla sentenza n. 286798 del Consiglio di Stato francese risalente al 27 giugno 2008. La pronuncia ha ad oggetto l'istanza di annullamento del decreto oppositivo alla dichiarazione di acquisizione della cittadinanza francese da parte di una donna marocchina sposata con un uomo francese. In questa occasione per la prima volta un'autorità giurisdizionale interna definisce il porto del velo integrale «une pratique radicale de sa religion, incompatible avec les valeurs essentielles de la communauté française» nonché contrario al principio di uguaglianza di genere.

³³⁶ Per avere un quadro completo dei lavori preparatori alla legge si veda A. FORNEROD, *Les «affaires» de burqa en France*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, *Rivista trimestrale* 1/2012, pp. 64-69.

³³⁷ Art. 1: «Nul ne peut, dans l'espace public, porter une tenue destinée à dissimuler son visage.»

³³⁸ Nel progetto di legge n. 2520 presentato all'assemblea il 19 maggio 2010.

³³⁹ È proprio dai lavori preparatori alla legge che si evince il maggior interesse nei confronti del porto del velo integrale, nonostante la legge 1192/10 si riferisca alla generica pratica di dissimulazione del viso.

del viso, e più nello specifico dall'utilizzo del velo integrale definito come «manifestation communautariste d'un rejet des valeurs de la République».

La pratica è considerata nel documento come portatrice di «violence symbolique et déshumanisante, qui heurte le corps social». È in questo contesto che viene menzionato anche il concetto del '*vivre ensemble*', che sarà a fondamento dell'accoglimento delle istanze del Governo francese nel caso *SAS c. Francia*³⁴⁰. L'art. 2³⁴¹ del testo di legge provvede a dare una definizione di "spazio pubblico" dovendosi intendere sia la via pubblica, quindi le strade³⁴², sia i luoghi aperti al pubblico o destinati all'esercizio di un servizio pubblico. La violazione di quanto sancito all'art. 1 comporta l'erogazione di due pene, di natura differente che possono combinarsi o alternarsi tra loro.

È prevista infatti l'erogazione di un'ammenda e, in alternativa o in aggiunta, l'obbligo di partecipare ad un corso di educazione alla cittadinanza³⁴³.

La vicenda più importante relativa all'applicazione della legge 2010 - 1192 portata all'attenzione della Corte europea dei diritti umani è stata quella che ha dato esito alla sentenza *SAS c. Francia*.

Il caso ha riguardato una cittadina francese di religione musulmana che indossava il *niqāb* e il *burqa*³⁴⁴ in adempimento di un precetto religioso, ma anche come espressione di scelte culturali e personali.

La ricorrente ha specificato che l'utilizzo dei due indumenti islamici, fortemente dissimulativi del viso, non era continuativo e sistematico, ma avveniva a sua discrezione, senza costrizioni esterne³⁴⁵ e sulla base del suo stato spirituale. Infatti, in numerosi punti viene specificato come l'utilizzo di simili indumenti fosse per la giovane un modo di

³⁴⁰ Progetto di legge n. 2520 19/05/10.

³⁴¹ Nel merito, viene stabilito che: «I. Pour l'application de l'article 1er, l'espace public est constitué des voies publiques ainsi que des lieux ouverts au public ou affectés à un service public. II. L'interdiction prévue à l'article 1er ne s'applique pas si la tenue est prescrite ou autorisée par des dispositions législatives ou réglementaires, si elle est justifiée par des raisons de santé ou des motifs professionnels, ou si elle s'inscrit dans le cadre de pratiques sportives, de fêtes ou de manifestations artistiques ou traditionnelles.»

³⁴² Sono compresi ovviamente i mezzi di trasporto pubblici, non quelli privati, all'interno dei quali è possibile permanere a volto coperto. In A. FORNEROD, *Les «affaires» de burqa en France*, viene menzionata una pronuncia del tribunale della polizia di Nante, si veda p. 73.

³⁴³ Art. 3: «La méconnaissance de l'interdiction édictée à l'article 1er est punie de l'amende prévue pour les contraventions de la deuxième classe. L'obligation d'accomplir le stage mentionné au 1° de l'article 131-35-1 du code pénal peut être prononcée en même temps ou à la place de la peine d'amende.»

³⁴⁴ È opportuno ricordare che il *burqa* è quell'indumento che copre interamente l'individuo lasciando solo una fessura ad altezza oculare provvista di rete. Il *niqāb* rientra nella categoria dei veli integrali. Tuttavia, a differenza del *burqa*, non presenta la rete a maglie strette a livello della apertura nell'area oculare.

³⁴⁵ La donna francese ha sottolineato che nessun componente della sua famiglia di origine, né il marito, la obbligava ad indossare l'indumento in questione.

esprimere la propria personalità e cultura nonché una pratica che le consentiva di sentirsi in pace con sé stessa.

A supporto dell'ampio novero di significati che essa conferiva al porto del velo integrale, la cittadina sosteneva di non avere problemi a rimuovere il velo integrale in occasioni che lo rendessero necessario, come visite mediche, controlli di sicurezza o anche in occasione di incontri con amici in luoghi pubblici.

Allo stesso modo, la giovane manifestava il desiderio di indossare il *niqāb* o il *burqa* anche in luoghi pubblici durante determinate occasioni, come il Ramadan, ipotesi vietata nell'ordinamento francese.

La ricorrente ha lamentato la violazione della sua libertà religiosa, tutelata dall'articolo 9 della Convenzione europea dei diritti umani in quanto la legge 2010-1192 le impediva di «manifestare la propria fede, vivere in coerenza con essa ed esprimerla in pubblico»³⁴⁶.

Sostanzialmente la cittadina francese, pur non allegando misure concretamente adottate nei suoi confronti, sosteneva che la legge aveva un impatto pregiudizievole sulla sua esistenza in quanto le imponeva di modificare il suo abbigliamento nei luoghi pubblici, limitando l'espressione della sua libertà religiosa e della sua personalità.

Le supposte violazioni addotte dalla ricorrente hanno riguardato gli articoli 3, 8, 9, 10 e 11 della Convenzione europea dei diritti umani, sia separatamente sia in combinato disposto con l'articolo 14.

1.1. Il dibattito sulla legittimazione ad agire: la qualità vittima diretta e di vittima potenziale.

La prima obiezione opposta dal governo francese ha riguardato lo *status* di vittima in capo alla ricorrente, eccependo l'insussistenza della legittimazione ad agire a carico della stessa.

La disciplina dei ricorsi individuali nella Convenzione europea dei diritti umani dispone la facoltà di adire la Corte solo in capo a «persone fisiche, organizzazioni non governative o un gruppo di privati che sostengano di essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi protocolli»³⁴⁷.

³⁴⁶ *SAS c. Francia*, par. 76.

³⁴⁷ Articolo 34 del disposto convenzionale.

Il soggetto che intenda rivolgersi alla Corte di Strasburgo deve provare di aver subito un pregiudizio nel godimento dei suoi diritti convenzionali per effetto di una misura, attiva o omissiva, che lo abbia colpito personalmente e direttamente.

L'eccezione dello Stato in materia di legittimazione ad agire della controparte traeva fondamento dalla mancanza di prove a sostegno dell'appartenenza della ragazza alla fede musulmana e obiettava la mancata allegazione da parte della stessa di episodi che concretamente le avessero impedito di indossare il velo, come per esempio in caso di controlli di polizia o aeroportuali.

Un ulteriore profilo argomentativo a sostegno della carenza di legittimazione ad agire verteva sullo scarso impatto della normativa sulla vita della cittadina.

Infatti, la giovane aveva dichiarato di non utilizzare il velo integrale in situazioni nelle quali l'indumento avrebbe potuto ostacolare le interazioni sociali³⁴⁸. Sulla base di queste premesse il governo ha avanzato la tesi secondo la quale l'istanza presentata dalla ricorrente costituisse un'*actio popularis*³⁴⁹, ossia un ricorso finalizzato ad accertare la sussistenza di un'incompatibilità in astratto tra legge e Convenzione oppure ad invocare indicazioni interpretative generali da parte della Corte europea dei diritti umani.

Un giudizio di simile natura è sempre stato scoraggiato dalla Corte di Strasburgo, che sulla base del disposto convenzionale si deve pronunciare su violazioni specifiche dei diritti e delle libertà tutelate dalla Convenzione.

Nell'ottica del governo questa categoria di vittima renderebbe instabile l'intero impianto del vaglio giurisdizionale della Corte europea dei diritti umani, poiché aumenterebbe a dismisura il carico lavorativo dell'organo di controllo.

Lo Stato ha riconosciuto l'eventualità che la Corte accolga una nozione ampia di vittima, sottolineando però come questo tipo di nozione debba ricorrere in casi eccezionali, senza che si determinino prassi che minino il principio per cui deve sussistere una violazione effettiva e concreta perché possa essere conferito lo status di vittima³⁵⁰.

³⁴⁸SAS c. Francia, par. 53.

³⁴⁹ La Corte europea dei diritti umani si è sempre opposta alla proposizione di questo tipo di azione.

³⁵⁰ Correlata alla dibattuta qualità di vittima ricorre il rispetto del previo esaurimento dei ricorsi interni, regola che discende dal principio di sussidiarietà statale. Anche rispetto a questa vicenda preliminare la Corte non ha accolto la tesi statale per cui in virtù del fatto che non vi era un provvedimento in concreto da impugnare non si potesse parlare esaurimento dei mezzi di ricorso interni. La posizione della Corte è fondata sulla presenza di una decisione del Consiglio Costituzionale e una sentenza della Cassazione che dichiaravano la compatibilità tra legge e libertà religiosa. Queste pronunce hanno fatto in modo che si potesse fare una prognosi di quale avrebbe potuto essere l'esito delle corti interne qualora fossero state adite.

Nondimeno, esiste un nutrito filone giurisprudenziale della Corte europea che, a specifiche ed eccezionali condizioni, accoglie un'accezione più ampia di "vittima". Questo approccio consente di adire l'organo giurisdizionale ad alcune categorie di individui particolarmente esposte al rischio di subire violazioni, ai fini di un controllo di conformità tra normativa in astratto e Convenzione.

Il nucleo fondante di una simile apertura è costituito dal concetto di "vittima potenziale", il quale annota in sé due scenari delineati nel *case law* della Corte in materia di tutela di diritti fondamentali di individui omosessuali.

La prima ipotesi che consente la concessione della qualità di "vittima potenziale" è quella per cui, pure in assenza di violazione diretta di un diritto ad opera di una misura restrittiva, il soggetto in astratto colpito sarà comunque tenuto a modificare il proprio stile di vita per non incorrere in situazioni pregiudizievoli; la seconda ipotesi contempla la situazione per la quale una categoria di persone, nonostante non sia concretamente destinataria di una misura repressiva, affronta la certezza di essere direttamente colpita, in virtù della sola appartenenza a quello specifico gruppo. Proprio a questa seconda categoria riteneva di appartenere la ricorrente, posizione che le è stata riconosciuta dalla Corte³⁵¹.

1.2 ...(Segue) il dilemma tra rispetto della legge e rispetto della propria dimensione interiore: i precedenti *Dudgeon c. Regno Unito* e *Norris c. Irlanda*.

I principi di diritto che hanno consentito l'accoglimento del concetto di "vittima potenziale" nel sistema della Corte europea sono stati elaborati diversi casi giudiziari. Tuttavia, nella trattazione del caso SAS c. Francia la ricorrente ha effettuato una menzione espressa ai soli casi *Dudgeon c. Regno Unito*³⁵² e *Norris c. Irlanda*³⁵³.

Nel caso *Dudgeon c. Regno Unito* il ricorrente era un cittadino britannico omosessuale residente in Nord Irlanda, che lamentava la violazione del suo diritto alla vita privata da parte del *Offences against the Person Act 1861*. Questa norma criminalizzava le condotte omosessuali³⁵⁴ tra uomini adulti e consenzienti prevedendo

³⁵¹ In particolare, la ricorrente ha addotto a sostegno della sua tesi una serie di casi sulla quale la Corte si era pronunciata. La precedente giurisprudenza verteva su diritti di individui omosessuali che in virtù di normative che incriminavano le condotte omosessuali dovevano modificare sensibilmente il loro stile di vita e reprimere il loro orientamento sessuale nonché personalità in modo quotidiano.

³⁵² *Dudgeon c. Regno Unito*, ric. 7525/76 sent. 22 ottobre 1981.

³⁵³ *Norris c. Irlanda*, ric. 10581/83, sent. 26 ottobre 1988.

³⁵⁴ Le fattispecie di reato in questione sono quelle di *buggery* e *gross indecency*.

l'erogazione di una pena detentiva per un massimo di due anni³⁵⁵. La legislazione vigente in Nord Irlanda era disallineata rispetto a quella vigente in Inghilterra, Galles e Scozia, che prevedevano una disciplina leggermente meno rigida.

In questi territori, infatti, la condotta di atti omosessuali tra uomini di età maggiore ai 21 anni era stata depenalizzata. Tuttavia, non era avvenuto un allineamento da parte della normativa Nordirlandese che risultava la più afflittiva³⁵⁶. Particolarmente importante la specificazione nel testo che rende punibili le condotte omosessuali consumate anche nel contesto della vita privata, non solo pubblica.

La vicenda che ha interessato Dudgeon è nata relativamente ad una perquisizione della casa del ricorrente sulla base di motivazioni di droga³⁵⁷, oltre che al sequestro di *cannabis*³⁵⁸, sono posti sotto sequestro i diari del ricorrente nei quali venivano descritte vicende personali comprensive anche di condotte omosessuali.

Dudgeon è stato condotto in commissariato e sottoposto a quattro ore di interrogatorio relativo al contenuto dei documenti. La polizia aveva ipotizzato di avviare un procedimento ai sensi della legge, che tuttavia non è mai stato instaurato. In virtù di tale decisione i documenti sono stati restituiti al titolare³⁵⁹.

A seguito di questi fatti il cittadino britannico ha adito la Corte europea lamentando la violazione dell'articolo 8 della Convenzione europea dei diritti umani.

Il ricorrente sosteneva che la legge in questione e le attività di investigazione alle quali era stato sottoposto violassero il suo diritto alla vita privata, poiché sulla base di questa legislazione aveva riportato una notevole sofferenza psicologica, nonché la paura di possibili aggressioni o minacce a suo danno.

Questo tipo di disagio ha costituito un elemento costantemente presente nella sua quotidianità, tale da modificare il suo stile di vita.

Dudgeon ha allegato anche la violazione dell'articolo 14 della Convenzione europea dei diritti umani che disciplina il divieto di discriminazione, sulla base della

³⁵⁵ Al contrario la legge in questione non qualifica come crimini le condotte omosessuali tra donne di età superiore ai 17 anni. *Dudgeon c. Regno Unito*, par. 15.

³⁵⁶ Gli adeguamenti normativi in Irlanda del Nord non sono stati effettuati a causa del sentimento di ostilità diffuso ai danni della comunità omosessuale. Un'apertura nei confronti di trattamenti meno repressivi veniva percepita come una minaccia al tessuto morale della società nordirlandese. Anche in questa occasione è stata data importanza predominante alla protezione della morale pubblica

³⁵⁷ Sulla base del *Misuse of Drugs Act 1971*

³⁵⁸ Ritrovamento che ha condotto all'incriminazione di un altro individuo.

³⁵⁹ *Ivi*, par. 33.

differenza di trattamento che intercorre tra cittadini a seconda del sesso, della sessualità e della residenza³⁶⁰.

La Commissione che ha analizzato la vicenda in via preliminare rispetto alla Corte ha ritenuto che non si potesse negare l'interferenza in astratto dettata dalla legge poiché le condotte omosessuali venivano sanzionate anche laddove si fossero svolte in un luogo privato.

Nel caso di specie, infatti, e in questo si ravvisa una differenza nelle questioni sollevate dal governo francese e dalla ricorrente del caso *SAS c. Francia*, non c'è stata la contestazione dello status di vittima da parte dello Stato britannico che ha però sottolineato la scarsa applicazione in concreto della legge.

Questa tesi non ha trovato spazio nella posizione della Corte che ha infatti valorizzato quanto allegato dal soggetto richiedente. Anche il semplice atto di indagine al quale è stato sottoposto è stato sufficiente a creare una situazione di stress psicologico e di tensione nel ricorrente, a prescindere dall'effettiva instaurazione di un procedimento e a prescindere dal fatto che la legge non venisse applicata da tempo³⁶¹.

La Corte europea dei diritti umani, come la Commissione, sottolinea che è proprio l'esistenza della legge a mettere il soggetto di fronte alla scelta se infrangerla e incorrere in sanzione o rinunciare all'espressione della propria sessualità, frutto di una inclinazione e non di una scelta, anche se in privato e con uomini maggiorenni e consenzienti³⁶².

Ulteriore conferma di questo orientamento è l'esito giurisprudenziale del caso *Norris c. Irlanda*, che origina dalla vicenda riguardante un cittadino nordirlandese omosessuale e attivista per i diritti della comunità omosessuale che lamentava una violazione dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti umani ad opera del *Offences against the Person Act 1861*.

³⁶⁰ *Ivi*, par. 34

³⁶¹ It cannot be said that the law in question is a dead letter in this sphere. It was, and still is, applied so as to prosecute persons with regard to private consensual homosexual acts involving males under 21 years of age (see paragraph 30 above). Although no proceedings seem to have been brought in recent years with regard to such acts involving only males over 21 years of age, apart from mental patients, there is no stated policy on the part of the authorities not to enforce the law in this respect (*ibid*). Furthermore, apart from prosecution by the Director of Public Prosecution, there always remains the possibility of a private prosecution (see paragraph 29 above).

Moreover, the police investigation in January 1976 was, in relation to the legislation in question, a specific measure of implementation - albeit short of actual prosecution - which directly affected the applicant in the enjoyment of his right to respect for his private life (see paragraph 33 above). As such, it showed that the threat hanging over him was real.

³⁶² *Ivi*, par. 40.

Anche in questo caso, senza che fosse mai stato effettuato nei suoi confronti un intervento di natura repressiva, la sola esistenza di una legge repressiva delle condotte omosessuali era sufficiente a influire negativamente sulla qualità del ricorrente, causandogli depressione, isolamento, necessità di cure psichiatriche.

L'istanza di David Norris rivendicava l'inefficacia delle norme repressive delle condotte omosessuali sulla base dell'art. 50 della Costituzione irlandese che sanciva l'inefficacia delle norme caratterizzate da inconsistenza applicativa.

A differenza di quanto accaduto nel caso *Dudgeon c. Regno Unito*, in questa circostanza il governo irlandese ha eccepito la mancanza dello *status* di vittima in capo al ricorrente, poiché questi non poteva effettivamente dirsi destinatario diretto di un provvedimento lesivo della sua libertà, e ha classificato l'istanza della controparte quale *actio popularis*.³⁶³

In questa occasione la questione è stata affrontata in modo diretto e la Corte ha confermato la posizione della Commissione statuendo che resta valido quanto disposto dall'articolo 34 della Convenzione sulla necessaria sussistenza di un diretto ed effettivo pregiudizio, ma è possibile lasciare spazio anche ad una prospettiva più ampia della nozione di vittima.

È stato inoltre ribadito, tramite un richiamo espresso al caso *Dudgeon c. Regno Unito*, che il solo rischio di essere concretamente colpito dalla normativa vigente è sufficiente a conferirgli lo *status* di «vittima potenziale»³⁶⁴.

Inoltre, viene puntualizzato che a nulla rileva il fatto che la legge sia caduta in disuso, poiché anche la semplice vigenza costituisce un elemento potenzialmente in grado di condizionare la vita del ricorrente³⁶⁵.

Questi sono alcuni dei casi che la ricorrente ha citato a sostegno del suo *status* di vittima. Inoltre, è stato specificato in questa occasione e facendo i medesimi riferimenti che sarebbe stato difficile e inappropriato trovarsi nella situazione di dover provare al governo la propria fede.

Rispetto a questo tema la Corte ha richiamato principi già espressi in precedenza come quello nel “nesso stretto e diretto” tra l'atto e la credenza che lo ispira e ha dichiarato che

³⁶³ *Norris c. Irlanda*, par. 28.

³⁶⁴ Ivi, 34

³⁶⁵ Ciò anche se il rischio di erogazione del trattamento sanzionatorio è minimo, per via della scarsa applicazione legislativa. Infatti, il permanere della normativa dell'ordinamento non consente di escludere il futuro sviluppo di nuove applicazioni oltre che a rinforzare posizioni di stigma e pregiudizio a livello sociale.

non c'è dubbio sul fatto che determinate donne ritengano l'uso del velo una pratica da ricondurre al credo, nonostante sia una pratica condivisa da una minoranza.

Anche in questa occasione la Corte europea dei diritti umani, come aveva già fatto per *Dudgeon c. Regno Unito*, riconosce la tensione alle quali le donne musulmane francesi si trovano sottoposte per via della nuova legge. In particolare, riconosce che esse vengono costrette a scegliere se indossare il velo integrale in aderenza al loro credo o violare la legge. La ricorrente definisce questa tensione un vero e proprio “dilemma insuperabile”³⁶⁶.

2. La valutazione della Grande Camera: la previsione per legge, il perseguimento di uno scopo legittimo e la necessità in una società democratica.

Per quanto concerne la valutazione nel merito circa la violazione degli articoli 8 e 9 la Grande Camera ha accolto la tesi dello Stato francese, ma solo in sede di giudizio di proporzionalità.

Poiché il requisito della previsione di legge non viene messo in dubbio³⁶⁷ da nessuna delle parti in causa, il vero oggetto dell'analisi della Corte europea dei diritti umani è il giudizio di rispondenza della legge ad un fine legittimo tra quelli elencati al secondo paragrafo dell'articolo 9, nonché la valutazione circa la necessità della misura in uno Stato democratico.

Sul requisito del perseguimento del *legitimate aim*, lo Stato francese ha allegato la necessità di proteggere la pubblica sicurezza, intesa come un mezzo per garantire un corretto svolgimento delle interazioni sociali all'interno del Paese e ritenendo che in questa prospettiva l'esposizione del viso fosse un elemento fondamentale nella società francese³⁶⁸.

Questa connotazione fortemente incentrata sulla necessità di vedersi in viso perché i rapporti umani si instaurino in maniera adeguata, è stata fortemente criticata dalla ricorrente che ha richiamato l'esistenza di altri strumenti di comunicazione diversi da quello prettamente visivo.

³⁶⁶A. VALENTINO, *La sentenza sul caso S.A.S. c. Francia della Corte Europea dei diritti dell'uomo: principio di laicità e divieto assoluto di coprirsi il volto in pubblico* in *Osservatorio Costituzionale*, Associazione italiana dei costituzionalisti, 2014, p.5.

³⁶⁷ *SAS c. Francia*, par 76.

³⁶⁸ *Ivi*, par 77.

Un altro aspetto fortemente pregiudicato nella visione della ricorrente è la considerazione delle pratiche culturali delle minoranze, che presumibilmente si fondano su criteri non coincidenti con quelle delle maggioranze ma che non per questo debbono essere pregiudicate, sino ad essere criminalizzate³⁶⁹.

Oggetto di un successivo dibattito è stata l'incompatibilità tra principio di uguaglianza di genere e pratica di porto del velo, tesi sostenuta dallo Stato francese.

Il tema è ricorrente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in materia di abbigliamento religioso. Infatti, già nei casi *Dahlab c. Svizzera* e *Sahin c. Francia* la questione della parità di genere e della sottomissione femminile era stata materia di discussione.

Nel caso *Dahlab* il riferimento riguardava l'incompatibilità con il principio di laicità statale, che a sua volta comprendeva il principio di uguaglianza dei cittadini.

Nel caso *Sahin* invece c'è proprio un riferimento esplicito al velo come indumento repressivo, indicativo della minore dignità femminile e proposto da formazioni politiche estremiste. In entrambi i casi la Corte europea dei diritti umani aveva convalidato la posizione delle Alte Parti contraenti senza prendere posizioni nette in materia di uguaglianza di genere.

Con la sentenza *SAS c. Francia* la Corte cambia prospettiva, soprattutto rispetto a quanto sancito con *Dahlab c. Svizzera*. I giudici di Strasburgo ritengono che condannare le pratiche di occultamento del viso sia coerente con l'obiettivo generalmente condiviso di promozione dell'uguaglianza di genere, allorché siano correlate a concezioni degradanti della donna e non siano dalle donne stesse condivise.

Pertanto, l'imposizione di un certo tipo di abbigliamento può essere lesiva della dignità di un individuo, soprattutto laddove costituisca un'imposizione esterna. Tuttavia, impedire ad una categoria di soggetti di tenere un certo tipo di atteggiamento o abbracciare una determinata pratica che essi stessi ritengono importante e promuovono e difendono per l'espressione della loro personalità è incompatibile con il rispetto dei diritti fondamentali.

Una trattazione a parte merita anche l'obiezione del velo come pratica lesiva della dignità umana.

³⁶⁹ *Idem*.

La posizione statale considera l'uso del velo integrale come incompatibile con la dignità altrui, mentre la Corte ritiene che una simile asserzione non sia sufficiente a legittimare un divieto generalizzato e in astratto della pratica.

Rispetto a questo punto si rileva un ulteriore elemento innovativo nella decisione della Corte, che ha riconosciuto l'importanza culturale e identitaria dell'utilizzo velo.

In particolare, viene evidenziata la sua rilevanza rispetto all'elemento del pluralismo democratico³⁷⁰.

Il vero elemento che fa la differenza nella pronuncia della Grande Camera è la riconduzione alla protezione dei diritti e libertà altrui del criterio del vivere insieme³⁷¹; inteso come «respect for the minimum requirements of life in society».

Nell'accettare la legittimità di questo fine la Corte mostra qualche preoccupazione³⁷². Più specificamente dichiara che pur riconducendo il criterio del vivere insieme alla tutela dei diritti e delle libertà altrui, il criterio stesso di presta a rischi di abuso in virtù della vaghezza nozionistica, o per usare le parole della Corte, «flexibility».

Pertanto, a fronte di tale decisione viene auspicato un più approfondito e stringente esame di necessità.

In merito alla valutazione alla necessità in una società democratica che richiede in particolare proporzionalità della misura restrittiva, la Corte ha proceduto a citare una serie di casi in materia che differiscono per contesto o per situazione ma comunque riguardanti l'abbigliamento religioso e spesso il velo, operando una ricognizione dei principi generali in materia di libertà religiosa, così da rendere più chiaro l'*iter* seguito per giungere alla conclusione.

Gli esiti ai quali si è giunti in merito, hanno comportato che le Alte Parti contraenti disponessero di un ampio margine di apprezzamento statale per quanto concerneva la necessità delle restrizioni in materia di libertà religiosa o di credo³⁷³.

Anche in questo caso veniva ribadito il ruolo rivestito dal *consensus* sottolineando come la presenza di «any consensus and common values emerging from the practices of the States Parties to the Convention» sia un altro fattore da considerare ai fini della decisione.

³⁷⁰ M. FERRI, *La libertà di abbigliamento religioso nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in A. SANTINI - M. SPATTI (a cura di) *La libertà di religione in un contesto pluriculturale: studi di diritto internazionale e dell'Unione europea*, Libreria Editrice Vaticana, 2021, p. 35 ss.

³⁷¹ *Ivi*, par. 121.

³⁷² *Ivi*, par. 122.

³⁷³ *Ivi*, par. 129.

Rispetto a questo peculiare elemento viene ancora una volta fatto riferimento a tre importanti casi già menzionati, ossia il caso *Sahin c. Francia*, il caso *Otto-Preminger-Institut c. Austria* e da ultimo il caso *Dahlab c. Svizzera*.

I tre riferimenti giurisprudenziali sono citati a sostegno della tesi di una mancanza di standard uniforme nella trattazione della materia, fatto che renderebbe legittimo il conferimento di un ampio margine discrezionale allo Stato.

Il riferimento alla vicenda di Leyla Sahin è importante perché consente di inquadrare il tema nel contesto degli istituti scolastici e di constatare la difformità delle posizioni statali in materia. Per quanto concerne gli altri due casi menzionati, il riferimento è particolarmente utile per rafforzare la tesi dell'assenza di una linea comune tra Stati membri del Consiglio d'Europa in materia di nozione di religione e di impatto di espressioni della stessa in pubblico, soprattutto rispetto ai beni dell'ordine pubblico e del rispetto dei diritti altrui. Per questa ragione si considera opportuno lasciare che sia il singolo Stato membro a decidere come meglio amministrare la materia.

Anche in questa occasione riemerge il principio di sussidiarietà della Corte europea dei diritti umani, nonché il principio della miglior collocazione statale. È evidente che l'iter scelto dalla Corte di Strasburgo sia ormai quello già ampiamente analizzato e riconosciuto in numerose altre sentenze.

Chiariti i principi che informano la materia della libertà di abbigliamento religioso, l'analisi si sposta sulle modalità con le quali detti principi sono stati applicati nei casi concreti.

La Corte rivolge la sua attenzione al caso *Ahmet Arlsan e altri c. Turchia*³⁷⁴ e alla relativa sentenza resa nel 2010. Il riferimento rileva per le caratteristiche delle situazioni di fatto similari al caso *SAS c. Francia*.

Anche in questa occasione il giudizio verteva sull'utilizzo di abbigliamento religioso in luoghi aperti al pubblico, al di fuori delle celebrazioni religiose. Gli indumenti religiosi in questione erano indossati da soggetti parte di un gruppo religioso chiamato *Aczimendi tarikati* formatosi nel 1986.

I membri del gruppo erano giunti ad Ankara e si erano riuniti in occasione di una ricorrenza religiosa vestiti con tunica, *saroual*³⁷⁵, turbante neri e un bastone, in ossequio alla tenuta indossata dal profeta Maometto.

³⁷⁴ *Ahmet Arlsan e altri c. Turchia*, ric. 41135/98, sent. 4 ottobre 2010.

³⁷⁵ Si tratta di pantaloni molto ampi.

A seguito della celebrazione religiosa nella moschea il gruppo aveva effettuato una visita per le vie della città durante la quale si sono verificati episodi che hanno condotto all'arresto di alcuni di essi. I ricorrenti, che dovevano rispondere della violazione dell'articolo 7 della legge 3713/1991 dedicata alla lotta al terrorismo³⁷⁶, lamentavano la violazione della loro libertà di indossare indumenti religiosi ex. articolo 9. La legge ha l'obiettivo di reprimere la formazione di gruppi terroristici e più in generale l'attività terroristica che perseguano anche fini fondamentalisti³⁷⁷.

Il giorno dell'udienza di fronte alla Corte di Sicurezza dello Stato i ricorrenti si sono presentati indossando gli abiti religiosi di cui sopra, e rifiutandosi di rimuoverli a seguito dell'ammonimento del presidente. La ragione dietro alla richiesta del presidente della Corte era collegata al concetto di rispetto nei confronti della Corte.

I giudici nazionali turchi sostenevano che la misura restrittiva erogata nei confronti dei ricorrenti fosse necessaria a tutelare la sicurezza e l'ordine pubblico, in ossequio al principio di laicità, valore di fondamentale importanza per lo Stato. In particolare, hanno sottolineato come l'aver ignorato la richiesta di rimuovere il turbante non fosse espressione di un sentimento in quello specifico contesto ma piuttosto una volontà di sfidare l'autorità del tribunale³⁷⁸.

Pertanto, rivendicano il rispetto del principio di laicità di democrazia, combinati alla necessità di evitare provocazioni e pressioni improprie. I condannati contestano ai giudici interni che la condanna non sia da ricondurre alla mancanza di rispetto nei confronti della corte ma che sia stata dettata dalla volontà di impedire l'utilizzo di detti indumenti nella loro vita privata e negli spazi pubblici e aperti al pubblico³⁷⁹.

La Corte in questo caso ha ritenuto legittimi i beni che lo Stato membro ha inteso tutelare; tuttavia, non ha accolto la posizione dei giudici interni in merito al giudizio di necessità delle misure in una società democratica.

³⁷⁶ L. 3713/1991, art. 7, lett b) 4, introdotto dall' art. 10 l. 6638/10 «Those who cover their face completely or partially in order to hide their identity in meetings and demonstrations which become propaganda of terrorist organization shall be punished with imprisonment from three years to five years. The minimum penalty to be imposed shall not be less than four years in cases where the perpetrators of this offence use force and violence, or carry or use any kind of weapon, petrol bomb, or similar explosive, caustic or injurious materials. If offences defined in the second paragraph are committed in the building, clubhouse, office or additional buildings that belong to an association, foundation, political party, labour or professional association or subsidiaries of these organizations, or in educational institutions or dormitories or additional buildings that belong to these institutions; the sentence in this paragraph shall be ruled as double».

³⁷⁷ *Ahmet Arslan e altri c. Turchia*, par. 8.

³⁷⁸ *Ivi*, par 27.

³⁷⁹ *Ivi*, par 30.

A sostegno di questa tesi adducono il fatto che la detenzione provvisoria è caduca del momento in cui si sono decisi a rimuovere l'indumento.

Il giudizio della Corte europea dei diritti umani ha dovuto occuparsi di individuare la violazione oggetto del giudizio concludendo che le misure erogate riguardavano la violazione delle leggi 671 e 2596. Pertanto, la sanzione non era riferita ai fatti avvenuti in tribunale, ma riguardava l'utilizzo di indumenti religiosi nei luoghi pubblici o aperti al pubblico.

La posizione della Corte europea dei diritti dell'uomo è nel senso di una violazione dell'articolo 9 della Convenzione europea dei diritti umani. In particolare, non è risultato convincente l'elemento della necessità della misura, poiché le condotte dei ricorrenti non sono state ritenute integranti pressioni abusive, tali da costituire minacce al bene dell'ordine pubblico. Inoltre, la Corte precisa che i ricorrenti non rivestivano la qualifica di funzionari pubblici; pertanto, non erano tenuti a rispettare un determinato codice di abbigliamento o di decoro.

Alla luce di queste affermazioni il giudizio definitivo ha propeso per la tesi per cui il principio di laicità poteva essere ristretto a favore della libertà religiosa dei soggetti coinvolti e l'assenza di un bilanciamento dei due interessi sulla base dei fatti concreti costituiva una carenza dal punto di vista della proporzionalità³⁸⁰.

È interessante osservare come nel dispositivo della sentenza non venga fatta menzione del margine di apprezzamento statale. In questo contesto, contrariamente alla prassi giurisprudenziale, non si è fatto ricorso alla dottrina.

Tuttavia, è possibile trovare una menzione al margine di apprezzamento statale nella opinione dissidente recata dal giudice Popović.

In questa *dissenting opinion* il giudice sostiene che non vi sia stata una violazione dell'articolo 9 in quanto lo Stato ha agito entro i margini di discrezionalità legittimi ai fini del mantenimento della democrazia costituzionale. Il giudice ha sottolineato, richiamando il caso *Leyla Sahin c. Turchia*, come la decisione adottata dai colleghi si discosti dalla giurisprudenza pregressa e non abbia rispettato la legittima discrezionalità di uno Stato che ha costituzionalizzato il principio di laicità³⁸¹.

In effetti con il caso *Ahmet Arslan e altri c. Turchia* si è assistito ad una sorta di apertura verso l'affermazione dei diritti delle minoranze o ad un atteggiamento meno sospettoso

³⁸⁰ *Ivi*, par. 48 - 52

³⁸¹ *Ivi*, *Opinion dissidente du juge Popović*.

rispetto alla religione islamica. Si tratta infatti del primo caso in cui secolarismo e interessi di pubblica sicurezza non hanno prevalso sulla libertà religiosa ex art. 9, che tuttavia non ha trovato continuità nella giurisprudenza ad esso successiva³⁸².

L'espresso riferimento al caso *Ahmet Arlsan e altri c. Turchia* rappresenta il punto di partenza per impostare il giudizio di proporzionalità nel caso *SAS c. Francia*, nonostante la notevole differenza tra gli indumenti religiosi presi in considerazione nelle due sentenze.

Il giudizio di necessità della Corte europea dei diritti umani in relazione al caso *SAS c. Francia* ha avuto ad oggetto lo scopo legittimo della "pubblica sicurezza" e della "tutela dei diritti e delle libertà altrui". Rispetto al primo *legitimate aim* la Corte ha ritenuto adeguata la misura laddove sia funzionale all'identificazione di soggetti in casi di prevenzione di pericoli per la sicurezza di persone o proprietà e per impedire la commissione di furto d'identità.

Questa constatazione comporta la coerenza con i diritti sanciti dall'articolo 9 con operazioni quali controlli di sicurezza, o rimozione degli indumenti dissimulativi del viso nelle fototessere funzionali all'identificazione nei documenti ufficiali³⁸³. Non viene considerato proporzionato invece il divieto generalizzato di porto del velo integrale nei luoghi pubblici poiché lo Stato non ha conferito prove sufficienti a dimostrare la necessità di un *blanket ban*, rimedio dotato di proporzionalità solo a fronte di una minaccia generale alla sicurezza pubblica.

La Corte non ritiene la misura necessaria in una società democratica il divieto così presentato, ossia senza che vengano individuate situazioni concrete a giustificazione della misura, comporta che le donne colpite dalla legge debbano rinunciare all'espressione della propria identità nonché alla manifestazione del proprio credo in modo totale.

Un sacrificio di tale portata rende pertanto la misura pertanto non viene ritenuta necessaria in una società democratica³⁸⁴.

Proprio sotto questo profilo emergono le analogie con il caso *Ahmet Arlsan e altri c. Turchia*. In entrambe le situazioni l'applicazione del divieto a tutti i luoghi pubblici

³⁸²C. Joppke, *Double Standards? Veils and Crucifixes in the European Legal Order* in *European Journal of Sociology / Archives Européennes de Sociologie / Europäisches Archiv Für Soziologie*, 54(1), p. 108. Sul tema si veda anche d. Durisotto, *I recenti interventi della Corte EDU e della Corte di Giustizia UE in tema di simboli religiosi, un percorso parallelo. Rassegna della giurisprudenza* in *Federalismi.it*, 05(1), pp.9-10.

³⁸³ *SAS c. Francia*, par. 139.

³⁸⁴ *Ivi*, par 139.

senza che il pericolo a sostegno della restrizione sia circoscritto e precisamente indicato rende eccessivamente gravosa la rinuncia in capo ai ricorrenti, ai quali viene imposta una rinuncia a priori della propria personalità.

Nel caso *SAS c. Francia* la questione assume un'importanza ancora più accentuata poiché la ricorrente in più occasioni nel corso della trattazione ribadisce la sua più completa disponibilità a collaborare in occasioni che richiedono la rimozione degli indumenti per ragioni di sicurezza. Si ritiene totalmente disponibile a non indossare il velo nelle occasioni ideali a legittimare una restrizione al diritto per ragioni di pubblica sicurezza che la Corte elenca a titolo esemplificativo³⁸⁵.

Il peso determinante però grava sul secondo scopo legittimo allegato dalle autorità francesi, ossia la “tutela dei diritti e delle libertà altrui”, rispetto al quale è necessario effettuare una trattazione più approfondita, anche in virtù dei dubbi che ha sollevato nel mondo accademico.

SEZIONE II

IL CRITERIO DEL ‘*VIVRE ENSEMBLE*’

1. Il giudizio di necessità di una società democratica e il fine legittimo della tutela delle libertà e dei diritti altrui.

In linea con quanto premesso, lo Stato francese fonda la compatibilità tra la legge 1192/10 e la Convenzione europea sulla tutela dei diritti e le libertà altrui, uno dei *legitimate aim* disposti dalle clausole di restrizione agli articoli 8 e 9.

Nondimeno il reale e dichiarato scopo perseguito della autorità nazionali è l'osservanza dei requisiti minimi della vita sociale del Paese, o *vivre ensemble*, ossia l'insieme di requisiti minimi che consentano interazioni sociali all'interno dello Stato.

Il concetto in esame non è ascritto al novero di scopi legittimi che giustificano una restrizione al disposto convenzionale, ma il governo francese lo ritiene ad esso collegato.

³⁸⁵ *Ivi*, par.

A tal proposito, la Corte riconosce il legittimo interesse di uno Stato membro di farsi carico della disciplina delle condizioni secondo le quali le interazioni umane devono svolgersi nei luoghi pubblici o negli spazi aperti al pubblico.,

Pertanto, già prima di procedere all'esame di proporzionalità, la Grande Camera premette che la disciplina delle regole di convivenza sociale ricade nei poteri dello Stato nazionale prefigurando un probabile ricorso alla dottrina margine di apprezzamento statale. Queste premesse comportano l'accoglimento della legittimità del criterio del "vivere insieme" inteso come declinazione dello scopo legittimi della tutela dei diritti e delle libertà altrui.

Nonostante la ricezione dell'argomentazione statale, la Corte europea dichiara di avere cognizione della portata di simile divieto nella vita delle donne di religione musulmana. I giudici, infatti, prendono atto del rischio che la normativa possa essere percepita come una minaccia all'espressione dell'identità delle ricorrenti e di chi si trova in una situazione analoga alla loro.

Inoltre, la Grande Camera si esprime anche in merito al dibattito sorto in occasione dei lavori preparatori della legge, più specificamente in relazione al clima di Islamofobia entro il quale la norma è stata predisposta.

La Corte di Strasburgo, pur condannando un attacco di tale natura nei confronti di una minoranza, incompatibile con i valori fondanti della Convenzione europea, precisa che simili obiezioni debbano essere accuratamente provate e che a tal riguardo la posizione della ricorrente non sufficiente.

A proposito delle eccezioni sollevate dalla ricorrente, i giudici non negano che l'utilizzo del velo integrale riguardi una parte esigua di popolazione, né contestano che un divieto generale appaia difficilmente conciliabile con un simile dato numerico. Essi ammettono che l'utilizzo di *blaket ban* in materia di diritti umani sia generalmente oggetto commenti negativi da parte di numerosi attori nazionali e internazionali.

Tuttavia, non ritiene la misura sproporzionata in virtù del fatto che, nonostante la generalità del divieto, resta comunque possibile per la popolazione utilizzare indumenti e simboli che non occultino il viso.

Inoltre, nell'ottica della Corte il fatto che le donne musulmane sono le più colpite dal divieto non modifica la ratio ad esso sottostante, ossia vietare di circolare a volto coperto.

Per quanto concerne la questione delle sanzioni penali, se è vero che esse acquiscono il peso del divieto, la Corte europea dei diritti dell'uomo propende per sottolinearne l'esiguità.³⁸⁶

Successivamente viene analizzata la posizione della ricorrente circa il pregiudizio arrecato al pluralismo dalla legge sul divieto di occultamento del viso. Secondo lo Stato francese nascondere il proprio volto costituisce un impedimento alle comunicazioni interpersonali, uno degli elementi imprescindibili della società francese.

Per questa ragione qualsiasi indumento che nasconde il viso è incompatibile con il *vivre ensemble*, nonché con l'obiettivo preservare i principi che rendono possibile l'interazione tra individui, premessa per l'espressione del pluralismo, della tolleranza e apertura verso l'altro.

La Corte ritiene che la scelta se vietare o meno pratiche che occultano del viso sia da rimettere alla società stessa, e opta per un atteggiamento di *self restraint*, in virtù della delicatezza della materia. A favore del ritorno al marine di apprezzamento statale è la mancanza di un 'terreno comune' tra Stati nella regolamentazione della materia. Secondo la corte non sarebbe possibile individuare in tema un consensus comune sul divieto di porto del velo in Europa³⁸⁷, nonostante sia oggetto di numerosi dibattiti³⁸⁸. Per tutte queste ragioni la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto sussistente il requisito della proporzionalità tra misura restrittiva e articoli 8 e 9 della Convenzione europea dei diritti umani, ritenendo la misura rispondente al requisito della necessità in una società democratica e insussistenti le asserite violazioni.

1.1 Il rapporto tra la protezione dei diritti e delle libertà altrui e *vivre ensemble*: la vaghezza di quest'ultimo bene.

Il bene del *vivre ensemble* ha sollevato numerose perplessità. Le ragioni dietro i numerosi dubbi risiedono in primo luogo nel fatto che si tratta di un bene non direttamente previsto nel novero dei *legitimate aim* tassativamente sanciti al secondo paragrafo dell'articolo 9.

³⁸⁶ *Ivi*, par. 152

³⁸⁷ Fatta eccezione per il Belgio, all'epoca dei fatti. Si parla della nascita e relativamente rapida diffusione di un *Anti-Burqa Movement*, inteso come la tendenza di numerosi Stati europei di discutere la restrizione di indumenti religiosi islamici tipicamente femminili che comportano la copertura integrale del volto.

³⁸⁸ SAS c. Francia, par. 156.

Si tratta infatti di un principio collettivo riconnesso allo scopo legittimo della protezione dei diritti e delle libertà altrui; pertanto, da esso discende sulla base di una serie di argomentazioni addotte dallo Stato interessato, pertanto è carente di natura giuridica.

Da un punto di vista prettamente logico si è osservato come la riconduzione del criterio allo scopo legittimo della tutela dei diritti e delle libertà altrui si fondi su un ragionamento circolare. In particolare, la falla logica consisterebbe nel fatto di ritenere “necessario in una società democratica” un criterio considerato fondamentale dalla maggioranza della società in questione, in questo senso democraticamente eletto a principio fondamentale³⁸⁹.

Una critica ulteriore che può essere mossa è che l’espressione in questione a sua volta racchiude in sé numerosi significati e principi, risultando estremamente indefinito e vago. Il pericolo di abuso da parte degli Stati membri, connesso a questa flessibilità del criterio è stato riconosciuto dalla Corte europea dei diritti umani, che ha comunque proceduto a conferire un ampio margine d’apprezzamento statale.

Per vivere insieme si intende in primo luogo una serie di principi che includono uguaglianza di genere, rispetto della dignità umana della persona e condizioni minime della vita sociale³⁹⁰.

La vaghezza del criterio unita a un giudizio di proporzionalità meno rigoroso ha come conseguenza una sensibile diminuzione della tutela dei diritti delle minoranze. In particolare, è stato osservato che all’aumentare della vaghezza di un principio preso come riferimento nel giudizio di proporzionalità aumenterà il peso delle argomentazioni statali nel giudizio di proporzionalità³⁹¹. Questo fenomeno, particolarmente presente in materia di libertà religiosa tende a rendere più soggettivo il giudizio, e un impatto negativo sia in termini di diritti delle minoranze sia perché ostacola la formazione di una giurisprudenza uniforme in materia³⁹².

³⁸⁹ E. ERLINGS, *The Government Did Not Refer to It': SAS v France and Ordre Public at the European Court of Human Rights* in *Melbourne Journal of International Law* 16, n. 2, 2015, p. 607.

³⁹⁰ M. FERRI, *La libertà di abbigliamento religioso nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in A. SANTINI - M. SPATTI (a cura di) *La libertà di religione in un contesto pluriculturale: studi di diritto internazionale e dell'Unione europea*, Libreria Editrice Vaticana, 2021, p.54.

³⁹¹ T. ALVES PINTO, *An Empirical Investigation of the Use of Limitations to Freedom of Religion or Belief at the European Court of Human Rights*, op.cit. p 119.

³⁹² G. CILIBERTO, F. M. PALOMBINO, *L'esposizione dei simboli religiosi*, op.cit p.279

1.2. Le opinioni parzialmente dissenzienti dei giudici *Nusserberg* e *Jaderblom*.

Rispetto alla decisione finale per la legittimità del divieto di utilizzo di *burqa* e *niqāb* due giudici hanno presentato unitamente un'opinione parzialmente dissidente.

Infatti, secondo i giudici *Nusserberg* e *Jaderblom*³⁹³, ci sarebbe stata una violazione degli articoli 8 e 9, contrariamente a quanto stabilito dalla maggioranza.

La prima motivazione a supporto dell'opinione parzialmente dissidente consiste nel fatto che viene sacrificato un interesse concreto a favore di un principio estremamente astratto.

Viene messa in dubbio la compatibilità del *blanket ban*³⁹⁴ con il perseguimento di uno scopo legittimo. Nonostante la critica abbia ad oggetto anche l'infondatezza degli scopi legittimi della tutela parità dei generi e del rispetto per la dignità umana, essa verter principalmente sul concetto di *vivre ensemble* come espressione del *legitimate aim* della "tutela dei diritti e delle libertà altrui".

Il presupposto della obiezione prende le mosse dal fatto che non sia possibile ricostruire una definizione di tutela dei diritti e delle libertà altrui nella giurisprudenza della Corte; tuttavia, il riferimento in materia resta il contenuto della Convenzione europea dei diritti umani.

Rispetto a questa premessa, i giudici sottolineano come nel disposto convenzionale non sia contemplata la tutela di un diritto al vivere insieme³⁹⁵, che rimane di difficile definizione anche prendendo in considerazione concetti analoghi utilizzati in situazioni simili da altri governi.

Secondo i giudici *Nusserberg* e *Jaderblom* la ragione delle ritrosie del governo francese rispetto alla pratica risiede nei diversi significati attribuiti al velo integrale, tutti di accezione fortemente negativa.

Il simbolo, come in maniera velata confermato anche nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, assume connotazioni specifiche a seconda del ricettore. In questo caso il governo francese associa il velo integrale a «subservience», «symbolic and dehumanising violence» e «self-confinement»³⁹⁶, valori estremamente negativi, riferiti

³⁹³ Joint partly dissenting opinion of judges Nusserberg and Jaderblom

³⁹⁴ *Ivi*, A.1.

³⁹⁵ *Ivi*, B. 5.

³⁹⁶ *Ivi*, B. 6.

prevalentemente al genere femminile e opposti ai significati che invece la ricorrente attribuisce alla pratica³⁹⁷.

L'aspetto più interessante sul punto è che i giudici offrono uno scenario alternativo a quello stabilito dalla maggioranza della Corte anche laddove questo simbolo implicasse esclusivamente i risvolti pregiudizievole di cui sopra. *Nusserberg e Jaderblom* riportano un principio di diritto menzionato anche in relazione al caso *Otto Preminger*, secondo la quale sarebbero meritevoli di tutela anche le opinioni che offendono scioccano e disturbano.

Se è vero che il principio viene elaborato in materia di libertà di espressione è altrettanto vero che è nella natura di un simbolo la correlazione con una posizione, opinione o idea. Pertanto, secondo i due giudici lo stesso principio potrebbe valere anche per simboli religiosi portatori di idee particolarmente radicali. L'opinione dissidente valorizza notevolmente il profilo della tutela vita privata ex. art 8 CEDU, contrariamente alla scelta della sentenza.

In particolare, i giudici si soffermano sul ruolo rivestito dal viso nelle interazioni interpersonali, se è vero che abbia un peso rilevante allo stesso tempo non è l'unico fattore rilevante in una interazione umana.

A sostegno di questa visione hanno addotto esempi di attività che comportano il completo occultamento delle volte completamente accettati dalla cultura europea come attività sciistiche, feste in maschera e attività motociclistiche. Il giudizio finale è molto tenendo in quanto si escludono in maniera inequivocabile che la legge francese persegua uno scopo legittimo ex articoli 8 e 9³⁹⁸.

2. L'eredità della sentenza *S.A.S. c. Francia*: i casi *Dakir c. Belgio* e *Belcacemi and Oussar c. Belgio*.

Con la sentenza *SAS c. Francia* la Grande Camera ha sancito la compatibilità delle normative repressive del velo integrale sulla base dell'accoglimento del concetto del *vivre ensemble*. Questa presa di posizione sin dal principio ha destato diverse preoccupazioni in ordine ai successivi sviluppi giurisprudenziali per quanto concerne l'utilizzo del velo integrale.

³⁹⁷ La giovane francese di religione musulmana, infatti, ha sostenuto in più occasioni la tesi per cui il velo integrale non sarebbe un ostacolo insormontabile alla socializzazione

³⁹⁸ *Ivi*, B. 12.

I timori che le successive controversie fossero decise seguendo i medesimi orientamenti si sono rivelati fondati, poiché nelle sentenze posteriori al *leadig case*, la posizione della Corte europea dei diritti umani non è mutata, ma al contrario è stata ulteriormente definita³⁹⁹. Il rafforzamento della linea giurisprudenziale è avvenuto con due distinte sentenze rese nel 2017: la sentenza *Dakir c. Belgio*⁴⁰⁰ e la sentenza *Belcacemi and Oussar c. Belgio*, entrambe inerenti all'uso di *burqa* e *niqāb*.

Il caso *Dakir c. Belgio* attiene ad una vicenda giudiziaria con protagonista una donna belga di religione musulmana che utilizzava il *niqāb* in osservanza di un precetto religioso. La cittadina belga dichiarava di aver maturato la volontà di utilizzare il *niqāb* all'età di sedici anni e che tutti i suoi affetti avevano rispettato la sua decisione⁴⁰¹.

L'istanza della ricorrente era stata avanzata con riferimento alla modifica della normativa distrettuale riguardante l'uso del *burqa* nei luoghi pubblici⁴⁰², ad opera delle autorità amministrative della *Vesdre*, distretto di polizia comprensivo del luogo in cui la donna risiedeva⁴⁰³.

Peraltro, dette modifiche avevano superato il vaglio del procuratore generale di Verviers, che in merito non aveva avanzato alcuna osservazione.

La ricorrente si era rivolta al *Conseil d'État* chiedendo l'annullamento dell'articolo 113bis⁴⁰⁴ in quanto diretto ad impedire specificamente l'uso del velo e per questo lesivo degli articoli 8, 9, 10 e 14 della Convenzione europea dei diritti umani.

Fouzia Dakir contestava la sussistenza di uno scopo legittimo a fondamento del divieto e denunciava la mancanza di proporzionalità della misura, adottata in assenza di «public disorder or threat of public disorder and thus of a pressing social need».

Per quanto concerne il primo profilo, ossia quello della sussistenza di un *legitimate aim* che giustificasse la misura, la ricorrente sosteneva che il secolarismo non fosse un principio costituzionalizzato tale da consentire l'entrata in vigore di un *blanket ban*. Le

³⁹⁹ M.PEARSON, *What Happened to 'Vivre Ensemble* cit pp. 185-186.

⁴⁰⁰ *Dakir c. Belgio*, ric.4619/12, sentenza dell'11 dicembre 2017.

⁴⁰¹ *Ivim* parr. 7-10.

⁴⁰² La modifica consisteva nell'introduzione nella normativa di un nuovo articolo, il 113bis, che vietava gli indumenti che coprono il viso.

⁴⁰³ L'approdo alla legge nazionale belga sul divieto di dissimulazione del viso è avvenuto a seguito dell'adozione di divieti di tali pratiche in vari regolamenti comunali. La normativa generale è entrata in vigore il 23 luglio 2011, allineando il Belgio alla posizione francese in materia.

⁴⁰⁴ Art. 113bis: «The wearing of clothing concealing the face shall be forbidden at all times and in all public places. However, a helmet, balaclava or other headgear may be worn where authorised by the legislation on the safety of workers or other legislation».

autorità amministrative ribadivano la necessità di proteggere la sicurezza pubblica e prendevano le distanze dalle accuse di voler regolamentare l'esercizio del culto.

Nell'ambito del giudizio interno la Corte costituzionale belga⁴⁰⁵ aveva respinto l'istanza della ricorrente e si era espressa a sostegno della legittimità del divieto, a quei tempi già prescritto da una legge nazionale. Più specificamente, anche secondo la Corte costituzionale era necessario tutelare il principio del *vivre ensemble*, che diventa oggetto di trattazione anche nel giudizio dinanzi alla Corte europea dei diritti umani.

Secondo la ricorrente il criterio del *vivre ensemble* per come viene inteso dalla posizione governativa si pone in netto contrasto con i principi di tolleranza e apertura, valori fondamentali sui quali si regge una società democratica pluralista. In base a tale impostazione il criterio affermato nel caso *SAS c. Francia* andrebbe a realizzare il fine opposto a quello che si prefigge di perseguire. Esso costituirebbe infatti un valore divisivo, che non enfatizza l'apertura verso l'altro e l'inclusione e che permette la prevalenza della omogeneità sul pluralismo, a detrimento della libertà di pensiero, culto e religione. La cittadina riteneva che il divieto pertanto fosse unicamente finalizzato ad impedire la pratica del velo integrale, sottolineando come questo impedimento fosse anche in contrasto con la volontà delle donne di religione mussulmane, rendendo quindi infondata la tesi statale per cui il divieto era fondato sulla volontà di impedire discriminazioni di genere.

Il governo porta evidentemente la tesi opposta, ossia quella per cui con l'incremento della multiculturalità e della correlata coesistenza di diverse idee e credenze in una società il dovere di astenersi dall'ostentare credenze e ideologie in presenza d'altri si fa più pressante, come un compromesso tra posizioni individuali e coesistenza tra consociati. Stabilito ciò, la conclusione tratta dallo Stato nazionale è che chi indossa indumenti che coprono il viso comunica di non volere prendere parte in maniera attiva alla società. In tale prospettiva si assiste ad una specificazione del concetto di vivere insieme che implica «the possibility of an active exchange between individuals»⁴⁰⁶.

La decisione della Corte europea dei diritti umani effettua numerosi ed espliciti richiami al caso *SAS c. Francia* in ragione degli elementi di similarità tra i fatti di causa. Attorno a detto riferimento giurisprudenziale viene articolata l'intera impostazione argomentativa alla base dell'accoglimento del fine legittimo allegato dallo Stato belga⁴⁰⁷.

⁴⁰⁵ Corte costituzionale belga, sentenza 145/2012, del 6 dicembre 2012.

⁴⁰⁶ *Idem*.

⁴⁰⁷ *Ivi*, par 51.

Anche il giudizio di necessità è costantemente scandito da riferimenti al caso *SAS c. Francia*, nonostante l'espressa richiesta delle parti ricorrenti di discostarsi dall'impostazione assunta nel *leading case*.

La volontà espressa dalle ricorrenti viene disattesa sulla base di argomenti già noti, quali la migliore posizione statale rispetto agli interessi in gioco, unita alla mancanza di *consensus* in tema di abbigliamento religioso.

Queste sono le premesse per il conferimento di un ampio margine di apprezzamento che porta anche in questo caso la Corte a ritenere necessaria in una società democratica la misura nazionale.

Tra gli elementi meno persuasivi della pronuncia si annovera la presa di coscienza dell'effetto stigmatizzante che la normativa belga, esattamente come quella francese, può determinare nei confronti di specifiche categorie di persone, unitamente all'incremento del rischio di un incoraggiamento all'intolleranza nei confronti di alcune pratiche proprie delle minoranze⁴⁰⁸.

Inoltre, la Corte si dice consapevole della rinuncia all'espressione della propria personalità che le donne musulmane sono obbligate a sostenere, tuttavia, la tutela delle «ground rules of social communication and more broadly the establishment of human relations» prevale sul bene tutelato dall'articolo 8 della Convenzione⁴⁰⁹.

Nella sentenza *Dakir c. Belgio* emergono con maggiore chiarezza le storture della prassi nel margine di apprezzamento laddove non sia accompagnato da uno stretto giudizio di proporzionalità.

In questo caso, esattamente come veniva accennato in *SAS c. Francia*, ma in modo ancora più limpido, è evidente come la Corte europea dei diritti umani sia più incline a correre il rischio di offrire una tutela incompleta delle minoranze rispetto ad addentrarsi in questioni politiche interne. Dal testo della sentenza, infatti, emerge una lucida analisi dei rischi che le misure interne comportano rispetto a determinati soggetti, contrapposta ad una vaga e quasi superficiale disamina del concetto del *vivre ensemble*, sulla quale poggia l'intera decisione dei giudici.

La legittimità dei cosiddetti *burqa ban* viene ancora una volta messa in dubbio in un ulteriore caso belga, il caso *Belcacemi and Oussar c. Belgio*⁴¹⁰. La causa riguarda due donne musulmane che contestano la legittimità della normativa per via della violazione

⁴⁰⁸*Ivi*, par. 55.

⁴⁰⁹*Ivi*, par. 55-56.

⁴¹⁰ *Belcacemi and Oussar c. Belgio*, ric.37798/13 sent. 11/12/2017.

degli articoli 8 e 9 della Convenzione europea dei diritti umani. Entrambe portavano per libera scelta il *niqāb* in osservanza di un precetto religioso e si ritengono direttamente colpite dal divieto nell'espressione della loro personalità e accusano una sensibile diminuzione della qualità della vita.

Samia Belcacemi affermava di essere stata multata nel 2009 sulla base di un regolamento di polizia poiché indossava il velo integrale in un luogo pubblico, mentre Yamina Oussar dichiarava di aver subito la stessa sanzione per le medesime ragioni, ma nel 2011.

A seguito dell'entrata in vigore della legge belga sul divieto di occultamento del viso le due ricorrenti reagivano in modo diverso: la prima inizialmente insisteva nell'indossare il *niqāb* nei luoghi pubblici, salvo dover interrompere la pratica a causa dell'eccessiva pressione provata; la seconda ricorrente invece ab origine riduceva notevolmente le occasioni di socialità, rimanendo confinata entro le mura domestiche.

Entrambe le ricorrenti hanno chiesto l'annullamento della normativa nazionale dinnanzi alla Corte costituzionale belga⁴¹¹.

Esattamente come accaduto per la trattazione del caso *Dakir c. Belgio*, la Corte europea dei diritti umani ha impostato la propria decisione seguendo l'itinerario delineato in *SAS c Francia*.

La Corte dopo aver espresso le medesime preoccupazioni è giunta alle medesime conclusioni sulla base della presunta migliore posizione statale nel regolare gli interessi interni, combinata con l'assenza di consensus in materia e con il conseguente conferimento di un ampio margine di apprezzamento statale. Anche in questo caso la misura è stata ritenuta necessaria in una società democratica escludendo la violazione degli articoli 8, 9, 10 della Convenzione europea dei diritti umani.

2.1. Il parere del Comitato dei diritti umani delle Nazioni Unite nei casi *Yaker c. Francia* e *Hebbadj c. Francia*.

Il Comitato dei diritti umani, (*Human Rights Committee*), è un organismo di controllo istituito dal Patto sui diritti civili e politici adottato nel 1966⁴¹².

⁴¹¹ *Ivi*, parr. 5-13.

⁴¹² In particolare, la parte IV del Patto sui diritti civili e politici è deputata alla disciplina della procedura di controllo sul rispetto dei diritti sanciti dal trattato.

L'organo è composto da diciotto individui dall'alto profilo morale e che siano esperti in materia di diritti umani, selezionati sulla base di un meccanismo elettivo⁴¹³, che agiscono a titolo individuale e non in rappresentanza di uno Stato⁴¹⁴. La principale funzione del Comitato è di valutare la conformità agli obblighi convenzionali degli Stati ratificanti attraverso delle procedure tipiche⁴¹⁵.

Ai fini della trattazione rileva la procedura dei ricorsi individuali, istituita dal primo protocollo opzionale al Patto e che permette a dei singoli individui o a gruppi di individui che si ritengono vittime di una violazione del Patto da parte dello Stato di ottenere un esame in merito ad opera del Comitato dei diritti umani.

Lo *Human Rights Committee* esamina i fatti di causa e stabilisce se c'è stata o meno una violazione degli articoli del Patto allegata dai ricorrenti.

Laddove emerga un'infrazione delle norme pattizie, sorge sullo Stato un obbligo di riparazione. Lo *Human Rights Committee* esercita in questo senso una funzione quasi-giurisdizionale tramite la resa di pareri motivati, noti come *views*,⁴¹⁶

Per quanto concerne la forza vincolante dei pareri, essi non possono ritenersi giuridicamente vincolanti al pari delle sentenze nonostante formalmente sussista una forte somiglianza tra i due atti.

Malgrado la formale assenza di vincolatività delle *views* gli obblighi riparativi da esse prescritti vengono adempiuti dagli Stati in virtù della forza politica che rivestono.

Se la posizione della Corte europea dei diritti umani legittima il divieto prescritto dalla normativa francese e belga, quella del *Human Right Commitee* tende a ritenere che l'uso del velo integrale vada difeso in quanto espressione di libertà religiosa e di conseguenza a condannare le discipline che ne limitano l'uso.

La prospettiva del Comitato dei diritti umani, opposta a quella dei giudici di Strasburgo, emerge in due decisioni del 2018, entrambe inerenti alla Francia: si tratta dei casi *Yaker c. Francia* e nel caso *Hebbadj c. Francia*.

⁴¹³ La procedura elettiva è disciplinata dall'articolo 29 del Patto. L'elezione avviene a scrutinio segreto e sulla base di una lista di individui, designati dagli Stati parte della Convenzione, che presentino i requisiti prescritti dall'articolo 28 Ogni Stato può designare al massimo due individui e ogni individuo può essere designato più volte.

⁴¹⁴ L'istituzione dello Humand Rights Committee avviene per opera dell'art. 28, par 1 del Patto sui diritti civili e politici: «1. There shall be established a Human Rights Committee (hereafter referred to in the present Covenant as the Committee). It shall consist of eighteen members and shall carry out the functions hereinafter provided.».

⁴¹⁵ Le procedure tipiche dello *Human Rights Committee* sono quattro.

⁴¹⁶ P. PUSTORINO, *Tutela internazionale dei diritti umani*, Bari, Cacucci Editore, 2024. P. 95,

Il caso *Yaker c. Francia*⁴¹⁷ riguarda una cittadina francese che era stata sottoposta ad un controllo di identità a Nantes da parte della polizia.

A seguito del controllo era stata sanzionata per aver violato la legge 1192 del 2010 che vieta di indossare indumenti che nascondano il viso nei luoghi pubblici e aperti al pubblico. La pena consisteva nel pagamento di una multa dall'ammontare di centocinquanta euro, il massimo importo previsto dalla normativa.

La ricorrente invocava l'art. 18⁴¹⁸ del Patto internazionale sui diritti civili e politici⁴¹⁹ a tutela della propria libertà religiosa, fortemente compromessa dalla già menzionata legge che le impediva di indossare il velo⁴²⁰.

In particolare, l'autrice del ricorso sosteneva che l'utilizzo del velo integrale rientrasse nelle pratiche costituenti la manifestazione della libertà religiosa sulla base del commento generale n. 22 del 1993 del Comitato dei diritti umani⁴²¹. Nel *General comment*, infatti, viene stabilito che osservare e praticare una religione o credenza «...[m]ay include not only ceremonial acts but also such customs as the observance of dietary regulations, the wearing of distinctive clothing or headcoverings»⁴²².

L'inclusione esplicita del vestiario religioso, e in particolare dei copricapi, non lascia dubbi sul fatto che indossare il *niqāb* sia un atto motivato da credenze religiose.

In primo luogo, la ricorrente sottolinea che l'interferenza è indubbiamente imposta ai danni di una minoranza in quanto colpisce meno 2000 donne e successivamente sostiene anch'essa i motivi a fondamento della restrizione della libertà sanciti dal terzo paragrafo dell'articolo 18 del Patto⁴²³. La ricorrente ritiene che uguaglianza di genere non sia a

⁴¹⁷ *Yaker c. Francia*, CCPR/C/123/D/2747/2016.

⁴¹⁸ Art 18 Patto dei diritti civili e politici: «1.[e]veryone shall have the right to freedom of thought, conscience and religion. This right shall include freedom to have or to adopt a religion or belief of his choice, and freedom, either individually or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief in worship, observance, practice and teaching»

⁴¹⁹ Il Patto internazionale sui diritti civili e politici è stato adottato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1966 con risoluzione 2200A (XXI). Il trattato, nato nel solo della Dichiarazione Universale dei diritti umani, contiene due protocolli facoltativi: il primo disciplina i reclami individuali, il secondo abolisce la pena di morte.

⁴²⁰ Nel ricorso la ricorrente lamentava anche la violazione dell'articolo 26 del Patto sui diritti civili e politici, che disciplina il divieto di discriminazione. In particolare, il testo dell'art. 26 dispone:«[a]ll persons are equal before the law and are entitled without any discrimination to the equal protection of the law. In this respect, the law shall prohibit any discrimination and guarantee to all persons equal and effective protection against discrimination on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.»

⁴²¹ *Human Rights Committee's general comment n. 22* (48), 1993.

⁴²² *Ivi*, par. 4.

⁴²³ Art. 18 par. 3: «[f]reedom to manifest one's religion or beliefs may be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary to protect public safety, order, health, or morals or the fundamental rights and freedoms of others.»

ragione nel novero degli scopi previsti dal testo della norma del patto e che lo scopo legittimo della pubblica sicurezza poteva essere raggiunto con modalità più consone. Da ciò trae anche la conseguente assenza di proporzionalità

In particolare, lo Stato aveva obiettato che la legge servisse a perseguire l'uguaglianza di genere e la sicurezza pubblica. Il governo francese, infatti, avanzava a giustificazione della misura il fatto che il divieto fosse imposto a prescindere da questioni religiose e che colpisse chiunque circolasse a volto coperto in luoghi pubblici o in luoghi aperti al pubblico.

Il Comitato innanzitutto puntualizza che al secondo comma della legge 1192/2010 vengono contemplati alcuni casi in cui è possibile indossare indumenti che coprono il viso a seguito di autorizzazione. In particolare, sono ammessi indumenti che occultano il viso per ragioni di salute o perché venga richiesto dalla professione. È consentito anche derogare il divieto per eventi o festività sportive artistiche o tradizionali, «religious processions» incluse⁴²⁴.

Posto che l'uso del velo integrale rientra nel concetto di «performance of a rite and practice of a religion», e che la libertà religiosa della ricorrente è stata limitata, lo *Human Rights Committee* valuta se tale restrizione sia riconducibile a quelle previste dall'articolo 18 del Patto.

In primo luogo, il Comitato sottolinea che il terzo paragrafo dell'art. 18 deve essere interpretato in modo restrittivo.

Ne consegue che le limitazioni devono essere direttamente «directly related and proportionate to the specific need on which they are predicated» inoltre non possono essere adottate per realizzare discriminazioni o essere erogate con modalità discriminatorie⁴²⁵.

L'analisi del Comitato, pertanto, verte sulla necessità e proporzionalità della legge in relazione al bene dell'ordine e della sicurezza pubblica e della tutela dei diritti e delle libertà altrui.

Sotto il primo profilo, il Comitato ritiene legittima l'esigenza statale di chiedere di scoprire il viso per ragioni di identificazione e per combattere furti d'identità, tuttavia non ritiene sufficientemente argomentata la necessità di imporre un divieto assoluto, specialmente per quanto concerne il porto del *niqāb*.

⁴²⁴ HRCtee, *General comment No. 22*, par. 8.2.

⁴²⁵ HRCtee, *Yaker c. Francia*, CCPR/C/123/D/2747/2016, part.8.4.

A sostegno della propria posizione allega il fatto che la legge nazionale consente delle deroghe al divieto per svariate ragioni, anche per scopi religiosi. Più specificamente viene contestato al governo francese il fatto che la legge che proibisce di fatto *burqa* e *niqāb* non sia sufficientemente specifica in merito a contesto e casi a supporto dell'esigenze di sicurezza e ordine pubblico. Inoltre, il Comitato individua delle carenze statali anche sotto il profilo della proporzionalità della misura.

Per quanto concerne lo scopo legittimo della protezione dei diritti e delle libertà altrui il Comitato si pronuncia in merito al criterio del *vivre ensemble* allegato dallo Stato francese, che in questo contesto viene definito come «the minimum degree of trust that is essential for living together in an egalitarian and open society».

Per quanto venga riconosciuto che il corretto e rispettoso svolgersi delle relazioni umane sia nell'interesse di uno Stato, il criterio del vivere insieme viene ritenuto poco oggettivo e di non ben specificati scopi.

Il Comitato ritiene che il concetto di *vivre ensemble* sia eccessivamente vago ed astratto e che mal si concili con l'esigenza di un'interpretazione restrittiva degli scopi legittimi che consentano limitazioni dei diritti fondamentali.

In quest'ottica lo Stato avrebbe dovuto individuare in maniera più specifica il diritto o libertà altrui da tutelare, non ritenendosi sufficiente la necessità di non essere disturbati dall'utilizzo di velo integrale in pubblico, in quanto non costituisce un diritto riconosciuto e tutelato dal Patto sui diritti civili e politici.

Inoltre, il Comitato ha specificato che, nell'ipotesi in cui il *vivre ensemble* fosse rientrato tra gli scopi oggettivi che giustificano la restrizione della libertà religiosa, la sanzione della pratica non fosse accompagnata da un'adeguata argomentazione sotto il profilo della proporzionalità.

Pertanto, lo *Human Right Committee*, contrariamente alla Corte europea dei diritti umani, ha riscontrato una violazione dell'art. 18 del Patto, per via del mancato giudizio di proporzionalità⁴²⁶.

Questa posizione viene ribadita dal Comitato anche con riferimento al caso *Hebbadj c. Francia*⁴²⁷, riguardante una donna di cittadinanza francese fermata a Nantes perché fosse identificata mentre indossava il *niqāb*.

⁴²⁶ *Ivi*, 8.12.

⁴²⁷ HRCtee, *Hebbadj c. Francia*, CCPR/C/123/D/2807/2016.

La donna contestava la violazione dell'articolo 18 del Patto sui diritti civili e politici ad opera della legge 1192/2010 perché impediva alle donne di religione musulmana di indossare il velo integrale.

Anche rispetto a questa vicenda il Comitato per i diritti umani ha riscontrato le medesime violazioni emerse nel caso precedentemente trattato.

Le condanne relative alla normativa repressiva del velo islamico intervenute ad opera del *Human Right Committee* costituiscono un'alternativa autorevole a quella che sembra una tendenza giurisprudenziale in via di consolidamento della Corte europea dei diritti umani.

Non risulta possibile, nell'ambito di un confronto tra le due posizioni, ignorare il ruolo che il margine di apprezzamento statale ha rivestito nella decisione della Corte europea dei diritti umani. A questo punto risulta opportuno effettuare un confronto tra le impostazioni argomentative effettuate dai due organi di controllo. In primo luogo, è evidente che il discrimine nella accettazione o meno del criterio del vivere insieme risieda nel ricorso alla dottrina del margine di apprezzamento statale, che assume ruolo centrale nell'iter decisionale della Corte europea dei diritti umani e del quale non si trova traccia nelle decisioni del *Human Rights Committee*.

Il Comitato dei diritti umani in più occasioni afferma la necessità di un'interpretazione restrittiva nella disciplina derogatoria del terzo paragrafo dell'articolo 18. Sia nel caso *Yakir c. Francia* sia nel caso *Hebbadj c. Francia* non si discosta da quanto strettamente prescritto dal testo della disposizione.

La Corte europea dei diritti umani dal canto suo invece accetta che lo scopo del vivere insieme sia semplicemente collegato, («linked to»), allo scopo legittimo («legitimate aim») della tutela dei diritti e delle libertà altrui.

La differenza tra i due esiti è riconducibile alla conformità della necessità di interpretazione restrittiva nelle rispettive clausole derogatorie degli articoli presi in considerazione.

Dalla vicenda emerge una visione abbastanza negativa del margine di apprezzamento statale che in qualche modo apre a restrizioni non conformi al disposto Convenzionale da parte degli Stati membri, che evidentemente sfuggono alla supervisione della Corte europea dei diritti umani⁴²⁸.

⁴²⁸ G. ELLIOT-WILLIAMS, *Protection of the Right to Manifest Religion or Belief Under the European Convention on Human Rights in SAS v France*, in *Oxford Journal of Law and Religion*, Volume 5, Issue 2, June 2016, pp. 344–351.

L'accoglimento che i giudici di Strasburgo hanno operato rispetto a uno scopo legittimo non formalmente previsto dal testo convenzionale ma ricollegato ad uno dei *legitimate aims* è problematico, poiché in un certo senso, almeno se si prende come riferimento il ragionamento del Comitato dei diritti umani disattende l'obbligo di interpretazione restrittiva dei motivi di deroga sanciti nelle clausole di restrizione degli articoli interessati dalla vicenda

In particolare, è evidente come a fronte della complessità della questione dell'accoglimento del velo integrale nel contesto di alcuni Stati del Consiglio d'Europa l'organo giurisdizionale abbia preferito appiattare la propria posizione e rimettere la decisione alle realtà nazionali.

Nonostante la difficoltà oggettiva di esprimersi su una materia marcatamente orientata politicamente, la Corte ha dimostrato di essere disposta a rischiare una minore tutela delle minoranze, in questo caso le donne musulmane, pur di evitare di dettare una linea giurisprudenziale su temi controversi.

3. La protezione dei diritti e delle libertà altrui: verso un pluralismo escludente.

Si può asserire che con la sentenza *SAS c. Francia* della Corte europea dei diritti umani si sia instaurata una tendenza sia nel metodo sia negli obiettivi. La Corte europea dei diritti umani ha seguito pressoché il medesimo ragionamento in tutte le controversie successive al *leading case*.

Nonostante la Corte di Strasburgo non sia vincolata dal precedente, è altamente probabile che non si discosti da quanto deciso con *SAS c. Francia*, circostanza al momento confermata dalle recenti decisioni *Dakir c. Belgio* e *Belcacemi and Oussar c. Belgio*⁴²⁹.

Per quanto concerne l'accoglimento del *vivre ensemble* nel mondo accademico, esso è stato complessivamente negativo per ragioni che attengono alla vaghezza di tale criterio.

L'itinerario logico argomentativo seguito dalla Corte suscita preoccupazione e tra le principali critiche si distingue perché l'applicazione della Convenzione europea dei diritti umani potrebbe essere efficacemente elusa.⁴³⁰

⁴²⁹ M. PEARSON, *What Happened to 'Vivre Ensemble'? Developments after SAS v. France*, in *Oxford Journal of Law and Religion*, 10, 2021, pp. 185-205, p. 195

⁴³⁰ G. ELLIOT-WILLIAMS, *Protection of the Right to Manifest Religion or Belief Under the European Convention on Human Rights in SAS v France*, in *Oxford Journal of Law and Religion*, Volume 5, Issue 2, June 2016, pp. 344-351.

Altra critica consiste nel ritenere le argomentazioni della Corte a favore dello Stato francese caratterizzate da un «blind formalism» ossia, un cieco formalismo.

Questa critica si articola sulla tesi per la quale non la ratio della legge 119272010 viene considerata in modo avulso dalla realtà politica dello Stato francese al momento della sua adozione.

Difficilmente, infatti, la Corte europea dei diritti umani, che si ricorda aver sede a Strasburgo, non era a conoscenza del sentimento di diffidenza rispetto all'islam in Francia⁴³¹.

Questa critica assume ancora più enfasi se si considerano i lavori preparatori alla legge in questione nonché i dibattiti ad essa precedenti.

Un ulteriore argomento critico ha ad oggetto la circolarità dell'argomentazione della Corte europea dei diritti umani.

Nella pronuncia *Dakir c. Belgio* appare evidente come la Corte europea dei diritti umani sia più incline a correre il rischio di offrire una tutela incompleta delle minoranze rispetto ad addentrarsi in questioni politiche interne.

Dal testo della sentenza, infatti, emerge una lucida analisi dei rischi che le misure interne comportano rispetto a determinati soggetti, contrapposta ad una vaga e quasi superficiale disamina del concetto del *vivre ensemble*, sulla quale, tuttavia, si fonda l'intera decisione dei giudici.

Questo tipo di orientamento porta inevitabilmente anche ad effettuare delle considerazioni sulla portata del concetto di pluralismo⁴³². In particolare, con l'accoglimento del criterio del vivere insieme la Corte europea dei diritti umani sembra aver disatteso il principio per cui nella decisione di controversie connotate da forti tensioni all'interno della società sia necessario evitare reprimere quelle tensioni sacrificando il pluralismo⁴³³. A partire dal caso *SAS c. Francia* si inizia ad affermare un'idea di pluralismo escludente, inteso come l'auspicio di coesistenza di diverse opinioni ed espressioni individuali di diversa natura che però interagiscono tra loro nel tessuto sociale seguendo un principio di autoesclusione. Questa chiave di lettura restrittiva del

⁴³¹ E BREMS, *SAS c. France as a problematic precedent*, in www.strasbourgobservers.com, 9 luglio 2014.

⁴³² G. CILIBERTO, F. M. PALOMBINO, *L'esposizione dei simboli religiosi*, in M. I. PAPA, G. PASCALE, M. GERVASI (a cura di), *La tutela internazionale della libertà religiosa: problemi e prospettive*, Napoli, Jovene, 2019, pp. 59-61

⁴³³ G. ELLIOT-WILLIAMS, *Protection of the Right to Manifest Religion or Belief Under the European Convention on Human Rights in SAS v France*, op. cit. p 350. Si veda anche A. BONCOMPAGNI, *Il Velo Islamico di fronte alla Corte europea dei Diritti dell'Uomo tra Laicità e Pluralismo*, p. 114

concetto di pluralismo è stata portata all'attenzione della Corte dai giudici *Nussberger* e *Jäderblom* nella loro opinione dissidente. Si può affermare che con la sentenza *SAS c. Francia* assume concretezza il pericolo che il ricorso al margine di apprezzamento statale possa comprimere i diritti delle minoranze a favore della posizione della maggioranza, come sostenuto da diversi studiosi⁴³⁴. Questo tipo di visione è contraria ad una connotazione inclusiva del pluralismo che auspica invece il bilanciamento tra istanze della maggioranza e quelle delle minoranze, così da evitare abusi conseguenti all'imposizione di una visione dominante. Con *SAS c. Francia* la Corte europea ha sostanzialmente privilegiato la tutela ad un diritto appartenente alla maggioranza senza che peraltro tale diritto fosse direttamente previsto dalla Convenzione europea dei diritti umani

⁴³⁴ In merito si veda E. BENVENISTI, *Margin of appreciation, consensus, and universal standards* cit.p 851.

OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

1. Considerazioni conclusive sull'adeguatezza del margine di apprezzamento statale adoperato dalla Corte europea dei diritti umani in relazione alla libertà d'abbigliamento religioso.

Alla luce dell'analisi sin qui condotta si ritiene opportuno rivolgere alcune considerazioni conclusive relative alle modalità e agli esiti del ricorso al margine di apprezzamento statale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani.

La Corte di Strasburgo, quale custode dell'ordine pubblico europeo in materia di diritti umani, ha la funzione di fornire le coordinate ermeneutiche che orientano le autorità statali nel bilanciamento tra le istanze di tutela dei diritti fondamentali e i diritti e gli interessi con essi confliggenti tenendo in considerazione le specificità dei singoli Stati membri.

Nondimeno non possono essere trascurate le criticità che sorgono in relazione al tentativo di dettare dei criteri interpretativi di un testo, nel caso di specie la Convenzione europea dei diritti umani, che si adatti alle specifiche caratteristiche degli Stati entro cui esprime la sua vigenza.

La dottrina del margine di apprezzamento statale nasce, come si è potuto vedere, al fine di soddisfare le esigenze di adattabilità di un testo unitario ad una realtà disomogenea, per cui ogni Stato membro può disporre di uno spazio di discrezionalità nell'applicazione del disposto convenzionale in base alle specificità della fattispecie concreta.

L'applicazione del margine di apprezzamento statale non è tuttavia priva di regole, al contrario essa risulta sottoposta al vaglio giurisdizionale della Corte europea dei diritti umani, cui spetta il compito di vigilare sulle modalità cui le autorità nazionali si avvalgono di detto margine, ponendo in essere limitazioni all'esercizio dei diritti fondamentali.

Anche nella Dichiarazione di Copenaghen viene ribadito che: «[t]he margin of appreciation goes hand in hand with supervision under the Convention system, and the

decision as to whether there has been a violation of the Convention ultimately rests with the Court»⁴³⁵

Poste queste necessarie premesse, è opportuno osservare che esistono ambiti alcuni che rendono la Corte di Strasburgo particolarmente propensa a concedere un ampio margine di apprezzamento statale in virtù degli specifici e diversi caratteri che connotano le realtà dei singoli Stati membri.

Nonostante la libertà religiosa abbia una rilevanza cruciale negli ordinamenti democratici e costituisca uno dei fondamenti essenziali delle società democratiche, essa è spesso al centro di conflitti con altri interessi meritevoli di tutela⁴³⁶.

Inoltre, in virtù delle diverse esperienze religiose proprie dei vari Stati membri non è raro che proprio in materia di libertà religiosa la Corte europea dei diritti umani conceda un ampio spazio alla discrezionalità statale.

La libertà religiosa ex art. 9 non è un diritto assoluto ma ammette, alle specifiche condizioni sancite dalla clausola derogatoria contenuta del secondo paragrafo della norma, delle limitazioni.

L'adeguatezza e la legittimità delle limitazioni imposte a tale libertà sono vagliate dalla Corte europea dei diritti umani sulla base di un triplice *test* che valuta il fondamento legislativo, il perseguimento di uno scopo legittimo e la necessità in una società democratica della misura restrittiva apposta da uno Stato contraente⁴³⁷.

Prima di entrare nel merito della questione, occorre ribadire che l'istituto del margine di apprezzamento statale in sé considerato non necessariamente si connota di caratteri negativi; tuttavia, in alcuni contesti, esso può essere utilizzato al fine di evitare di prendere una posizione su circostanze che attengono a temi controversi e incide negativamente sulla definizione di uno standard uniforme di tutela.

Questo atteggiamento prudente nel bilanciare i diritti fondamentali e le specificità statali è particolarmente accentuato rispetto disciplina dei simboli religiosi, in ragione dell'assenza di una regolazione uniforme della materia tra Stati membri del Consiglio d'Europa.

Proprio grazie all'esame del *modus operandi* utilizzato dalla Corte europea per valutare la legittimità delle misure statali repressive dell'abbigliamento religioso è stato possibile svolgere diverse osservazioni in merito al ricorso al margine di apprezzamento statale.

⁴³⁵ *Copenhagen Declaration* art. 28 par d)

⁴³⁶ ZAGREBELSKY V., CHENAL R., TOMASI L., *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*

⁴³⁷ S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione*, pp.374,376.

È opportuno premettere che sussistono diversi elementi estranei al margine di apprezzamento che ne condizionano l'ampiezza e ai quali la Corte di Strasburgo fa riferimento per motivare tale ampiezza.

Il primo di questi criteri è la sussistenza o meno di un *consensus* europeo, inteso come standard uniforme della disciplina di una certa materia tra Stati europei.

Laddove sia presente questo elemento, difficilmente i giudici di Strasburgo propenderanno per la concessione di un ampio margine di discrezionalità.

La criticità sorta in merito è stata che l'assenza di uno *standard* comune tra Stati relativo alla disciplina di un certo tema ha talvolta condotto la Corte a convalidare con un atteggiamento di problematica deferenza la posizione assunta dalle autorità nazionali.

La principale critica che può essere mossa riguarda l'indeterminatezza del peso che il *consensus* concretamente assume.

Non è possibile, infatti, individuare un riferimento predefinito e chiaro che consenta di stabilire a quale grado può essere invocata la mancanza del *consensus* come argomento a favore del conferimento di un ampio margine di apprezzamento statale⁴³⁸.

Non di rado la Corte ha conferito agli Stati membri un ampio margine di apprezzamento in virtù della ritenuta soggettività delle questioni inerenti alle manifestazioni della libertà religiosa⁴³⁹, prassi che ha reso molto più complessa la formazione di uno *standard* europeo uniforme sul tema.

Le problematiche ora riferite emergono con chiarezza dalla disamina di tre casi di centrale importanza: il caso *Leyla Sahin c. Francia*, il caso *Dahlab c. Svizzera* e il caso *Lautsi c. Italia*.

Rispetto alle controversie menzionate, la Corte europea dei diritti umani ha seguito il medesimo *iter* logico-giuridico, che tuttavia ha dato luogo ad esiti profondamente diversi nonché contestabili.

L'assenza di un consenso consolidato in materia di regolamentazione dei simboli religiosi, unitamente all'esigenza di bilanciare libertà religiosa con i principi propri di ciascun ordinamento ha in parte fondato l'accoglimento delle allegazioni statali ad opera della Corte europea.

⁴³⁸ M. L. CHAKIM, *The margin of appreciation and freedom of religion: assessing standards of the European Court of Human Rights*, cit. op. 118.

⁴³⁹ T. ALVES PINTO, *An Empirical Investigation of the Use of Limitations to Freedom of Religion or Belief*, cit. p. 132-133.

Questo ha determinato l'affermazione di una lettura restrittiva dell'uso del velo islamico contrapposta ad una considerazione estremamente lassista dell'ostensione del crocifisso nei luoghi istituzionali.

A queste valutazioni, come detto, opinabili, è stato dato seguito proprio in virtù del fatto che i giudici di Strasburgo hanno concesso un'ampia discrezionalità agli Stati coinvolti. Ciò ha fatto in modo che le singole e discutibili visioni nazionali relative ad uno specifico simbolo prevalessero sulla tutela di un diritto fondamentale della portata della libertà religiosa.

Secondo l'approccio della Corte europea dei diritti umani laddove non vi sia omogeneità di vedute tra Parti contrenti, l'autorità nazionale si colloca in una posizione migliore in virtù della vicinanza con gli interessi coinvolti⁴⁴⁰.

Tuttavia, il confronto tra questi casi inerisce l'ipotesi che questo principio di *better placement* statale non sia sempre indicato.

Infatti, laddove subentrino nel contesto concreto questioni di natura politica, quali possono essere sentimenti di diffidenza nei confronti di pratiche religiose riconducibili a minoranze, non è scontato che lo Stato sia in grado di adottare una visione neutrale.

Dall'esame dei casi *Leyla Sahin c. Francia*, *Dahlab c. Svizzera* e *Lautsi c. Italia* si profila una distinzione tra simboli attivi e passivi poco convincente, che tuttavia la Corte europea dei diritti umani ha accolto.

Un altro aspetto problematico sorge nei casi in cui la Corte di Strasburgo si trovi a bilanciare dei diritti fondamentali con principi astratti, circostanza verificatasi sia nei casi già menzionati sia per quanto concerne il caso *SAS c. Francia*.

L'ampiezza della portata di questi principi generali può, e si è verificato, rendere la Corte più incline a aderire alla visione proposta dallo Stato nazionale in questione.⁴⁴¹

Ciò emerge in modo evidente relativamente alla concezione di laicità statale nei casi *Sahin*, *Dalahb* e *Lautsi*, nei quali, in ossequio alle caratteristiche peculiari che il principio assume nella realtà nazionale, i giudici di Strasburgo, pur non unanimemente, hanno accolto le ragioni statali.

Per quel che attiene al caso *SAS c. Francia*, l'argomento assume connotazioni più complesse. In questo caso è stato accolto un principio molto vago, quello del *vivre ensemble*, che non ricorre nell'ordinamento di nessun altro Stato europeo e che non è

⁴⁴⁰ Principio di *better placement* statale, che discende dal più generale principio di sussidiarietà.

⁴⁴¹ *Idem*. p.119.

costituzionalmente sancito nemmeno dall'ordinamento francese. L'accoglimento di un principio tanto astratto si è fondato anche in questa occasione sulla concessione di un'ampia discrezionalità statale, motivata sempre dall'assenza di un *consensus* in tema di repressione del velo integrale, nonché dalla migliore collocazione statale rispetto agli interessi in gioco.

Queste valutazioni sono state adottate a fondamento della legittimità del “vivere insieme”, nonostante il criterio non rientrasse espressamente nell'elenco tassativo di scopi legittimi prescritti dal secondo paragrafo degli articoli 8 e 9 della Convenzione.

Il secondo elemento determinante in questa controversia che ha fatto in modo che un simile criterio fosse ritenuto adeguato dalla Corte riguarda il giudizio di proporzionalità tra la misura restrittiva imposta e il sacrificio patito dalla ricorrente.

Le modalità con le quali il giudizio si è compiuto sono senza ombra di dubbio criticabili. Le problematiche derivanti dal conferimento di un cospicuo margine di apprezzamento statale potrebbero essere attenuate dall'esercizio di un adeguato e stringente controllo di proporzionalità ad opera dell'organo giurisdizionale.

Questo concetto viene peraltro ribadito in più occasioni dalla Corte europea dei diritti umani stessa, anche nella trattazione del caso *SAS c. Francia*.

Tuttavia, in quella specifica circostanza, come in numerose altre controversie, è emerso il problema relativo alla mancanza di criteri che disciplinino questo stringente controllo di proporzionalità, che spesso conduce ad un giudizio di proporzionalità poco approfondito e tutt'altro che scrupoloso.

In particolare, non risulta che siano state stabilite delle regole che vadano a determinare il livello di rigore del controllo della Corte europea dei diritti umani⁴⁴².

Questa criticità si traduce spesso in giudizi di proporzionalità poco trasparenti che lasciano, contrariamente a quanto auspicabile, nonché alla struttura stessa della Corte di Strasburgo, l'ultima parola allo Stato membro⁴⁴³.

È evidente soprattutto analizzando la giurisprudenza della Corte europea in materia di simboli ed abbigliamento religioso che sussiste un cospicuo grado di indeterminatezza per quanto concerne sia i presupposti alla base del conferimento del margine di apprezzamento, sia il successivo vaglio da parte della Corte di Strasburgo.

⁴⁴² M. L. CHAKIM, *The margin of appreciation and freedom of religion: assessing standards of the European Court of Human Rights*, op.cit. p. 860

⁴⁴³ S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione*, cit. p. 377

Un simile atteggiamento di deferenza è riscontrabile per ragioni diverse nel caso *SAS. c. Francia*: in questo caso la deferenza mostrata nei confronti del c.d. *burqa ban* si è retta essenzialmente su un giudizio di legittimità sommario del criterio del *vivre ensemble* per di più in mancanza di un adeguato giudizio di proporzionalità riguardo al divieto generalizzato imposto per legge.

Dall'analisi della sentenza della Corte di Strasburgo, soprattutto se letta in raffronto alla trattazione di casi analoghi dinanzi allo *Human Rights Committee*, non pare possibile trarre una riconduzione diretta del vago concetto di “vivere insieme” alla tutela dei diritti e delle libertà altrui specificamente contemplata come finalità legittima dall'art. 9, par. 2 CEDU. Risulta invero difficile ipotizzare la conformità di una simile scelta con il canone consolidato dell'interpretazione restrittiva delle *derogation clause* sancite dagli articoli 8 e 9 della Convenzione, e ciò ad onta del fatto che il divieto di interpretazione estensiva costituisce un principio cardine in materia di libertà religiosa⁴⁴⁴.

Inoltre, non vengono indicate in quella sede le concrete esigenze dirette a giustificare l'imposizione di una normativa repressiva generale, rendendo così il giudizio di proporzionalità di fatto poco approfondito.

In conclusione, è da ritenersi auspicabile un mutamento di prospettiva per quanto concerne le accezioni escludenti di pluralismo e laicità che sono emerse dall'analisi dei casi in questione, plausibilmente realizzabile tramite una più rigorosa definizione dei criteri che disciplinano il giudizio relativo alla proporzionalità della misura restrittiva imposta dalle autorità statali all'esercizio delle libertà fondamentali.

⁴⁴⁴ Corte EDU, Nolan e K. c. Russia

BIBLIOGRAFIA

P. ANNICCHINO, *Tra margine di apprezzamento e neutralità: il caso Lautsi e i nuovi equilibri della tutela europea della libertà religiosa*, 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*, Torino, Il Mulino, 2012, p. 179 ss.

I. ANRÒ, *Il margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei Diritti dell'uomo*, in A. ODDENINO - E. RUOZZI; A. VITERBO - F. COSTAMAGNA - L. MOLA - L. POLI (a cura di), *La funzione giurisdizionale nell'ordinamento internazionale e nell'ordinamento comunitario: atti dell'Incontro di studio tra i giovani cultori delle materie internazionalistiche, VII edizione, Torino, 9-10 ottobre 2009*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010, p. 1 ss.

O. BAKIRCIOGLU, *The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases*, *German Law Journal*. 2007;8(7):711-733.

S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, CEDAM, 2012.

E. BENVENISTI, *Margin of appreciation, consensus, and universal standards*, in *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol.31 (4), 1999, p. 843 ss.

N. BHUTA, *Two Concepts of Religious Freedom in the European Court of Human Rights in EUI Working Papers LAW n. 2012/33*, 2012, p.1 ss.

I. BIANO, *Religione e Politica nel Nuovo Millennio: una Laicità Postsecolare? Il caso dell'Unione Europea e della CEDU*, in *Annali della Fondazione Luigi Einaudi*, Firenze, Casa Editrice Leo S. Olschki. Vol.50 2016-01, p.113-132.

S.VAN BIJSTERVELD, *A Typology of Dissent in Religion Cases in the Grand Chamber of the European Court of Human Rights*, in *Religion & Human Rights*, 12 (2-3), 2017, p. 223 ss.

H. BIELEFELDT, *Limiting Permissible Limitations: How to Preserve the Substance of Religious Freedom*, in *Religion & Human Rights*, 15(1-2), 2020, p. 1 ss.

A. BONCOMPAGNI, *Il Velo Islamico di fronte alla Corte europea dei Diritti dell'Uomo tra Laicità e Pluralismo* in *Rivista di Studi Politici Internazionali*, Vol. 74, n. 1, 2007, pp.101-119.

F. BUFFA, *La giurisprudenza CEDU tra Progresso Sociale e Conservazione dello Status Quo*, in *Questionegiustizia.it*, 2019, pp.187-195.

E BREMS, *Sas c. France as a problematic precedent*, in www.strasbourgobservers.com, 9 luglio 2014.

E. CAMASSA, *Il volto coperto delle donne nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, Rivista trimestrale speciale/2018, p. 241 ss.

P. CAVANA, *I simboli religiosi nello spazio pubblico nella recente esperienza europea in Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 28/2012, p. 1 ss.

A. CEBADA ROMERO, *The European Court of Human Rights and Religion: Between Christian Neutrality and the Fear of Islam*, in *New Zealand Journal of Public and International Law*, 11(1), 75-102.

M. L. CHAKIM, *The margin of appreciation and freedom of religion: assessing standards of the European Court of Human Rights* in *The International Journal of Human Rights*, 24(6), 2019, p. 850 ss.

G. CILIBERTO, F. M. PALOMBINO, *L'esposizione dei simboli religiosi*, in M. I. PAPA, G. PASCALE, M. GERVASI (a cura di), *La tutela internazionale della libertà religiosa: problemi e prospettive*, Napoli, Jovene, 2019, p. 260 ss.

R. COHEN-ALMAGOR, *Indivisibilité, Sécurité, Laïcité: the French Ban on the Burqa and the Niqab*, in *French Politics* 20:3–24, 2022.

R. DE MATTEI, *La Dichiarazione Universale Dei Diritti Dell'uomo e La Tradizione Europea Di Pensiero Politico* in *Rivista Di Studi Politici Internazionali* 31, no. 1, 1964 p. 30 ss.

D. DURISOTTO, *I recenti interventi della Corte EDU e della Corte di Giustizia UE in tema di simboli religiosi, un percorso parallelo. Rassegna della giurisprudenza in Federalismi.it*, 05(1), 2019.

K. DZEHTSIAROU, *European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights*, in *German Law Journal*. 12(10), 2011, p.1730 ss.

G. ELLIOT-WILLIAMS, *Protection of the Right to Manifest Religion or Belief Under the European Convention on Human Rights in SAS v France*, in *Oxford Journal of Law and Religion*, Vol. 5, Issue 2, 2016, pp. 344–351.

E.ERLINGS, *The Government Did Not Refer to It': SAS v France and Ordre Public at the European Court of Human Rights* in *Melbourne Journal of International Law* 16, n. 2, 2015, pp. 587-608.

M. D. EVANS, *Religious Liberty and International Law in Europe*, Cambridge University Press, 1997.

M. D. EVANS, *Manual on the wearing of religious symbols in public areas*, Strasburgo, Council of Europe Publishing, 2009.

M. FERRI, *La libertà di abbigliamento religioso nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in A. SANTINI - M. SPATTI (a cura di) *La libertà di religione in un contesto pluriculturale: studi di diritto internazionale e dell'Unione europea*, Libreria Editrice Vaticana, 2021, p. 35 ss.

C. FOCARELLI, *La persona umana nel diritto internazionale*, Torino, Il Mulino, 2013.

A. FOLLESDAL, *Appreciating the Margin of Appreciation*, (a cura di) A. ETINSON, *Human Rights: Moral or Political?* Oxford, 2018.

A. FORNEROD, *L'islam devant la Cour Européenne des droits de l'homme: Cartographie d'une jurisprudence*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2019, Vol.22 (1), p.191 ss.

A. FORNEROD, *Les «affaires» de burqa en France*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica, Rivista trimestrale* 1/2012, pp. 63-82.

J. GERARDS, *Margin of Appreciation and Incrementalism in the Case Law of the European Court of Human Rights*, *Human Rights Law Review*, Volume 18, Issue 3, 2018, p. 495 ss.

L. GIANNUZZO, *Laicità europea e libertà religiosa alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in tema di simboli religiosi: ipotesi ricostruttive*, Libellula Edizioni, 2017.

S. GREER, *The margin of appreciation: interpretation and discretion under the European Convention on Human Rights*, Strasburgo, Council of Europe Publishing, 2000.

S. GREER, *The Exceptions to Articles 8 to 11 of the European Convention on Human Rights*, Strasburgo, Council of Europe Publishing, 1997.

O. GROSS, F. NÍ AOLÁIN, *From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights*, in *Human Rights Quarterly*, Aug., 2001, Vol. 23, 3, pp. 625-649

G. GUNNER, *Religious Freedom as a Human Right*. In *Freedom of Religion and Religious Pluralism*, chapter 5, Leiden, The Netherlands: Brill | Nijhoff. 2023, p. 79 ss.

K. HENRARD, *Duties of Reasonable Accommodation in Relation to Religion and the European Court of Human Rights: A Closer Look at the Prohibition of Discrimination, the Freedom of Religion and Related Duties of State Neutrality* in *Erasmus Law Review*, 5, 2012, pp 59-78.

C. JOPPKE, *Double Standards? Veils and Crucifixes in the European Legal Order* in *European Journal of Sociology / Archives Européennes de Sociologie / Europäisches Archiv Für Soziologie*, 54(1), 97–123

JACOBS, WHITE, OVERY, *The European Convention on human rights*, New York, Oxford University Press, 2021.

S. LÆGAARD, *Burqa Ban, Freedom of Religion and 'Living Together'*, in *Human Rights Review* 16:203–219 (2015).

L. LAVRYSEN, *Human Rights in a Positive State: Rethinking the Relationship Between Positive and Negative Obligations under the European Convention on Human Rights*, Cambridge, Intersentia, 2016.

IAN LEIGH, *New Trends in Religious Liberty and the European Court of Human Rights*, in *Ecclesiastical Law Society*, 12, 2010, pp. 266–279

A. LEGG, *The margin of appreciation in international human rights law: deference and proportionality*, Oxford, Oxford University press, 2012.

C. LUZZATI, *Lo strano caso del crocifisso*, in *Ragion pratica, Rivista semestrale*, 1/2007, pp. 125-144

F. MARGIOTTA BROGLIO, *La protezione internazionale della libertà religiosa nella convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, Giuffrè Editore, 1967.

J. MARTINEZ-TORRON, *The Permissible Scope of Legal Limitations on the Freedom of Religion or Belief: The European Convention on Human Rights*, in *Global Jurist Advances*, Vol. 3, 2003.

R. ST. J. MC DONALD, *The Margin of Appreciation*, in R. ST. J. MACDONALD, F. MATSCHER, H. PETZOLD (a cura di), *The European System for the Protection of Human Rights*, Nijhoff Publishers, Leiden, Olanda, 2024.

D. MCGOLDRICK, *A defence of the margin of appreciation and an argument for its application by the human rights committee*, in *ICLQ*, vol. 65, 2016, pp 21-60.

S. V. MONSMA, *Positive neutrality: letting religious freedom ring*, Westport, Connecticut, Praeger Pub Text, 1992.

C. MORINI, *La tutela dei diritti dei gruppi religiosi nel quadro della CEDU*, in A. SANTINI, M. SPATTI, (a cura di), *La libertà di religione in un contesto pluriculturale. Studi di diritto internazionale e dell'Unione europea*, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 2021.

R. NIGRO, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Case-Law of the European Court of Human Rights on the Islamic Veil*, in *Springer Science+Business Media B.V.* 2010, pp 531–564.

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.

C. PANARA, *Lautsi v. Italy: The Display of Religious Symbols by the State*, in *European Public Law* 17, 1, 2011, pp. 139-168.

B. PASTORE, *Condizioni di laicità*, in *Ragion pratica, Rivista semestrale*, 1/2007, pp. 7-16.

M. PEARSON, *What Happened to 'Vivre Ensemble'? Developments after SAS v. France*, in *Oxford Journal of Law and Religion*, 10, 2021, pp. 185-205 Oxford University Press.

L. PINESCHI, *La Dichiarazione universale dei diritti umani*, in *La tutela internazionale dei diritti umani, norme, garanzie, prassi*, Milano, Giuffrè Editore, 2006.

T. ALVES PINTO, *An Empirical Investigation of the Use of Limitations to Freedom of Religion or Belief at the European Court of Human Rights*, *Religion and Human Rights*, 2020, p. 96 ss.

R. PISILLO MAZZESCHI, *Diritto internazionale dei diritti umani – Teoria e Prassi*, Torino, Giappichelli, 2020.

R. PISILLO MAZZESCHI, *Responsabilité de l'État pour violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme*, in *The Hague Academy Collected Courses Online / Recueil des cours de l'Académie de La Haye en ligne*. Brill | Nijhoff., 2008.

P. PUSTORINO, *Tutela internazionale dei diritti umani*, Bari, Cacucci Editore, 2024.

F. RATTO TRABUCCO, *Tra il Principio di Laicità e la Libertà Religiosa: l'esposizione di Simboli Religiosi negli Edifici Pubblici alla luce della Giurisprudenza della Corte EDU*, in *Il Politico*, Vol. 78, No. 2 (233), 2013 pp. 44-63.

P. RONCHI, *Crucifixes, Margin of Appreciation and Consensus: The Grand Chamber Ruling in Lautsi v Italy*, in *Ecclesiastical law journal*, 2011-09, Vol.13 (3), p. 287 ss.

M. SALVETTI, *La Corte di Strasburgo parla di laicità. La problematica dei simboli religiosi nello spazio pubblico alla luce dell'incidenza del diritto sovranazionale sull'ordinamento italiano*, in *Diritto e Religioni*, 2, 2010, pp. 264-287.

R. SAPIENZA, *Sul margine di apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1991, p. 571 ss.

EMANUELE SOMMARIO, *Stati d'emergenza e trattati a tutela dei diritti umani*, Torino, Giappichelli, 2018, 316 ss.

V. STOYANOVA, *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights: Within and Beyond Boundaries*, Oxford, Oxford Academic, 2023.

P. TANZARELLA, *Il margine di apprezzamento*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, Il Mulino, 2007, 145 ss.

A. TAKAHASHI, YUTAKA, *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*, Oxford, Intersentia, 2002.

M. TOSCANO, *Il fattore religioso nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Itinerari giurisprudenziali*, Pisa, Edizioni ETS, 2018, p. 171 ss.

A. VALENTINO, *La sentenza sul caso S. A. S. c. Francia della Corte Europea dei diritti dell'uomo: principio di laicità e divieto assoluto di coprirsi il volto in pubblico in Osservatorio Costituzionale*, Associazione italiana dei costituzionalisti, 2014, pp. 1 ss.

M. IGLESIAS VILA *The National Margin of Appreciation Doctrine: In Search of a Balance between Democracy and Rights in the International Sphere* in *Yale Law School SELA Papers*, 2013, pp. 1 ss.

T. WOLFF, *Cogency, Seriousness, Cohesion, and Importance: Assessing the Strasbourg Case-Law on Religion or Belief*, in *Oxford Journal of Law and Religion*, Volume 11, Issue 2-3, June-October 2022, pp. 177–196

F. S. YARZA, *Símbolos religiosos, derechos subjetivos y Derecho objetivo. Reflexiones en torno a Lautsi*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Vol.16 (43), Madrid, 2012, p. 901 ss.

H.C. YOUROW, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1996.

ZAGREBELSKY V., CHENAL R., TOMASI L., *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*,
Torino, Il Mulino, 2022.