



Adelaide Madera

(professore associato di Diritto ecclesiastico e Diritto canonico nell'Università degli Studi di Messina, Dipartimento di Giurisprudenza)

Il porto di simboli religiosi nel contesto giudiziario¹

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. Simboli religiosi e sfera pubblica - 3. Il ruolo della giurisprudenza e il difficile rapporto con l'Islam - 4. Il porto di simboli religiosi nel contesto giudiziario - 5. Le pronunzie *Hamidović v. Bosnia and Herzegovina* e *Lachiri v. Belgium* - 6. Presenza o no di una base normativa che valga a giustificare la restrizione della libertà religiosa - 7. La tensione fra il *test* di proporzionalità e il margine di apprezzamento - 8. La connessione fra posizione individuale e istituzione pubblica ...- a) ... nel caso *Hamidović* - b) ... nel caso *Lachiri* - 9. Disamina breve delle pronunzie in materia di porto di simboli e della loro *ratio* - 10. L'analisi del limite "dei diritti e delle libertà altrui" - 11. Una svolta a favore delle minoranze? - 12. La questione irrisolta di forme religiosamente motivate di *face covering* in ambito europeo - 13. L'uso di abbigliamento religiosamente caratterizzato nell'ambito delle aule giudiziarie in Canada: l'opinione di maggioranza nella pronunzia *R. v. NS*. - 14. La *concurring opinion* del giudice LeBel - 15. La *dissenting opinion* del giudice Abella - 16. Le potenziali ricadute della pronunzia canadese sulla libertà religiosa individuale e su quella del gruppo di appartenenza - 17. La giurisprudenza canadese successiva - 18. Il porto di simboli religiosi nelle aule giudiziarie negli U.S.A. - 19. Il porto del *niqab* nelle aule giudiziarie negli U.S.A. - 20. La questione del *niqab* nelle aule giudiziarie in Australia - 21. Le corti e le minoranze: un tentativo di comparazione fra la giurisprudenza dei giudici extraeuropei di *common law* ... - 22. ... e la giurisprudenza della Corte europea - 23. Lo strumento dell'„accomodamento ragionevole" negli ordinamenti extraeuropei di *common law* - 24. La possibilità del "trapianto" dell'accomodamento ragionevole in ambito comunitario. Il caso *Eweida* - 25. La conciliabilità del parametro dell'accomodamento ragionevole con gli *standard* della Corte europea - 26. La garanzia di proporzionalità in ambito europeo e i suoi limiti - 27. Il limite del margine di apprezzamento - 28. La necessità di un più rigoroso bilanciamento fra margine di apprezzamento e principio di proporzionalità - 29. Le potenzialità del "ragionevole accomodamento" nell'ambito convenzionale europeo - 30. Una valutazione comparativa del rapporto fra libertà di espressione religiosa "privata" e spazio "pubblico" - 31. La libertà di manifestazione religiosa dei privati nelle aule giudiziarie ... - a) ... in ambito europeo - b) ... in ambito extraeuropeo - 32) Annotazioni riepilogative.

1 - Introduzione

Più di tre decenni fa, Richard John Neuhaus, nella sua celebre opera "*The Naked Public Sphere: Religion and Democracy in America*", profetizzò il

¹ Contributo sottoposto a valutazione.



fallimento di un modello di democrazia fondato sull'esclusione dei valori religiosi dal *public forum*, analizzando le ragioni di un'emergente rilegittimazione della religione quale elemento centrale della promessa di una effettiva libertà democratica².

Oggi costituisce un dato acquisito il fatto che negli ultimi quaranta anni si sia affermato e consolidato un "ritorno del religioso nella sfera pubblica"³, e che tale tendenza abbia avuto un impatto sullo spazio giuridico europeo ed extraeuropeo. Su entrambe le sponde dell'Atlantico, emerge pertanto un rinnovato dibattito sulla portata e sui limiti del complesso paradigma della laicità, al fine di rivisitare la sua definizione teorica, le sue (buone o cattive) pratiche, le modalità del suo funzionamento, e le premesse sottostanti. A tale proposito sempre più la dottrina, evidenziando il carattere obsoleto di sterili polarizzazioni che vedono il contrapporsi di un'Europa improntata a una "secolarizzazione militante" e di un'America religiosa, sostiene che il concetto di modernità, negli ordinamenti occidentali si associa crescentemente non a quello di secolarizzazione, bensì a quello di pluralismo religioso⁴. La "sfida" che tali ordinamenti devono fronteggiare è quella di un fattore religioso che, in forza del suo carattere crescentemente "transnazionale", può potenzialmente "destabilizzare" "the project of the territorially bounded constitutional state"⁵.

In ambito europeo, il fenomeno migratorio, e l'emersione di nuove istanze religiosamente connotate, fungono da elemento propulsore delle tensioni che insorgono negli ordinamenti democratici e liberali, che si impegnano ad approntare nuove tecniche di gestione della diversità religiosa⁶ (ossia la cosiddetta "*deep diversity*")⁷, in vista di una società

² Cfr. **R.H. NEUHAUS**, *The Naked Public Sphere: Religion and Democracy in America*, Eerdmans, Grand Rapids (MI), 1984.

³ Cfr. **S. FERRARI**, *Introduzione al diritto comparato delle religioni. Ebraismo, Islam e Induismo*, il Mulino, Bologna, 2008, p. 9.

⁴ Cfr. **P. BERGER, G. DAVIE, E. FOCAS**, *Religious America, Secular Europe? A Theme and Variations*, Ashgate, Farnham, Surrey, 2009, p. 12.

⁵ Cfr. **R. HIRSCHL, A. SHACHAR**, *Competing Orders? The Challenge of Religion to Modern Constitutionalism*, in *The University of Chicago Law Review*, 85(2), 2018, pp. 425-455.

⁶ Cfr. **L. VAN BELLINGEN**, *L'accommodement raisonnable de la religion dans le secteur public: analyse de cadre juridique belge au regard de l'expérience canadienne*, in *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques*, vol. 75, 2015/2, pp. 221-248.

⁷ Cfr. **K. ALIDADI, M.-C. FOGLETS**, *Framing Multicultural Challenges in Freedom of Religion Terms: Limitation of Minimal Rights for Managing Religious Diversity in Europe*, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2012, n. 30, vol. 4, p. 389, che intendono, con tale espressione "the already-there factual heterogeneity in beliefs, practices and values on the ground in Europe, which is not a priori limited by conceptions and categories motivated by



maggiormente inclusiva⁸. Tali sistemi giuridici hanno infatti sperimentato il fallimento sia dei modelli improntati all'assimilazionismo sia di quelli orientati al particolarismo religioso, quali strumenti di integrazione della diversità, e si trovano oggi a fare i conti con l'interrogativo relativo alle modalità, e ai limiti dell'„accomodamento“ di plurali convinzioni religiose, filosofiche e culturali⁹: il rispetto degli altri diritti fondamentali e della coesione sociale implica infatti l'introduzione di un limite di ragionevolezza all'accoglimento di nuove istanze religiosamente connotate¹⁰ e il principio di neutralità assurge a “filtro istituzionale” volto a mantenere la corretta distanza fra governo secolare e dottrine religiose¹¹. Posto che l'apertura alla diversità non può pertanto rivestire il carattere dell'assolutezza, rimane oggetto di dibattito “quanto spazio” possa essere accordato a siffatta “diversità condizionata” al rispetto della cornice convenzionale europea¹².

Gli ordinamenti extraeuropei, a loro volta, si confrontano con l'inadeguatezza di un modello “one law for all”, che rifiuta la coesistenza di plurali codici normativi nella società contemporanea, negando il dato di fatto della “simultanea affiliazione” del cittadino-fedele a più comunità dotate di capacità di autoregolazione¹³. Sia nei sistemi giuridici europei sia in quelli extraeuropei emerge altresì il sempre più inquietante interrogativo riguardante il perché la libertà religiosa sia meritevole di uno “statuto eccezionale”¹⁴, e se a fenomeni contigui, espressione di “universi

more common or majoritarian values in society”.

⁸ Cfr. **M.-C. FOBLETS**, *Foreword. Freedom of Religion or Belief in the European Workplace: Towards a Resolutely Protective Approach in an Age of Religious Revival*, in **K. ALIDADI**, *Religion, Equality and Employment in Europe. The Case for Reasonable Accommodation*, Bloomsbury, Oxford and Portland, Oregon, 2017, pp. V-XII.

⁹ Cfr. **A. MADERA**, *Lo scioglimento del matrimonio negli ordinamenti confessionali*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 9-17, con i relativi richiami bibliografici.

¹⁰ Cfr. **K. ALIDADI**, *Religion, Equality*, cit., pp. 1-24.

¹¹ Cfr. **J. HABERMAS**, *The “Political”: The Rational Meaning of a Questionable Inheritance of Political Theology* in **J. HABERMAS**, **C. TAYLOR**, **J. BUTLER**, **C. WEST**, *The Power of Religion in the Public Sphere*, Columbia University Press, New York- Chichester, West Sussex, 2011, p. 26.

¹² Cfr. **K. ALIDADI**, **M.-C. FOBLETS**, *Framing Multicultural Challenges*, cit., pp. 395-397.

¹³ Cfr. **S. FARRAR**, **G. KRAYEM**, *Accommodating Muslims under Common Law. A Comparative Analysis*, Routledge, New York, 2016, pp. 50-51.

¹⁴ Cfr. **J. RINGELHEIM**, *Neutralité de l'Etat et droits fondamentaux. Le point de vue de la Ligue des droits de l'Homme (Belgique francophone)*, p. 10 (nel sito www.ligue.dh.be).



culturali¹⁵ di carattere etico e morale, vada riconosciuta una posizione simmetrica¹⁶.

La complessità della questione e il suo crescente rilievo rendono utile una analisi comparativa del contesto giuridico europeo con quelli di ordinamenti (Stati Uniti, Canada, Australia) ove i meccanismi del “ragionevole accomodamento” sono da tempo operativi¹⁷ (sia pure con una qualche discontinuità negli orientamenti legislativi e giurisprudenziali)¹⁸ e hanno costituito il fattore catalizzatore del “pubblico dibattito” concernente il difficile rapporto fra “diritto, religione, multiculturalismo e integrazione delle minoranze”¹⁹.

In tali diversi contesti giuridici, il concetto di “accomodamento ragionevole”, e le sue plurali declinazioni, emerge infatti quale sforzo degli attori pubblici o privati di modificare le loro regole o pratiche generali in vista delle esigenze specifiche delle appartenenze identitarie minoritarie²⁰: siffatto “regolatore sociale della diversità religiosa”²¹ è così profondamente radicato nello scenario degli ordinamenti di *common law*, da costituire il più diffuso strumento di controbilanciamento del rapporto fra narrative maggioritarie e voci del dissenso minoritarie. Diversamente, nell’ambito comunitario europeo, ove l’eterogeneità religiosa e le istanze di nuove minoranze sono ancora largamente percepite come una criticità piuttosto che come elemento propulsivo di nuove dinamiche sociali, il suo “trapianto” risulta ancora controverso e comunque circoscritto a specifici ambiti dello spazio giuridico²²; inoltre, la sua coerenza con i valori convenzionalmente affermati deve transitare attraverso il prisma dei principi di neutralità statale e di non-discriminazione, ed è tutt’ora oggetto di viva discussione²³.

¹⁵ Cfr. J. RINGELHEIM, *Neutralité*, cit., p. 10.

¹⁶ Cfr. K. ALIDADI, *Religion, Equality*, cit., pp. 1-24 e pp. 193-230.

¹⁷ Cfr. K. ALIDADI, *Religion, Equality*, cit., pp. 1-24 e pp. 193-230.

¹⁸ Cfr. E. BRIBOSIA, J. RINGELHEIM, I. RORIVE, *Reasonable Accommodation for Religious Minorities: A Promising Concept for European Antidiscrimination Law*, in *Maastricht Journal for European and Comparative Law Review*, vol. 17, 2010/2, p. 138.

¹⁹ Cfr. K. ALIDADI, *Religion, Equality*, cit., pp. 1-24 e pp. 193-230.

²⁰ Cfr. J. WOEHLING, *L’obligation d’accommodement raisonnable et l’adaptation de la société à la diversité religieuse*, in *RD. McGill.*, 1998, p. 328.

²¹ Cfr. L.G. BEAMAN, *Religious Diversity in the Public Sphere: the Canadian Case*, in *Religions*, 8, 2017, p. 5.

²² Cfr. K. ALIDADI, *Religion, Equality*, cit., pp. 1-24 e pp. 193-230.

²³ Cfr. L. VAN BELLINGEN, *L’accommodement raisonnable*, cit., p. 222, K. ALIDADI, *Religion, Equality*, cit., pp. 1-24 e pp. 193-230.



2 - Simboli religiosi e sfera pubblica

Le dispute concernenti la presenza e il porto di simboli religiosi nella sfera pubblica vanno a costituire uno snodo cruciale fra le politiche del “multiculturalismo”, dell’ “integrazione” e della “coesione sociale”²⁴ e costituiscono un esempio emblematico del corto circuito fra la tendenza statale a “giuridificare” in modo sempre più puntuale il fenomeno religioso e i conflitti prodotti dalla multireligiosità²⁵ (ossia a “mobilitare” e “strumentalizzare” tutte le risorse offerte dal diritto per promuovere una visione sempre più normativizzata dell’esercizio della libertà religiosa)²⁶ e le domande individuali di riconoscimento pubblico della propria appartenenza religiosa²⁷. Nel dibattito relativo all'uso dei simboli religiosi nella sfera pubblica i concetti di neutralità, libertà di esercizio della religione e pluralismo religioso (il cui significato e la cui portata sono oggetto di un continuo processo evolutivo) entrano in competizione fra di loro e riemerge l’irrisolta tensione fra uguaglianza formale e sostanziale²⁸.

In tale senso, dette controversie sono state efficacemente qualificate come “*minor symptoms of the growing anxieties over the institutional and social willingness and capabilities of democracies to manage pluralism caused by social and demographic change*”²⁹. Le politiche pubbliche in materia, alternativamente mirate a “scusare” restrizioni alla libertà individuale di espressione della propria appartenenza confessionale, in ragione di altri impellenti interessi pubblici che uno Stato secolare sarebbe deputato a perseguire o, al contrario, ad affievolire la stessa caratura religiosa dei

²⁴ Cfr. **K. ALIDADI**, *Religion, Equality*, cit., pp. 1-24, e pp. 193-230; **A. FUCCILLO**, *Diritto, religioni, culture. Il fattore religioso nell’esperienza giuridica*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 217 ss.; **P. CONSORTI**, *Diritto e religione*, Laterza, Bari, 2019, p. 208 ss.

²⁵ Cfr. **K. ALIDADI**, **M.-C. FOLETS**, *Framing Multicultural Challenges*, cit., p. 399.

²⁶ Cfr. **B. LAVOIE**, *La fonctionnaire et le hijab. Liberté de religion et laïcité dans les institutions publiques québécoises*, PUM, Montreal, 2018, p. 51.

²⁷ Cfr. **R. SANDBERG**, *Law and Religion*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, p. 193.

²⁸ Cfr. **F. DUFRESNE**, *Le port des signes religieux dans l’espace public: Une réflexion à partir du droit international et d’une comparaison entre le Canada, les États-Unis, la France et la Suisse*, Université de Montréal, Montréal, 2013, p. 3.

²⁹ Cfr. **A. JUSIC**, *Damned If It Doesn’t And Damned If It Does: The European Court’s Margin Of Appreciation And The Mobilizations Around Religious Symbols*, in *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Vol. 39:3, 2018, p. 562 (mio il corsico).



simboli, valorizzandone il significato “culturale”³⁰, hanno innescato copiosi interventi della giurisprudenza a livello nazionale e sovrazionale³¹.

I tentativi giurisprudenziali di realizzare un equilibrio fra tali istanze religiose di pubblica visibilità ed esigenze di coerenza con i valori propri di una società democratica e pluralista hanno nascosto, talora a fatica, atteggiamenti di scetticismo verso le rivendicazioni delle appartenenze minoritarie³². Al tempo stesso, è innegabile l’impatto del discorso giudiziario sulla tematica del porto dei simboli religiosi nello spazio pubblico, sulla possibilità di integrazione delle minoranze religiose nella società ospitante e sul complesso equilibrio fra gruppi maggioritari e appartenenze minoritarie³³.

3 - Il ruolo della giurisprudenza e il difficile rapporto con l’Islam

Come è noto, la giurisprudenza europea (ma pure quella extraeuropea) ha ampiamente analizzato il rapporto fra istituzioni pubbliche e presenza di

³⁰ Con riguardo alla legislazione francese e belga in materia, cfr. **S. FERRARI**, *I simboli religiosi nello spazio pubblico*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2013/1, p. 324 ss.

³¹ Cfr. recentemente **N. MARCHEI**, *La libertà religiosa nella giurisprudenza delle Corti europee*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (<https://www.statoechiese.it>), n. 33 del 2019, pp. 1-35; **AA. VV.**, *Pluralismo religioso e integrazione europea: le nuove sfide*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 3 del 2019, pp. 1-377; **E. HOWARD**, *Law and the Wearing of Religious Symbols in Europe*, Routledge, London-New York, 2019; **S. BACQUET**, *Religious Symbols and the Intervention of the Law: Symbolic Functionality in Pluralist States*, Routledge, London, 2019; **A. MADERA**, *La parabola del velo attraverso il prisma della letteratura: fattore religioso e dinamiche di genere nelle opere di Hosseini, Nafisi e Pamuk*, Relazione al Convegno Nazionale della *Italian Society for Law and Literature* (Catanzaro, 28-29 giugno 2018) nell’ambito del workshop “Diritto, religione e letteratura”, in corso di pubblicazione, con i relativi richiami bibliografici; **L. GIANNUZZO**, *Libertà europea e libertà religiosa alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in tema di simboli religiosi: ipotesi ricostruttive*, Libellula Edizioni, Tricase (LE), 2018; **ID.**, *La laicità “multicolore” e la “revanche” della suitas, individuale e collettiva, nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo in tema di simboli religiosi: ipotesi di riflessione*, in **AA. VV.**, *Pluralismo religioso e integrazione europea: le nuove sfide*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 3 del 2019, pp. 140-155.

³² Cfr. **N. GAL-OR**, *Is the Law Empowering or Patronizing Women? The Dilemma in the French Burqa Decision as the Tip of the Secular Law Iceberg*, in *Religion and Human Rights*, vol. 6, 2011, pp. 315-333; **E. BREMS**, **C. HERI**, **S. OUALD CHAIB**, **L. VERDONCK**, *Head-Covering Bans in Belgian Courtrooms and Beyond: Headscarf Persecution and the Complicity of Supranational La parabola del velo Courts*, in *Human Rights Quarterly*, vol. 39(4), 2017, pp. 882-909; **A. MADERA**, *La parabola del velo*, cit., con i relativi richiami bibliografici.

³³ Cfr. **F. DUFRESNE**, *Le port des signes religieux*, cit., p. 292.



simboli religiosi in una pluralità di casi (esposizione di simboli religiosi in un edificio pubblico, simboli religiosi indossati da funzionari pubblici, simboli religiosi indossati dagli utenti di servizi pubblici), soppesando la giusta dose di laicità da applicare al caso concreto³⁴.

In materia di simboli religiosi, nella giurisprudenza della Corte europea, in particolare, si enfatizzano diverse e confliggenti letture sia della laicità sia della sfera pubblica. Tale questione sembra infatti sollecitare una ridefinizione del già ondivago concetto di sfera pubblica “secolare” (pure in relazione a confliggenti visioni politico-filosofiche del concetto di ordine pubblico)³⁵ e del suo dinamico rapporto con la libertà religiosa, con pericolose oscillazioni da un pluralismo liberale a un “antipluralismo” liberale³⁶.

Al tempo stesso l’idea della laicità sembra talora mirata alla neutralizzazione del fattore religioso nella sfera pubblica, in omaggio a una visione formalistica dei principi di uguaglianza e di non discriminazione, a scapito delle istanze di riconoscimento delle minoranze, la cui marginalizzazione rischia di essere enfatizzata. Talora, invece, l’idea della neutralità si muove in coerenza con le dinamiche identitarie maggioritarie: in tale caso si affievolisce il dovere di equidistanza statale verso i diversi patrimoni fideistici, si amplia il diritto della società civile di definire il ruolo della religione nella sfera pubblica e della connessione fra spazio pubblico, identità collettive e patrimonio storico-culturale³⁷. In tale senso, è stato osservato che i principi di libertà religiosa e di libertà di espressione non svolgono più il loro ruolo di “meccanismi neutrali per la negoziazione della libertà religiosa” in quanto subiscono l’influsso di specifiche concezioni di religione radicate nella tradizione normativa, tanto da rendere difficile il processo di “traducibilità” di regole e pratiche religiose atipiche nella cornice giuridica dell’art. 9 CEDU³⁸.

L’analisi della giurisprudenza CEDU non può tuttavia esaurirsi in tali forme di polarizzazione, in quanto i simboli religiosi spesso rivestono un significato multidimensionale, che varia in relazione al contesto, ai latori del messaggio e alla platea di coloro che sono esposti alla loro visione; essi

³⁴ Cfr. recentemente **D. DURISOTTO**, *I recenti interventi della Corte EDU e della Corte di Giustizia EU in tema di simboli religiosi, un percorso parallelo. Rassegna della giurisprudenza, in Federalismi*, 1/2019, pp. 1-25.

³⁵ Cfr. **P.G. DANCHIN**, *Islam in the Secular Nomos of the European Court of Human Rights*, in *Michigan Journal of International Law*, 2010, vol. 32, p. 729 ss.

³⁶ Cfr. **P.G. DANCHIN**, *Islam in the Secular Nomos*, cit., p. 707.

³⁷ Cfr. **P.G. DANCHIN**, *Islam in the Secular Nomos*, cit., p. 702-718.

³⁸ Cfr. **P.G. DANCHIN**, *Islam in the Secular Nomos*, cit., p. 727.



interagiscono altresì in una complessa rete di dinamiche culturali, economiche, geografiche e sociali³⁹. Sebbene essi subiscano talora processi di secolarizzazione, politicizzazione e svuotamento del loro contenuto religioso, rimangono, da un lato, strumenti che contribuiscono alla visibilità dei gruppi religiosi in più ampi contesti sociali; dall'altro, elementi che possono valere a rinforzare dinamiche endoconfessionali, andando a circoscrivere i confini di una appartenenza identitaria.

Negli ordinamenti occidentali, in particolare, taluni codici di abbigliamento religiosamente caratterizzato (come quelli islamici) mettono in crisi la tradizionale distinzione fra dimensione privata e sfera pubblica. Tali codici innestano spesso forti reazioni culturali e giuridiche ed evocano questioni critiche, come l'integrazione degli immigrati nelle società di accoglienza, le richieste delle minoranze religiose, e quelle esigenze di sicurezza pubblica e di ordine pubblico che spesso vanno a "filtrare" (o a giustificare il rifiuto della) l'accoglienza, nei sistemi giuridici occidentali, di "valori nuovi"⁴⁰.

Più in generale, ogni qualvolta le rivendicazioni riguardano l'Islam si innesta infatti negli ordinamenti occidentali, anche quelli più aperti al multiculturalismo, quella che è stata definita "ansia secolare"⁴¹ verso paventate rivendicazioni di uno spazio normativo autonomo che andrebbe a minare il nucleo duro dei valori occidentali. A tale proposito, è stato acutamente osservato che alla "*édification de représentations sociales péjoratives*" dell'Islam, visto come fenomeno da "normalizzare e regolare", hanno contribuito, fin dal 1990, sia vicende conflittuali di carattere internazionale, sia i ben noti attentati terrorististici, che hanno generato una "*rupture dans la compréhension concernant, notamment, l'expression du religieux dans la sphère publique occidentale*"⁴². Nella giurisprudenza della Corte

³⁹ Cfr. **N. BAKHT**, *Veiled Objections: Facing Public Opposition to Niqab*, in L. BEAMAN (ed.), *Reasonable Accommodation: Managing Religious Diversity*, UBC Press, Vancouver, 2012, pp. 70-108.

⁴⁰ Cfr. **R. MAZZOLA**, *Il velo islamico nel contesto giuridico europeo. Le ragioni di un conflitto*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 1/2018, pp. 1-29; **A. MADERA**, *Lo scioglimento del matrimonio religiosamente caratterizzato fra tecniche di accomodamento e giurisdizione statale esclusiva*, Giuffrè, Milano, 2016, p. 54, con i relativi richiami bibliografici; **P. FOURNIER**, *Flirting with God in Western Secular Courts: Mahr in the West*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 24, 2010, pp. 67-94.

⁴¹ Cfr. **M.C. NUSSBAUM**, *The New Religious Intolerance: Overcoming the Politics of Fear in An Anxious Age*, Harvard University Press, Cambridge (MA)-London, 2012; **A. SHACHAR**, *Squaring the Circle of Multiculturalism? Religious Freedom and Gender Equality in Canada*, in *Law & Ethics of Human Rights*, vol. 10 (1), 2016, pp. 31-69; **P. CONSORTI**, **F. DEL CANTO** (a cura di), *Le libertà spaventate*, Pisa University Press, Pisa, 2016.

⁴² Cfr. **B. LAVOIE**, *La fonctionnaire et le hijab*, cit., pp. 28-30 (moi il corsivo).



europea, il frequente abbandono del consueto atteggiamento “dialogico” quando sono in gioco rivendicazioni islamiche ha condotto alle già menzionate concezioni “antipluraliste” della libertà religiosa e della sfera pubblica, che si discostano dall’esigenza di offrire risposte alle concrete esigenze degli attori religiosi⁴³. In tale senso, parte della dottrina è giunta a intravedere un “approccio globale” della giurisprudenza della Corte nei confronti dell’Islam, volto ad adottare una visione in chiave anti-islamica dei “diritti e delle libertà altrui”, che privilegia la salvaguardia di una sorta di sub-testo valoriale su cui si fonda la Convenzione a discapito del diritto individuale di esercizio della libertà religiosa degli aderenti a questa appartenenza fideistica: per questa via, si introdurrebbe una sorta di “logica di eccezione” verso l’Islam, espressione di un apprezzamento in negativo, che giustificerebbe il riconoscimento agli Stati di un margine di apprezzamento “rinforzato” ogni qualvolta siano in gioco pretese islamiche⁴⁴.

Se la presenza islamica genera da tempo preoccupazione in Europa, anche negli U.S.A. e in Australia (e, sia pure in misura minore, in Canada) sta crescendo un atteggiamento legislativo/giurisprudenziale improntato alla diffidenza e alla preoccupazione correlata ai fenomeni del terrorismo e del fondamentalismo, che si riflette in indirizzi politici sempre più islamofobici⁴⁵, in contraddizione con la tradizionale tolleranza verso le metodologie strategicamente utilizzate dai gruppi confessionali in vista di una risoluzione delle controversie in via “non ufficiale”⁴⁶. Tale preoccupazione conduce ad atteggiamenti di chiusura non solo verso le domande di pubblica presenza della religione ma pure, più di recente (e ovviamente in misura maggiore), verso quelle forme di “privatizzazione della diversità”⁴⁷ con riguardo all’ambito matrimoniale-familiare: in quest’ultimo ambito, vengono viste con peculiare preoccupazione le domande mirate al riconoscimento di uno spazio di autonoma regolazione e giurisdizione⁴⁸. Le istanze islamiche vengono infatti

⁴³ Cfr. P.G. DANCHIN, *Islam in the Secular Nomos*, cit., p. 742.

⁴⁴ Cfr. M. CHAIBI, *L’Islam dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’Homme*, Université de Lille, 2016-2017; W. BRZOZOWSKI, *Is Islam Incompatible with European Identity?*, in AA. VV., *Pluralismo religioso e integrazione europea*, cit., pp. 55-70.

⁴⁵ Cfr. K. ALIDADI, *Religion, Equality*, cit., pp. 1-24 e pp. 193-230; S. FARRAR, G. KRAYEM, *Accommodating Muslims*, cit., p. 2.

⁴⁶ Cfr. S. FARRAR, G. KRAYEM, *Accommodating Muslims*, cit., p. 28.

⁴⁷ Cfr. A. SHACHAR, *Privatizing Diversity: A Cautionary Tale from Religious Arbitration in Family Law*, in *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 9.2, 2008, pp. 573-607.

⁴⁸ Cfr. A. SHACHAR, *Squaring the Circle*, cit., pp. 31-69; vanno ricordate a questo proposito l’esperienza inglese e canadese relativa alle corti di arbitraggio e le recenti



percepiti, in maniera sempre più totalizzante, come non coerenti con un quadro normativo improntato ai principi del liberalismo e della democrazia, minacciose rispetto alle esigenze di pubblica sicurezza e di uguaglianza di genere, e mirate a ottenere un trattamento “di eccezione”, senza alcuna disponibilità a rintracciare soluzioni di compromesso⁴⁹.

Tale costruzione estrinseca l’„identità sociale” degli islamici, negativamente connotata, genera una più o meno evidente chiusura verso le comunità islamiche immigrate, e fenomeni di isolamento e ghettizzazione, dando luogo a più marcate pretese di una appartenenza identitaria che assume talora pure connotazioni di carattere politico⁵⁰. Taluni capi d’abbigliamento religiosamente caratterizzati sono divenuti sempre più una forma diffusa di rivendicazione confessionale alla piena partecipazione ed “equa inclusione” nello spazio pubblico senza pagarne il prezzo in termini di rinuncia alla libertà di esprimere la propria appartenenza mediante elementi di “demarcazione identitaria”⁵¹, assurgendo a “simbolo ultimo” del conflittuale rapporto fra orientamenti maggioritari e voci dissenzianti⁵².

4 - Il porto di simboli religiosi nel contesto giudiziario

Se fino a tempi recenti la presenza dei simboli religiosi nelle istituzioni scolastiche ha costituito il tema più dibattuto, su entrambe le sponde dell’oceano, gli organi giudiziari si confrontano sempre più di frequente con la questione del porto di simboli religiosi nell’ambito delle aule giudiziarie. Va premesso che il contesto giudiziario costituisce un peculiare

antisharia laws negli U.S.A. Si rinvia in merito a **A. MADERA**, *Lo scioglimento del matrimonio religiosamente caratterizzato*, cit., p. 99 ss. con i relativi richiami bibliografici; **A. MADERA**, *Forme di pluralismo nel settore matrimoniale: le nuove sfide delle “overlapping jurisdictions”*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 31 del 2017, pp. 1-37, con i relativi richiami bibliografici.

⁴⁹ Cfr. **S. FARRAR, G. KRAYEM**, *Accommodating Muslims*, cit., p. 15, p. 26 e p. 48.

⁵⁰ Cfr. **P. WERNER**, *Veiled Interventions in Pure Space: Honour, Shame and Embodied Struggles among Muslims in Britain and France*, in *Theory Culture Society*, vol. 24:2, 2007, pp. 172-174; **S. FARRAR, G. KRAYEM**, *Accommodating Muslims*, cit., p. 23.

⁵¹ Cfr. **Z. MIR-HOSSEINI**, *Hijab and Choice. Between Politics and Theology*, in M. KAMVARA (ed.), *Innovations in Islam: Traditions and Contributions*, University of California Press, Berkeley, 2011, p. 190; **A. SHACHAR**, *Squaring the Circle*, cit., pp. 32-34.

⁵² Cfr. **A. LAMRABET**, *O véu (o hijab) das mulheres muçulmanas: entre a ideologia colonialista e o discurso islâmico: uma visão decolonial*, in *Tabula Rasa*, n. 21, 2014, p. 34; **A. MADERA**, *La parabola del velo*, cit., con i relativi richiami bibliografici.



setting pubblico, in cui deve essere garantito l'interesse superiore a una corretta amministrazione della giustizia. Tale contesto enfatizza un interrogativo cruciale: se siano legittime deroghe a una struttura gerarchico-organizzativa cristallizzata sulla base di un ordine precostituito a vantaggio di una minoranza, e se una limitazione della libertà di espressione religiosa vada considerata una indebita interferenza nell'autonomia privata individuale⁵³.

Come ha osservato acuta dottrina, gli attori religiosi possono ricoprire molteplici ruoli nel contesto di un tribunale. Tale profilo può implicare il coinvolgimento di diversi interessi pubblici, ed esigere pertanto diversi livelli di limitazione dell'esercizio di libertà religiosa individuale⁵⁴.

Gli ordinamenti europei ed extraeuropei condividono l'orientamento che coloro che occupano ruoli pubblici rappresentativi al massimo grado dell'interesse statale alla neutralità vadano assoggettati a maggiori limitazioni della loro libertà di espressione religiosa, a garanzia della imparzialità e indipendenza del sistema giudiziario⁵⁵. In ambito europeo, come vedremo più avanti, non mancano ordinamenti che indentificano siffatta neutralità della sfera pubblica pure nell'esigenza di una "neutralità dell'apparenza"⁵⁶. Va notato tuttavia che, anche in percezioni più aperte della laicità statale (come quella canadese), viene sancita l'esigenza di una limitazione rigorosa della libertà di espressione religiosa di coloro che sono incaricati di pubblici uffici: siffatta restrizione viene però giustificata solo ed esclusivamente con riguardo a coloro che detengono il potere di sanzionare il comportamento altrui e di imporre forme di coercizione (giudici, guardie carcerarie, ufficiali della polizia), in

⁵³ Cfr. **J. ROBSON**, *The Veil And The Myth Of Pinocchio's Nose: Is The Veil An Impediment To Fact Finding In An Adversarial Trial? An Analysis Of R. v D.*, in *Oxford Journal of Law and Religion*, vol. 5(2), 2016, pp. 319-343.

⁵⁴ Cfr. **N. BAKHT**, *Objection, Your Honour! Accommodating Niqab-Wearing Women in Courtrooms*, in R. GRILLO, R. BALLARD, A. FERRARI, A. HOEKEMA, M. MAUSSEN, P. SHAH (eds.), *Legal Practice and Cultural Diversity*, Ashgate, Farnham, 2009, pp. 115-134.

⁵⁵ Cfr. *R. v. R.D.S* [1997] 3 S.C.R. 484: "Judges in a bilingual, multiracial and multicultural society will undoubtedly approach the task of judging from their varied perspectives. They will certainly have been shaped by, and have gained insight from, their different experiences, and cannot be expected to divorce themselves from these experiences on the occasion of their appointment to the bench. In fact, such a transformation would deny society the benefit of the valuable knowledge gained by the judiciary while they were members of the Bar. As well, it would preclude the achievement of a diversity of backgrounds in the judiciary. The reasonable person does not expect that judges will function as neutral ciphers; however, the reasonable person does demand that judges achieve impartiality in their judging".

⁵⁶ Cfr. **L. VAN BELLINGEN**, *L'accommodement raisonnable*, cit., pp. 221-248.



quanto, in tali casi, il dovere di mantenere una “apparenza di neutralità” dovrebbe essere elevato ai massimi livelli⁵⁷. In questa prospettiva, il pubblico ufficiale viene infatti percepito non solo come una sorta di personificazione del soggetto-Stato, in cui si incarnano i doveri statali, compreso quello della neutralità, ma pure il garante del diritto di ogni cittadino ad accedere liberamente a un pubblico servizio e a ricevere un equo trattamento, indipendentemente dalla sua appartenenza fideistica. Quest’ultima non può determinare forme di pregiudizio a suo danno o di parzialità a suo favore. Il porto di simboli religiosi potrebbe, al contrario, instillare nel cittadino il timore di diseguaglianze di trattamento sulla base dell’aderenza confessionale, o l’impressione di forme di indebita pressione o proselitismo, e affievolire la fiducia pubblica sul retto funzionamento della giustizia in una società democratica⁵⁸.

La questione cruciale è se esigenze particolari, come la preservazione non solo della pubblica sicurezza ma pure dell’ordine e del decoro, e come la prevenzione di forme di pregiudizio ai soggetti presenti nell’arena giudiziaria possano giustificare restrizioni alla libertà di espressione religiosa con riguardo a una pluralità di figure “intermedie”, ossia soggetti privati che svolgono peculiari funzioni in ambito processuale (testimoni, parti civili, difensori). Siffatte restrizioni, in diversi contesti ordinamentali, possono essere imposte più o meno rigidamente, e il rispetto delle stesse è in taluni casi affidato alle autorità giurisdizionali, che talora godono anche di margini di discrezionalità.

A sua volta, la giurisprudenza d’oltreoceano rivela che, con riguardo alle parti private che ricoprono specifici ruoli (in particolare coloro che devono rendere una testimonianza), possono entrare in gioco esigenze di valutazione della credibilità, sincerità e affidabilità che potrebbero essere compromesse dal porto di simboli “forti” che ostruiscono la possibilità di osservare l’aspetto e il comportamento della persona, o addirittura la possibilità di ascoltare le loro dichiarazioni.

Tali esigenze sembrano enfatizzate, più in generale, in sistemi giuridici che adottano l’*adversarial system*, ove un ruolo giudicante è svolto

⁵⁷ *Contra*, B.L. BERGER, *Against Circumspection: Judges, Religious Symbols, and Signs of Moral Independence*, in B.L. BERGER, R. MOON (eds.), *Religion and the Exercise of Public Authority*, Hart Publishing, Oxford-Portland (OR), 2016, p. 23 ss., secondo cui il riconoscimento agli organi del potere giudiziario della libertà di esprimere la loro appartenenza religiosa garantirebbe una maggiore “indipendenza morale” rispetto agli altri rami dell’apparato governativo statale.

⁵⁸ Cfr. H. VAN OOIJEN, *Religious Symbols in Public Functions. A Comparative Analysis of Dutch, English and French Justifications for Limiting the Freedom of Public Officials to Display Religious Symbols*, Intersentia, Cambridge, Antwerp, Portland, 2012, p. 110 ss.



non solo dal giudice ma pure dalla giuria, e ove viene enfatizzata l'importanza attribuita a fattori di carattere soggettivo che acquistano rilievo probatorio (tono della voce, espressioni facciali, linguaggio del corpo).

Recentemente, in tali sistemi, la giurisprudenza si è focalizzata sulla compatibilità fra tali stringenti interessi pubblici e l'esercizio della libertà religiosa delle donne islamiche, che rivendicano la possibilità di indossare il *niqab* nel contesto giudiziario⁵⁹. In tali ordinamenti, le "politiche della diversità" si vanno intersecando crescentemente con quelle di genere⁶⁰, e le misure statali restrittive della libertà religiosa rivelano la crescente preoccupazione pubblica che eventuali "restrizioni interne" nell'ambito del gruppo confessionale giochino a sfavore delle cosiddette "minoranze" entro le minoranze⁶¹.

5 - Le pronunzie *Hamidović v. Bosnia and Herzegovina* e *Lachiri v. Belgium*

Due recenti decisioni della Corte Europea, *Hamidović v. Bosnia and Herzegovina*, (5 December 2017), e *Lachiri v. Belgium* (18 September 2018) hanno affrontato la questione dell'uso di simboli religiosamente caratterizzati nel contesto peculiare delle aule giudiziarie. Nella prima pronunzia, la Quarta Sezione della Corte ha riscontrato una violazione degli articoli 9 e 14 della CEDU nella sanzione subita da un appartenente a un gruppo minoritario di matrice islamica (Wahhabismo/Salafismo) per avere indossato un copricapo islamico in aula. Nella seconda, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha riscontrato una violazione dell'articolo 9 della CEDU, nell'esclusione di una donna dall'aula giudiziaria per avere indossato un "foulard islamico" (*hijab*).

Occorre osservare preliminarmente che quest'ultimo caso ha implicazioni più complesse, in quanto implica un notoriamente controverso simbolo islamico, il cui significato culturale sociale e religioso non è unidimensionale nello stesso ambito islamico⁶²: comunque sia, la sua

⁵⁹ Cfr. N. BAKHT, *Objection, Your Honour!*, cit., pp. 115-134.

⁶⁰ Cfr. A. SHACHAR, *Squaring the Circle*, cit., p. 35.

⁶¹ Cfr. W. KYMLICKA, *Multicultural Citizenship. A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1995, p. 7 ss.; A. EISENBERG, J. SPINNER-HALEV (eds.), *Minorities within Minorities. Equality, Rights and Diversity*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.

⁶² Cfr. N. BAKHT, *In Your Face: Piercing the Veil of Ignorance About Niqab-Wearing Women*, in *Social and Legal Studies*, 2014, pp. 1-23; ID., *Veiled Objections*, cit., pp. 70-108; ID., *Objection*,



comprensione, nella percezione occidentale, si trasforma paradossalmente da strumento di “copertura” del corpo femminile motivata da ragioni religioso-rituali in simbolo “dell’invisibilità” (in quanto la donna islamica rimane “ai margini” di un dibattito giuridico che la coinvolge) ma allo stesso tempo in una forma simbolica di “supervisibilità” di una specifica appartenenza identitaria-confessionale, che genera pregiudizi e forme di discriminazione verso coloro che lo indossano⁶³. Va ricordato, infatti, che ogni qual volta si discute sulla pratica del velo islamico, si riapre (più o meno esplicitamente) la questione dell’obbligatorietà, dal punto di vista religioso, del porto del velo, su cui divergono le diverse correnti islamiche. A tale proposito, è evidente lo sforzo, operato dalla Corte, di rispettare la percezione dal punto di vista soggettivo del soggetto coinvolto, senza entrare indebitamente in una valutazione del carattere fideistico o no di forme di manifestazione dell’appartenenza confessionale individuale⁶⁴.

In ogni caso, la risonanza che ha avuto la seconda decisione deriva dalla circostanza che è il primo caso che coinvolge il velo islamico in cui la Corte ha riscontrato una violazione della libertà religiosa della parte ricorrente.

Le due pronunzie differiscono anche per quanto concerne il ruolo rivestito dalle parti ricorrenti nell’ambito della procedura giudiziaria in cui è stato limitato l’esercizio della loro libertà religiosa. Nel caso *Hamidović*, il ricorrente aveva indossato un capo di abbigliamento religioso (un copricapo) durante la sua comparsa come testimone in un processo penale riguardante un attacco terroristico compiuto da appartenenti alla sua stessa comunità religiosa, e si era rifiutato di scoprirsi il capo quando gli era stato chiesto dal Presidente del collegio giudicante. A causa del suo rifiuto, aveva subito un’espulsione dal tribunale, una condanna per mancanza di rispetto verso la corte e alla fine era stato condannato a una sanzione pecuniaria alla luce dell’art. 232, § 3, del codice di procedura penale. La sanzione, benché ridotta, era stata confermata in sede di appello: in tale decisione, la corte giudicante aveva sostenuto che la rimozione di ogni forma di copricapo costituiva uno dei principi fondamentali della vita sociale in un ordinamento improntato ai principi di laicità e di libertà religiosa come la Bosnia-Erzegovina⁶⁵, per cui sarebbe giustificata la proibizione di ogni

Your Honour! cit., pp. 115-134; G. WATT, *Dress, Law and the Naked Truth. A Cultural Study of Fashion and Form*, Bloomsbury, London, 2013.

⁶³ Cfr. B. LAVOIE, *La fonctionnaire et le hijab*, cit., p. 28.

⁶⁴ Cfr. K. ALIDADI, *Religion, Equality*, cit., pp. 1-24 e pp. 193-230.

⁶⁵ Sebbene il principio di laicità non sia espressamente previsto dalla Costituzione statale, esso si ricava dal 2004 *Freedom of Religion Act*, Sezioni 1(1), 11(1) e 14, e da alcune pronunzie della Corte Costituzionale della Bosnia-Erzegovina (decisioni AP 286/06, 29



forma di manifestazione religiosa nell'ambito di un'aula giudiziaria. Nel contempo, il mancato pagamento dell'ammenda aveva comportato la sua successiva conversione in 30 giorni di reclusione. Nel 2015, la Corte costituzionale della Bosnia-Erzegovina, interpellata dal ricorrente, aveva reputato che non vi fosse stata alcuna violazione degli articoli 9 e 14 CEDU, tuttavia aveva riscontrato una violazione dell'articolo 6 CEDU, a causa della conversione automatica dell'ammenda in una pena detentiva.

Nel caso *Lachiri*, la ricorrente rivestiva invece il ruolo di parte civile in un processo penale e le è stato negato l'accesso all'aula giudiziaria (Corte d'Appello di Bruxelles), sulla base dell'articolo 759 del codice giudiziario belga⁶⁶, a meno che non avesse rimosso il suo *hijab*. A causa del suo rifiuto di rispettare tale regola le era stato negato l'accesso al tribunale. Il ricorso presentato sia dalla ricorrente sia da altre parti civili era stato successivamente dichiarato irricevibile dalla Corte di Cassazione belga.

6 - Presenza o no di una base normativa che valga a giustificare la restrizione della libertà religiosa

In passato, la Corte europea si è confrontata sporadicamente con la questione del porto dei simboli religiosi da parte di soggetti privati nell'ambito delle aule giudiziarie⁶⁷. In seguito a uno studio comparativo condotto dalla stessa Corte europea con riguardo alla legislazione dei trentotto stati contraenti (come la Corte di Strasburgo ha puntualmente rilevato nel caso *Hamidović*), è emerso che l'uso di simboli religiosi in aula da parte di privati cittadini non è regolato nel contesto europeo e solo quattro Stati richiedono ai cittadini privati di scoprirsi il capo in tribunale

settembre 2007, § 28, e AP 377/16, 20 aprile 2016, § 35).

⁶⁶ "La persona che assiste a un'udienza è scoperta (*découvert*), rispettosa e silenziosa: tutto ciò che il giudice ordina per mantenere l'ordine viene applicato puntualmente e istantaneamente".

⁶⁷ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. III, *Barik Edidi v. Spain* (ric. 21780/13), 26 aprile 2016; ove la ricorrente era un avvocato di sesso femminile a cui il giudice nazionale aveva richiesto di ritornare nella parte di aula destinata al pubblico, a causa del porto del *hijab*. La Corte ha dichiarato il ricorso irricevibile, in quanto la ricorrente aveva presentato il suo appello dinanzi al giudice nazionale fuori tempo, causando così un impedimento a che la Corte giungesse a una pronunzia sul merito. Con riguardo ad altre pronunzie concernenti l'esercizio della libertà religiosa nel contesto giudiziario, cfr. pure Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. II, *Francesco Sessa v. Italy* (ric. 28790/08), 2 aprile 2012; Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. II, *Pitkevich v. Russia* (ric. 47936/99) 8 febbraio 2001; Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. I, *Dimitras and Others v. Greece* (ricorsi 42837/06; 3269/07, 6099/08) 3 giugno 2010.



(Belgio, Italia, Portogallo e Slovacchia): questo genere di previsioni, in questi Stati, non è dettato con specifico riguardo ai simboli religiosi, con l'eccezione del caso belga, ove il 30 per cento delle autorità giudiziarie applica le relative norme proibitive includendo pure copricapo religiosamente connotati.

Nei casi in esame, oggetto di valutazione preliminare da parte della Corte è la presenza o no di una base normativa che giustifichi la restrizione della libertà religiosa delle parti ricorrenti.

In Bosnia, l'uso di indumenti religiosi nei tribunali è stato controverso fin dal 2015, e il dibattito è culminato in una circolare emessa dall'*High Judicial and Prosecutorial Council*. Tale circolare, che richiama un precedente atto normativo⁶⁸, ha confermato che ai giudici, ai pubblici ministeri e agli ufficiali giudiziari è interdetto indossare tali simboli durante lo svolgimento delle loro funzioni. Riguardo alle altre persone presenti nelle aule di tribunale, come ad esempio le parti o eventuali testimoni, la circolare afferma che la decisione di ordinare la rimozione di un simbolo religioso è affidata al potere discrezionale del giudice, se egli la ritiene giustificata, prendendo in considerazione il diritto all'esercizio della libertà di religione, la parità di accesso alla giustizia, l'organizzazione del procedimento e la necessità di preservare l'autoritevolezza degli organi giudiziari. Secondo la valutazione della Corte, anche se manca una vera e propria norma statale che vieta l'uso di indumenti religiosi in aula, la proibizione deriverebbe da un ampio potere discrezionale riconosciuto al giudice di regolare lo svolgimento del procedimento giudiziario.

In Belgio, la proibizione sembra fondata, come si è anticipato, su una alquanto discutibile lettura dell'art. 759 del codice giudiziario belga: l'applicazione di tale norma da parte dei giudici nazionali spazia fra atteggiamenti più severi (nei confronti delle donne islamiche che indossano il *hijab*)⁶⁹ e più flessibili (verso i simboli di gruppi religiosi maggiormente tradizionali), quindi risulta dubbia la sussistenza del requisito che tale

⁶⁸ Tale circolare richiama la *section 13* del *Courts Act 2005* della Federazione della Bosnia e dell'Erzegovina e la *section 14* del *Courts Act 2012* della *Republika Srpska*.

⁶⁹ La Corte richiama un sondaggio operato dal Centro dei diritti umani dell'Università di Gand, già messo a disposizione della stessa Corte nel caso *Hamidović*, in base al quale solo un numero esiguo di giudici belgi ha adoperato l'art. 759 per ordinare la rimozione di copricapo di natura religiosa. Tuttavia la Corte, al § 25, osserva che: "Toutefois, alors qu'aucun magistrat n'invite les religieuses catholiques portant leur voile, les juifs portant la kippa ou les sikh munis de leur turban, à les enlever, de nombreux magistrats obligent les justiciables ou les personnes présentes dans la salle d'audience à enlever leur hijab ou à quitter la salle en s'appuyant sur l'article 759 du code judiciaire".



restrizione della libertà religiosa sia "prescritta dalla legge"⁷⁰. Un'analisi storica di questa regola dimostra altresì che il suo intento originario non era collegato ad "aspettative di neutralità" ma piuttosto a "salvaguardare il corretto svolgimento dei procedimenti giudiziari"⁷¹. Nel caso di specie la Corte, pertanto, si chiede preliminarmente se l'art. 759 possa essere considerato una base giuridica appropriata per la restrizione e, pur riconoscendone l'accessibilità, ne mette in dubbio la alquanto controversa prevedibilità, ma non ritiene necessario approfondire la questione.

7 - La tensione fra il *test* di proporzionalità e il margine di apprezzamento

Entrambe le pronunzie si focalizzano sulla possibilità o no di offrire un accomodamento a pratiche religiose islamiche e si concentrano sulla questione cruciale del "margine di apprezzamento" (più o meno ampio) di cui godono gli Stati e sui suoi limiti nel campo dell'abbigliamento religioso.

In entrambi i casi, la Corte pone l'accento sul *test* di proporzionalità, che svolge quindi un ruolo chiave sia per controbilanciare il margine di apprezzamento sia per definire la "linea di demarcazione" tra la domanda di libertà religiosamente caratterizzata e l'esigenza di salvaguardia di interessi di carattere pubblico⁷².

Nel caso *Hamidović*, richiamando i casi *Ahmet Arslan* e *Şahin*⁷³, la Corte pone l'accento sulla connessione fra il fine di proteggere i valori della laicità e della democrazia, la protezione offerta dall'articolo 9 e lo scopo legittimo della protezione dei diritti e della libertà altrui⁷⁴.

⁷⁰ Cfr. J. RINGELHEIM, *Lachiri v. Belgium: Headscarf ban imposed on a civil party in a courtroom in violation of religious freedom* (in www.strasbourgobservers.com).

⁷¹ Cfr. E. BREMS, C. HERI, S. OUALD CHAIB, L. VERDONCK, *Head-Covering Bans*, cit., p. 882 ss.

⁷² Cfr. A. MADERA, N. MARCHEI, *Simboli religiosi "sul corpo" e ordine pubblico nel sistema giuridico turco: la sentenza "Ahmed Arslan e altri c. Turchia" e i confini del principio di laicità*, in R. MAZZOLA, (a cura di), *Diritto e religione in Europa. Rapporto sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di libertà religiosa*, il Mulino, Bologna, 2012, p. 125, con i relativi richiami bibliografici.

⁷³ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. II, *Ahmet Arslan and Others v. Turkey* (ric. n. 41135/98), 23 febbraio 2010; Corte Europea dei diritti dell'uomo, Grand Chamber, *Leyla Şahin c. Turquie* (ric. n. 44774/98), 10 novembre 2005.

⁷⁴ Diversamente, il giudice De Gaetano nella sua opinione concorrente afferma che i requisiti di "legalità" e del perseguimento di un "obiettivo legittimo" non sono chiaramente soddisfatti in quanto "solo in casi eccezionali, come quando il principio di laicità è incorporato nella Costituzione di un paese o dove c'è una lunga tradizione storica di laicità, si può dire che la laicità possa reputarsi inclusa nell'ambito della protezione dei diritti e



In particolare, la Corte ha utilizzato il *test* di proporzionalità per verificare se il porto di un copricapo per ragioni religiose (la cui sincerità non viene messa in dubbio dallo stesso organo giudiziario) sia indirizzato a esprimere una forma di disprezzo, di derisione o di incitamento al rigetto dei valori democratici e secolari e quindi se la sanzione dell'esclusione dal tribunale sia necessaria per la realizzazione di un fine legittimo e sia proporzionata allo scopo perseguito (la salvaguardia del corso regolare dei procedimenti giudiziari) o, al contrario, vi sia un'interferenza ingiustificata nella libertà di religione del ricorrente, in quanto erano disponibili misure alternative. Essa ha concluso che la misura adottata a livello nazionale non è giustificata.

Il caso *Hamidović* rivela pertanto una crescente tensione tra il margine di apprezzamento e la valutazione di proporzionalità⁷⁵. Secondo la Corte, il primo non può essere dissociato dall'esigenza europea di garantire che le misure adottate a livello nazionale rispondano alla preminente garanzia di proporzionalità. La Corte sottolinea preliminarmente la natura semplicemente sussidiaria del suo ruolo, e la diretta legittimazione democratica delle scelte delle autorità nazionali, più competenti a valutare i bisogni e le condizioni locali. In materie in cui le politiche statali sono diversificate, e in particolar modo quando sono in gioco le modalità di regolazione dei rapporti fra Stato e Confessioni, il ruolo del legislatore nazionale riveste infatti un peso determinante. Sebbene gli Stati godano di un ampio margine di apprezzamento nello stabilire quando limitazioni della libertà religiosa rivestono il carattere della necessità, tale margine di apprezzamento tuttavia deve procedere di pari passo con la supervisione europea, il cui compito è quello di verificare se le decisioni assunte a livello nazionale siano giustificate e proporzionate⁷⁶.

Va osservato che la prospettiva adottata a maggioranza si scontra tuttavia con l'opinione dissenziente del giudice Ranzoni, che solleva lo stimolante interrogativo relativo alle modalità del dispiegarsi del rapporto fra margine di apprezzamento e consenso a livello europeo⁷⁷. L'assenza di consenso a livello europeo in merito al porto di simboli religiosi,

delle libertà altrui".

⁷⁵ Cfr. **A. MADERA, N. MARCHEI**, *Simboli religiosi*, cit., p. 125, con i relativi richiami bibliografici.

⁷⁶ Cfr. **A. MADERA**, *Recenti orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di libertà religiosa collettiva*, in *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXI, 2015, pp. 565-570, con i relativi richiami bibliografici.

⁷⁷ Cfr. **K. DZEHTSIAROU**, *European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention of Human Rights*, in *German Law Journal*, vol. 12(10), 2011, pp. 1730-1745.



testimoniato dallo studio comparativo condotto dalla Corte in *Hamidović*, inciderebbe, secondo Ranzoni, in negativo sul riconoscimento del margine di apprezzamento statale nel caso in esame, contrariamente al modo usuale di procedere della Corte: il metodo comparativo, non sostenuto da una “omogeneità” a livello europeo, rischierebbe, infatti, di determinare una frammentarietà degli orientamenti della stessa Corte⁷⁸.

Nel caso *Lachiri*, l’analisi della Corte si focalizza ancora una volta sul *test* di proporzionalità, al fine di valutare se le motivazioni addotte dalle autorità nazionali (la coerenza della misura adottata con una previsione normativa) siano pertinenti e sufficienti a giustificare la limitazione della libertà religiosa. La Corte reputa infine che, nel bilanciamento tra la necessità della preservazione dell’ordine pubblico e l’esercizio del diritto di manifestare la propria religione, la restrizione non possa essere considerata necessaria in una società democratica. Allo stesso modo, il comportamento della ricorrente non risulta irrispettoso verso l’autorità giudiziaria né volto a perturbare o a rischiare di costituire una minaccia per il corretto svolgimento della procedura giudiziaria⁷⁹.

8 - La connessione fra posizione individuale e istituzione pubblica

...

Se entrambe le decisioni dimostrano come la Corte di Strasburgo non rinneghi il suo atteggiamento promozionale di un ampio margine di apprezzamento degli Stati in questo ambito, tuttavia il bilanciamento tra l’esercizio della libertà religiosa e le esigenze pubbliche viene a essere ponderato alla luce di plurali fattori. Le pronunzie rivelano principalmente la peculiare sensibilità del giudice europeo non solo alle diverse tipologie di spazio pubblico in cui la questione insorge (ad esempio, ente pubblico, area pubblica), ma pure al ruolo che l’attore religioso svolge in tale contesto (ad esempio, la posizione di un utente ordinario di un’istituzione pubblica va distinta da quella di chi esercita una funzione pubblica, soggetto a un dovere più rigoroso di discrezione, neutralità e imparzialità)⁸⁰.

⁷⁸ Cfr. A. JUSIC, *An (Un) Exceptional Case: Strasbourg’s Court Reserved Nod to Religious Symbols in the Courtroom*, in *Oxford Journal of Law and Religion*, 2019, 8, 1, p. 5.

⁷⁹ Cfr. Corte europea dei diritti dell’uomo, Sez. II, *Lachiri v. Belgium* (ricorso n. 3413/09), 18 settembre 2018, § 46.

⁸⁰ A tale proposito in Corte europea dei diritti dell’uomo, Sez. IV, *Hamidović v. Bosnia and Herzegovina* (ric. n. 57792/15), 5 settembre 2017, vengono citati i casi Corte europea dei diritti dell’uomo, Sez. II, *Pitkevich v. Russia* (ric. 47936/99) 8 febbraio 2001 (che riguardava il caso di un giudice che svolgeva attività di proselitismo e di preghiera durante le udienze);



Ad avviso della Corte, un fattore cruciale è rappresentato dall'adozione, da parte di alcuni paesi, di una rigida percezione della neutralità nei servizi pubblici (come forma di salvaguardia della sua imparzialità), che coinvolge non solo l'amministrazione pubblica in generale, ma anche i funzionari pubblici (come già in precedenza è stato evidenziato): tale neutralità richiede che l'apparenza del servizio pubblico debba essere "purificata" da simboli che sono espressione di un'appartenenza religiosa o filosofica⁸¹. In tale prospettiva, come si è anticipato, ai funzionari pubblici che incarnano l'istituzione pubblica è richiesto un rigoroso dovere di neutralità: tale dovere, in questi sistemi giuridici, riguarda non solo le loro azioni ma anche il loro aspetto esteriore⁸². I pubblici funzionari, al momento in cui accettano di ricoprire tale ruolo, accetterebbero consapevolmente che dalla posizione assunta deriva pure una limitazione della loro libertà di espressione religiosa⁸³. Siffatta modalità di garantire la neutralità dei servizi pubblici è stata in passato rispettata dalla Corte, che ha assunto una posizione di *self-restraint*: essa si è astenuta dal sollecitare più assertivamente gli Stati ad assicurare la libertà di espressione religiosa dei pubblici dipendenti, come è avvenuto invece in casi concernenti rapporti di lavoro di carattere privato⁸⁴. Da una

Corte europea dei diritti dell'uomo, *Grand Chamber, Dahlab v. Switzerland*, (ric. 42393/98), 15 febbraio 2001; Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. II, *Kurtulmuş v. Turkey* (ric. n. 65500/01), 24 gennaio 2006, Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. IV, *Eweida and Others v. United Kingdom* (ricorsi 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10); 27 maggio 2013; Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. V, *Ebrahimian v. France*, (ric. n. 64846/11), 26 febbraio 2016. Cfr. **A. MADERA, N. MARCHEI**, *Simboli religiosi*, cit., p. 121, con i relativi richiami bibliografici.

⁸¹ Cfr. **L. VAN BELLINGEN**, *L'accommodement raisonnable*, cit., pp. 221-248.

⁸² Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. II, *Kurtulmuş v. Turkey* (ric. n. 65500/01), 24 gennaio 2006; Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. V, *Ebrahimian v. France*, (ric. n. 64846/11), 26 febbraio 2016; *Dahlab v. Switzerland*, cit.; *Eweida and Others v. United Kingdom*; cit.

⁷² Cfr. **M. FERRI**, *The freedom to wear religious clothing in the case law of the European Court of Human Rights: an appraisal in the light of states' positive obligations*, in *Religion, State and Society*, vol. 45 (3-4), 2017, p. 190.

⁸⁴ Cfr. **M. FERRI**, *The freedom to wear*, cit., pp. 190-191, richiama a tale proposito il caso *Eweida*, sopra citato, dove la Corte ha applicato più rigorosamente il principio di proporzionalità. Tale principio, segnala l'Autrice, rimane invece "a livello astratto e teorico" nel caso *Ebrahimian*, cit., concernente una operatrice sociale impiegata in un ospedale pubblico francese con un contratto a tempo determinato, che opera a diretto contatto con i pazienti, ove, secondo la Corte, la "garanzia di neutralità" deve tutelare i pazienti contro il rischio di essere influenzati o discriminati con riguardo alla loro libertà fideistica. In tale caso, la Corte ha ignorato se la scelta dell'operatrice di indossare il velo islamico potesse incidere sulla sua possibilità di trovare un altro impiego nel settore



disamina della giurisprudenza della Corte europea, traspare come tale esigenza di rigorosa laicità sia particolarmente avvertita nel contesto del sistema dell'istruzione pubblica, laddove emerge sia un maggiore rischio di forme di "indottrinamento" religioso, sia una più forte esigenza che il docente veicoli un messaggio di tolleranza, eguaglianza, rispetto verso gli altri e non discriminazione⁸⁵.

Con riguardo a tali approcci adottati a livello di singoli Stati, non è mancata dottrina che ha evidenziato i rischi di una prospettiva che enfatizza la connessione tra neutralità e uguaglianza, determinando una transizione pericolosa da una "neutralità dell'azione" a una "neutralità dell'apparenza", cui si è già accennato: i destinatari dei servizi pubblici verrebbero considerati come bisognosi di protezione non solo contro effettive forme di discriminazione ma anche contro quelle di carattere ipotetico⁸⁶. Appare preoccupante che recentemente interpretazioni rigorose del principio di neutralità nei servizi pubblici si stiano sviluppando in molti contesti giuridici⁸⁷: tali letture sono inclini a sottovalutare la diversa posizione dei dipendenti pubblici e dei semplici utenti e a trascurare interpretazioni alternative di carattere maggiormente inclusivo, che offrirebbero una maggiore apertura verso tutte le forme di espressione religiosa. Una estensione di tali rigide letture della neutralità alla libertà espressiva dei soggetti privati esacerberebbe il fenomeno di esclusione di talune minoranze da sempre più ampi settori dello spazio pubblico.

Nello specifico contesto delle aule giudiziarie, la Corte sembra tuttavia accordare un peculiare rilievo alla connessione tra la specifica posizione individuale e la peculiare tipologia di istituzione pubblica coinvolta, considerando con molta attenzione il diverso ruolo rivestito da

pubblico.

⁸⁵ Cfr. **R. MEDDA-WINDISCHER**, *Militant or Pluralist Secularism? The European Court of Human Rights Facing Religious Diversity*, in *Religion, State & Society*, vol. 45 (3-4), 2017, p. 221; **A. MADERA, N. MARCHEI**, *Simboli religiosi*, cit., pp. 120-121, con i relativi richiami bibliografici.

⁸⁶ Cfr. **S. VAN DROOGHENBROECK**, *Les transformations du concept de neutralité de l'État: quelques réflexions provocatrices*, in **J. RINGELHEIM** (sous la direction de), *Le droit et la diversité culturelle*, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 75 ss., p. 75 ss.; **J. RINGELHEIM**, *State Religious Neutrality as a Common Standard? Reappraising the European Court of Human Rights Approach*, in *Oxford Journal of Law and Religion*, 2017, pp. 1-24.

⁸⁷ Cfr. **J. RINGELHEIM**, *Neutralité de l'Etat*, cit., cita alcuni casi in Belgio dove alle donne che indossano una *burqa* è stato negato l'accesso al tribunale, così come in Francia nel 2012 una circolare ministeriale ha vietato ai genitori di indossare simboli religiosi quando accompagnano i bambini a scuola.



giudici, ufficiali giudiziari, testimoni, parti civili⁸⁸. Questo fattore rivela specifica incidenza, in una valutazione di proporzionalità, sull'impatto che il simbolo riveste in termini di pressione, proselitismo, esigenze di pubblica sicurezza o di ordine pubblico⁸⁹.

a) ... nel caso *Hamidović*

Nel caso *Hamidović*, in particolare, la Corte sottolinea la necessità di distinguere la fattispecie in esame da altri casi precedenti riguardanti il porto di simboli religiosi nell'ambito del "luogo di lavoro": tale pronuncia non riguarda infatti la categoria dei funzionari pubblici. In siffatta prospettiva, la Corte riconosce che le limitazioni all'esercizio delle manifestazioni di libertà religiosa da parte dei giudici possono essere considerate coerenti con la Convenzione, poiché soddisfano la necessità collettiva di garantire che la giustizia verrà amministrata seguendo i parametri di indipendenza e imparzialità⁹⁰. La portata di tale prospettiva potrà essere estesa, al massimo, a coloro che esercitano il ruolo di difensori.

Seguendo il ragionamento della Corte, l'uso di simboli religiosi da parte di funzionari pubblici, "che possono essere soggetti a un obbligo di discrezione, neutralità e imparzialità, compreso il dovere di non indossare tali simboli e vestiti nell'esercizio dell'autorità ufficiale"⁹¹, deve essere distinto invece dall'uso da parte di cittadini privati. La Corte afferma infatti che "nelle società democratiche, i cittadini privati, come il richiedente, non

⁸⁸ Cfr. *Ahmet Arslan and Others v. Turkey*, cit.

⁸⁹ Cfr. **R. MEDDA-WINDISCHER**, *Militant or Pluralist Secularism?* cit., p. 220; **A. MADERA, N. MARCHEI**, *Simboli religiosi*, cit., p. 121, con i relativi richiami bibliografici.

⁹⁰ Cfr. **J. RINGELHEIM**, *Neutralité*, cit, che ricorda come in Belgio, da una parte, il Comitato per l'interculturalità ha suggerito che tale limite dovrebbe coinvolgere solo i funzionari impegnati in una "funzione di autorità" (come è di fatti previsto); secondo altre opinioni, invece la limitazione dovrebbe riguardare solo i funzionari che hanno contatti con il pubblico. Cfr. **L. VANBELLINGEN**, *L'accommodement raisonnable*, cit., pp. 221-248, che sottolinea il carattere "ibrido" del modello belga, in quanto vi è un'autorizzazione formale dei religiosi simboli e una limitazione solo per i funzionari pubblici che esercitano una "funzione di autorità". Tuttavia nel testo costituzionale la neutralità dei servizi pubblici è affermata esplicitamente solo con riguardo all'ambito scolastico. Diversamente, in Canada, ricorda l'Autore, è adottato un approccio multiculturale, e la manifestazione espressiva della propria appartenenza fideistica non viene considerata in contrasto neache con l'esercizio di funzioni pubbliche (cfr. **L. VANBELLINGEN**, *L'accommodement raisonnable*, cit., p. 235-36): in tale ordinamento la neutralità è vista come interdizione per lo Stato di favorire o sfavorire una specifica fede, non come obbligo di astensione da qualunque intervento in tale settore. Nel Regno Unito, il porto dei simboli religiosi ai funzionari è consentito solo se si adattano all'uniforme; nei Paesi Bassi sono previste restrizioni in relazione alle funzioni esercitate. Per un'analisi comparativa, **H. VAN OOIJEN**, *Religious Symbols*, cit., p. 276 ss.

⁹¹ Cfr. *Hamidović*, cit., § 40.



sono normalmente soggetti a tale dovere⁹²: in quest'ultimo caso, gli individui non sono direttamente coinvolti in siffatta esigenza di neutralità dello Stato e la loro libertà di espressione religiosa non ha ragione di essere limitata.

Per questo motivo, l'interazione istituzione pubblica/soggetto privato deve essere articolata con cura: la sola presenza di un individuo in un edificio pubblico non lo trasforma in un pubblico ufficiale con gli stessi doveri; al contrario, l'accesso a un'istituzione pubblica non può implicare la rinuncia alla propria fede e alle proprie convinzioni e la manifestazione della propria identità religiosa non può essere identificata con forme di pressioni o di proselitismo improprio⁹³. Diversamente, lo Stato sembrerebbe promuovere una neutralità asimmetrica, più incline a sostenere stili di vita e pratiche non religiose, e a scoraggiare forme di espressione individuale di appartenenza religiosa⁹⁴.

Siffatte limitazioni avrebbero un ulteriore impatto negativo sulle donne islamiche: il divieto di indossare indumenti religiosi rafforzerebbe il loro *status* di emarginazione, poiché non solo sarebbero costrette a rinunciare a eventuali posizioni lavorative nell'ambito del settore pubblico, ma pure subirebbero una limitazione nell'accesso a quegli ambienti in cui i diritti fondamentali possono essere esercitati (scuole, ospedali, aule di tribunale).

La protezione offerta dalla Convenzione non si estende, in ogni caso, a qualsiasi atto religiosamente motivato o ispirato e non garantisce un diritto assoluto a poter osservare le proprie credenze religiose nello spazio pubblico, quando siffatte convinzioni siano incompatibili con le esigenze di un contesto democratico e pluralista⁹⁵. La Corte introduce una sorta di clausola di salvaguardia: un possibile impatto indiretto di pratiche religiosamente connotate sull'efficace funzionamento del pubblico servizio non può essere escluso in maniera assoluta⁹⁶.

Nel contesto specifico delle aule di tribunale, pertanto, la Corte non preclude radicalmente che "ci possono essere casi in cui è giustificato ordinare a un testimone di rimuovere un simbolo religioso"⁹⁷. Tuttavia, in

⁹² Cfr. *Hamidović*, cit., § 40.

⁹³ Cfr. **J. RINGELHEIM**, *Neutralité*, cit.

⁹⁴ Cfr. **J. RINGELHEIM**, *Neutralité*, cit.

⁹⁵ A tale proposito viene richiamata la pronuncia Corte europea dei diritti dell'uomo, *Grand Chamber, S.A.S. v. France* (ric. n. 43835/11), 1 luglio 2014; cfr. *Hamidović*, cit., § 41

⁹⁶ In tale senso, Cfr. **L. VAN BELLINGEN**, *L'accommodement raisonnable*, cit., pp. 221-248.

⁹⁷ Cfr. *Hamidović*, § 41.



via generale, essa sollecita il mantenimento di un atteggiamento indirizzato non alla rimozione delle cause di tensione mediante uno smantellamento del pluralismo bensì alla promozione della tolleranza reciproca fra i gruppi in competizione⁹⁸: in tale senso "la Corte enfatizzerebbe che le autorità non devono trascurare le caratteristiche specifiche delle diverse religioni"⁹⁹.

Con riguardo al caso di specie, la Corte, tuttavia, considera che lo scopo repressivo non sia giustificato, data l'assenza, come si è anticipato, sia di un atteggiamento irrispettoso, sia di un illecito intento provocatorio del richiedente: questi infatti non ha mostrato "alcun programma nascosto di operare una forma di derisione"¹⁰⁰. Secondo la Corte, la posizione specifica di "conflitto di lealtà"¹⁰¹ in cui versa un testimone andrebbe altresì tenuta in adeguata considerazione. Come sottolinea la Corte, un testimone non ha altra scelta se non comparire davanti al tribunale, poiché la sua mancata apparizione comporterebbe una sanzione pecuniaria o una pena detentiva¹⁰². Sulla base del tanto sottolineato principio di proporzionalità, ai testimoni e ai membri del pubblico dovrebbe pertanto essere permesso di indossare abiti religiosi nell'aula di tribunale.

Per tutte queste ragioni, nel caso *Hamidović*, la Corte reputa che le autorità nazionali abbiano superato il pur ampio margine di apprezzamento loro riconosciuto, e che sussista una violazione dell'articolo 9, e per gli stessi motivi, una violazione dell'articolo 14¹⁰³.

b) ... nel caso *Lachiri*

La decisione *Hamidović* ha sollevato, nell'immediato, l'interrogativo se essa fosse destinata ad avere un impatto significativo al di là del contesto bosniaco-erzegovino, o se l'intento della Corte fosse quello di circoscriverne la portata alle specifiche circostanze della fattispecie in esame. Nel primo caso, da tale pronuncia si evincerebbe che l'orientamento giurisprudenziale potrebbe essere influenzato, di volta in volta: a) dal ruolo svolto dal soggetto che rivendica la possibilità di indossare un simbolo religioso nell'aula giudiziaria, e se tale ruolo sia più o meno avvicinabile all'esercizio di una pubblica funzione (che implicherebbe un maggiore riguardo al

⁹⁸ Cfr. *Hamidović*, § 41.

⁹⁹ Cfr. *Hamidović*, § 41.

¹⁰⁰ Cfr. *Hamidović*, § 41.

¹⁰¹ Cfr. S. BERLINGÒ, *Fonti del diritto ecclesiastico*, in S. BERLINGÒ, G. CASUSCELLI, S. DOMIANELLO, *Le fonti e i principi del diritto ecclesiastico*, UTET, Torino, 2000, p. 16.

¹⁰² Cfr. *Hamidović*, § 37.

¹⁰³ *Contra*, nella sua opinione dissenziente, il giudice Ranzoni ha sottolineato il ruolo sussidiario della Corte, che avrebbe dovuto limitarsi a un controllo procedurale della decisione delle autorità giudiziarie nazionali.



dovere di imparzialità); b) dalla tipologia di procedura giudiziaria in corso di svolgimento (con una maggiore severità nei giudizi di carattere penale); c) dal tipo di simbolo religioso coinvolto (può accadere infatti che l'uso "obbligatorio" di un simbolo non sia condiviso unanimemente dalla stessa comunità religiosa di riferimento), sebbene l'orientamento della Corte, come si è detto, sia quello di valorizzare la libertà individuale circa il significato da attribuire a pratiche, riti e costumi religiosi¹⁰⁴.

Una risposta (sia pure parziale) a tali interrogativi sembra essere offerta nella pronuncia *Lachiri v. Belgium*, che riguarda la sussistenza o no di un obbligo giuridico, per una donna islamica, che riveste il ruolo di parte civile in un processo penale, di rimuovere il velo per potere partecipare a tale procedura giudiziaria¹⁰⁵. Nel caso di specie, il Governo affermava che la limitazione della libertà religiosa della ricorrente fosse necessaria per tutelare l'ordine pubblico, in quanto volta a prevenire un atteggiamento non rispettoso verso l'autorità giudiziaria e in contraddizione con la condotta appropriata che deve essere tenuta in udienza¹⁰⁶.

In questo caso, il contesto nazionale di riferimento è quello belga, ove la tradizionale neutralità dello Stato si coniuga strettamente con il "nazionalismo" fiammingo, influenzando sulla configurazione dei rapporti con le minoranze¹⁰⁷. La crescente presenza dell'Islam (che è diventata la seconda religione del Paese) ha un impatto allarmante su tale assetto, e l'interazione tra la minoranza islamica e lo spazio socio-istituzionale belga sta determinando lo sviluppo di una sorta di "persecuzione del foulard"¹⁰⁸.

Seguendo la stessa logica di *Hamidović*, nel caso *Lachiri* la Corte ha dichiarato che la richiedente, in quanto privata cittadina, non poteva subire una limitazione nell'esercizio del suo diritto di manifestare la propria

¹⁰⁴ Cfr. **A. JUSIC**, *An (Un)Exceptional Case*, cit., p. 7.

¹⁰⁵ A commento, si veda **P. KAUSHIK**, *Lachiri v. Belgium and Bans on Wearing Islamic Dress in the Courtroom: An Emerging Trend*, in *Ecclesiastical Law Journal*, vol. 21/1, 2019, pp. 48-53.

¹⁰⁶ Cfr. **E. HOWARD**, *Law and the Wearing*, cit., p. 58 ss.

¹⁰⁷ Cfr. **K. ALIDADI**, *Religion, Equality*, cit., pp. 117-124.

¹⁰⁸ Cfr. **E. BREMS, C. HERI, S. OUALD CHAIB, L. VERDONCK**, *Head-Covering Bans*, cit., pp. 882-909. Cfr. Constitutional Court, Decision 145/2021, 6 dicembre 2012; Council of State, No. 223.042.27, Marzo 2013. Con la prima pronuncia, la Corte Costituzionale belga ha respinto una richiesta di abrogazione della legge che proibisce l'uso del *niqab* negli spazi pubblici. La Corte afferma che sebbene questa legge interferisca con l'esercizio della libertà religiosa femminile, l'interferenza è prescritta dalla legge, necessaria per la realizzazione di un fine legittimo e sussiste proporzionalità fra i mezzi usati e i fini perseguiti. Con la seconda pronuncia, con motivazioni simili, il Consiglio di Stato belga ha respinto il ricorso di una insegnante di matematica, che chiedeva di poter indossare il velo durante le ore di insegnamento, e contestava il regolamento che lo proibiva.



appartenenza fideistica¹⁰⁹. Allo stesso tempo, la Corte, citando il caso *Leila Şahín*, ha sottolineato la distinzione tra diverse tipologie di spazio connotate dal carattere pubblico ("via pubblica" "luogo pubblico" e "istituzione pubblica"): in quest'ultima ipotesi, ci potrebbero essere limitazioni più severe della libertà religiosa al fine di preservare la neutralità della sfera pubblica. La Corte sottolinea che un'aula di tribunale è senza dubbio un'istituzione pubblica in cui lo Stato svolge il proprio dovere fondamentale di amministrare la giustizia, e in cui il rispetto del principio di neutralità nei confronti delle credenze potrebbe prevalere sul libero esercizio individuale del diritto di manifestare la propria religione, ed è simile da questo punto di vista a una istituzione scolastica pubblica¹¹⁰. Tuttavia, nel caso in esame, questa questione non risulta esaustivamente esaminata, poiché è in gioco non la preservazione della neutralità dello spazio pubblico, bensì solo la protezione dell'ordine pubblico¹¹¹. La Corte lascia pertanto qualche margine di incertezza riguardo a quale dovere di neutralità gravi sui cittadini privati che entrano in un'istituzione pubblica in altre circostanze.

Ancora una volta, secondo la Corte, una percezione rigorosa della laicità non può giustificare limitazioni all'esercizio della libertà religiosa dei privati cittadini: non è sostenibile che il loro abbigliamento religioso possa influenzare la percezione pubblica riguardo alla corretta amministrazione della giustizia¹¹². In questo specifico caso, la Corte di Strasburgo sembra prendere le distanze da approcci di tipo "assimilazionista" come mezzo per gestire i conflitti culturali, che spesso mascherano forme di pregiudizio/resistenza nei confronti dell'"altro": come sottolinea la Corte,

¹⁰⁹ Secondo la Corte, infatti: "Ella non è un rappresentante dello Stato impegnato nell'esercizio di un ufficio pubblico e non potrebbe quindi essere vincolata, a causa di qualsiasi *status* ufficiale, da un dovere di discrezione nell'espressione pubblica delle sue convinzioni religiose".

¹¹⁰ Cfr. *Lachiri*, cit., § 45.

¹¹¹ Questo punto viene tuttavia approfondito nell'opinione dissenziente del giudice Mourou-Vikström, che sottolinea la specificità del contesto giudiziario (non assimilabile a una via o ad altro luogo pubblico), in cui tutti gli attori del processo, pubblici ufficiali e ausiliari della giustizia sono soggetti a peculiari regole di abbigliamento. I rituali "giudiziari", di cui il codice di abbigliamento costituisce una rilevante componente, sono, secondo il giudice, finalizzati a neutralizzare le differenze personali di ciascuno, al fine di porre il dibattito giudiziario al centro del processo. Le parti non sono esenti da questi obblighi perché nulla deve deviare dall'obiettivo finale che è il risultato del processo. Secondo questo indirizzo, la protezione dell'ordine non dovrebbe essere intesa limitatamente alla prevenzione da ogni forma di turbativa bensì come elemento del corretto funzionamento delle istituzioni statali, che può essere assicurato solo da una applicazione uniforme di leggi e regolamenti.

¹¹² Cfr. **J. RINGELHEIM**, *State Religious Neutrality*, cit., pp. 1-24.



tali indirizzi generano un alto rischio di limitare la libertà religiosa alla dimensione del foro interno, indebolendo il significato sia del diritto di manifestazione della libertà religiosa sia di un genuino pluralismo, che non può allinearsi con le visioni maggioritarie¹¹³. Tuttavia, la sentenza *Lachiri* rimane strettamente connessa con le peculiari circostanze del caso: rimane viva l'incertezza riguardo al punto fin cui i divieti di abbigliamento religioso nel contesto giudiziario saranno considerati coerenti con il quadro della Convenzione nel prossimo futuro¹¹⁴.

9 - Disamina breve delle pronunzie in materia di porto di simboli e della loro *ratio*

Le pronunzie esaminate sollecitano a interrogarsi, ancora una volta, sul se (e fino a che punto) la Corte sia in grado di svolgere il ruolo di garante dei diritti delle minoranze o se essa preferisca assestarsi su una posizione di *self-restraint* verso gli assetti socio-istituzionali dei singoli Stati.

Da una disamina complessiva della giurisprudenza in materia di simboli, emerge infatti come la Corte di Strasburgo sia stata per lo più incline ad accogliere le narrative maggioritarie a scapito di alcuni gruppi religiosi (Islam, Sikh): qualche opinione dottrinarica, individua addirittura un "atteggiamento di disapprovazione" della Corte nei confronti delle espressioni simboliche di appartenenze religiose minoritarie¹¹⁵.

Essa ha altresì concesso un ampio margine di apprezzamento agli Stati in casi riguardanti il divieto di indossare indumenti o simboli religiosi. A tale proposito, solo sporadicamente essa ha adottato restrizioni a tale margine, dichiarando che non era stata fornita, da parte dei soggetti

¹¹³ La Corte cita il caso a tale proposito il caso *Eweida*, cit.: "Freedom to manifest one's religion is a fundamental right: not only because a healthy democratic society needs to tolerate and sustain pluralism and diversity, but also because of the importance to an individual who has made religion a central tenet of his or her life to be able to communicate that belief to others" e S.A.S.: "democracy does not simply mean that the views of a majority must always prevail. The role of the authorities is not to remove the cause of tension by eliminating pluralism, but to ensure that the competing groups tolerate each other". Cfr. *Hamidović*, cit., § 41.

¹¹⁴ Cfr. **J. RINGELHEIM**, *State Religious Neutrality*, cit., pp. 1-24, che porta l'esempio del Belgio, ove è stato sollecitato un chiarimento sulla posizione dei laureati in giurisprudenza, a cui a volte è stato negato l'accesso al banco della difesa in ragione del porto del velo. Con riguardo all'esperienza italiana, si veda **M. CROCE**, *Sulla laicità dello Stato nelle aule giudiziarie: il caso della praticante velata*, in *Forum dei Quaderni Costituzionali*, 1 febbraio 2018, pp. 1-3.

¹¹⁵ Cfr. **A. JUSIC**, *An (Un)Exceptional Case*, cit., p. 1.



pubblici, una giustificazione sufficiente a permettere una restrizione della libertà religiosa¹¹⁶.

Va notato che l'indagine relativa alla presenza di un obiettivo legittimo giustificativo della compressione della libertà religiosa costituisce spesso il fulcro della valutazione della Corte. Gli "obiettivi legittimi" che hanno giustificato restrizioni all'esercizio della libertà religiosa sono stati molteplici, e hanno dato luogo a una "pluralizzazione" delle risposte della Corte¹¹⁷. Tale diversificazione è connessa sicuramente al ruolo di coloro che sono i destinatari di una misura limitativa della libertà di esprimere la loro appartenenza confessionale (studenti, insegnanti, impiegati pubblici), e al luogo in cui viene rivendicata la possibilità di esercitare tale libertà (istituzione scolastica, luogo pubblico, luogo di lavoro), ma pure al modello di laicità adottato nello specifico contesto nazionale¹¹⁸.

In ogni caso, tale disamina della giurisprudenza della Corte rivela una pericolosa espansione di quelli che sono qualificabili come "obiettivi legittimi". Tali obiettivi sono talora identificati nella tutela dell'interesse stringente della sicurezza pubblica, che giustifica "proporzionate interferenze" statali nell'esercizio della libertà religiosa in presenza di forme effettive di pericolo¹¹⁹: tali interferenze vengono dalla Corte giustificate (talora opinabilmente) come ricorso al "mezzo meno restrittivo" per realizzare un superiore interesse pubblico¹²⁰.

¹¹⁶ Cfr. *Eweida and Others v. United Kingdom*, cit.; *Ahmet Arslan and Others v. Turkey*, cit.

¹¹⁷ Cfr. **R. MEDDA-WINDISCHER**, *Militant or Pluralist Secularism?*, cit., p. 219. Vanno ricordati altresì i più risalenti casi decisi dalla Commissione europea *Karaduman v. Turkey* (ric. n. 16278/90) e *Bulut v. Turkey* (ric. n. 18783/91), del 1993, ove le parti ricorrenti rifiutavano di apparire senza velo nelle foto identificative necessarie per il rilascio del diploma di laurea. La Commissione europea ha reputato che, accedendo a università secolari, essi si erano impegnati a osservarne le regole, compresa quella di assicurare una pacifica convivenza con studenti di altre appartenenze fideistiche.

¹¹⁸ Cfr. **A. STEINBACH**, *Burqas and Bans: The Wearing of Religious Symbols under the European Convention of Human Rights*, in *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, Vol. 4/1, 2015, p. 29 ss.

¹¹⁹ Cfr. **A. STEINBACH**, *Burqas and Bans*, cit., p. 29 ss.

¹²⁰ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. V, *Mann Singh v. France* (ric. n. 4479/07), 13 novembre 2008; Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. III, *El Morsli v France* (ric. n. 15585/06), 4 marzo 2008; Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. II, *Phull v France* (ricorso n. 35753/03), 11 gennaio 2005: questi casi riguardano richieste da parte di funzionari pubblici di rimozione obbligatoria di indumenti o simboli religiosamente caratterizzati durante i controlli di sicurezza, ai fini dell'identificazione personale, per partecipare alle lezioni di educazione fisica, nell'ambiente lavorativo, per accedere a un consolato, etc. Si veda **E. BREMS**, *Skullcap in the Courtroom: a Rare Case of Mandatory Accommodation of Islamic Religious Practice* (in www.strasbourgobservers.com).



Talvolta la Corte ha invece adottato un atteggiamento protettivo delle "minoranze all'interno delle minoranze", qualora l'uso di indumenti religiosi, qualificabili come "*powerful external symbols*", fosse da considerarsi imposto alle donne in relazione a situazioni di disuguaglianza di genere¹²¹. Tali simboli avrebbero altresì, secondo l'opinione (non interamente condivisibile) della Corte un potenziale impatto proselitizzante, che si ripercuoterebbe negativamente sulla libertà religiosa in negativo, in particolare su talune categorie deboli (minori, studenti) esposte all'esibizione degli stessi¹²². In altri casi, esigenze di tutela della salute pubblica hanno condotto a considerare ragionevoli talune misure limitative dell'esercizio della libertà di espressione religiosa in taluni contesti istituzionali¹²³.

Talora la Corte ha altresì optato per una difesa intransigente del secolarismo (che giustifica il divieto di indumenti/segni religiosi indossati da studenti e professori nelle scuole pubbliche, nonché dai dipendenti pubblici in generale)¹²⁴, alla luce anche del significato politico che determinati simboli rivestono in specifici contesti nazionali¹²⁵. In tale modo la Corte ha, di fatto, asseverato quelle forme di laicità qualificabile come "militante" o "assertiva", per le quali l'esclusione della religione dallo spazio pubblico costituisce un tratto fondamentale, astenendosi dall'interferire con le specifiche modalità statali di "assicurare il pluralismo"¹²⁶.

Un atteggiamento quasi deferente nei confronti di approcci nazionali orientati ad affermare una percezione rigorosa della laicità sembra enfatizzato nella ancor più recente logica del "vivere insieme", che maschera a malapena una sorta di legittimazione, da parte della Corte di Strasburgo, di un'intolleranza maggioritaria nei confronti della libertà espressiva religiosamente connotata delle minoranze¹²⁷. Tale dottrina implica infatti

¹²¹ Cfr. *Dahlab v. Switzerland*, cit. Cfr. a commento E. BREMS, *Skullcap in the Courtroom*, cit.

¹²² Cfr. A. STEINBACH, *Burqas and Bans*, cit., p. 29 ss. Si vedano le pronunzie *Dahlab v. Switzerland*; *Leyla Şahin c. Turquie*, cit.

¹²³ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. V, *Kervanci v. France* (ric. n. 31645/04), 4 dicembre 2008; Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. V., *Dogru v. France* (ric. n. 27058/05), 4 dicembre 2008; caso *Chaplin in Eweida and Others v. United Kingdom*, cit.

¹²⁴ Cfr. *Dogru v. France*; *Leyla Şahin c. Turquie*, cit.

¹²⁵ Cfr. R. MEDDA-WINDISCHER, *Militant or Pluralist Secularism?*, cit., p. 221; E. BREMS, *Skullcap in the Courtroom*, cit.

¹²⁶ Cfr. A. STEINBACH, *Burqas and Bans*, cit., p. 29 ss.

¹²⁷ Cfr. *S.A.S. v. France* (ric. n. 43835/11), cit. Seguono lo stesso indirizzo Corte europea dei diritti dell'uomo, *Belcacemi and Oussar v. Belgium* (ric. n. 37798/13), 11 luglio 2017; Corte



che un fattore ineludibile del consenso sociale sia rintracciabile nella circostanza che le relazioni individuali siano caratterizzate dalla possibilità di una identificazione fisica del volto; al contrario, forme di accomodamento del *niqab* o del *burqa* pregiudicherebbero il libero scambio comunicativo e comprometterebbero i diritti e le libertà altrui¹²⁸. In questa percezione, uno Stato che persegue “l’ambition universelle de la transcendance par le politique et les formes concrètes du processus de singularisation des particularismes de toutes natures par la citoyenneté”¹²⁹ sarebbe chiamato a farsi garante di una interazione fra gli individui e di una integrazione sociale che possono essere perseguite anche al prezzo del sacrificio di appartenenze identitarie particolari¹³⁰.

10 - L’analisi del limite “dei diritti e delle libertà altrui”

L’ambiguità del richiamo alla tutela “dei diritti e delle libertà altrui”, fattore inizialmente strettamente intrecciato con la tutela dell’ordine pubblico, risiede pertanto nella circostanza della sua riferibilità o no esclusivamente ad altri diritti tutelati dalla Carta: in precedenza, la Corte aveva riconnesso la tutela dei diritti altrui sia al diritto degli studenti a non essere esposti a simboli di carattere ostentatorio, che costituirebbero uno strumento di pressione, proselitismo e propaganda; sia alla protezione delle donne da forme di coercizione derivanti da tradizioni religiose di carattere patriarcale¹³¹. Nella pronuncia S.A.S. (e nelle successive pronunzie concernenti il Belgio) la Corte ha invece collegato “i diritti e le libertà altrui” all’ambiguo concetto del vivere insieme, che implicherebbe una comunicazione a viso aperto¹³². Essa si è quindi discostata sia dai

europea dei diritti dell’uomo, II Sez., *Dakir v. Belgium* (ric. n. 4619/12), 11 luglio 2017. Cfr. a commento **G. CASUSCELLI**, *Il divieto di indossare il niqab del codice penale belga all’esame della Corte europea dei diritti dell’uomo: un passo in avanti per la formazione del “precedente” che mette a rischio il pluralismo religioso*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 26 del 2017, pp. 1-28; **E. BREMS**, *Skullcap in the Courtroom*, cit.; **A. MADERA**, *La parabola del velo*, cit., con i relativi richiami bibliografici.

¹²⁸ Cfr. **M. ADRIAN**, *The Principled Slope: Religious Freedom and the European Court of Human Rights*, in *Religion, State and Society*, vol. 45 (3-4), 2017, p. 179, 11 dicembre 2017.

¹²⁹ Cfr. **D. SCHNAPPER**, *L’esprit démocratique des lois*, Paris, Gallimard, 2014, p. 39.

¹³⁰ Cfr. **B. LAVOIE**, *La fonctionnaire et le hijab*, p. 42.

¹³¹ Cfr. **P.G. DANCHIN**, *Islam in the Secular Nomos*, cit., p. 728.

¹³² Si veda in tale direzione pure la pronuncia di un giudice inglese, ove a un insegnante di lingue è stato precluso l’uso del *niqab* in quanto pregiudicava l’efficacia dei processi



tradizionali elementi giustificativi di una limitazione della libertà religiosa in ragione di ben consolidati interessi pubblici (ordine pubblico, pubblica sicurezza, salute pubblica), sia dal fattore dell'impatto negativo che la libertà di espressione religiosa può esercitare su soggetti terzi che vengono esposti al suo esercizio (proselitismo indebito, indottrinamento religioso). In tale guisa, è stata ampliata pericolosamente la gamma di eccezioni al libero esercizio della libertà religiosa, in vista di più generici interessi pubblici che sembrano rientrare a fatica nel perimetro dei "diritti altrui" delineato dall'art. 9.2 CEDU¹³³. Da un lato, il tratto positivo di tale decisione è stato quello di riportare la valutazione della legittimità o no della presenza del simbolo nella sfera pubblica nell'ambito di una analisi di proporzionalità, quale chiave per esaminare i conflitti fra maggioranze e minoranze; dall'altro, la Corte sembra allo stesso tempo avere decostruito tale parametro, attribuendo valore giuridico a elementi di carattere "sociologico"¹³⁴.

A tale proposito, da qualcuno è stata rilevata una preoccupante transizione da una traiettoria giurisprudenziale indirizzata ad analizzare concretamente specifici fatti, contesti giuridici e danni concreti derivanti sia da limitazioni sia dall'esercizio incontrollato della libertà religiosa, a pregiudizio di altri valori fondamentali, a una prospettiva che enfatizza principi di carattere più generale e astratto: si è generata una eccessiva espansione del margine di apprezzamento, che, sebbene sia in parte determinata dall'assenza di *standard* uniformi fra gli Stati europei in questa materia¹³⁵, va a detrimento del ruolo supervisorio che dovrebbe essere esercitato dalla stessa Corte e si discosta da una rigorosa analisi della proporzionalità fra scopi perseguiti e mezzi utilizzati¹³⁶. Secondo parte della dottrina, gli sviluppi di queste logiche hanno un impatto sull'idea di neutralità promossa dalla Corte di Strasburgo, che si sposta pericolosamente dalla "neutralità come assenza di coercizione" alla "neutralità come esclusione della religione dalla sfera pubblica"¹³⁷. Questa

comunicativi: *Employment Appeal Tribunal, Azmi v Kirklees Metropolitan Borough Council*, 30 March 2007, EAT/0009/07, IRLR 484.

¹³³ Cfr. **A. STEINBACH**, *Burqas and Bans*, cit., p. 29 ss.

¹³⁴ Cfr. **M. HUNTER-HENIN**, *Living Together in an Age of Religious Diversity: Lessons from Baby Loup and SAS*, in *Oxford Journal of Law and Religion*, vol. 4(1), 2014, pp. 94-118; **M.-C. RAY**, *The Intersection of Laïcité and American Secularism: the French Burqa Ban in the Context of United States Constitutional Law*, in *Wash & Lee J. C. R. & Soc. Just.*, vol. 18, 2011, pp. 135-165.

¹³⁵ Cfr. **A. STEINBACH**, *Burqas and Bans*, p. 29 ss.

¹³⁶ Cfr. **M. ADRIAN**, *The Principled Slope*, cit., pp. 174-185

¹³⁷ Cfr. **J. RINGELHEIM**, *State Religious Neutrality*, cit., pp. 1-24.



nuova prospettiva non si scontra solo con la percezione stessa del pluralismo religioso della Corte, che dovrebbe essere

"costruita sul genuino riconoscimento e rispetto della diversità e delle dinamiche delle tradizioni culturali, delle identità etniche e culturali, delle credenze religiose, delle idee e dei concetti artistici, letterari e socioeconomici"¹³⁸,

ma fomenta un'ulteriore irrisolta questione, ovvero se la Corte sia più propensa ad assecondare, in maniera asimmetrica, forme di espressione religiosa maggioritaria a cui finisce per attribuire un messaggio valoriale "pubblico" rispetto alle forme di espressione religiosa individuale (minoritaria) di fede¹³⁹.

Nelle pronunzie *Hamidović* e *Lachiri* la Corte sembra invece abbracciare un nuovo percorso: essa tiene in attenta considerazione le variabili del caso nell'offrire risposte alla "sfida del vivere insieme"¹⁴⁰, in vista di garantire la massima tutela (e il minimo sacrificio) delle istanze di libertà oggetto del caso¹⁴¹, mediante un utilizzo flessibile di parametri già in precedenza collaudati. Il segnale di svolta, cui sembra improntato il caso *Hamidović*, sembra raccolto pure in *Lachiri*, evidenziando una tendenza della Corte a non appiattirsi automaticamente sulle scelte dei decisori nazionali, se queste non risultano puntualmente giustificate¹⁴²: l'approccio adottato, attento a valutare minuziosamente le specifiche circostanze in gioco, sembra infatti avere l'intento di analizzare non solo il diverso impatto che le restrizioni statali possono avere su diversi simboli religiosi, ma pure l'incisività dei diversi simboli sul contesto di riferimento, quale giustificazione della misura limitativa¹⁴³.

Nella prima pronunzia, la Corte riconferma che l'argomentazione governativa, secondo la quale la restrizione della libertà religiosa avrebbe l'obiettivo di sostenere i valori laici e democratici e andrebbe collegata allo scopo legittimo della "protezione dei diritti e delle libertà altrui" alla luce dell'articolo 9, § 2, è coerente con la precedente giurisprudenza della Corte. Tuttavia la Corte, nel caso di specie, attribuisce peculiare rilievo alla

¹³⁸ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Grand Chamber, Gorzelik and Others v. Poland* (ric. n. 44158/98), 17 febbraio 2004.

¹³⁹ Cfr. **J. RINGELHEIM**, *State Religious Neutrality*, cit., pp. 1-24.

¹⁴⁰ Cfr. **A. SHACHAR**, *Squaring the Circle*, cit., p. 36.

¹⁴¹ Cfr. **S. DOMIANELLO**, *Conclusioni. Salutari esercizi di liberalismo nel farsi del diritto antidiscriminatorio in materia di religione*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2013/1, p. 240; **A. MADERA**, *Recenti orientamenti*, cit., p. 557, con i relativi richiami bibliografici.

¹⁴² Cfr. **A. JUSIC**, *An (Un)Exceptional Case*, cit., p. 9.

¹⁴³ Cfr. **A. JUSIC**, *An (Un)Exceptional Case*, cit., pp. 2-8.



circostanza che la misura limitativa della libertà religiosa imposta a livello statale non possiede il carattere della “necessità in uno stato democratico”¹⁴⁴.

Nella seconda pronunzia, i valori della democrazia e del secolarismo non vengono affatto in gioco: tali valori non sono infatti invocati come scopo legittimo della restrizione, che era stato invece identificato dagli attori statali con la protezione dell'ordine pubblico. La Corte tuttavia, anche in questo caso, richiama ancora una volta la necessità di una società democratica di perseguire uno scopo legittimo (*ex art 9.2*) quale unico criterio suscettibile di giustificare una limitazione della libertà di espressione religiosa: questa limitazione solo in presenza di tale finalità potrà considerarsi coerente con la Convenzione.

11 - Una svolta a favore delle minoranze?

Un ulteriore elemento di novità è offerto dallo sforzo della Corte di garantire una maggiore coerenza fra le richieste di accomodamento delle minoranze in un contesto a maggioranza musulmana, con le rivendicazioni islamiche in contesti in cui l'Islam è una religione minoritaria. Come si è anticipato, la Corte è stata spesso accusata di assumere un'attitudine maggiormente scettica nei confronti delle richieste di accomodamento islamiche in contesti in cui l'Islam è visto come una appartenenza fideistica “nuova” e minacciosa, e di valutare i suoi simboli con uno sguardo “filtrato” dall'ottica maggioritaria¹⁴⁵. In tale senso, la pronunzia *Hamidović* si colloca nello stesso filone ermeneutico del caso *Ahmet Arslan*: entrambi i casi riguardano le richieste di minoranze (o comunque sia di correnti minoritarie) in un contesto di maggioranza musulmana. Come si è in parte anticipato, essa ha lasciato pertanto irrisolto il dubbio relativo alla possibile futura valutazione di situazioni simili in contesti diversi, ove l'appartenenza islamica costituisca invece una componente minoritaria, come è poi avvenuto nella pronunzia *Lachiri*¹⁴⁶.

Il caso *Hamidović* ha pertanto risollevato l'interrogativo, a livello dottrinario, se, ancora una volta, la Corte intendesse promuovere una sorta di “doppio standard”¹⁴⁷, considerando gli Stati ove la tutela di base del

¹⁴⁴ Cfr. A. JUSIC, *An (Un)Exceptional Case*, cit., p. 3.

¹⁴⁵ Cfr. E. BREMS, *Skullcap in the Courtroom*, cit.

¹⁴⁶ Cfr. A. JUSIC, *An (Un)Exceptional Case*, cit., p. 2.

¹⁴⁷ Cfr. W. SADURSKY, *Partnering with Strasbourg: Constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe*



diritto di libertà religiosa, e dei diritti umani in senso più ampio, è meno consolidata, un “terreno” ove è più agevole “sperimentare aggiustamenti” dei propri indirizzi giurisprudenziali¹⁴⁸: in tale caso la valutazione della legittimità del porto di un simbolo in gioco sarebbe stata influenzata dal contesto giuridico-culturale-sociale di riferimento, e avrebbe avuto cruciale rilievo la circostanza se esso, in tale ambito, rivestisse carattere tradizionale o anticonvenzionale¹⁴⁹.

Tuttavia, la coerenza fra le pronunzie *Hamidović* e *Lachiri* fa auspicare il superamento, da parte della Corte, di siffatte metodologie, oggi non più “pienamente sostenibili”¹⁵⁰: essa sembra infatti avere affermato con maggior forza il proprio dovere specifico di mettere in atto meccanismi giuridici volti a correggere le “imperfezioni” legislative dei singoli ordinamenti europei, anche di quelli di Stati “di vecchia accessione”, ove gli assetti democratici, in materia di diritti umani, sono maggiormente “consolidati”¹⁵¹. Tali imperfezioni implicherebbero altrimenti l'emarginazione delle minoranze, gravate interamente dell'onere di sostenere i “costi” provenienti dalla loro scelta finalizzata a conformarsi ai doveri derivanti dalla loro identità religiosa¹⁵².

12 - La questione irrisolta di forme religiosamente motivate di *face covering* in ambito europeo

Va notato che le pronunzie in esame non affrontano la questione della presenza, nell'ambito delle aule giudiziarie, di forme più pervasive *face covering* religiosamente caratterizzato (*niqab*, *burqa*). Un segnale di chiusura verso il *niqab* è stato tuttavia da qualcuno rintracciato nel caso *Hamidović*¹⁵³,

and the Idea of Pilot Judgements, in *Human Rights Law Review*, vol. 9, 3, 2009, pp. 397-453; **A. MADERA**, *Recenti orientamenti*, cit., p. 568, con i relativi richiami bibliografici.

¹⁴⁸ Cfr. **A. JUSIC**, *An (Un)Exceptional Case*, cit., p. 2, richiama a tale proposito il ben noto filone giurisprudenziale della corte relativo alle controversie in merito al riconoscimento delle confessioni religiose nei paesi dell'est europeo.

¹⁴⁹ Cfr. W. COLE DURHAM JR. et AL., (eds.), *Islam, Europe and Emerging Legal Issues*, Ashgate, Williston (VT), 2012.

¹⁵⁰ Cfr. **A. JUSIC**, *An (Un)Exceptional Case*, cit., p. 10.

¹⁵¹ Cfr. **S. FERRARI**, *La Corte di Strasburgo e l'articolo 9 della Convenzione europea. Un'analisi quantitativa della giurisprudenza*, in R. MAZZOLA (a cura di), *Diritto e religione in Europa*, cit., p. 35

¹⁵² **A. MADERA**, **N. MARCHEI**, *Simboli religiosi*, cit., p. 126, con i relativi richiami bibliografici.

¹⁵³ Cfr. *Hamidović*, § 41.



nel momento in cui la Corte “non esclude” che in alcuni casi si possa concretizzare l’esigenza che un testimone sia chiamato a rimuovere capi di abbigliamento religiosamente caratterizzati¹⁵⁴.

Nel caso *Hamidović*, la Corte ricorda altresì la maggiore severità delle regole introdotte in alcuni ordinamenti europei nel caso del *burqa* e del *niqab*. Come è noto, l’uso in pubblico di tale forma di simbolo religioso è stato vietato da alcune legislazioni nazionali ed è completamente deregolato in altri sistemi¹⁵⁵. Le misure proibitive adottate da diversi Stati europei rivelano una reazione giuridica “allarmata” verso siffatte forme di manifestazione dell’identità confessionale, che, secondo qualcuno, sembrano replicare la preoccupazione destata dal fenomeno dei nuovi movimenti religiosi a partire dal 1970¹⁵⁶. Le giustificazioni addotte per tale chiusura ordinamentale spaziano, a loro volta, dalle consuete esigenze di sicurezza e ordine pubblico, al timore di forme di rifiuto di integrazione da parte di alcune comunità religiose, dell’innanzamento di simboliche “barriere” ai processi di comunicazione (principalmente nell’ambito dell’istruzione), della perpetuazione di forme di disuguaglianza di genere, fino alla assertiva preservazione, a livello statale, di forme di “*irreligious neutrality*”¹⁵⁷. Sebbene acuta dottrina mantenga un atteggiamento cauto verso la legittimità di forme di proibizione generalizzata per tale forma di esercizio della libertà di espressione religiosa¹⁵⁸, è innegabile che già, in qualche caso, la Corte Europea abbia giustificato limitazioni a siffatta forma espressiva nell’ambito di uno spazio pubblico di carattere informale, anche

¹⁵⁴ Cfr. E. HOWARD, *Law and the Wearing*, cit., p. 58 ss.

¹⁵⁵ Per un’ampia disamina, N. COX, *Behind the Veil, A Critical Analysis of European Veiling Laws*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham-Northampton (MA), 2019; A. FERRARI, S. PASTORELLI (eds.), *The Burqa Affair Across Europe: Between Public and Private Space*, Routledge, London-New York, 2016. In particolare, cfr. S. FERRARI, *In Praise of Pragmatism*, ivi, pp. 10-11. Cfr. altresì S. FERRARI, *Il “burqa” e la sfera pubblica in Europa*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2012/1, p. 3 ss.; A. FERRARI, *La lotta dei simboli e la speranza del diritto (Parte seconda): la guerra “italiana” al “burqa” e al “niqab”*, ivi, p. 39 ss. Va ricordato che il 31 ottobre 2019 la Corte d’Appello di Milano, confermando l’orientamento del giudice di primo grado del 20 aprile 2017, ha considerato non discriminatoria una delibera della Regione Lombardia che proibisce l’accesso ai luoghi pubblici di persone con volto coperto per esigenze di pubblica sicurezza. La Corte ha rigettato la proposta delle associazioni ricorrenti, che suggerivano di prevedere forme di rimozione temporanea a fine identificativo. Con riguardo specifico all’ordinamento belga, J. VRIELINK, E. BREMS, S. OUALD-CHAIB, *Il divieto del “burqa” nel sistema giuridico belga*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2012/1, 2012, p. 161 ss.

¹⁵⁶ Cfr. S. FERRARI, *In Praise of Pragmatism*, cit., pp. 10-11.

¹⁵⁷ Cfr. E. HOWARD, *Law and the Wearing*, cit., p. 58 ss.

¹⁵⁸ Cfr. S. FERRARI, *In Praise of Pragmatism*, cit., pp. 10-11.



se tale porto non è accompagnato dal rischio di un concreto pregiudizio ai diritti altrui, asseverando - come si è già ricordato - una specifica proiezione nazionale del vivere insieme. Viene in tale modo minusvalutato il rilievo della possibilità dell'esercizio anche di libertà "in negativo" nello spazio pubblico (che pur dovrebbero trovare tutela *ex art. 8 CEDU*), che potrebbe invece contribuire a corroborare la portata delle garanzie offerte *ex artt. 9 e 14 CEDU*¹⁵⁹.

La stessa Corte non si è tuttavia ancora confrontata con istanze mirate a ottenere forme di ragionevole accomodamento di tale forma di simbologia religiosa in uno spazio pubblico di carattere istituzionale. Risulta significativo, tuttavia, che esigenze di un trattamento di eccezione con riguardo all'uso del *burqa* e del *niqab* nelle aule giudiziarie siano state riscontrate a livello di giurisdizioni statali (che si sono sforzate di muoversi in un orizzonte di compatibilità con gli orientamenti del giudice europeo)¹⁶⁰; e ciò non solo in sistemi tradizionalmente orientati a privilegiare la simbologia religiosa di matrice cristiana¹⁶¹, ma anche in

¹⁵⁹ Cfr. **A. LICASTRO**, *I mille splendidi volti della giurisprudenza della Corte di Strasburgo: "guardarsi in faccia" è condizione minima del "vivere insieme"*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 24 del 2014, p. 36.

¹⁶⁰ Come è noto, il Regno Unito, nell'ambito dell'*Human Rights Act* del 1998, ha "incorporato" la Convenzione europea, e subisce pertanto l'influsso della giurisprudenza della Corte europea: **S. FARRAR, G. KRAYEM**, *Accommodating Muslims*, cit., p. 6.

¹⁶¹ Cfr. **S. HAYDN-QUINDEAU**, *Religious Symbols in Public Space: the German Way*, in **AA. VV.**, *Pluralismo religioso e integrazione europea*, cit., pp. 156-170. Va ricordato che una controversia di tale tipo è insorta dinanzi al Tribunale Regionale Superiore della Baviera, che nel 2014 ha statuito che una tirocinante legale non potesse indossare il velo durante le apparizioni pubbliche in tribunale. La posizione della Corte si fondava su una ordinanza statale del 2008. Il Governo in quel momento diede disposizione ai tribunali regionali che i tirocinanti legali potessero essere autorizzati a indossare il velo solo in quella parte dell'aula giudiziaria destinata al pubblico.

La tirocinante ha accusato lo Stato di discriminazione e ha intentato altresì una causa contro l'ordine degli avvocati.

A giugno 2016 un tribunale distrettuale di Augusta si è pronunciato a favore della parte istante. I giudici hanno affermato che non sussistesse alcuna legge bavarese che obbligasse i tirocinanti legali ad abbracciare "una visione del mondo neutrale o di neutralità religiosa".

Il Governo statale della Baviera ha successivamente presentato ricorso in appello contro la sentenza. Il ministro della Giustizia bavarese Winfried Bausback, a tale proposito, ha sostenuto che "Every party, every defendant and every other person involved in the legal process, anyone that comes in contact with the judiciary, needs to be able to trust in the independence, the neutrality and the clear objectivity of judges and prosecutors". Il governo centrista bavarese ha successivamente deciso di adottare una legge che proibisse ai funzionari di indossare "indumenti o simboli religiosi che potessero sollevare dubbi sulla loro indipendenza, neutralità o impegno nei confronti dello stato di diritto". Tale legge è entrata in vigore in aprile 2018.



ordinamenti in genere inclini a trovare forme di accomodamento della diversità religiosa¹⁶², operando più cauti bilanciamenti fra esigenze di

In precedenza rispetto all'entrata in vigore di siffatto testo normativo, il tribunale di Monaco ha riconfermato la proibizione nei confronti della tirocinante nel marzo 2018, al fine di garantire che "non vi fossero dubbi sull'indipendenza e la neutralità" dell'aula giudiziaria. Il 17 marzo 2019 la Corte Costituzionale della Baviera ha infine confermato la legittimità della proibizione del porto del velo nell'aula giudiziaria per i giudici e i pubblici ministeri, rigettando il ricorso della comunità religiosa islamica secondo cui tale divieto si pone in violazione non solo del diritto alla libertà religiosa, ma pure di quello all'uguaglianza fra diversi gruppi religiosi, poiché la proibizione non riguarda i crocifissi presenti nelle aule giudiziarie. A tale ultimo proposito, la Corte ha replicato che "The furnishings of rooms for court proceedings concern a clearly different matter than the wearing of religious or ideological symbols by the officials concerned": la presenza dei simboli cristiani riguarderebbe l'amministrazione giudiziaria nel suo complesso e non inciderebbe sulla neutralità dei singoli giudici. Nel marzo 2016, inoltre, a una donna islamica che aveva promosso un'azione giudiziaria per alcuni insulti di carattere discriminatorio ricevuti in una stazione ferroviaria, è stato richiesto dal giudice di rimuovere il *niqab* per prestare la sua deposizione, affinché lo stesso giudice potesse osservare le sue "reazioni" durante il processo, altrimenti la sua istanza sarebbe stata rigettata. La donna ha deciso infine di scoprire il volto in quanto il giudice era di sesso femminile e il pubblico, trovandosi alle sue spalle, non avrebbe potuto vedere il suo viso. Qualche anno prima, tuttavia, la German Federal Constitutional Court (1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10, 27 January 2015) ha reputato che una proibizione di carattere generale agli insegnanti di manifestare la propria fede mediante il proprio aspetto esteriore, indossando il velo, fosse in contraddizione con l'art. 4(1)(2) della *German Basic Law*.

¹⁶² Si veda la pronuncia inglese *R. v. D (R)* ([2013] Eq LR 1034), (Blackfriars Crown Court, 16 September 2013), giudizio penale in primo grado in cui una donna islamica era accusata di intimidazione di testimone e, dovendo rendere una deposizione, rappresentava una potenziale testimone in sua stessa difesa. La donna ha rifiutato di rimuovere il *niqab* su richiesta del giudice della *Crown Court*. Il giudice, dopo avere chiarito preliminarmente che la sua decisione riguardava solo la posizione di un imputato e non era estensibile ad altre figure nell'ambito di una procedura giudiziaria, ha stabilito che tale questione non poteva essere lasciata alla discrezione giudiziaria ma necessitava il ricorso a regole normative dotate di chiarezza, ossia ai principi adoperati nella prassi della *Crown Court* (quali i principi di *the rule of law*, *open justice* and *the adversarial trial*). Egli si è sforzato altresì di muoversi in coerenza con i principi affermati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo alla luce dell'art. 9 CEDU, tentando di bilanciare il diritto di manifestare la propria fede con gli interessi alla pubblica sicurezza, all'ordine pubblico, alla salute, alla morale, alla tutela dei diritti altrui, che comprendono "*the rights of persons who come before the court as complainants, witnesses and juror*". Ha considerato pertanto imprescindibili l'esigenza di identificazione fisica dell'accusato e la centralità del diritto della giuria di esprimere il proprio giudizio alla luce di una valutazione del comportamento globale dell'imputata, che richiede la possibilità di osservarla senza velo mentre rende la sua testimonianza. Sussiste infatti un interesse legittimo al corretto ed efficiente funzionamento delle corti penali che può giustificare una limitazione della libertà religiosa nell'ambito di una valutazione di proporzionalità che tenga conto dei "*rights and freedoms of the public, the press, and other interested parties such as the complainant in the proper administration of justice*". La limitazione



della libertà religiosa risulta pertanto necessaria al fine di evitare un effetto negativo che ricadrebbe sulla corretta amministrazione della giustizia. La Corte ha riconosciuto infine che la donna nei cui confronti era stata promossa l'azione penale potesse assistere al processo indossando il velo, informata delle eventuali conseguenze pregiudizievoli di tale sua decisione, ma avrebbe dovuto rimuoverlo nel momento in cui avesse reso la sua deposizione, così come nella fase dell'accertamento della sua identità. Il giudice tuttavia ha previsto che alcune misure di salvaguardia potessero essere predisposte affinché il suo volto non fosse visibile all'intero pubblico, ma solo al giudice, ai difensori e alla giuria, al fine di "alleviare il disagio" della teste (uso di un sistema televisivo a circuito chiuso e possibilità di posizionarsi dietro uno schermo in maniera da essere visibile solo al giudice, alla giuria e agli avvocati ma non al pubblico).

La Corte ha altresì vietato la diffusione o pubblicazione di foto o disegni della teste col volto scoperto. Pertanto il velo non è stato parificato a una forma di "disabilità" ma considerato come una "scelta" che deve cedere di fronte a esigenze superiori: "(1) The defendant must comply with all directions given by the Court to enable her to be properly identified at any stage of the proceedings. (2) The defendant is free to wear the niqab during trial, except while giving evidence. (3) The defendant may not give evidence wearing the niqab. (4) The defendant may give evidence from behind a screen shielding her from public view, but not from the view of the judge, the jury, and counsel; or by mean of a live TV link. (5) Photographs and filming are never permitted in court. But in this case, I also order that no drawing, sketch or other image of any kind of the defendant while her face is uncovered be made in court, or disseminated, or published outside court". La donna è stato successivamente sottoposta a processo e ha preferito non rendere la deposizione a sua difesa, ma ha partecipato all'udienza mantenendo il velo. Ai fini identificativi, il tribunale si è avvalso di un ufficiale di polizia di sesso femminile. La giuria non è stata in grado di prendere una decisione in merito alla colpevolezza sua e al suo co-imputato, ma in attesa di un nuovo processo è stato presentato un motivo di colpevolezza. Il caso ha lasciato aperto il dubbio se ella intendesse semplicemente avvalersi della facoltà di non essere chiamata a deporre a sua difesa o se abbia rinunciato a tale opzione per non essere costretta a svelarsi.

Il giudice inglese ha deciso ulteriori casi concernenti il porto del *niqab* nell'aula giudiziaria. Cfr. *Ahmed v. Ahad* [2011] EWCA civ 51, caso di natura civilistica concernente una controversia in relazione alla proprietà di un ristorante: qui la testimone era la moglie del convenuto, e la sua testimonianza ha suscitato una duplice diffidenza del giudice, che ha reputato che la donna tentasse di "sfuggire" a una valutazione imparziale sia per l'uso del velo, sia per la richiesta di avvalersi dell'uso di un interprete per la traduzione della sua testimonianza in lingua inglese. La questione è stata infine decisa in base alle circostanze di fatto; tuttavia in seguito l'*Upper Tribunal* ha reputato che il processo di primo grado fosse stato proceduralmente scorretto in quanto il giudice di primo grado non aveva indagato sulla possibilità che la testimone rendesse la sua testimonianza senza il velo e l'effetto che tale questione avrebbe avuto sulla valutazione della testimonianza. Si veda su tale pronuncia **M. HILL**, *Legal and Social Issues Concerning the Wearing of the Burqa and Other Head Coverings in the United Kingdom*, in A. FERRARI, S. PASTORELLI (eds.), *The Burqa Affair Across Europe*, cit., p. 94; **ID.**, *Legal and social issues concerning the wearing of the "burqa" and other head coverings in the United Kingdom*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2012/1, p. 83 ss. Cfr. ancora *AAN v Secretary of State for the Home Department* [2014] UKUT 00102 (IAC), caso concernente una questione di immigrazione nel Regno Unito. Dopo diversi gradi di giudizio, durante i quali la richiesta di asilo era stata ripetutamente rigettata, durante una udienza dinanzi



all'*Upper Tribunal* è stata sollevata l'ulteriore questione se la testimone, sorella del ricorrente, potesse testimoniare indossando il velo e se la sua testimonianza rivestisse importanza cruciale (in quanto il ricorrente rischiava, nel momento in cui fosse andato in Afghanistan per il matrimonio di una congiunta, di non essere più riammesso nel paese ospitante). Alla testimone è stato infine concesso di testimoniare con il velo, ma la qualità della testimonianza resa è stata reputata insoddisfacente. Cfr. infine *Re S.* [2007] 2 FLR 461, [2006] EWHC 3743 (Fam.), giudizio - in primo grado - di diritto familiare concernente una donna, che ricondotta nel suo paese di origine per un periodo di vacanza, era stata costretta a un matrimonio forzato con minacce fisiche e morali e la sua conseguenziale richiesta di un decreto di nullità di tale unione. In quest'ultimo caso, alla testimone è stato consentito di rendere la sua testimonianza in un'aula giudiziaria interamente al femminile, con l'eccezione del suo difensore (che ha evitato il contatto visivo con la donna mediante l'uso di un ombrello), interdicendo l'ingresso agli uomini in quella parte dell'aula che avrebbe consentito di vedere la ricorrente. Per una disamina più approfondita di tale casistica, cfr. **R. BARKER**, *The Full Face Covering Debate: An Australian Perspective*, in *UWA Law Rev.*, vol. 36(1), 2012, p. 143 ss.; **ID.**, *Burqas and Niqabs in the Courtroom: Finding Practical Solutions*, in *Australian Law Journal*, vol. 91/2, 2017, p. 225-243.

Per un esame dell'ondivaga giurisprudenza inglese più risalente sul tema, si veda altresì **J. ROBSON**, *The Veil*, cit., pp. 319-343. Tale giurisprudenza, secondo l'Autore, ha adottato un approccio *case-by-case*, tenendo conto di volta in volta della natura dell'udienza, delle circostanze del caso e degli argomenti sollevati. In diversi casi sono state trovate forme di accomodamento della libertà religiosa delle donne islamiche per evitare di costringerle a una difficile scelta fra la fedeltà alla loro identità religiosa e la possibilità di accedere al sistema giudiziario. Vanno ricordate le linee guida emanate in Inghilterra nel 2007, relative al codice di abbigliamento nell'ambito dell'aula giudiziaria, che deve essere osservato dalle parti, dai testimoni, dai magistrati, dai membri della giuria, dagli avvocati e dal personale del tribunale, anche di carattere occasionale: "There is room for diversity, and there should be willingness to accommodate different practices and approaches to religious and cultural observance". Inoltre, "it is often possible [...] to assess the evidence of a woman wearing a niqab [...]. In many cases, there will be no need for a woman to remove her niqab, provided that the judge is of the view that justice can be properly served". L'attuale *UK Equal Treatment Bench Book* del 2013 non contiene direttive chiare relative al porto del *niqab*, a differenza dell'*Uk Judicial Studies Board* del 2007, che contemplava come si è visto, la possibilità di una teste con il *niqab*, lasciando al giudice la decisione in merito, in considerazione delle circostanze del caso.

Va ricordato infine che nel 2006, dinanzi all'*Asylum and Immigration Tribunal*, a una donna avvocato islamica (Shabnam Mughal) è stato richiesto dal giudice di rimuovere il *niqab* durante l'udienza, in quanto egli non riusciva a udire le sue parole. In seguito al rifiuto dell'avvocato, il giudice ha aggiornato il processo a una data successiva. L'insorgere di una vera e propria controversia è stato prevenuto sia dallo studio legale nel quale la donna lavorava, sostituendola con un difensore di sesso maschile, sia dallo stesso tribunale, che ha provveduto a riassegnare la causa a un altro giudice. Cfr. **N. BAKHT**, *Objection, Your Honour!* cit., p.115. Cfr. pure **JUDICIAL COMMUNICATION OFFICE**, *Guidance on the Wearing of Veils by Representatives in Courts and Tribunals* (Press Release, 29/06, 9 November 2006); contenente un invito a una maggiore sensibilità verso questo tipo di situazioni: "Immigration judges must exercise discretion on a case-by-case basis where a representative wishes to wear a veil. The representative in the recent case has appeared veiled previously at the AIT hearings without difficulties. It is important to be



libertà religiosa (che permettono di verificare solo la sincerità delle convinzioni religiose ma non di entrare nel merito di una loro valutazione) e “giusto processo” secondo le regole proprie dei sistemi di *common law*¹⁶³.

13 - L'uso di abbigliamento religiosamente caratterizzato nell'ambito delle aule giudiziarie in Canada: l'opinione di maggioranza nella pronuncia *R. v. NS*.

Come si è anticipato, l'uso di abbigliamento religioso nell'ambito delle aule giudiziarie è una questione controversa anche in ordinamenti extraeuropei, come quello canadese. Le Corti canadesi manifestano un atteggiamento maggiormente rigoroso con riguardo a questo peculiare *setting*, rispetto all'atteggiamento più flessibile adottato con riguardo ad altri contesti di carattere istituzionale¹⁶⁴. Se in alcune sentenze il porto di simboli religiosi entra in competizione con esigenze di ordine pubblico¹⁶⁵, o con quelle del

sensitive in such cases. It is important to be sensitive in such cases. The presumption is that if a representative before an AIT tribunal wishes to wear a veil, has the agreement of his or her client and can be heard reasonably clearly by all parties to the proceedings, then the representative should be allowed to do so". Va ricordato che, nell'ordinamento inglese, anche in ambito scolastico (*R (X) v. Headteacher of Y School*, [2007] EWHC 298 (Admin)) è stato proibito l'uso del *niqab* da parte di una studentessa, in quanto visto come elemento che pregiudicava la possibilità di interagire fra studenti e insegnanti e influiva sulla possibilità di instaurare relazioni positive con gli altri studenti. Si veda pure il caso *R. Begum v. Governors of Denbigh High School*, [2006] UKHL 15, 1 AC 100, ove è stato vietato a una studentessa islamica di indossare il *niqab* in ambito scolastico, considerandola una limitazione giustificata della libertà religiosa alla luce dell'art. 9.2 CEDU.

¹⁶³ Cfr. S. FARRAR, G. KRAYEM, *Accommodating Muslims*, cit., p. 99.

¹⁶⁴ Cfr. *Multani v. Commissione scolaire Marguerite - Bourgeoys*, [2006] 1 SCR 256, 2006 SCC 6, ove la Corte Suprema del Canada ha annullato una disposizione di un'autorità scolastica del Québec, che vietava a uno studente *sikh* di indossare il *kirpan* a scuola, considerando tale provvedimento una violazione della libertà di esercizio della religione ai sensi della sezione 2 (a) della Carta dei diritti e delle libertà canadese.

¹⁶⁵ Cfr. *R. C. Hothi et Al.*, (1985), 35 Man. R. (2nd) 159 (C.A. Man.), ove un giudice ha proibito il porto del *kirpan* nell'aula giudiziaria, in quanto l'autorità giudiziaria ha il compito di mantenere il controllo durante l'udienza e di assicurare che non venga introdotta nessuna arma che potrebbe minare la sicurezza pubblica; *Re Singh et Al., and the Queen* (1985), 18 C.C.C. (3d) 31: qui il richiedente, a cui era stato negato l'accesso in un'aula di tribunale in quanto indossava il *kirpan*, ha presentato appello dinanzi alla Corte d'Appello dell'Ontario. Questa ha respinto il suo ricorso, accogliendo le motivazioni del giudice di primo grado perchè la limitazione era stata imposta al fine di assicurare il mantenimento dell'imparzialità del sistema giudiziario e della sua libertà da qualsiasi forma di condizionamento che possa pregiudicare il suo corretto funzionamento.



decoro proprie dell'aula giudiziaria¹⁶⁶, le conflittualità sono state recentemente enfatizzate in controversie ove la libertà di manifestazione religiosa collide con l'eguaglianza di genere¹⁶⁷. Nell'ordinamento canadese tale principio appare infatti entrare in conflitto con peculiari pratiche religioso-identitarie che sembrano relegare la donna a un ruolo non paritario. Il *niqab*, in particolare, viene associato con le frange islamiche più estreme e induce atteggiamenti sia di diffidenza sia di tipo paternalistico-protettivo verso le donne islamiche, viste come vittime che devono essere liberate dall'oppressione religiosa¹⁶⁸.

In una celebre pronunzia, la Corte Suprema canadese ha negato a una donna islamica, vittima di un abuso sessuale, la possibilità di testimoniare durante il processo penale contro il suo aggressore senza rimuovere il *niqab*¹⁶⁹.

¹⁶⁶ Cfr. pure *Taylor v. Attorney General of Canada*, (2001) Fed. Ct. Trial Lexis 1208. In questo caso il giudice ha proibito a un uomo di fede islamica di sedere nell'aula giudiziaria indossando il *kefi*, sulla base della regola generale per cui tutti entrano in aula a capo scoperto. Tale decisione è stata rovesciata dalla Corte d'Appello dell'Ontario, che ha ritenuto che nel caso di specie l'esercizio della libertà religiosa non intaccasse il principio del giusto processo e che la misura limitativa avesse carattere discriminatorio delle minoranze religiose. Cfr. **S. FARRAR, G. KRAYEM**, *Accommodating Muslims*, cit.,

¹⁶⁷ Va ricordato che la Corte d'Appello del Queensland, nel caso *R. v. Cannon* [2007] QCA 205, non ha ravvisato alcuna irregolarità o pregiudizio nella circostanza del porto del *hijab* da parte di una testimone. Tuttavia, nel 1994, nel caso *Remillard c. Alary* (1994) CANLII (Tribunale municipale del Québec), era stata presentata una denuncia di intolleranza religiosa contro un giudice dinanzi al Consiglio giudiziario canadese del Québec, sulla base della circostanza che aveva vietato l'accesso in aula a una donna musulmana che indossava il velo. Pur respingendo l'istanza, sulla base della motivazione che i giudici hanno il dovere di garantire l'ordine in aula, il Consiglio canadese aveva ammesso in quella circostanza che i giudici sono tenuti a rispettare le credenze religiose altrui e cercare di offrire forme di accomodamento delle stesse, purchè non venga messa a rischio l'integrità del sistema giudiziario.

¹⁶⁸ Cfr. **N. BAKHT**, *Veiled Objections*, cit., pp. 70-108; **ID.**, *Objection, Your Honour!* cit., pp. 115-134; **M.S. BERGER**, *Introduction. Applying Sharia in the West*, in M.S. BERGER (ed.), *Applying Sharia in the West. Facts, Fears and the Future of Islamic Rules on Family Relations in the West*, Leiden University Press, Leiden, 2013, p. 16.

¹⁶⁹ Cfr. *R. v. NS.*, 2012 SCC 72, [2012] 3 SCR 726, caso concernente la denuncia di una donna riguardante abusi sessuali nei suoi confronti da parte di due uomini appartenenti alla sua cerchia familiare. Il giudice delle indagini preliminari aveva reputato che la rimozione di tale capo di abbigliamento dinanzi alla Corte fosse esigibile. La donna ha presentato ricorso in appello dinanzi alla *Ontario Superior Court of Justice*, che ha annullato la decisione e rinviato il caso al giudice delle indagini preliminari. La donna si è rivolta allora alla *Ontario Court of Appeal*, che ha confermato la pronunzia della *Superior Court* e rinviato nuovamente il caso al giudice delle indagini preliminari. La donna ha fatto infine ricorso alla Corte Suprema del Canada, che ha respinto il caso e rinviato la controversia al giudice delle indagini preliminari. Cfr. a commento **N. BAKHT**, *What's in a Face?*



L'anzidetta pronunzia ha acceso un vivo dibattito dottrinario, in quanto coinvolge due pretese costituzionalmente fondate, in apparente competizione fra loro: il diritto alla libertà di esercizio della propria religione (tutelato dalla sezione n. 2 della Carta costituzionale) della presunta vittima di un'aggressione sessuale, che chiedeva la possibilità di prestare la sua testimonianza senza scoprirsi il viso, e i diritti dell'imputato (membro della stessa comunità religiosa) a un processo equo e a una difesa completa (protetti dalla sezione n. 7 della stessa Carta).

La decisione, che, secondo parte della dottrina, sembra veicolare un "messaggio misto", rappresenta un tentativo di raggiungere un difficile equilibrio fra "libertà religiosa, tutela di genere, laicità e neutralità statale" e rivela percezioni diverse e fra loro confliggenti, da parte dei singoli giudici, sia con riguardo al rapporto fra "multiculturalismo, secolarismo istituzionale e libertà democratiche", sia con riferimento alla relazione fra la tutela accordata ai gruppi minoritari e quella riconosciuta all'uguaglianza di genere e sia per quanto concerne l'equilibrio fra la libertà religiosa e i suoi limiti¹⁷⁰. Conformandosi alla tradizione canadese "che richiede che istituzioni e attori statali accolgano le credenze religiose di carattere sincero nella maggiore misura del possibile", l'opinione della maggioranza, redatta dal giudice McLachlin, ha seguito un approccio volto a bilanciare "i diritti vitali che proteggono la libertà di religione e l'equità processuale" adoperando una "proportionality inquiry"¹⁷¹, già adottata da precedente giurisprudenza, e volta a calibrare diritti fondamentali in competizione fra loro.¹⁷²

Poiché "due serie di diritti della Carta sono potenzialmente coinvolti", il giudice McLachlin, riprendendo l'approccio adottato in precedente giurisprudenza (che valorizzava un "approccio soggettivo"

Demeanour Evidence in the Sexual Assault Context, in E. SHEEHY (ed.), *Sexual Assault Law, Practice and Activism in a Post-Jane Doe Era*, University of Ottawa Press, Ottawa, 2010, pp. 591-611; E. CROWNE, F. SANTELLI, V. ARMAN, *The Niqab and Witness Testimony: Balancing the Interests*, in *The Advocates' Quarterly*, vol. 40, 2012, pp. 121-128; M.H. OGILVIE, *Niqab in Canadian Courts: R. v. Ns.*, in *Ecclesiastical Law Journal*, vol. 15/3, 2013, pp. 334-343.

¹⁷⁰ Cfr. V. NARAIN, *Difference and Inclusion: Reframing Religious Accommodation* in R. ALBERT, P. DALY, V. MACDONNELL (eds.), *The Canadian Constitution in Transition*, University of Toronto Press, Toronto, Buffalo, London, 2019, p. 216 ss.; ID., *The Place of the Niqab in the Courtroom*, in *I.C.L. Journal*, vol. 9, 2015/1, p. 68.

¹⁷¹ Cfr. F. BHABHA, *R. v. Ns.; What's Fair in a Trial? The Supreme Court of Canada's Divided Decision in the Niqab in the Courtroom*, in *Alberta Law Review*, vol. 50(4), 2013, p. 875.

¹⁷² Cfr. *Dagenais v Canadian Broadcasting Corporation* [1994] 3 SCR 835, 120 DLR (4th) 12; *R. v. Mentuck* [2001] SCC 76, 3 SCR 442.



nella valutazione delle pratiche religiose¹⁷³, ha preliminarmente riconosciuto la sincerità della richiesta religiosamente motivata (rifiutando una valutazione circa la "forza del credo" operata nelle fasi precedenti del giudizio)¹⁷⁴ e ha riconosciuto che richiedere a una donna di religione islamica di rimuovere il *niqab* costituisce un'interferenza con la sua libertà religiosa. L'*opinion* di maggioranza ha considerato altresì una pluralità di fattori a beneficio della parte ricorrente: l'importanza del rispetto della pratica religiosa in oggetto per la stessa, il livello dell'interferenza statale sull'esercizio della sua libertà religiosa, la possibilità di misure limitative di tale interferenza¹⁷⁵.

Allo stesso tempo, l'accento è stato posto sulla prassi di *common law* che richiede che i testimoni rendano la loro testimonianza con il volto visibile, poiché le espressioni facciali sono un indizio utile per valutare la loro credibilità. Il giudice McLachlin esamina seriamente i rischi per l'imparzialità del processo e il potenziale indebolimento di una difesa completa che il porto del *niqab* potrebbe provocare, in quanto questo ostacolerebbe un efficace controinterrogatorio e la valutazione della credibilità del testimone, fattori che, come si è anticipato, assumono vitale importanza nell'ambito dell'*adversarial system*¹⁷⁶. Poiché una soluzione che

¹⁷³ Cfr. la pronunzia *Syndicat Northcrest v. Amselem* [2004] SCC 47 [50], 2 SCR 551. Si veda a commento L. VAN BELLINGEN, *L'accommodement raisonnable*, cit., p. 227.

¹⁷⁴ Il giudice delle indagini preliminari aveva chiesto a NS. di rimuovere il suo *niqab*, considerando le sue convinzioni religiose come "non abbastanza forti" da richiedere un accomodamento, in quale ella aveva già in precedenza aveva rimosso tale capo di abbigliamento nel momento in cui aveva accettato di farsi fotografare a viso scoperto per la foto indispensabile per il rilascio della patente automobilistica. Inoltre, il giudice ha tenuto in considerazione la dichiarazione della donna, che aveva dichiarato che lo avrebbe rimosso se le avessero ordinato di farlo al momento dell'attraversamento della frontiera. Il giudice della Corte Superiore di Giustizia dell'Ontario, a cui NS. si è appellata, aveva reputato che ella potesse testimoniare con il *niqab* qualora dimostrasse la sincerità della sua credenza; tuttavia la sua testimonianza avrebbe potuto essere esclusa qualora il giudice reputasse che il porto del *niqab* ostacolasse il contro-interrogatorio della teste. A sua volta, la Corte d'Appello, riscontrando un conflitto fra due diritti costituzionalmente protetti, aveva affermato che, qualora i due diritti confliggenti (il diritto alla libertà religiosa della testimone e il diritto dell'accusato a un giusto processo) non siano conciliabili, sulla base di una valutazione dello specifico contesto, alla teste può essere legittimamente ordinato di rimuovere il *niqab*. Cfr. N. OFRATH, *R. v. NS.: The Niqab in Court and Lessons in Religious Exemptions*, in K. VALLIER, M. WEBER (eds.), *Religious Exemptions*, Oxford University Press, New York, 2018, p. 203 ss.; V. NARAIN, *The Place*, cit., p. 53, secondo cui la Corte d'Appello tuttavia non si sarebbe espressa in maniera inequivoca con riguardo al *sincerity versus strength argument*, in quanto non ha escluso che la centralità e la forza delle convinzioni religiose possano assumere rilievo in altri stadi processuali.

¹⁷⁵ Cfr. V. NARAIN, *The Place*, cit., p. 54.

¹⁷⁶ Secondo la posizione dell'imputato: "Un gesto del viso può rivelare incertezza o



soddisfi entrambe le pretese non sembra realizzabile, l'opinione di maggioranza ha dato la preferenza al "diritto a un processo equo", che costituisce "un pilastro fondamentale senza il quale l'edificio dello Stato di diritto si sgretolerebbe" congiuntamente all'interesse a "salvaguardare la reputazione dell'amministrazione della giustizia", e ha concluso che "there is a strong connection between the ability to see that face of a witness and a fair trial", per cui "the salutary effects of requiring the witness to remove the niqab outweigh the deleterious effects of doing so"¹⁷⁷.

Prendendo in considerazione le circostanze specifiche del caso, il giudice McLachlin ha affermato che

"laddove è in gioco la libertà dell'imputato, la prova testimoniale è fondamentale per il caso e la sua credibilità è vitale", pertanto "la possibilità di una condanna ingiusta deve incidere pesantemente sull'equilibrio, favorendo la rimozione del *niqab*"¹⁷⁸.

Nel caso di specie, infatti, secondo il giudice, la presenza del *niqab* comporta un rischio reale e sostanziale per la realizzazione dell'equità processuale, in quanto non solo la testimonianza della donna vittima del crimine costituisce una specifica prova di carattere cruciale, ma anche la sua credibilità è oggetto di contestazione: pertanto le espressioni facciali possono diventare un indizio determinante per la valutazione della affidabilità della testimone. Poiché la natura della prova che la testimone è invitata a fornire risulta decisiva per l'esito della vicenda processuale e per l'accertamento della verità, i diritti degli imputati sarebbero seriamente pregiudicati qualora il porto del *niqab* fosse autorizzato¹⁷⁹.

L'opinione della maggioranza, tuttavia, manifesta una certa apertura verso la ricerca di "compromessi costruttivi" e si dimostra favorevole a restrizioni della libertà religiosa solo in situazioni estreme, come quella della fattispecie in esame¹⁸⁰. Sicuramente l'*opinion* di maggioranza rifiuta pertanto l'idea che forme di ragionevole accomodamento siano *a priori* in

inganno. Il contro-esaminatore può captare segnali non verbali e usarli per scoprire la verità. La valutazione della credibilità dipende non solo da ciò che dice un testimone, ma da come lo dice. Un esame accurato e un'accurata valutazione della credibilità sono fondamentali per un processo equo. Ne consegue [...] che permettere a un testimone di indossare un niqab mentre testimonia può negare il diritto a un equo processo". Cfr. in dottrina **N. OFRATH**, *R. v. NS.*, cit., p. 203 ss.

¹⁷⁷ Cfr. *R. v. NS.*, cit. A commento, si veda **N. OFRATH**, *R. v. NS.*, cit., p. 203 ss.

¹⁷⁸ Cfr. *R. v. NS.*, cit.

¹⁷⁹ Cfr. **N. OFRATH**, *R. v. NS.*, cit., p. 203 ss.

¹⁸⁰ Cfr. **A.L. ALLEN**, *Veiled Women in the American Courtroom: Is the Niqab a Barrier to Justice?*, in S. ILESANMI W.-C. LEE, J. W. PARKER (eds), *The Rule of Law and the Rule of God*, Palgrave Macmillan, New York, 2014, pp. 189-205.



contrasto con la neutralità statale e che il fattore religioso debba essere espulso dalla sfera pubblica in uno Stato secolare¹⁸¹. Pertanto, essa ribadisce che le tecniche dell'accomodamento religioso possano ammettersi non solo nell'ambito dell'autonomia privata ma pure nello spazio pubblico, senza che tale fattore possa inficiare la neutralità delle istituzioni pubbliche¹⁸². L'*opinion* di McLachlin nega infatti che l'idea che l'aula giudiziaria costituisca uno "spazio neutrale" implichi una assoluta preclusione di ogni forma di accomodamento delle diverse credenze religiose, in quanto tale approccio sarebbe poco coerente con la giurisprudenza canadese e si porrebbe in contrasto con le tradizioni del paese: seguendo tale indirizzo, la libertà religiosa potrebbe essere esercitata solo quando non confligga con altri diritti, con il rischio di "più gravi danni sociali" a carico delle donne di appartenenza islamica vittime di reati¹⁸³.

In tale senso, la Corte manifesta sensibilità non solo verso le ricadute di carattere individuale, che graverebbero sulla parte attrice in conseguenza dell'introduzione di limiti all'esercizio della libertà religiosa¹⁸⁴, ma anche verso le più ampie ricadute sociali: nella specie, il rischio che una serie di gravi crimini - come gli abusi sessuali - non vengano denunciati e rimangano impuniti, a causa della diffidenza di alcune categorie particolarmente vulnerabili, a essere coinvolte in un sistema di giustizia gestito con modalità assertivamente secolari¹⁸⁵.

Elementi cruciali del bilanciamento, secondo la Corte, sono tuttavia costituiti dal tipo e della fase del procedimento in cui insorge la controversia del *niqab*, e il tipo di prova che un testimone sia tenuto a fornire: tali fattori potrebbero giustificare soluzioni diverse, qualora il diritto a un processo equo non sia messo seriamente a rischio¹⁸⁶. Si tratta pertanto di un

¹⁸¹ La Corte, a tale proposito, sottolinea che un permesso illimitato di indossare il *niqab* "offers no protection for the accused's fair trial interest or of the state's correlative interest in avoiding a wrongful conviction" per cui "under the Dagenais/Mentuck framework, such a view that witnesses can never be ordered to remove their niqab cannot be accepted". Al tempo stesso, un divieto assoluto sarebbe in contraddizione con la tradizione canadese, in quanto "would limit religious rights where there is no countervailing right and hence no reason to limit them as failing the proportionality test as outlined in the Oakes test which has consistently guided Charter jurisprudence". Cfr. *R. v. NS.*, cit.

¹⁸² Cfr. **V. NARAIN**, *The Place*, cit., p. 57.

¹⁸³ Cfr. **V. NARAIN**, *Difference and Inclusion*, cit., p. 216 ss.

¹⁸⁴ Fra i "fattori oggettivi e soggettivi" (cfr. **F. BHABHA**, *R. v. NS.*, cit., p. 875) che devono essere oggetto di considerazione la Corte individua il "value of adherence to a religious conviction", il rilievo della "practice to the claimant" e infine il "degree of state interference with the religious practice". Cfr. *R. v. NS.*, cit.

¹⁸⁵ Cfr. **V. NARAIN**, *The Place*, cit., p. 54

¹⁸⁶ Cfr. **N. OFRATH**, *R. v. NS.*, cit., p. 203 ss.; Cfr. in dottrina **A.L. ALLEN**, *Veiled Women*,



approccio che pone tutti gli interessi in gioco in una “formula di bilanciamento”, senza aprioristicamente privilegiare una categoria di interessi: tale prospettiva non implica una “categorica” proibizione del *niqab* nell’aula giudiziaria, ma collega il diniego a una analisi di proporzionalità volta a produrre il minor sacrificio possibile delle posizioni in gioco¹⁸⁷.

La soluzione verso cui sembra indirizzarsi l’*opinion* di maggioranza è che i diritti in competizione andrebbero se possibile conciliati elaborando forme di accomodamento, e solo qualora ciò non sia possibile a causa di una irreparabile irrinconciliabilità andrà operato un bilanciamento alla luce delle circostanze del caso. Da una lettura più approfondita della pronuncia, risulta però che l’*opinion* di maggioranza considera le ipotesi in cui la donna islamica potrebbe testimoniare in aula senza svelarsi limitate ai casi in cui non incidano sui diritti dell’imputato, in quanto sussisterebbe una tale “*uncontested and uncontroversial evidence*” da rendere irrilevante la valutazione della credibilità e il contro-esame della testimone. È stato a tale proposito osservato che, sebbene la necessità di rimuovere il *niqab* sembri affidata dalla stessa Corte a determinazioni da operarsi caso per caso, di fatto una clausola di tale tipo limita fortemente i diritti alla diversità religiosa nella sfera pubblica¹⁸⁸.

14 - La *concurring opinion* del giudice LeBel

Una prospettiva ancora più radicale viene adottata nell’*opinion* concorrente del Justice LeBel, che abbraccia una diversa visione del rapporto fra multiculturalismo e neutralità statale. In tale percezione, i simboli religiosi “altrui” sono visti come un fattore di rischio per la democrazia e l’uguaglianza di genere. Si tratta di un approccio “nazionalista” all’uguaglianza di genere, che guarda con preoccupazione alla crescente presenza di nuove “culture, religioni, tradizioni e pratiche sociali” che si pongono in tensione rispetto a un contesto culturale finora coeso intorno ai “tradizionali valori canadesi”¹⁸⁹. Secondo LeBel tali valori, posti a fondamento del quadro costituzionale, consentono lo sviluppo di una società democratica e aperta alle diversità e facilitano l’interazione fra i membri della società. In questa visione, lo spazio pubblico deve rimanere

cit., pp. 189-205.

¹⁸⁷ Cfr. A. SHACHAR, *Squaring the Circle*, cit., p. 46.

¹⁸⁸ Cfr. V. NARAIN, *Difference and Inclusion*, cit., p. 216 ss.

¹⁸⁹ Cfr. V. NARAIN, *Difference and Inclusion*, cit., p. 216 ss.



neutrale, in quanto aperto a tutti, indipendentemente dalle specifiche credenze o non-credenze, e le “voci” religiose devono rimanere indifferenziate fra le altre nello spazio pubblico¹⁹⁰. In tale percezione del multiculturalismo, ancorata ai valori canadesi intesi in una prospettiva riduttiva, si restringe notevolmente lo spazio destinato all’accomodamento di nuove forme di diversità religiosa. Secondo LeBel, infatti, “l’equazione” implicherebbe altri ulteriori fattori, in particolare “la compatibilità del *niqab* con i valori costituzionali di apertura e neutralità religiosa”. Le aule giudiziarie dovrebbero esprimere tale apertura al pubblico in senso ampio e il procedimento giudiziario viene equiparato a “un processo di comunicazione” con la collettività, la cui “integrità” verrebbe alterata qualora il requisito dell’apertura in senso ampio venga compromesso¹⁹¹. Per questi motivi, una “chiara norma” che proibisca il porto del *niqab* in aula, indipendentemente dalla natura del procedimento, dello stadio in cui si trova, e dell’importanza della prova testimoniale, sarebbe preferibile a un approccio che bilanci i diritti in conflitto caso per caso, in quanto si porrebbe in coerenza “con la tradizione secondo cui la giustizia è pubblica e aperta a tutti nella nostra società democratica”¹⁹².

15 - La *dissenting opinion* del giudice Abella

Al contrario, nella sua opinione dissenziente, il giudice Abella, pur riconoscendo la complessità dei valori in gioco nel caso in esame, reputa che l’esame della Corte avrebbe dovuto focalizzarsi nel verificare se “is the harm to the accused’s fair trial rights in not being able to see a witnesses’ entire face, greater than the harm to that witnesses’ religious rights”¹⁹³. Egli si concentra sul rapporto regola/eccezioni, osservando che gli organi giudiziari “regularly accept the testimony of witnesses whose demeanour can only be partially observed”, e ammettono numerose esenzioni alla previsione generale (disabilità fisiche che richiedono la presenza di forme di assistenza visiva o l’interpretazione di forme alternative di comunicazione, o che limitano le capacità espressive, nonché testimonianze rese per via telefonica) senza che l’equità processuale venga considerata

¹⁹⁰ Cfr. V. NARAIN, *The Place*, cit., p. 62.

¹⁹¹ Cfr. N. OFRATH, *R. v. NS.*, cit., p. 203 ss.; Cfr. F. BHABHA, *R. v. Ns.*, cit., pp. 871-882.

¹⁹² Cfr. N. OFRATH, *R. v. NS.*, cit., p. 203 ss.

¹⁹³ Cfr. V. NARAIN, *The Place*, cit., p. 63.



compromessa¹⁹⁴. Abella enfatizza peculiarmente le potenziali ricadute di una pronuncia giudiziaria che vieti alla donna islamica, vittima di un crimine, d'indossare il *niqab*: essa costringerà tale donna a scegliere tra l'agire secondo i precetti della propria religione e la possibilità di agire in giudizio, con l'effetto di scoraggiare le donne islamiche vittime di aggressioni sessuali a rivolgersi al sistema della giustizia statale, il cui diritto di "accesso alla giustizia" sarebbe indebolito¹⁹⁵. Ne deriverà altresì una sfiducia verso il sistema di amministrazione della giustizia nel suo complesso: le donne islamiche, e le minoranze religiose più in generale, percepiranno un messaggio di esclusione rispetto alla partecipazione a tale sistema. Pertanto, secondo tale *opinion*, l'unica ipotesi che giustificerebbe una limitazione dell'esercizio della libertà religiosa si identificherebbe con l'esigenza di una identificazione fisica della testimone¹⁹⁶.

16 - Le potenziali ricadute della pronuncia canadese sulla libertà religiosa individuale e su quella del gruppo di appartenenza

Questa controversa pronuncia ha generato una serie di reazioni negative. Diverse opinioni dottrinali hanno ripreso e ampliato le motivazioni del giudice Abella, facendo leva sulla peculiare posizione di vulnerabilità della teste, nel caso in esame vittima di un grave crimine, e quasi costretta a "rivivere" l'esperienza negativa sofferta, aumentando il suo senso di isolamento¹⁹⁷: è stato sostenuto che il divieto di indossare il *niqab* in tribunale comprometterebbe o quanto meno scoraggerebbe la partecipazione di "minoranze entro le minoranze"¹⁹⁸ ad alcune attività di carattere pubblico (come il perseguimento della giustizia), o, in ogni caso, costringerebbe una testimone a rendere la sua testimonianza in un ambiente che le causa disagio: entrambi i risultati non promuoverebbero quella efficienza e apertura che l'amministrazione della giustizia è volta a perseguire¹⁹⁹. Non è mancato chi ha esplicitamente sostenuto che "forzare una donna a una scelta tra la sua identità religiosa e la partecipazione al sistema giudiziario si traduce nel porre le donne con una visibilità già

¹⁹⁴ Cfr. F. BHABHA, *R. v. NS.*, cit., p. 877; N. OFRATH, *R. v. NS.*, cit., p. 203 ss.

¹⁹⁵ Cfr. N. OFRATH, *R. v. NS.*, cit., p. 203 ss.

¹⁹⁶ Cfr. V. NARAIN, *The Place*, cit., p. 634.

¹⁹⁷ Cfr. Z. RAMAHI, *Veiled Muslim Women: Challenging Patriarchy in the Legal System*, in *Berkeley J. Gender L. & Just.*, vol. 33, 2018, p. 135.

¹⁹⁸ Cfr. A. EISENBERG, J. SPINNER-HALEV (eds.), *Minorities within Minorities*, cit.

¹⁹⁹ Cfr. N. OFRATH, *R. v. NS.*, cit., p. 203 ss.



limitata nei tribunali in una situazione insostenibile²⁰⁰, a detrimento della sua sostanziale possibilità di accedere al sistema giudiziario. Seguendo una prospettiva che coniuga il diritto di libertà religiosa con quello a una equa inclusione, in particolare, il bilanciamento operato dalla maggioranza nel caso *R. v. Ns.* sottovaluterebbe l'interesse pubblico a favorire l'equo accesso alla giustizia delle donne, pur appartenenti a gruppi religiosi minoritari, in violazione della sezione n. 28 della Carta costituzionale²⁰¹. Una visione sostanzialistica del principio di uguaglianza di genere esigerebbe una maggiore sensibilità verso talune specificità culturali-religiose, prevenendo ulteriori dinamiche di marginalizzazione dell'identità femminile: questa finisce altrimenti col trovarsi al crocevia fra "overlapping systems of subordination": quello statale e quello derivante dalla comunità di appartenenza²⁰². Il processo di bilanciamento fra i valori in competizione adottato si porrebbe invece in coerenza con quel filone giurisprudenziale indirizzato verso un modello di uguaglianza formale²⁰³. Tale orientamento conduce la Corte a una soluzione che non attribuisce un peso adeguato alla posizione specifica di vulnerabilità di *NS.*: in quanto presunta vittima e unica testimone di un'aggressione sessuale, la sua partecipazione al processo non è una libera scelta, bensì un suo diritto, in quanto unico strumento giuridico volto a garantire la sicurezza della sua persona e l'accesso alla giustizia: per questo motivo, i suoi bisogni religiosi avrebbero dovuto essere presi in considerazione pure in un ambiente secolare, fornendole un accomodamento della sua religiosità nello svolgimento di un'attività obbligatoria che è la sua unica opzione per esercitare i suoi diritti fondamentali, senza privarla del suo diritto al libero esercizio della religione²⁰⁴. Sebbene la valutazione complessiva del comportamento del testimone abbia assunto tradizionalmente un ruolo centrale nell'ambito dei procedimenti giudiziari²⁰⁵, la Corte Suprema avrebbe potuto essa stessa individuare soluzioni di compromesso (rintracciabili da una analisi anche comparativa di pronunzie ove gli organi giudiziari hanno manifestato

²⁰⁰ Cfr. **N. BAKHT**, *Objection, Your Honour!*, cit., pp. 115-134.

²⁰¹ Cfr. **A. SHACHAR**, *Squaring the Circle*, cit., p. 47.

²⁰² Cfr. **V. NARAIN**, *The Place*, cit., p. 50.

²⁰³ Cfr. *Alberta v Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37 paragrafi 66-71, 2 SCR 567. A commento di tale pronunzia, si veda **M.H. OGILVIE**, *The Failure of Proportionality Tests to Protect Christian Minorities in Western Democracies: Alberta v Hutterian Brethren of Wilson Colony*, in *Ecclesiastical Law Journal*, vol. 12.2, 2010, pp. 208-214.

²⁰⁴ Cfr. **A.L. ALLEN**, *Veiled Women*, cit., pp. 189-205; **N. OFRATH**, *R. v. NS.*, cit., p. 203 ss.

²⁰⁵ Cfr. **J. ROBSON**, *The Veil*, cit., pp. 319-343.



maggior sensibilità), per rimediare alle difficoltà poste dal velo, senza pregiudicare gli interessi pubblici in gioco²⁰⁶.

Al contrario, la soluzione prescelta - ossia di non offrire chiare direttive alle Corti inferiori concernenti la concessione di un possibile accomodamento, e i suoi limiti - finirebbe con l'affievolire la protezione specifica della libertà di esercizio di una pratica religiosa di cui la teste dovrebbe godere in una società pluralistica e democratica²⁰⁷.

Secondo acuta dottrina, siffatta risposta giudiziaria ha un impatto che va ben oltre la questione del porto del *niqab* nell'aula giudiziaria, coinvolgendo la posizione degli "ordini giuridici minoritari"²⁰⁸ in senso ampio: essa infatti rivela, nel contesto canadese, una crescente "tensione dialettica fra differenza e appartenenza"²⁰⁹, con una contraddittoria visione della libertà religiosa che "[...] is defined and shaped by the normative priority of respecting difference in a multicultural society, coupled with a concomitant duty of belonging to an integrated society"²¹⁰.

In una prospettiva di uguaglianza sostanziale, i sistemi giudiziari dovrebbero mirare a promuovere l'accesso alla giustizia delle persone con disabilità, fornendo forme di assistenza volte a superare tali *handicap*; allo stesso modo dovrebbe essere considerata l'appartenenza religiosa, che non dovrebbe comportare un accesso ineguale alla giustizia, poiché ciò

²⁰⁶ Cfr. N. OFRATH, *R. v. NS.*, cit., p. 203 ss.

²⁰⁷ Cfr. N. OFRATH, *R. v. NS.*, cit., p. 203 ss. La Corte ha reputato che la concessione di un accomodamento avrebbe richiesto una valutazione di "reasonably available alternative arrangements" e ha stabilito che nel momento in cui la questione "returns to the preliminary inquiry judge, then the parties will have to place evidence before the court relating to possible options for accommodation of the potentially conflicting claims". Il giudice per le indagini preliminari, cui il caso è stato infine rinviato, seguendo le direttive della Corte suprema, il 24 aprile 2013 ha stabilito che la donna non avrebbe potuto rendere la sua deposizione se non avesse prima rimosso il *niqab*. Su richiesta della donna, il giudice ha concesso tuttavia che ella avesse un contatto visivo esclusivamente con il giudice, il pubblico ministero (*Crown counsel*), il personale giudiziario e l'accusato. Ai fini dell'udienza preliminare è stata predisposta un'aula separata per il pubblico, che avrebbe così potuto assistere al processo mediante una trasmissione video e avrebbe potuto vedere la donna solo alle spalle. A queste condizioni la donna ha accettato di rendere la sua testimonianza senza il *niqab*; tuttavia il giudice ha infine respinto le accuse contro il suo aggressore, reputando che non sussistesse una "reasonable prospect of conviction". Cfr. V. NARAIN, *The Place*, cit., pp. 43-54.

²⁰⁸ Per l'uso di questa espressione, cfr. M. MALIK, *Minority Legal Orders in the UK. Minorities, Pluralism and the Law*, The British Academy, London, 2012.

²⁰⁹ Cfr. V. NARAIN, *Difference and Inclusion*, cit., p. 216 ss.

²¹⁰ Cfr. F. BHABHA, *From Saumur to L. (S.): Tracing the Theory and Concept of Religious Freedom under Canadian Law*, in *Sup. Ct. L. Rev.*, vol. 58 (2), 2012, p. 131.



andrebbe a scapito della stessa equità processuale tanto valorizzata nell'opinione della maggioranza²¹¹.

L'opinione della maggioranza e quella concorrente, invece, sembrano presupporre una sottile distinzione tra disabilità (da considerarsi come circostanza di fatto non oggetto di una scelta) e comportamenti religiosamente caratterizzati (che sono frutto di una scelta consapevole e volontaria): questa prospettiva, che occupa un peso rilevante nella giurisprudenza in tema di non discriminazione, implicherebbe che le minoranze debbano sostenere i "costi" della loro appartenenza religiosa²¹².

Tale percezione induce a interrogarsi sulle future scelte di politica pubblica canadese con riguardo alla posizione delle minoranze culturali e religiose, qualora le loro pratiche si pongano in contraddizione con le narrative maggioritarie²¹³.

Sebbene in questa pronuncia non sia formalmente respinto l'approccio "negoziatorio", il rischio sempre più elevato che emerge infatti è quello che il modello multiculturale non risulti sostenibile a fronte di istanze che sono espressione di patrimoni assiologici distanti dalle tradizioni culturali canadesi, e che lo Stato si assesti su una posizione di asettico garante della neutralità statale, poco incline a offrire risposte che riescano a calibrare un formalistico principio di non-discriminazione con le più autentiche esigenze di uguaglianza sostanziale, o che finisca addirittura con l'invadere spazi di competenza confessionale, sollecitando le minoranze a dimostrare la centralità e il rilievo delle loro credenze²¹⁴.

La Corte sembrerebbe altresì rifugiarsi in una soluzione di tipo procedurale, ancorata rigidamente alle prassi tipiche dell'*adversarial system*, ossia a quelle "long-standing assumptions of the common law regarding the importance of a witness's facial expressions to cross-examination and credibility assessment"²¹⁵: questa soluzione, che cristallizza la connessione giusto processo/viso scoperto, è mirata apparentemente a tutelare sia la dimensione soggettiva della giustizia (*preventing harm to the fair trial interest of the accused*) sia quella oggettiva (*safeguarding the repute of the administration of justice*)²¹⁶. In questa equazione viene tuttavia sottostimato l'impatto di una decisione di questo tipo non solo di carattere individuale, sui membri

²¹¹ Cfr. **F. BHABHA**, *R. v. Ns.*, cit., pp. 871-882; **N. OFRATH**, *R. v. NS.*, cit., p. 203 ss.

²¹² Cfr. **N. OFRATH**, *R. v. NS.*, cit., p. 203 ss.

²¹³ Cfr. **V. NARAIN**, *The Place*, cit., p. 45.

²¹⁴ Cfr. **V. NARAIN**, *The Place*, cit., p. 47 e p. 68.

²¹⁵ Cfr. *R. v. NS.*, 2012 SCC 72, [2012] 3 SCR 726.

²¹⁶ Cfr. **B.L. BERGER**, *Law's Religion. Religious Difference and the Claims of Constitutionalism*, University of Toronto Press, Toronto, Buffalo, London, 2015, p. 185.



più vulnerabili della società civile, ma pure collettivo, sulle appartenenze minoritarie: ne deriva una visione miope non solo del valore del multiculturalismo ma pure del sistema istituzionale di amministrazione della giustizia e degli interessi collettivi che lo stesso dovrebbe essere chiamato a tutelare. Come si è più volte ribadito, l'interesse prioritario a che l'intera collettività si riconosca e abbia fiducia in tale sistema rischia di essere minato allorquando vengono rifiutate quelle misure di facilitazione che rendono autenticamente aperto il sistema di gestione della giustizia, erigendo al contrario "barriere" che ostacolano la partecipazione a, e l'inclusione di tutti nello stesso²¹⁷. Sebbene tale prospettiva, in quanto saldamente ancorata alla logica della proporzionalità, non implichi nell'immediato una generalizzata proibizione di forme di esercizio della libertà di espressione religiosa nella vita pubblica, veicola un messaggio, secondo le stesse parole del giudice Abella, per cui "religious minorities are not welcome", che rischia progressivamente di estendersi ad altri settori della vita pubblica²¹⁸.

17 - La giurisprudenza canadese successiva

Va rilevato che tale prospettiva restrittiva, in pronunzie successive, non è stata però estesa alla ipotesi di abbigliamento religiosamente caratterizzato che non implichi il volto coperto²¹⁹. In tale ipotesi, il giudice federale

²¹⁷ Cfr. **F. BHABHA**, *R. v. Ns.*, cit., p. 880; **N. OFRATH**, *R. v. NS.*, cit., p. 203 ss.

²¹⁸ Va ricordato che nel 2011, il Ministero della Cittadinanza, dell'Immigrazione e del Multiculturalismo aveva emanato un provvedimento che introduceva il divieto di coprirsi il viso durante la cerimonia di acquisizione della cittadinanza al momento della prestazione del giuramento; questa misura rientrava nell'ambito di una crescente tendenza politica volta a rafforzare l'identità canadese che ha condotto pure a modificare il *Citizenship Act*, e che si è concretizzata in una serie di provvedimenti volti a stringere le maglie dei nuovi flussi immigratori. Cfr. **A. SHACHAR**, *Squaring the Circle*, cit., p. 54 ss.; **V. NARAIN**, *Yhe place*, cit., p. 41. Cfr. però *Ishaq v Canada (Citizenship and Immigration)*, [2015] 4 FCR 297, 2015 FC 156, aff'd in *Canada (Citizenship and Immigration) v Ishaq*, [2016] 1 FCR 686, 2015 FCA 151, ove sia la Corte Federale e sia la Corte Federale d'Appello hanno statuito l'illegittimità dell'imposizione dell'obbligo di scoprirsi il viso durante il giuramento di cittadinanza e l'incoerenza di tale previsione con il *Canadian Multiculturalism Act*.

²¹⁹ Si veda la pronunzia *El-Alloul c Québec (Attorney General) & Ors* 2018 QCCA 1610, ove la ricorrente presentava appello contro la decisione della Corte Superiore del Distretto di Montreal, che aveva respinto la sua istanza di revisione di un processo tenuto dinanzi al giudice di prima istanza (Court of Québec). Durante tale giudizio ella non era stata ascoltata, in seguito al suo rifiuto di rimuovere il *hijab*, che, secondo il giudice, violava il codice di abbigliamento della stessa Corte che imponeva di indossare "abbigliamento



d'Appello ha accolto una visione più ampia della libertà di esercizio della religione, così come garantita dalla Carta Canadese, e una visione della laicità in chiave inclusiva, rispettosa delle diversità religiose e della relativa libertà espressiva. Lo scopo della Section (2) della Carta costituzionale consisterebbe, infatti, nel

“to ensure that society does not interfere with profoundly [held] personal beliefs that govern one’s perception of oneself, humankind, nature, and, in some cases, a higher or different order of being. These beliefs, in turn, govern one’s conduct and practices”.

Pur non negandosi che l’aula giudiziaria costituisce uno spazio secolare di neutralità religiosa, tale profilo non implica che il cittadino debba spogliarsi delle proprie convinzioni fideistiche per potervi accedere, e che le parti coinvolte in una vicenda processuale debbano rinunciare alla libertà di esprimere le loro convinzioni di natura religiosa. Esse possono godere di una forma di accomodamento, purchè presentino il fondamentale carattere della sincerità: su tale sincerità la Corte si riserva di indagare solo qualora vi sia ragione di dubbio. A questo proposito la Corte richiama una pronuncia della Corte Suprema, ove il giudice Abella aveva affermato che la neutralità statale non implica la negazione o l’estinzione delle convinzioni religiose, bensì il rispetto delle differenze, purchè tali credenze non siano in conflitto con interessi stringenti di carattere pubblico e la misura limitativa sia dimostrabilmente giustificata in una società democratica²²⁰. La Corte reputa pertanto che limitazioni alla possibilità di indossare capi religiosamente caratterizzati possano concretarsi solo qualora insorgano primarie esigenze di interesse pubblico, purchè la sussistenza di tali interessi possa essere giustificata in una società democratica, e dopo avere fatto ricorso a quel “*balancing exercise*” esigito dalla Corte Suprema. La Corte sceglie di adottare altresì un approccio sostanziale (e non meramente

adeguato”. Secondo il giudice: “the courtroom is a secular place and a secular space. There are no religious symbols in this room, not on the walls and not on the persons. Article 13 of the Regulation of the Court of Québec states: ‘Any person appearing before the Court must be suitably dressed’”. Il *hijab* andrebbe pertanto trattato al pari di tutti gli altri indumenti privi di connotazione religiosa (cappelli, occhiali da sole) che vanno a pregiudicare il decoro dell’aula giudiziaria. La Corte Superiore del Distretto di Montreal, pur riconoscendo che il giudice di primo grado aveva errato nel merito, ha reputato di non poter rovesciare la decisione per violazione di un diritto costituzionalmente protetto, in quanto non sussisterebbero i requisiti di carattere procedurale di cui all’art. 142 del Codice di Procedura Civile. La Corte d’Appello, al contrario, ha rovesciato tale decisione, affermando che il diritto alla libertà di coscienza e di religione ricomprende anche la libertà di espressione religiosa.

²²⁰ Cfr. *Loyola High School c Québec (Attorney General)* 2015 SCC 12.



procedurale), reputando che il codice di abbigliamento della Corte sarebbe violato solo qualora il porto del *hijab* recasse un pregiudizio concreto ed effettivo al decoro della stessa Corte. Pertanto, nel caso di specie, il regolamento della Corte relativo all'abbigliamento non può andare a costituire un limite all'esercizio della libertà religiosa, in quanto il porto del simbolo non riveste una connotazione oltraggiosa o derisoria. Il giudice di primo grado avrebbe pertanto dovuto identificare gli interessi configgenti e tentare un bilanciamento fra gli stessi, in vista di concedere un accomodamento alla libertà di espressione religiosa, che non può arrestarsi "at the door of the courtroom" se non pregiudica interessi pubblici di carattere superiore.

18 - Il porto di simboli religiosi nelle aule giudiziarie negli U.S.A.

Negli U.S.A., non sono mancate pronunzie di numerose corti statali e federali che hanno affrontato la questione della legittimità o no del porto di abbigliamento religiosamente caratterizzato nel contesto in esame, alla luce della presenza istituzionale di simboli religiosi all'interno delle aule giudiziarie²²¹. Al tempo stesso, diverse pronunzie si sono confrontate con la cruciale questione di definire quale livello di controllo pubblico possa essere considerato ragionevole al fine di trovare un giusto equilibrio tra gli interessi che vengono in gioco (delle parti, dei testimoni, dei difensori), e se siffatta forma di esercizio della libertà religiosa (rientrante nell'ombrello di tutela offerto dalla *Free Exercise Clause*) possa incidere sul decoro della funzione giudiziaria o interferire con i compiti della giuria²²². Un controllo

²²¹ Cfr. *Scott v. Commonwealth*, 497 S.W.2d 561, 563 (Ky. 1973); *Harvey v. Cobb County*, 811 F. Supp. 669 (N.D. Ga. 1993), *affd.*, 15 F.3d 1097 (11th Cir. 1994); *County of Allegheny v. ACLU*, 492 U.S. 573 (1989); *Suhre v. Board of Commissioner*, 894 F. Supp. 927 (W.D.N.C. 1995); *Alabama Freethought Association v. Moore*, 893 F. Supp. 1522 (N.D. Ala. 1995); *Knapp v. Leonardo*, 46 F.3d 170 (2d Cir. 1995). Per una più ampia disamina, cfr. **S.J. LEVINE**, *Religious Symbols and Religious Garb in the Courtroom: Personal Values and Public Judgements*, in *Fordham Law Review*, vol. 66/4, 1998, p. 1505 ss.

²²² Cfr. *Ryslik v. Krass*, 652 A.2d 767 (N.J. Super. Ct. App. Div. 1995). Cfr. pure *People v. Bennett*, 614 N.Y.S.2d 430, 431 (N.Y. App. Div. 1994), ove la Corte d'Appello ha annullato un procedimento penale, in quanto il pubblico ministero aveva escluso dalla giuria una donna afro-americana che indossava il *hijab*, considerando tale comportamento irrispettoso verso la Corte. Cfr. infine *United States v. James*, 328 F.3d 953, 955 (7th Cir. 2003). In questo caso, il giudice distrettuale aveva escluso alcune spettatrici dall'aula giudiziaria in quanto indossavano il *hijab*. In appello, la difesa ha ravvisato una violazione del Primo Emendamento in tale esclusione, ma il giudice ha reputato che il convenuto non possedesse lo *standing to sue*, non essendo direttamente coinvolto nella vicenda. La Corte ha altresì affermato che "The Constitution does not oblige the government to accommodate



"neutrale" "ragionevole" dovrebbe essere infatti finalizzato a prevenire la banalizzazione della giustizia, interruzioni o offese alla Corte, evitando però lo stereotipo che indossare abiti religiosamente connotati costituisca sempre "un vero ostacolo al compito giudiziario"²²³.

Con riguardo alle parti, le Corti sono state più propense ad accogliere le rivendicazioni relative al diritto di manifestare la loro religiosità, applicando lo *strict scrutiny* forgiato dalla giurisprudenza della Corte Suprema (per cui, nell'ambito del processo di bilanciamento, limitazioni all'esercizio della libertà religiosa possono trovare spazio solo in presenza di un *compelling state interest*)²²⁴, e reputando che restrizioni all'esercizio della libertà religiosa possono essere giustificate solo quando sussistono rischi per la sicurezza e l'ordine pubblico; diversamente, forme di abbigliamento religiosamente caratterizzato non pregiudicano il decoro e il rispetto dovuto al giudice²²⁵.

Al tempo stesso il giudice ha professato la sua incompetenza a valutare il "merito teologico" di peculiari credenze religiose, sostenendo

religiously motivated conduct that is forbidden by neutral rules, and therefore does not entitle anyone to wear religious headgear in places where rules of general application require all heads to be bare or to be covered in uniform ways"; essa ha riconosciuto tuttavia che un accomodamento della libertà religiosa sarebbe stato possibile in quanto "judicial branch is free to extend spectators more than their constitutional minimum entitlement" e la tolleranza "usually is the best course in a pluralistic nation". A commento, si vedano **A. ABDO**, *The Legal Status of Hijab in the United States: A Look at the Sociopolitical Influences on the Legal Right to Wear the Muslim Headscarf*, in *Hastings Race and Poverty L.J.*, vol. 5, 2008, p. 441 ss.; **A.L. ALLEN**, *Veiled Women*, cit., pp. 189-205.

²²³ Cfr. **A.L. ALLEN**, *Veiled Women*, cit., pp. 189-205; **S. CLERGET**, *Time is of the Essence: Revising the Neutral Law of General Applicability Standard and Applying It to Restrictions Against Religious Face Coverings Worn While Testifying in Courts*, in *Geo. Mason L. Rev.*, vol. 18, 2011, pp. 1113-1043.

²²⁴ Cfr. *Sherbert v. Verner*, 74 U.S. 398 (1963); *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972).

²²⁵ Cfr. *McMillan v. State*, 265 A.2d 453 (Md. 1970), caso in cui un convenuto, aderente a una setta religiosa (Ujamma), si era rifiutato di rimuovere il suo copricapo, spiegando che tale porto costituiva un obbligo religioso in base alla sua appartenenza fideistica. Si veda anche in tale senso *In Re Palmer*, 386 A.2d 1112 (R.I. 1978), caso in cui il ricorrente, aderente alla corrente sunnita dell'Islam, aveva rifiutato di rimuovere un copricapo che egli considerava simbolo della sua costante dedizione alla preghiera. Nel caso *Spanks-El v. Finley* No. 85-C9259, 1987 U.S. Dist. LEXIS 3374 (N.D. Ill. Apr. 23, 1987), *affid.*, 845 F.2d 1023 (7th Cir. 1988), tuttavia, è stata ritenuta legittima la negazione della possibilità di accedere all'aula giudiziaria nei confronti della parte attrice, di appartenenza islamica, che si era rifiutata di rimuovere temporaneamente il suo copricapo (*fez*) per sottoporsi a un preliminare controllo per ragioni di sicurezza. Si vedano a commento **S.J. LEVINE**, *Religious Symbols*, cit., p. 1505 ss.; **A.L. ALLEN**, *Veiled Women*, cit., pp. 189-205.



che le competenze dell'autorità giudiziaria riguardino esclusivamente la verifica della sincerità delle convinzioni professate²²⁶.

In alcune pronunzie, il giudice ha sostenuto che non possa essere richiesta la rimozione di un capo di abbigliamento religioso, sia pure al fine di prevenire il rischio che esso possa influenzare la decisione della giuria, perché si chiederebbe in tale modo a una delle parti di operare una scelta fra l'aderenza alla propria fede e la tutela delle proprie pretese in sede giudiziaria: il rischio paventato può infatti essere prevenuto mediante un rigoroso esame dei potenziali giurati durante il processo di selezione della giuria e dettagliate istruzioni preliminari da parte del giudice ai giurati circa il divieto che tale simbolo possa influire sulle loro valutazioni²²⁷. Tale prospettiva è stata estesa anche ad appartenenze fideistiche di carattere non convenzionale²²⁸, purchè non si tratti di manifestazioni di religiosità che giungano al punto di pregiudicare il decoro che deve caratterizzare l'aula giudiziaria²²⁹.

Le Corti sono state tuttavia più caute nel consentire il porto di simboli religiosi, espressione dell'appartenenza a religioni maggioritarie, tradizionali o, comunque sia, largamente condivise, da parte di coloro che svolgono il ruolo di testimoni o difensori, esprimendo la preoccupazione che il porto di tali simboli possa orientare le valutazioni della giuria, pregiudicando la possibilità che questa giunga a un verdetto imparziale e minando quindi la possibilità di un processo equo²³⁰. Non sono mancati casi

²²⁶ Cfr. **S.J. LEVINE**, *Religious Symbols*, cit., p. 1508.

²²⁷ Cfr. *Close-It Enters., Inc. v. Mayer Weinberger*, 64 A.D.2d 686, 407 N.Y.S.2d 587 (2d Dept. 1978), caso in cui è stato richiesto alla parte convenuta, aderente alla fede ebraica, di rimuovere il suo *yarmulke*.

²²⁸ Cfr. *Joseph v. State*, 642 So. 2d 613 (Fla. Dist. Ct. App. 1994), in cui la parte attrice, appartenente a una fede ibrida, che mutuava i caratteri di più appartenenze confessionali, chiedeva di accedere all'aula giudiziaria con una felpa e dei pantaloni con disegni di carattere religioso.

²²⁹ Cfr. *State v. Hodges*, 695 S.W.2d 171 (Tenn. 1985), caso in cui il convenuto in un processo penale chiedeva in avere accesso all'aula giudiziaria vestito con un costume da pollo, e sosteneva che tale tenuta fosse in coerenza con la sua appartenenza fideistica, di cui costituiva l'unico aderente.

²³⁰ Cfr. *La Rocca v. Lane*, 77 Misc.2d 123, 353 N.Y.S.2d 867 (N.Y. Sup. Mar 11, 1974), *reversed on other grounds in La Rocca v. Lane*, 47 A.D.2d 243, 366 N.Y.S.2d 456 (N.Y.A.D. 2 Dept. Apr 07, 1975); in cui è stato interdetti a un ministro del culto cattolico, che fungeva da difensore, la possibilità di indossare l'abito clericale. Allo stesso sacerdote è stato successivamente vietato di rappresentare un testimone dinanzi al Gran Giurì indossando tale abito. Tale ultima pronunzia è stata rovesciata successivamente dalla Corte Suprema statale, che ha reputato che ormai, nella generale percezione sociale, sia venuto meno quel senso di rispetto e deferenza verso l'abito clericale e che i sacerdoti vadano considerati uomini comuni, cui si aggiunge il fattore delle loro peculiari vocazioni. Nel bilanciamento



in cui, a causa di peculiari circostanze, limitazioni della libertà di espressione religiosa siano state imposte anche agli spettatori alla procedura giudiziaria, temendo che il porto di abbigliamento religiosamente caratterizzato potesse avere un effetto intimidatorio sui giurati²³¹.

Va rammentato che la Corte Suprema degli Stati Uniti non si è occupata della questione della legittimità di restrizioni relative al porto del velo nelle aule giudiziarie, anche se ha approvato limitazioni in altri contesti²³². Pertanto, l'atteggiamento delle Corti inferiori con riguardo ai luoghi pubblici istituzionali ha oscillato fra orientamenti restrittivi e adozione di misure di accomodamento²³³. In alcune pronunzie è venuto in

fra gli opposti interessi la Corte non ha reputato pertanto che il porto dell'abito religioso potesse pregiudicare lo stringente interesse pubblico a un giusto processo. In seguito a ulteriori vicende processuali, tuttavia, la Corte Federale Distrettuale ha infine reputato che l'interesse pubblico a che fosse assicurato un giusto processo giustificasse la limitazione della libertà religiosa del ministro di culto e la Corte d'Appello federale ha posto fine alla vicenda, reputando che al ministro di culto fosse stata assicurata già sufficientemente l'opportunità di discutere la sua pretesa in sede giudiziaria, e l'esito di tali controversie si sia sempre concluso in modo a lui sfavorevole. Cfr. *LaRocca v. Gold*, 662 F.2d 144, 147 (2d Cir. 1981). Nel successivo caso *People v. Drucker*, 418 N.Y.S.2d 744 (Crim. Ct. 1979), l'autorità giudiziaria non ha reputato necessario estendere la medesima restrizione della libertà religiosa prevista per i difensori alla figura del testimone (un sacerdote episcopale che chiedeva di rendere la sua testimonianza indossando l'abito clericale) reputando che, nel caso di specie, le regole processuali riguardanti il processo di selezione della giuria costituissero una sufficiente garanzia per lo svolgimento di un equo processo. Nel caso *O'Reilly v. New York Times Co.*, 692 F.2d 863 (2d Cir. 1982), è stato consentito a un ministro di culto di rivestire il duplice ruolo di parte attrice e di difensore di sé stesso, senza dover rinunciare all'abito clericale, reputando che una decisione diversa non solo avrebbe minato il suo diritto a esercitare la sua libertà religiosa, ma pure la credibilità della sua pretesa giudiziaria. Infine, nel caso *Ryslik v. Krass*, 652 A.2d 767 (NJ. Super. Ct. App. Div. 1995), la Corte ha reputato che un ministro di culto, parte nel processo, potesse indossare l'abito sacerdotale, reputando ancora una volta che la garanzia di un giusto processo fosse assicurata dalle regole concernenti il processo di selezione della giuria.

²³¹ Cfr. *United States v. Yahweh*, 779 F. Supp. 1342 (S.D. Fla. 1992), caso concernente accuse di atti di violenza nei confronti dei membri di una associazione religiosa (*Nation of Yahweh*), ove un numero elevato di spettatori (circa sessanta) si è presentato in aula indossando l'abito tipico di tale organizzazione.

²³² Cfr. *Goldman v. Weinberger*, 475 U.S. 503 (1986), *Kelly v. Johnson*, 425 U.S. 238 (1976). Cfr. in dottrina A.L. ALLEN, *Veiled Women*, cit., pp. 189-205.

²³³ La Corte d'Appello del Nono Circuito ha recentemente dichiarato che la rimozione del velo per motivi di sicurezza può essere richiesta a una donna, accusata di violazione della misura della libertà condizionata per buona condotta per avere commesso reati minori e detenuta in una cella di detenzione del tribunale. Cfr. *Khatib v. County of Orange*, 603 F. 3d 713 (9th Cir. May 3, 2010). Cfr. però in precedenza *Bint-Ishmawiyl v. Vaughn*, 1995 WL 461949 (E.D. Pa. 1995), caso riguardante una donna a cui è stato chiesto di rimuovere



gioco pure il diritto alla *privacy*, cui si dovrebbe dare un peso adeguato²³⁴, che rafforza il divieto di una neutralizzazione del libero esercizio della religione²³⁵. Il porto del *niqab* nell'ambito delle pubbliche istituzioni ha enfatizzato il dibattito in materia di porto di abbigliamento religiosamente orientato: se da un lato tale controversa questione coinvolge diritti ricompresi nel perimetro di protezione costituzionale, essa mette in luce la difficoltà dei giudici di articolare risposte che garantiscano una piena inclusione di tutte le minoranze, e il rischio di innescare politiche di carattere religiosamente divisivo²³⁶.

19 - Il porto del *niqab* nelle aule giudiziarie negli U.S.A.

Un caso che ha destato un certo scalpore riguarda un giudice del distretto del Michigan, Paul J. Paruk, che si è limitato a respingere un'istanza presentata da una donna islamica nell'ambito di una controversia di natura

il velo per avere accesso all'istituzione penitenziaria per poter esercitare il diritto di visita nei confronti del figlio ivi detenuto. Secondo la Corte, "[t]here can be no doubt that the defendants have a compelling interest in making sure that visitors to inmates are indeed the persons they profess to be, and, of greater importance, that the person leaving the prison after a visit is indeed the same person as the visitor who entered the prison". Tuttavia la Corte ha riconosciuto che chiedere alla parte attrice di rimuovere il velo come condizione per esercitare il diritto di far visita al figlio in una istituzione penitenziaria costituisce un onere sostanziale verso l'esercizio della sua libertà religiosa. Ad avviso della stessa Corte, anche se lo Stato ha "un interesse stringente nel fare in modo che i visitatori dei detenuti siano effettivamente le persone che professano di essere", l'onere che l'istante deve sostenere dovrebbe essere il "meno possibile restrittivo" della sua libertà di esercizio della sua fede: pertanto l'amministrazione carceraria avrebbe dovuto informare la donna in precedenza con riguardo a orari e giorni in cui sarebbero stati presenti funzionari di sesso femminile. In tale modo la donna avrebbe potuto rimuovere il velo al fine di essere identificata. La Corte pertanto ha concluso che "*permitting the unveiling to occur only in the presence of a female corrections officer represents the least restrictive means of furthering that compelling interest*". Cfr. in dottrina A.L. ALLEN, *Veiled Women*, cit., pp. 189-205.

²³⁴ Cfr. *Safford Unified School District v. Redding*, 557 U.S. 364 (2009); *Union Pacific Railroad v. Botsford*, 141 U.S. 250 (1891).

²³⁵ Cfr. *Boyd v. Texas*, 301 Fed. App'x 363, 364-65 (5th Cir. 2008), caso in cui una donna di appartenenza islamica ha ottenuto il risarcimento del danno subito in quanto una guardia di sicurezza non le aveva permesso di accedere all'aula giudiziaria in quanto si rifiutava di togliersi il velo. La Corte ha dichiarato che i giudici devono essere "*sensitive to the constitutional rights of people in the courtroom and specifically noting that people who wear their religious clothing or head wear are not required to remove [it] upon entering the courtroom*". Cfr. in dottrina A.L. ALLEN, *Veiled Women*, cit., pp. 189-205.

²³⁶ Cfr. K.L. KARST, *The First Amendment, the Politics of Religion and the Symbols of Government*, in *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.*, vol. 27, 1992, pp. 529-530.



civilistica nei confronti di una compagnia di autonoleggio (concernente l'addebito dei danni all'autovettura noleggiata, che la donna sosteneva essere stati provocati da terzi) a causa del suo rifiuto di rimuovere il *niqab* nell'aula giudiziaria²³⁷. Il giudice ha lasciato insoddisfatte le rivendicazioni della parte attrice; ha negato la natura di obbligazione religiosa di siffatta pratica, valutandola una regola meramente consuetudinaria, e si è rifiutato di accettare la soluzione alternativa proposta dalla stessa parte attrice (trasferimento del giudizio dinanzi a un giudice di sesso femminile)²³⁸. Questa posizione trova oggi un sia pure discutibile supporto in un emendamento alla *Rule of Evidence 611* del Michigan²³⁹, che sembra offrire ai giudici una formalistica giustificazione giuridica con riguardo all'esercizio di "un ragionevole controllo sull'aspetto di parti e testimoni"²⁴⁰. Va rammentato, tuttavia, che la Corte Suprema ha più volte ribadito come non rientri nella competenza delle autorità giudiziarie valutare la ragionevolezza o la centralità delle credenze religiose, dovendosi lo scrutinio giudiziario limitare a valutare la sincerità di tali credenze²⁴¹.

La questione avrebbe sicuramente meritato un ulteriore approfondimento alla luce dell'usuale *balancing test* coniato dalla giurisprudenza del supremo organo giudiziario federale (e ribadito dal

²³⁷ Cfr. *Muhammad v. Enterprise-Rent-A-Car*, District Court No. 06-41896-GC (31 Dist. Mich. 2006).

²³⁸ Il giudice ha respinto tale istanza, affermando di essere l'unico magistrato disponibile. In seguito al rifiuto di rimozione del velo, il giudice ha altresì rigettato la sua pretesa giudiziaria. Successivamente la donna ha denunciato la vicenda dinanzi al giudice distrettuale federale per violazione della sua libertà religiosa e del suo diritto di accedere alla giustizia. Tale giudice si è astenuto dal pronunciarsi sul caso, onde evitare un conflitto fra pronunzie del giudice statale e di quello federale (*Muhammad v. Paruk*, 553 F. Supp. 2d 893, 895-96 (E.D. Mich. 2008)). La donna si è appellata alla Corte d'Appello Federale, Sesto Circuito, ma in seguito ha ritirato l'istanza. Cfr. in dottrina **A.L. ALLEN**, *Veiled Women*, cit., pp. 189-205.

²³⁹ La nuova *Michigan Rule of Evidence 611(b)* statuisce che: "The court shall exercise reasonable control over the appearance of parties and witnesses so as to (1) ensure that the demeanor of such persons may be observed and assessed by the fact-finder, and (2) to ensure the accurate identification of such persons". A commento, si veda **A.L. ALLEN**, *Veiled Women*, cit., pp. 189-205.

²⁴⁰ Si veda anche la *Oregon Uniform Trial Court Rule 3.010(1)*, che autorizza l'esclusione dal tribunale di persone che indossano indumenti in contrasto con "la dignità della corte". Tuttavia, una donna dell'Oregon ha presentato ricorso in appello, con successo, contro una sentenza di condanna per furto, sulla base del fatto che il giudice di primo grado non aveva permesso a un testimone della difesa di rendere la sua deposizione, a causa del suo rifiuto di rimuovere il suo "copricapo religioso" in aula. Cfr. *State v. Allen*, 113 Ore. App. 306, 308 (Or. Ct. App. 1992). Cfr. in dottrina **A.L. ALLEN**, *Veiled Women*, cit., pp. 189-205.

²⁴¹ Cfr. *Thomas v. Review Bd. of Ind. Emp't Sec. Div.*, 450 U.S. 707 (1981).



Religious Freedom Restoration Act), ossia una valutazione della possibilità o no di concedere un accomodamento ragionevole che bilanciasse il peso sostanziale dell'esercizio della libertà espressiva religiosa individuale con gli stringenti interessi statali: questi ultimi, come è noto, possono giustificare una restrizione della libertà religiosa solo se l'onere per la persona è il mezzo "meno restrittivo" per perseguire tale interesse governativo²⁴².

Anche negli U.S.A., si può tuttavia arguire che il porto del *niqab* nel contesto giudiziario mette sicuramente alla prova le tradizionali forme di accomodamento della religione, scontrandosi con l'esigenza del perseguimento di vari stringenti interessi propri del sistema giudiziario ("veridicità, responsabilità, decoro, esigenze di controllo dell'identità ed equità") e solleciti i giudici ad adottare un atteggiamento più restrittivo²⁴³. La questione aperta è se si può ritenere che il *niqab* interferirebbe con tali interessi al punto di frustrare la loro realizzazione, o se il giudice possa tentare di rintracciare mezzi meno "intrusivi" del semplice divieto per l'esercizio della libertà religiosa per realizzare tali finalità²⁴⁴.

²⁴² Costituisce una questione controversa se una donna islamica godrebbe di una protezione maggiore sia dinanzi alle corti federali, dove potrebbe avvalersi della tutela offerta dal *Religious Freedom Restoration Act*, sia in quegli Stati dove sono entrati in vigore testi legislativi a tutela della libertà religiosa sul modello del *Religious Freedom Restoration Act*. Si veda a tale proposito *Freeman v. Department of Highway Safety and Motor Vehicles*, 924 So.2d 48, 31 Fla.L. Weekly D537 (Fla.App. 5 Dist. Feb 13, 2006), caso riguardante una donna islamica la cui patente di guida era stata revocata in quanto aveva rifiutato di essere fotografata senza il suo *niqab*. La donna islamica ha affermato che i funzionari statali avevano violato la Costituzione della Florida e il *Florida Religious Freedom Restoration Act (F.R.F.R.A.)*; nella sua vertenza ha citato casi del Colorado, dell'Indiana e del Nebraska in cui i tribunali avevano trovato forme di accomodamento delle esigenze di persone con sincere credenze religiose, esentandole dal fornire fotografie a figura intera nelle loro patenti di guida. Nel caso di specie, la Corte ha reputato che il diritto alla libertà religiosa non fosse stato violato, perché le era stata offerta la possibilità di farsi fotografare in una stanza separata da un ufficiale di sesso femminile. Secondo la Corte "[W]e are a cosmopolitan nation made up of people of almost every conceivable religious preference [...]. Consequently, it cannot be expected, much less required, that legislators enact no law regulating conduct that may in some way result in [...] disadvantage to some religious sects [...]". Dopo questo caso, la Florida ha modificato il *Florida Religious Freedom Restoration Act*: si veda la Section 332.051 così come modificata: "Notwithstanding chapter 761 or s. 761.05, the requirement for a fullface photograph or digital image of the identification card holder may not be waived". Cfr. in dottrina **A.L. ALLEN**, *Veiled Women*, cit., pp. 189-205.

²⁴³ Cfr. **A.L. ALLEN**, *Veiled Women*, cit., pp. 189-205.

²⁴⁴ Cfr. **A. SCHWARTZBAUM**, *The Niqab in the Courtroom: Protecting Free Exercise of Religion in a Post-Smith World*, in *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 159, 2011, p. 1565.



Va rilevato altresì che la questione in esame è insorta nell'ambito di una procedura giudiziaria civilistica; il giudice statunitense non si è confrontato pertanto con un processo penale, ove la questione avrebbe suscitato discussioni analoghe a quelle sollecitate dalla pronunzia canadese sopra esaminata. I processi penali sicuramente differiscono dalle procedure civili in quanto sono previste particolari misure di salvaguardia a garanzia della parte convenuta in giudizio.

In seno all'ordinamento statunitense, il dibattito potrebbe incentrarsi sulla compatibilità del *niqab* con la garanzia della *Confrontation Clause* contenuta nel Sesto Amendamento, che assicura a colui che sia accusato in un giudizio penale il diritto al confronto con coloro che rendono testimonianza contro di lui²⁴⁵, al fine d'implementare compiutamente le garanzie di un contraddittorio secondo le modalità proprie dell'*adversarial system*²⁴⁶. Tale clausola è stata interpretata frequentemente in senso letterale, come "a right to meet face to face all those who appear and give evidence at trial"²⁴⁷. Tale lettura, è suscettibile di porsi in potenziale conflitto con altri diritti costituzionalmente tutelati, ossia con il diritto all'esercizio della libertà religiosa della donna islamica.

²⁴⁵ In tale senso va ricordata la previsione della Costituzione statunitense, *Amendment VI: Confrontation Clause*, "[i]n all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right [...] to be confronted with the witnesses against him".

²⁴⁶ Cfr. **S.R. HOUCHIN**, *Confronting the Shadow: Is Forcing a Muslim Witness to Unveil in a Criminal Trial a Constitutional Right, or an Unreasonable Intrusion?*, in *Pepperdine Law Review*, vol. 36, 2009, p. 841; **B.M. MURRAY**, *Confronting Religion: Veiled Muslim Witnesses and the Confrontation Clause*, in *Notre Dame Law Review*, vol. 85/4, 2010, pp. 1727-1758.

²⁴⁷ Cfr. *Coy v. Iowa*, 487 U.S. 1012 (1988). Si veda pure *Maryland v. Craig*, 497 U.S. 836 (1990), in cui si ammette tuttavia che le garanzie offerte dalla *Confrontation Clause* possono considerarsi soddisfatte "absent a physical, face-to-face confrontation at trial only where denial of such confrontation is necessary to further an important public policy and only where the reliability of the testimony is otherwise assured". Secondo il giudice infatti "The combined effect of these elements of confrontation - [1] physical presence, [2] oath, [3] cross-examination, and [4] observation of demeanor by the trier of fact - serves the purposes of the Confrontation Clause by ensuring that evidence admitted against an accused is reliable and subject to the rigorous adversarial testing that is the norm of Anglo-American criminal proceedings". Entrambi i casi riguardavano abusi sessuali su minori; per cui sussisteva l'esigenza di proteggere tali minori dall'impatto di vedere il loro aggressore in tribunale e di salvaguardare la loro *privacy*. Tuttavia, mentre nel primo caso la Corte non ha accettato che tali testimonianze fossero rese usando uno schermo che proteggesse le vittime dalla vista dell'imputato, nel secondo caso è stato consentito che i minori testimoniassero mediante un sistema televisivo unidirezionale a circuito chiuso: le esigenze processuali di *public policy* sono state considerate infatti meno rilevanti rispetto all'interesse pubblico alla protezione dei minori.



La dottrina si è interrogata ipoteticamente sul se e in che misura indossare il *niqab* interferirebbe effettivamente con la valutazione di una testimonianza e della credibilità di un testimone ai fini dell'accertamento della verità in un processo penale. In particolare, la dottrina si è chiesta se il *niqab* sarebbe da considerare un ostacolo per la capacità di valutare la veridicità e l'affidabilità di una testimonianza, poiché renderebbe più difficile "leggere" le espressioni facciali, pregiudicando sia le opportunità del collegio difensivo di svolgere un efficace "*cross-examination*" sia la possibilità effettiva della giuria (nelle cui mani risiede la sorte dell'imputato) di osservare il comportamento²⁴⁸; o se, diversamente, l'assenza del confronto "viso a viso" potrebbe essere compensabile da altri indizi ("tono di voce, scelta delle parole, coerenza e plausibilità delle affermazioni [...] movimento degli occhi, portamento, andatura, postura, modo in cui il testimone usa le sue mani")²⁴⁹. Ovviamente, più è "pervasivo" il capo religioso, più risulta difficile valutare il linguaggio del corpo. Una "analisi contestuale" richiederebbe altresì una seria valutazione di una pluralità di fattori: lo stadio in cui si trova la procedura, la possibilità di trovare un accomodamento adeguato, la presenza di una giuria, che può essere influenzata dal comportamento del testimone²⁵⁰.

La dottrina si è interrogata altresì su quale sarebbe il risultato qualora siffatta questione fosse sottoposta ai parametri definiti dalla Corte Suprema nel caso *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, secondo il quale non sono giustificabili eccezioni in vista della tutela della libertà religiosa quando siano in gioco previsioni normative neutrali di generale applicabilità, a meno che siffatte previsioni non siano indirizzate direttamente a intaccare l'esercizio della libertà religiosa, o la tutela della libertà religiosa sia rinforzata dalla convergenza con un altro diritto fondamentale costituzionalmente protetto²⁵¹.

La portata di una regola di carattere neutrale e di "generale" applicabilità (secondo i parametri esigiti dalla Corte Suprema nel caso *Smith*), che imponga la rimozione del *niqab*, potrebbe innanzitutto considerarsi affievolita dalla previsione di una pluralità di eccezioni, connesse a situazioni di disabilità fisica, che pregiudicano la possibilità di fare ricorso al fattore "visivo" come elemento di valutazione della

²⁴⁸ Cfr. **S.R. HOUCHIN**, *Confronting the Shadow*, cit., pp. 861-865.

²⁴⁹ Cfr. **A.L. ALLEN**, *Veiled Women*, cit., pp. 189-205. Simili interrogativi si sono posti con riguardo all'esperienza inglese, cfr. **J. ROBSON**, *The Veil*, cit., pp. 319-343.

²⁵⁰ Cfr. **A.L. ALLEN**, *Veiled Women*, cit., pp. 189-205.

²⁵¹ Cfr. *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990).



credibilità del singolo²⁵². A tale proposito, le Corti inferiori hanno anche analizzato una serie di circostanze in cui o non sussisteva la presenza fisica del testimone nell'aula giudiziaria o questi si copriva in tutto o in parte il viso durante la testimonianza²⁵³.

Inoltre, non è mancata altresì dottrina che ha sostenuto la possibilità di qualificare il diritto di indossare il *niqab* all'interno di un'aula giudiziaria come un "diritto ibrido", meritevole di una protezione rafforzata (*strict scrutiny*) alla luce delle risultanze del caso *Smith*: secondo tale prospettiva, nella richiesta in esame convergerebbero sia le pretese esercitabili alla luce del Primo Emendamento (libertà religiosa) sia quelle esercitabili alla luce del Quattordicesimo Emendamento (equo processo ed equo trattamento): in questo caso, l'appartenenza religiosa della parte attrice sarebbe equiparabile a una sorta di "disabilità" che ostacola la sua possibilità di accedere alla giustizia qualora non vengano apportate delle misure correttive (accomodamento) che prevengano che l'esercizio del suo diritto venga impedito²⁵⁴.

Altra parte della dottrina, infine, ha sostenuto che il giudice dovrebbe, in ogni caso, tenere in considerazione le ricadute sociali di una misura che vada a incidere sulla libertà di espressione religiosa: questa andrebbe a veicolare un messaggio non di riconoscimento, bensì, al contrario, di rifiuto delle minoranze (*outsiders*). Pertanto egli dovrebbe cercare di temperare il più possibile, con appropriati accorgimenti, l'impatto invasivo di tali provvedimenti restrittivi²⁵⁵.

20 - La questione del *niqab* nelle aule giudiziarie in Australia

La questione se una donna islamica, chiamata a rendere la propria testimonianza in un'aula giudiziaria, sia tenuta a rimuovere il *burqa* o il

²⁵² Cfr. A. SCHWARTZBAUM, *The Niqab in the Courtroom*, cit., p. 1572.

²⁵³ Cfr. *Morales v. Artuz*, 281 F.3d 55 (2d Cir. 2002), ove il giudice ha reputato che non sussistesse una violazione del diritto al confronto anche se il testimone indossava gli occhiali da sole; *People v. Sammons*, 478 N.W.2d 901 (Mich. Ct. App. 1991), ove invece è stato considerato in violazione della *Confrontation Clause* l'uso di una maschera da parte del testimone; *Romero v. State*, 173 S.W.3d 502 (Tex. Crim App. 2005), ove invece tale diritto è stato considerato pregiudicato nel momento in cui il testimone indossasse occhiali da sole scuri, cappello da baseball, colletto risvoltato.

²⁵⁴ Cfr. A. SCHWARTZBAUM, *The Niqab in the Courtroom*, cit., p. 1554 ss.

²⁵⁵ Cfr. S.R. HOUCHIN, *Confronting the Shadow*, cit., p. 874 ss., che suggerisce l'uso di schermi, di stanze separate dotate di impianti televisivi a circuito chiuso, l'esclusione del pubblico, o forme di rimozione solo parziale del velo.



niqab è stata affrontata anche in altri sistemi di *common law*²⁵⁶. Appare prolifica, in particolare, la giurisprudenza australiana²⁵⁷. In questo contesto, ove si è sviluppato negli ultimi anni un dibattito sulla portata e i limiti di una proibizione di forme di *full face coverings* (fra proposte di divieti assoluti e approcci "situazionali")²⁵⁸, il riconoscimento da parte del giudice

²⁵⁶ Si veda il caso neozelandese *Police v. Razamjoo*, [2005] D.C.R. 408 (D.C.N.Z.) ove a due donne islamiche (la sorella del convenuto, accusato di frode con riguardo al furto della sua stessa autovettura, e la sorella di un altro testimone, che la difesa affermava fosse il solo responsabile della frode), nel giudizio (di primo grado), è stato consentito di prestare testimonianza rimuovendo il velo, ma protette da uno schermo, cosicché solo l'organo giudicante, il difensore e il personale del tribunale (composto di sole donne) potessero vedere il loro volto. Appropriate misure sono state adottate per tutelare la *privacy* delle donne anche nella fase dell'ingresso e dell'uscita dall'aula giudiziaria. La Corte ha altresì vietato ogni forma di trasmissione di immagini del volto delle testimoni da parte di terzi. Le testimoni avevano inizialmente rifiutato sia la rimozione del velo, sia l'uso di sistema televisivo a circuito chiuso, sia l'esclusione dall'aula di tutti coloro la cui presenza non fosse necessaria per lo svolgimento dell'udienza. In questo caso, la parte convenuta ha sostenuto che l'uso del *burqa* interferiva con il suo diritto a un giusto processo, in quanto il *burqa* costituiva una sorta di travestimento. La Corte, a sua volta, ha reputato che l'uso del *burqa* fosse in contraddizione con "*the basic values of the New Zealand type of society*" e che il sistema di giustizia penale dovesse essere "*administered publicly and openly*"; tuttavia la Corte ha riconosciuto infine un accomodamento che riducesse al minimo l'interferenza con l'esercizio della libertà religiosa. Questa pronuncia ha costituito una sorta di modello a cui si sono ispirati i giudici di altri ordinamenti di *common law*. Cfr. a commento **R. BARKER**, *The Full Face Covering Debate*, cit. p. 143 ss.; **A.L. ALLEN**, *Veiled Women*, cit., pp. 189-205.

²⁵⁷ Cfr. *The Queen v Sayed* (District Court of Western Australia, 164 of 2010, Deane DCJ, 19 August 2010) (giudizio in primo grado in cui l'imputato era accusato di frode con riguardo a fondi pubblici attribuiti a scuole private; la testimone era un'insegnante della scuola e avrebbe dovuto testimoniare con riguardo agli studenti che frequentavano tale scuola): in questo caso la difesa aveva obiettato alla richiesta della donna di rendere la testimonianza con il velo. Il giudice ha richiamato pure l'art. 18 dell'*International Convention on Civil and Political Rights*, di cui l'Australia è uno dei firmatari, sebbene tale convenzione non abbia forza di legge a livello nazionale. Egli ha reputato che la presenza del velo ostruisce la possibilità della giuria di valutare la credibilità della teste. Il giudice ha statuito pertanto che la donna dovesse rimuovere il velo durante la testimonianza, affidando alle parti il compito di rintracciare una soluzione di compromesso. Le parti si sono accordate per l'uso di un sistema televisivo a circuito chiuso e l'allontanamento di tutti gli uomini la cui presenza non fosse necessaria nell'aula giudiziaria. Per una più ampia disamina, si veda **R. BARKER**, *Burqas and Niqabs*, cit., p. 225-243; **S. YASMEEN**, *Australia and the Burqa and Niqab Debate: The Society, The State and Cautious Activism*, in *Global Change, Peace and Security*, vol. 25, 2013, pp. 251-264.

²⁵⁸ Va ricordato che in Australia sussistono testi normative a garanzia della pubblica sicurezza, come l'*Identification Legislation Amendment Act 2011 (N.S.W.)*, primo testo normativo australiano in materia di *full face coverings*, entrato in vigore l'1 novembre 2011, in base al quale le forze dell'ordine possono ordinare agli automobilisti e a coloro che siano sospettati di avere commesso reati di scoprirsi il viso al fine dell'identificazione fisica. Va notato che tale testo normativo non impone un divieto



dell'incompetenza di una Corte secolare di valutare sia la natura religiosa di determinate pratiche (come l'uso del *niqab*) sia il loro carattere ortodosso o no all'interno di una determinata comunità fideistica, non implica però una rinuncia da parte dell'organo giudicante a regolare l'uso di tali simboli nell'aula giudiziaria²⁵⁹. Fin dalla prima pronunzia in materia, il giudice ha infatti affermato che tale forma "forte" di esercizio della libertà religiosa non può sottrarsi a forme di bilanciamento con interessi di uguale importanza come quello al giusto processo (non solo tenendo conto della posizione dell'accusato, ma anche di quella dei testimoni e di tutti gli attori coinvolti) di cui il giudice deve rendersi garante, ma anche con l'interesse pubblico a che gli atti criminosi siano oggetto di azione giudiziaria e i criminali siano assicurati alla giustizia²⁶⁰. Si è posto l'accento soprattutto sul ruolo della giuria, e sull'importanza che questa sia messa in condizione di valutare pienamente la credibilità e l'affidabilità di un testimone, valutazione che sarebbe ostacolata qualora il testimone avesse il viso sottratto alla sua osservazione: sebbene tale esame visivo non costituisca l'unico elemento per valutare la credibilità di un testimone e il comportamento possa apparire talora "fuorviante", il giudice ha deciso infine che la giuria non debba essere privata del supporto derivante da tale

generalizzato di forme di *full face coverings*, ma semplicemente autorizza determinati pubblici ufficiali a chiederne la rimozione, in determinate circostanze, pena una sanzione pecuniaria e limitatamente ai fini identificativi. La stessa autorità viene conferita agli ufficiali della giustizia minorile, dei servizi correzionali e della sicurezza giudiziaria. Sono previste misure di salvaguardia del rispetto e della *privacy* delle persone a cui è chiesto di scoprirsi il volto. Tale atto normativo modifica altresì l'*Oaths Act 1990* (N.S.W.), e prevede che i testimoni di dichiarazioni statutarie o giurate sono tenuti all'obbligo di scoprirsi il viso (sebbene quest'ultima disposizione non sia ancora entrata in vigore). Questa normativa, infine, non si riferisce esplicitamente a capi di abbigliamento di carattere religioso ma ricomprende ogni "item of clothing, helmet, mask or any other thing that is worn by a person and prevents the person's face from being seen (whether wholly or partially)". Cfr. in dottrina **R. BARKER**, *The Full Face Covering Debate*, cit., p. 143 ss.; **ID.**, *Banning the Burqa is not the Answer to Fears About Public Safety*, in *The Conversation*, September 22, 2014.

²⁵⁹ Cfr. *Elzahed v. Commonwealth of Australia and State of New South Wales* [2016] NSWCS 327 (caso concernente una procedura giudiziaria di natura civilistica per un'aggressione da parte di un appartenente a un corpo di polizia, durante un raid-antiterroristico, nella quale la presunta vittima si è rifiutata di rimuovere il velo per rendere la sua deposizione); *Elzahed v. Commonwealth of Australia and State of New South Wales* [2016] NSWCA 103. A commento, si vedano **P.T. QUIRK**, *Protecting Religious Freedom and Conscience: What Australia Might Learn from Germany*, in *Fordham Int. L. J.*, vol. 43, 2019, pp. 163-207; **R. BARKER**, *Burqas and Niqabs*, cit., p. 225-243.

²⁶⁰ Cfr. *The Queen v Sayed* (District Court of Western Australia, 164 of 2010, Deane DCJ, 19 August 2010). Cfr. a commento **R. BARKER**, *State and Religion. The Australian History*, Routledge, New York, 2019, p. 131 ss.



esame visivo²⁶¹. Il giudice infine ha sottolineato come la sua pronuncia non dovesse rivestire valore assoluto di precedente: circostanze diverse (assenza della giuria, testimonianza di carattere non controverso, diverso ruolo della donna islamica nell'ambito della procedura giudiziaria) avrebbero potuto giustificare una differente risposta giuridica²⁶². La soluzione di compromesso offerta dal giudice ha previsto la possibilità di una testimonianza in un'aula separata, mediante un video, con la presenza nell'aula giudiziaria solo delle figure maschili indispensabili per lo svolgimento della procedura giudiziaria²⁶³.

Anche nel caso *Elzahed* il giudice distrettuale ha reputato che il porto del velo da parte di una testimone gli avrebbe impedito valutare pienamente la veridicità e l'affidabilità della testimonianza: tale valutazione includeva anche una analisi del comportamento e pertanto pure delle espressioni facciali²⁶⁴. Benché abbia ammesso che siffatta valutazione non costituisca l'unico strumento per valutare la credibilità di una testimone, e che l'analisi del comportamento possa essere addirittura in qualche caso ingannevole, il giudice ha reputato che, in ogni caso, egli non dovesse essere privato dell'ausilio che questa gli poteva offrire per accertarne la credibilità. In ogni caso il giudice ha proposto delle formule di compromesso volte a minimizzare la lesione della libertà religiosa²⁶⁵. La *Court of Appeal* ha, a sua volta, reputato che la decisione del giudice di primo grado rivestisse carattere discrezionale e che, per essere rovesciata, si sarebbe dovuto provare che alcuni fattori materiali che avrebbero dovuto essere oggetto di valutazione erano stati ignorati o che, in qualche modo, era stata raggiunta

²⁶¹ Cfr. **R. BARKER**, *Of Burqas (and Niqabs) in the Courtrooms: the Neglected Women's Voice*, in **R. AHDAR**, *Research Handbook on Law and Religion*, Edward Edgar Publishing, Cheltenham, Northampton (MA), 2018, p. 397 ss.

²⁶² Cfr. **R. BARKER**, *The Full Face Covering Debate*, cit. p. 143 ss.

²⁶³ Cfr. **R. BARKER**, *Burqas and Niqabs*, cit., p. 225-243.

²⁶⁴ Cfr. **R. BARKER**, *Of Burqas (and Niqabs) in the courtrooms*, cit., p. 397 ss.

²⁶⁵ Le misure offerte erano la chiusura dell'aula al pubblico, dando solo ai difensori la possibilità di vedere il volto della teste, o la possibilità di rendere la testimonianza in un'aula separata dotata di un sistema televisivo a circuito chiuso: il volto della teste avrebbe dovuto essere scoperto ma la donna avrebbe potuto scegliere di non rivolgersi verso il pubblico che l'avrebbe osservata di spalle mentre rendeva la sua deposizione. Quest'ultima possibilità era stata offerta già nel 2010 dalla *Western Australia District Court* nei confronti di una testimone in un processo per frode. Cfr. *The Queen v. Anwar* (District Court of Western Australia, 164 of 2010, Deane DCJ, 19 August 2010) 1043 1044. L'aula giudiziaria in tale caso era stata chiusa all'ingresso di uomini. Ricordiamo che anche nel caso *R. v. Ns.* la donna ha infine reso la sua testimonianza senza il velo in un'aula separata e chiusa al pubblico: il pubblico ha avuto accesso solo a un video in diretta che consentiva di vedere la teste di spalle. Cfr. **R. BARKER**, *Burqas and Niqabs*, cit., p. 225-243.



una conclusione di carattere "irragionevole o chiaramente ingiusto". Diversamente, la *Court of Appeal* ha reputato che il giudice di primo grado aveva affrontato correttamente le questioni rilevanti e aveva operato un equo bilanciamento fra le pretese della ricorrente e le esigenze della giustizia. Il giudice distrettuale non aveva infatti reputato che il "comportamento" della testimone fosse l'elemento esclusivo per valutare la credibilità del testimone; tuttavia egli aveva pieno diritto di qualificarlo come "un fattore importante nella valutazione della credibilità"²⁶⁶.

Costituisce un elemento degno di rilievo, tuttavia, che la Corte d'Appello abbia segnalato come il giudice avrebbe dovuto tenere conto, con "*judicial notice*", della circostanza di fatto che ci sono "a group of women in Australian society who have strongly held religious beliefs that would not permit them in any circumstances to expose their faces in a courtroom". Nonostante tale spiraglio di apertura, la Corte ha concluso tuttavia che siffatta circostanza dovesse essere provata in maniera adeguata e non potesse essere semplicemente data per autentica. Essa inoltre ha richiamato l'esperienza degli altri ordinamenti di *common law*, ove non è riscontrabile alcun caso in cui sia stato consentito a una testimone di rendere la sua testimonianza indossando il *niqab*, quando tale testimonianza rivestisse carattere cruciale nell'ambito della procedura giudiziaria.

Recentemente, una Corte australiana ha reputato che misure limitative dell'esercizio della libertà di religione possono coinvolgere anche coloro che assistono a una udienza in veste di pubblico, qualora il porto di specifici simboli di carattere "forte" (come, nel caso di specie, il *niqab*), pur non rivestendo carattere "irrispettoso, offensivo o minaccioso" può rappresentare "an impediment to the deterrence and punishment of misbehaviour by spectators in the public gallery", mettendo a rischio la pubblica sicurezza²⁶⁷. Quest'ultima, secondo il giudice, non può ridursi

²⁶⁶ Viene richiamata a tale proposito una pronunzia della *High Court of Australia*, *Fox v. Percy* (2003) 214 CLR 118, secondo cui "In recent years judges have become more aware of scientific research that has cast doubt on the ability of judges (or anyone else) to tell truth from falsehood accurately on the basis of demeanor. Considerations such as these have encouraged judges, both at trial and on appeal, to limit their reliance on the appearances of witnesses and to reason to their conclusions, as far as possible, on the basis of contemporary materials, objectively established facts and the apparent logic of events. This does not eliminate the "established principles about witness credibility"; but it tends to reduce the occasions where those principles are seen as critical".

²⁶⁷ Cfr. *The Queen v. Chaarani* (Ruling 1) [2018] USC 387 (16 July 2018), ove la *Victorian Supreme Court* ha rigettato il ricorso di una donna contro una precedente misura restrittiva che le impediva di assistere al processo contro il marito (accusato di avere partecipato alla preparazione di alcuni attacchi terroristici). La donna reputava che fosse stato violato il suo diritto all'esercizio della libertà religiosa nonché a partecipare alla vita pubblica (artt. 14 e



a una “mera questione di identificazione fisica” operata dagli addetti alla sicurezza, né alla verifica relativa al possesso di armi operata con gli scanner; va infatti tenuta in considerazione la “natura altamente stressante” dei procedimenti dinanzi a organi giudiziari di carattere apicale²⁶⁸, che possono richiedere peculiari misure di cautela²⁶⁹. Queste possono coinvolgere anche le persone vicine alla figura dell’imputato, ai fini della salvaguardia non solo dei diretti partecipanti alla procedura, ma anche della prevenzione sia dei costi che ricadrebbero altrimenti sull’intera collettività²⁷⁰, sia di potenziali rischi per l’intero pubblico non ponderabili in anticipo²⁷¹. Secondo il giudice, infatti, gli “spettatori a viso scoperto” sarebbero maggiormente consapevoli che, in caso di comportamenti scorretti, la loro identificazione sarebbe più agevole, anche qualora si allontanassero dall’aula giudiziaria. Il giudice riconosce che l’Australia è uno Stato multiculturale, per cui l’esercizio della libertà espressiva di religione deve godere di forme di accomodamento nella massima misura possibile. Tuttavia né il diritto alla libertà religiosa né quello a partecipare alla vita pubblica possono

18 della Carta costituzionale).

²⁶⁸ “As a consequence of that stress, incidents happen from time to time in court. Whilst it is rare for physical violence to erupt, it is not so rare that things are said by spectators in the public gallery which should not be said [...in some cases, things said or done by spectators may necessitate the discharge of a jury, which may cause great distress to participants in the trial, not to mention the cost to the community [...].”

²⁶⁹ “It is not good court management, in my view, to adopt a reactive approach, that is, to allow spectators to have their faces covered but eject them, and refuse them re-entry, if they are detected misbehaving. First, prevention is better than cure. Second, it is naïve to think that misbehavior will always be immediately detected by court security staff. A person to whom something improper is said or done may be too stunned or frightened to raise the alarm immediately, enabling the culprit to get away. Or there may not be sufficient court security staff on hand. Court security resources are limited and one cannot always predict which cases will generate problems in the public gallery”.

²⁷⁰ “[...] [P]ersons closely associated with an accused have a larger stake in the proceedings than the casual observer and will be subjected to considerable stress where the charges are serious, as is the case here. Ms Al Qattan, and other supporters of the accused men who also wish to wear nikabs in court, may be able to handle the stress and act with restraint. But they may not. I consider that there is a risk that should not be ignored”.

²⁷¹ “A person to whom something improper is said or done may be too stunned or frightened to raise the alarm immediately, enabling the culprit to get away. Or there may not be sufficient court security staff on hand. Court security resources are limited and one cannot always predict which cases will generate problems in the public gallery”.



essere assolutizzati²⁷². La limitazione della libertà di esercizio della religione risulta pertanto innegabilmente giustificata, secondo il giudice, in base ai valori propri di una società libera e democratica, fondata sui valori della dignità umana, dell'uguaglianza e della libertà. Il giudice ha altresì reputato che l'adozione di ulteriori misure di sicurezza avrebbe comportato una più ampia compressione dei diritti degli spettatori. Infine ha distinto il caso in esame da quelli in cui la partecipazione a una procedura giudiziaria è obbligatoria a causa del ruolo rivestito nella stessa o resa tale dalla presenza di sanzioni. Nel caso di specie, in cui l'istante vorrebbe invece partecipare di sua libera scelta, quale spettatrice, al fine di offrire supporto morale al marito, il giudice reputa pertanto che la donna può scegliere di non partecipare al processo o di accettare una soluzione di compromesso (seguire il processo via *streaming* in un'altra stanza dell'edificio).

Il punto più debole della pronuncia, come in altri casi in precedenza esaminati, rimane tuttavia quello in cui il giudice ha sostenuto che "visioni soggettive" della religiosità non possono condizionare la gestione di un'aula giudiziaria, entrando in una indebita valutazione del carattere "centrale" o no di una pratica di carattere religioso, che un giudice secolare non sarebbe competente a operare.

21 - Le corti e le minoranze: un tentativo di comparazione fra la giurisprudenza dei giudici extraeuropei di *common law* ...

Le nuove istanze della diversità religiosa impegnano gli organi giudiziari a elaborare nuove risposte giuridiche che superino le tradizionali dicotomie pubblico/privato, religioso/secolare, moderno/secolare, alla luce di nuove forme di interazione fra diritto, religione e cultura²⁷³, e offrono lo spunto per riflettere sull'interazione tra fonti normative e processi giudiziari, attraverso cui si sviluppa una sorta di dialogo a beneficio delle rivendicazioni di libertà religiosa delle appartenenze minoritarie²⁷⁴.

²⁷² "I have assumed for the purpose of this ruling that Ms. Al Qattan wants to wear the nikab in court for religious reasons, and that her religious beliefs are strongly held. In other words, I accept that the right of religious freedom is engaged. I also accept that it is a very important right, which may go to the core of a person's identity. Likewise, I accept that the right to participate in public life is engaged and that it is an important right".

²⁷³ Cfr. V. NARAIM, *The Place of Niqab*, cit., p. 51.

²⁷⁴ Cfr. A. RUGGERI, *Dialogo fra le Corti e tecniche decisorie, a tutela dei diritti fondamentali*, in *www.dirittocomparati.it*, 19 novembre 2013; A. MADERA, *La libertà di aprire luoghi di culto e i suoi limiti nella più recente giurisprudenza nazionale e sovranazionale*, in A. FUCILLO (a cura



Indipendentemente dalla consolidata distinzione fra sistemi di *common law* e di *civil law*, infatti, l' „arena giudiziaria” è divenuta il luogo preferenziale in cui vengono analizzate le politiche della diversità culturale e religiosa e svolge una funzione strategica nella definizione del ruolo e dello spazio accordato alle appartenenze minoritarie nell'ambito di un contesto democratico e pluralista²⁷⁵. In tale contesto le rivendicazioni minoritarie, che non trovano agevolmente accesso nell'ambito delle logiche politiche maggioritarie, possono trovare forme di accomodamento che non producano a loro danno forme di ostracizzazione socio-economica²⁷⁶. Tale contesto, al tempo stesso, costituisce sempre più uno spazio favorevole alla riemersione di istanze di tutela anche da parte delle identità maggioritarie²⁷⁷. Una analisi in chiave comparativa fra la giurisprudenza dei sistemi extraeuropei di *common law* e le pronunzie della Corte europea sull'impatto delle questioni relative alle minoranze religiose sulle tecniche di gestione della diversità religiosa richiede però alcune precisazioni preliminari.

I sistemi di *common law* sono accomunati dalla loro condivisa derivazione dal diritto inglese. Essi si differenziano quanto al possesso di una struttura giuridica di carattere federalistico, alla presenza di un testo costituzionale scritto, alla partecipazione al *Commonwealth*: in tutti però si riscontra il ricorso ai reciproci precedenti giudiziari, e il frequente ispirarsi ai concetti di “ragionevolezza, giustizia e certezza”²⁷⁸. La loro tradizione giudiziaria si fonda sul riconoscimento di un pregnante ruolo al giudice, deputato a offrire un rilevante contributo nell'arricchimento del linguaggio costituzionale di nuovi significati, sia pure nell'ambito di quella cornice quadro definita dal testo costituzionale o dalla Carta dei diritti

di), *Le proiezioni civili delle religioni tra libertà e bilateralità. Modelli di disciplina giuridica*, Edizione Scientifica, Napoli, 2017, p. 561, con i relativi richiami bibliografici.

²⁷⁵ Cfr. **A. SHACHAR**, *Squaring the Circle*, cit., p. 40; **E. FOCAS**, *Directions in Religious Pluralism in Europe: Mobilizations in the Shadow of the European Court of Human Rights Religious Freedom Jurisprudence*, in *Ox.J.L. & Religion*, 4(1), 2015, p. 54 ss.; **A. MADERA**, *Spunti di riflessione sulla decisione Hobby Lobby e sul suo impatto sulla tutela della libertà religiosa negli U.S.A.*, in *Dir. Eccl.*, 2014, fasc. 3-4, p. 711, con i relativi richiami bibliografici.

²⁷⁶ Cfr. **A. SHACHAR**, *Squaring the Circle*, cit., p. 42.

²⁷⁷ Si pensi a pronunzie del tenore di Corte europea dei diritti dell'uomo, *Grand Chamber, Lautsi v. Italy* (ric. n. 30814/06), 18 marzo 2011, in ambito europeo; *Burwell v. Hobby Lobby*, 573 U.S. (2014), negli Stati Uniti.

²⁷⁸ Cfr. **S. FARRAR, G. KRAYEM**, *Accommodating Muslims*, cit., p. 5.



fondamentali (ove vi sia)²⁷⁹. Il metodo casistico agevola infatti un processo di adattamento evolutivo degli *standard* giuridici vigenti, facilitando sia un continuo processo di ripensamento delle regole giuridiche alla luce dei mutamenti socio-culturali del contesto territoriale di riferimento sia una più immediata interazione fra le diverse funzioni di governo²⁸⁰. Sia pure nel rispetto del complesso *background* storico culturale e politico dell'ordinamento coinvolto, tale metodo permette di attribuire un adeguato rilievo alle circostanze specifiche del caso, che possono giustificare il discostarsi da decisioni precedenti, realizzando un dinamico equilibrio fra regole ed eccezioni, alla luce delle pretese confliggenti delle parti avverse²⁸¹.

Questo modello si congiunge con l'impostazione tipica dell'*adversarial system*, che adotta specifiche regole procedurali, prevede l'utilizzo della giuria e valorizza il ruolo della parte attrice (consentendole, in una certa misura, di perimetrare l'area della controversia) e dei difensori²⁸². Questa struttura giudiziaria si rivela idonea a dare "voce" alle rivendicazioni di nuovi attori religiosi e di soddisfare plurali istanze di accomodamento²⁸³. Al tempo stesso ogni ordinamento di *common law* mantiene i suoi propri tratti di specificità.

La giurisprudenza statunitense, tradizionalmente improntata a un principio separazionista che oggi va assumendo connotazioni maggiormente sfumate, rivela una lunga esperienza nella prevenzione del corto circuito fra istanze di libertà religiosa e interessi statali. Siffatto equilibrio si fonda sul cosiddetto "*strict scrutiny test*", che richiede che gli attori pubblici attestino il perseguimento un interesse qualificabile come stringente che giustifica una limitazione dell'esercizio della libertà religiosa, e costituisce il mezzo meno restrittivo per raggiungere tale obiettivo²⁸⁴. In tali complesse dinamiche, il testo costituzionale "stabilisce i parametri della conversazione" tra il Congresso, gli Stati e le Corti quando è in gioco una rivendicazione riguardante l'esercizio della libertà religiosa, ponendo degli *standard* con riguardo alla libertà religiosa che vanno assicurati sia a livello

²⁷⁹ Cfr. L. HUNT GREENHAW, M. KOBY, *Constitutional Conversations and New Religious Movements: A Comparative Case Study*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 38, 2005, pp. 640-644.

²⁸⁰ Cfr. L. HUNT GREENHAW, M. KOBY, *Constitutional Conversations*, cit., pp. 644-646.

²⁸¹ Cfr. L. HUNT GREENHAW, M. KOBY, *Constitutional Conversations*, cit., pp. 642-646.

²⁸² Cfr. S. FARRAR, G. KRAYEM, *Accommodating Muslims*, cit., p. 5.

²⁸³ Cfr. L. HUNT GREENHAW, M. KOBY, *Constitutional Conversations*, cit., pp. 634-638.

²⁸⁴ Cfr. in dottrina G. D'ANGELO, *Libertà religiosa e diritto giurisprudenziale. L'esperienza statunitense*, Giappichelli, Torino, 2015.



federale che statale, e limitando la possibilità degli organi legislativi di ridurre i margini di tale libertà²⁸⁵.

A sua volta, nell'esperienza canadese, qualificata come "laboratorio vivente" del multiculturalismo, traspare la costante ricerca di percorsi costituzionalmente coerenti che riescano a conciliare diritti in competizione fra di loro²⁸⁶. Essa emblemizza le difficoltà incontrate dagli ordinamenti contemporanei nel conciliare la tradizionale apertura al multiculturalismo con la promozione dell'uguaglianza di genere, quali valori fondamentali propri di un ordinamento democratico e laico: entrambi, in Canada, trovano fondamento nella Carta costituzionale²⁸⁷. La giurisprudenza canadese rispecchia una prospettiva ordinamentale volta a rifiutare approcci "esclusivi" delle minoranze, che favorirebbero le appartenenze maggioritarie, e a privilegiare invece forme di bilanciamento che "mitighino le tensioni fra i valori in competizione fra loro²⁸⁸. Tuttavia, recentemente, talune pratiche religiose islamiche mettono alla prova il tradizionale multiculturalismo canadese, e vanno a testare i confini entro i quali i diritti alla differenza possono trovare forme di riconoscimento²⁸⁹.

Con riguardo all'Australia, la dottrina si interroga invece quanto l'assenza di un *Bill of Rights* incida in termini di protezione della libertà religiosa e di rapporti fra Stato e Confessioni religiose²⁹⁰. La libertà religiosa trova infatti tutela nel testo costituzionale (art. 116 Cost.); tuttavia di tale protezione le Corti hanno dato spesso un'interpretazione restrittiva e strettamente connessa ai testi normativi varati dal Parlamento Federale, per cui sono i processi legislativi a definire i parametri del dibattito in materia di libertà religiosa²⁹¹. La dottrina sottolinea che, indipendentemente dagli

²⁸⁵ Cfr. **L. HUNT GREENHAW, M. KOBY**, *Constitutional Conversations*, cit., pp. 628-634.

²⁸⁶ Cfr. **A. SHACHAR**, *Squaring the Circle*, cit., p. 33-34.

²⁸⁷ Cfr. **A. SHACHAR**, *Squaring the Circle*, cit., p. 33-34.

²⁸⁸ Cfr. **A. SHACHAR**, *Squaring the Circle*, cit., p. 37-43. Si vedano le pronunzie *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47 [50], 2 SCR 551, ove la Corte Suprema Canadese ha specificato che lo Stato non può interferire in materie di stretta competenza confessionale; *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 SCR 256, 2006 SCC 6, ove la Corte ha riconosciuto i principi del multiculturalismo, dell'accomodamento religioso e della libertà religiosa quali principi fondamentali che regolano la società canadese; *Bruker v. Marcovitz*, 2007 SCC 54, 3 SCR 607, ove la Corte ha enfatizzato il pluralismo religioso, il riconoscimento delle diversità etnico-religioso-culturali, il rilievo costituzionale del multiculturalismo.

²⁸⁹ Cfr. **V. NARAIM**, *The Place*, cit., p. 41.

²⁹⁰ Sia lo Stato di Vittoria sia quello dell'*Australian Capital Territory* hanno tuttavia adottato propri *Bill of Rights* all'interno della loro sfera di giurisdizione.

²⁹¹ Cfr. **R. BARKER**, *State and Religion*, cit., p. 131 ss.



esiti in termini di protezione dei gruppi minoritari, qualora sia in gioco una violazione della libertà religiosa, le autorità giudiziarie tendono a far ricorso a un approccio “legalistico” piuttosto che improntato alla tutela dei diritti umani e hanno una possibilità limitata di ricorrere a forme di bilanciamento fra diritti confliggenti²⁹².

In tutti e tre i sistemi giuridici esaminati, sebbene l’atteggiamento degli organi giudiziari abbiano alternato fasi di maggiore attivismo nei confronti delle azioni governative e fasi di *self-restraint*, le loro decisioni nel lungo periodo hanno avuto un effetto espansivo sulla libertà religiosa, ampliando la portata dello stesso testo costituzionale, assumendo un ruolo attivo nella protezione della libertà religiosa. In particolare, negli U.S.A. e nel Canada, si impone agli organi governativi l’onere di dimostrare la presenza di un interesse statale talmente stringente da giustificare restrizioni all’esercizio della libertà religiosa²⁹³.

Del modello di *common law* si sono avvantaggiate le minoranze religiose, che hanno gradualmente sviluppato strategie per incrementare le loro possibilità di successo in sede giudiziaria, talvolta giungendo al punto di modificare forme di regolamentazione e organizzazione interna non coerenti con un ordinamento democratico, laico e pluralista²⁹⁴. Oggi tale modello si confronta però con nuove istanze di accomodamento e l’esigenza di realizzare nuovi sinergici equilibri, che non vadano a discapito di nuove categorie vulnerabili e che non alterino quella “promessa di neutralità” costituzionalmente affermata²⁹⁵.

22 - ... e la giurisprudenza della Corte europea

La Corte europea è tenuta a operare alla luce del testo della Convenzione, che costituisce uno “strumento vivente”, suscettibile sempre di re-interpretazioni e adattamenti dei suoi principi alla luce di nuovi parametri emergenti nell’ambito degli Stati europei²⁹⁶. Essa si avvale del “linguaggio dei diritti umani” al fine della gestione di un pluralismo di cui viene

²⁹² Cfr. R. BARKER, *State and Religion*, cit., p. 131 ss.

²⁹³ Cfr. R. BARKER, *State and Religion*, cit., p. 131 ss.

²⁹⁴ Cfr. R. BARKER, *State and Religion*, cit., p. 131 ss.; L. HUNT GREENHAW, M. KOBY, *Constitutional Conversations*, cit., p. 620 ss.

²⁹⁵ Cfr. B. LEDEWITZ, *Could Government Speech Endorsing a Higher Law Resolve the Establishment Clause Crisis ?* (in http://www.works.bepress.com/bruce_ledewitz/1).

²⁹⁶ Cfr. R. MEDDA-WINDISCHER, *Militant or Pluralist Secularism?*, cit., pp. 227-228.



valorizzata la dimensione “religiosa” (piuttosto che quella “culturale”)²⁹⁷. Le direttive di tale organo giudiziario vanno a chiarire gli obblighi derivanti dalla Convenzione, finendo con l’influenzare non solo le questioni direttamente esaminate, ma anche l’interpretazione delle regole statali in casi analoghi, così come a innestare processi riformistici a livello di singoli Stati; tuttavia non va dimenticato che la Corte europea non possiede strumenti che diano alle sue pronunzie efficacia diretta²⁹⁸, e l’impatto dello stesse è legato alla volontaria adesione da parte degli Stati agli indirizzi dalla stessa Corte tracciati.²⁹⁹

Fin dal caso *Kokinnakis*³⁰⁰, la Corte Europea ha affermato il suo ruolo chiave di garante dei diritti delle minoranze, assumendo spesso una posizione che è stata definita “contromaggioritaria”³⁰¹ e consentendo ai gruppi minoritari di vedersi riconosciuti profili fondamentali della libertà religiosa in diversi contesti nazionali (Grecia, Turchia, Russia); la sua giurisprudenza ha avuto un impatto sulle dinamiche tra gruppi maggiormente radicati sul territorio nazionale e nuove minoranze, così come ha contribuito a ridefinire il concetto di minoranza e i connotati da attribuire alla qualifica della religiosità³⁰².

Questo atteggiamento giurisprudenziale, mirato altresì a riservare un ruolo centrale alle parti ricorrenti nei giudizi, ha innescato inizialmente una “mobilitazione giudiziaria” dei gruppi minoritari dinanzi alla Corte, quale strumento strategico per migliorare il loro *status* nei contesti nazionali³⁰³. Il ricorso alla Corte europea sicuramente non ha però sempre offerto una soluzione completa, data la “riluttanza”, in alcuni contesti

²⁹⁷ Cfr. in tale senso **K. ALIDADI, M.-C. FOLETS**, *Framing Multicultural Challenges*, cit., p. 393.

²⁹⁸ Cfr. però pure Protocollo CEDU n. 16, del 10 luglio 2013. Si veda in dottrina **G. SORRENTI**, *Un'altra cerniera tra giurisdizioni statali e Corti sovranazionali? L'introduzione della nuova funzione consultiva della Corte di Strasburgo da parte del Protocollo n. 16 CEDU*, in *www.forumcostituzionale.it* (luglio 2014), pp. 1-18.

²⁹⁹ Cfr. **A. JUSIC**, *Damned If It Doesn't*, cit., p. 571 e p. 593.

³⁰⁰ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 25 maggio 1993 (ric. n. 14307/88), *Kokkinakis v. Greece*.

³⁰¹ Cfr. **S. MANCINI**, *La supervisione europea presa sul serio: la controversia sul crocifisso tra margine di apprezzamento e ruolo contromaggioritario delle corti*, in *Giur. cost.*, vol. 54/5, 2009, pp. 4055-4083.

³⁰² Cfr. **E. FOKAS, J.T. RICHARDSON**, *The European Court of Human Rights and Minority Religions: Messages Generated and Messages Received*, in *Religion, State & Society*, 2017, vol. 45, n. 3-4, pp. 166-173; Si vedano i casi *Lautsi* ed *Eweida*, in precedenza citati.

³⁰³ Cfr. **C. ÖZGÜL**, *Beyond Legal Victory or Reform: the Legal Mobilisation of Religious Groups in the European Court of Human Rights*, in *Religion, State & Society*, 2017, vol. 45, n. 3-4, pp. 317-333.



geografici, all' „implementazione” sia di riforme della normativa vigente sia delle stesse decisioni della Corte da parte dei decisori nazionali³⁰⁴. L'approccio caso per caso adottato dalla Corte, che spesso si limita ad affrontare la specifica questione sottoposta alla sua attenzione, e a indagare solo sporadicamente lo *status* di un determinato gruppo minoritario in un determinato contesto giuridico ha alimentato la refrattarietà, a livello di singoli Stati, a “estendere” la portata delle pronunzie europee a ulteriori gruppi minoritari³⁰⁵. Tali considerazioni hanno prodotto, secondo parte della dottrina, un “sorprendente declino nella mobilitazione legale” poiché “le decisioni sono rimaste attuate in modo limitato, per cui gli attori stanno diventando consapevoli che la capacità della Corte di esercitare una influenza sulle autorità politiche locali è limitata”³⁰⁶. La giurisprudenza europea ha comunque sicuramente contribuito sia a incrementare la consapevolezza da parte delle parti attrici dei loro diritti, la “percezione” di un'identità condivisa, la necessità in alcuni casi di modificare la natura e le finalità delle loro rivendicazioni sia ad alimentare il dibattito pubblico (non solo a livello accademico) sullo *status* delle minoranze³⁰⁷.

Anche la Corte europea è spesso impegnata in complesse operazioni di bilanciamento fra valori in conflitto.

Più complesso è però l'equilibrio che essa deve raggiungere, in quanto essa deve operare la propria valutazione alla luce dei principi convenzionalmente affermati, tenendo conto altresì dei valori propri del contesto storico-culturale giuridico di riferimento³⁰⁸ dando luogo a una giurisprudenza “a geometria variabile”³⁰⁹.

A tale proposito, una disamina comparativa delle sue pronunzie ha evidenziato come in diversi paesi europei vengano abbracciate diverse idee di neutralità statale, che spaziano da una “neutralità passiva” a una

³⁰⁴ Cfr. **C. ÖZGÜL**, *Beyond Legal Victory*, cit., pp. 318-328; **D. KURBAN, O. ERÖZDEN, H. GÜLALP**, *Supranational Rights Litigation; Implementation and the Domestic Impact of Strasbourg Court Jurisprudence: A Case Study of Turkey*, 2008 (nel sito <http://www.juristras.eliamep.gr/wpcontent/uploads/2008/10/casestudyreportturkeyfinal.pdf>).

³⁰⁵ Cfr. **C. ÖZGÜL**, *Beyond Legal Victory*, cit., p. 318 e p. 329.

³⁰⁶ Cfr. **E. FOKAS, J.T. RICHARDSON**, *The European Court of Human Rights and Minority Religions*, cit., p. 171; **C. ÖZGÜL**, *Beyond Legal Victory*, cit., pp. 328-329.

³⁰⁷ Cfr. **C. ÖZGÜL**, *Beyond Legal Victory*, cit., p. 319.

³⁰⁸ Cfr. **M. ADRIAN**, *The Principled Slope*, cit., p. 181.

³⁰⁹ Cfr. **F. MEGRET**, *Le Canada à la pointe de la tolérance? L'accommodement raisonnable à l'aune du droit international des droits de la personne*, in J.-F. GAUDREAU-DESBIENS (ed.), *Le droit, la religion et le «raisonnable»*, Themis, Montreal, 2009, pp. 263-302.



neutralità attiva³¹⁰ e promuovono diverse letture del “*vivre ensemble*”³¹¹, che si riverberano sulla disciplina della libertà di espressione religiosa e sui suoi limiti. A tale proposito, essa ha alternativamente asseverato sia restrizioni statalmente imposte del pluralismo religioso nella sfera pubblica in vista della tutela di quei valori comuni che costituiscono il *common core* di una società democratica, in relazione a visioni assertive della neutralità della sfera pubblica³¹², sia un approccio maggiormente flessibile del principio di neutralità statale.

L'intervento della Corte si è altresì asseverato alternativamente su posizioni di *self-restraint* o di maggiore attivismo giudiziario, e la sua stessa composizione negli specifici casi ha influito sul formarsi di un determinato orientamento.

Secondo parte della dottrina, come si è già in precedenza evidenziato, la Corte avrebbe assunto spesso una posizione di *self-restraint* verso i sistemi giuridici più coerentemente allineati con gli *standard* convenzionali in materia di diritti umani, e avrebbe invece esercitato un ruolo più incisivo verso quegli ordinamenti in cui è ancora in atto il processo di costruzione socio-giuridica della tutela della libertà religiosa³¹³. Ne deriverebbe un atteggiamento della Corte Europea verso le minoranze caratterizzato da una apparente asimmetria: essa appare più propensa a

³¹⁰ Cfr. **S. VAN DROOGHENBROECK**, *Les transformations du concept de neutralité de l'État: quelques réflexions provocatrices*, in **J. RINGELHEIM** (sous la direction de), *Le droit et la diversité culturelle*, cit., p. 75 ss.

³¹¹ Cfr. *S.A.S. v. France*, cit. Cfr. pure *El Morsli c. Francia* (ric. n. 15585/06), cit., ove la Corte si è pronunciata contro una donna musulmana cui era stato negato l'accesso al consolato francese a Marrakech perché si è rifiutata di togliersi il velo per un controllo in vista della sicurezza pubblica. La Corte ha dichiarato che il rifiuto di fornire un agente di sesso femminile per l'identificazione della donna non ha oltrepassato il margine di apprezzamento di cui gode uno Stato in materia di pubblica sicurezza.

Con riguardo alla compatibilità con l'art. 9 CEDU della proibizione imposta in Francia riguardante il porto di capi di abbigliamento religiosamente caratterizzato nell'ambiente scolastico, cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. V, *Aktas v. France* (ric. n. 43563/08), 30 giugno 2009; Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. V., *Ghazal v. France* (ric. n. 29134/08), 30 giugno 2009; Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. V, *Bayrak v. France* (ric. n. 14308/08) 30 giugno 2009; Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. V, *Gamaleddyn v. France* (ric. n. 18527/08), 30 giugno 2009; Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. V, *Jasvir Singh v. France* (ric. n. 25463/08), 30 giugno 2009; Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. V, *Ranjit Singh v. France* (ric. n. 27561/08), 30 giugno 2009; *Dogru v. France*, cit.; *Kervanci v. France*, cit.

³¹² Si vedano i casi *S.A.S.* ed *Ebrahimian*, in precedenza citati.

³¹³ Cfr. **J. T. RICHARDSON**, **B.M. LEE**, *The Role of the Courts in the Social Construction of Religious Freedom in Central and Eastern Europe*, in *Rev. Cent. East Eur. L.*, vol. 39, 2014, p. 302.



venire incontro alle istanze dei gruppi minoritari quando essi subiscono un trattamento “punitivo” in Paesi di più recente accesso all’Unione (*low-status states*) rispetto a quando ciò si verifichi nell’ambito di quegli ordinamenti cui la Corte è disposta a riconoscere un maggiore margine di apprezzamento (*high-status states*)³¹⁴. Siffatto uso “selettivo” del parametro del margine di apprezzamento condurrebbe la Corte ad assumere posizioni diverse in base allo Stato che costituisce il suo interlocutore³¹⁵. Ricadrebbe inevitabilmente sulle appartenenze religiose minoritarie l’assunzione, da parte della Corte, di un atteggiamento o deferenziale verso modelli improntati sia a forme di secolarismo assertivo o incline al riconoscimento di forme di trattamento privilegiario ad alcuni gruppi confessionali³¹⁶. Non va trascurato altresì il ruolo giocato dalla “mobilitazione” di parti terze che, enfatizzando l’emergere di un crescente consenso europeo nei riguardi di talune politiche pubbliche, favorisce tali dinamiche a favore delle narrative maggioritarie³¹⁷.

Secondo altra dottrina, invece, tale atteggiamento apparentemente asimmetrico deriverebbe da una maggiore facilità della Corte a gestire le dinamiche relative al rapporto fra Stato-religione (nella sua dimensione collettiva), e una maggiore riluttanza ad affrontare quelle che implicano forme di espressione religiosa individuale nella sfera pubblica³¹⁸.

23 - Lo strumento dell’„accomodamento ragionevole” negli ordinamenti extraeuropei di *common law*

La disamina delle decisioni della Corte Europea e le sentenze degli ordinamenti extraeuropei di *common law* in materia di porto di simboli religiosi offre lo spunto per una più ampia riflessione comparata sull’idea di accomodamento ragionevole, e sulle sue potenzialità con riguardo alle politiche di gestione della diversità religioso-culturale nei vari contesti giuridici.

³¹⁴ Cfr. A. JUSIC, *Damned If It Doesn’t*, cit., p. 574 ss., fa l’esempio dell’atteggiamento della Corte, alternativamente più pervasivo o più *soft*, con riguardo alle modalità statali di disciplinare il trattamento dei Testimoni di Geova in Russia e in Francia.

³¹⁵ Cfr. A. JUSIC, *Damned If It Doesn’t*, cit., p. 578.

³¹⁶ Cfr. A. JUSIC, *Damned If It Doesn’t*, cit., p. 581.

³¹⁷ Cfr. A. JUSIC, *Damned If It Doesn’t*, cit., p. 591.

³¹⁸ Cfr. R. RINGELHEIM, *Rights, Religion and the Public Sphere: The European Court of Human Rights in Search of a Theory?*, in C. UNGUERANU, L. ZUCCA, *A European Dilemma: Religion in the Public Sphere*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 283-304.



Siffatto strumento di compensazione delle disparità subite dalle appartenenze minoritarie ha profonde radici storiche in Canada e negli Stati Uniti. Tuttavia, pure in tali contesti la sua implementazione, quale risposta alle domande di diversità religiosa, ha incontrato delle criticità ed è tuttora oggetto di un vivo dibattito³¹⁹. Questa prospettiva si fonda sull'idea che un "adattamento", nei limiti della ragionevolezza, del contesto esterno (sociale, culturale, normativo) costituisca una risposta pubblica di carattere compensatorio alle peculiari esigenze di alcuni individui o gruppi, che altrimenti, in conseguenza delle loro specifiche caratteristiche (non condivise dalle appartenenze maggioritarie) sarebbero svantaggiati nella possibilità di accedere ad attività, lavoro, beni, risorse o servizi che dovrebbero essere fruibili per l'intera collettività³²⁰. Tali ordinamenti sono orientati a considerare l'appartenenza religiosa al pari di altre forme di disabilità, e quindi a considerarla bisognosa di adeguate misure per colmare il *gap* che divide le minoranze dai gruppi maggioritari, al fine sia di rimuovere a loro favore gli ostacoli all'accesso a determinati benefici sia di prevenire forme di discriminazione, anche di carattere precipuamente indiretto. Queste ultime sarebbero determinate da una legislazione solo formalmente neutrale, ma in realtà discriminatoria rispetto ad alcune categorie, pertanto meritevoli di una peculiare protezione.

Negli Stati Uniti, la nozione di ragionevole accomodamento emerge in ambito giurisprudenziale quale peculiare visione di un atteggiamento separatista "benevolente" verso il fenomeno religioso, finalizzato inizialmente a offrire risposte di carattere individualizzato alle istanze concernenti l'esercizio della libertà religiosa. In Canada, tale nozione si intreccia con le politiche del multiculturalismo, che costituiscono la "risposta statale alla diversità"³²¹. Se in passato infatti dette politiche si concentravano sulle diversità etniche e razziali, oggi esse si focalizzano maggiormente sulla diversità religiosa³²². Il ragionevole accomodamento

³¹⁹ Cfr. E. BRIBOSIA, J. RINGELHEIM, I. RORIVE, *Reasonable Accommodation*, cit., p. 160.

³²⁰ Cfr. E. BRIBOSIA, J. RINGELHEIM, I. RORIVE, *Reasonable Accommodation*, cit., p. 138.

³²¹ Cfr. V. NARAIN, *Difference and Inclusion*, cit., p. 216 ss.

³²² Cfr. W. KYMLICKA, *The Three Lives of Multiculturalism*, in S. GUO, L. WONG (eds.), *Revisiting Multiculturalism in Canada*, Toronto, Springer, 2015, pp. 26-27. Per una disamina delle sottili distinzioni fra le diverse politiche pubbliche canadesi, sia pur tuttavia sempre improntate al rispetto dell'identità culturale, cfr. O. PÉREZ DE LA FUENTE, *Reasonable Accommodation Based on Religious Beliefs or Practices. A Comparative Perspective between the American, Canadian and European Approaches*, in *The Age of Human Rights Journal*, 10 June 2018, p. 85 ss.



diviene “*itself a tool of governmental intervention to manage diversity-related conflict*”³²³. Alcuni Autori hanno a tale proposito sostenuto che l’accomodamento ragionevole “*se situe plus précisément dans la lignée des notions de discrimination indirecte et d’égalité substantielle*”³²⁴. Le sue fondamenta vengono rintracciate dalla giurisprudenza nella *Charte canadienne des droits et libertés* (Article 2a) e nella sua ampia protezione della libertà di coscienza e di religione³²⁵; ma è stato alternativamente connesso al principio di eguaglianza e al divieto di discriminazione indiretta. Il suo carattere “trasversale”³²⁶ gli consente pertanto di trovare applicazione con riguardo a tutte quelle caratteristiche produttive di situazioni di svantaggio (genere, etnia, nazionalità, religione) che richiedono l’introduzione di eccezioni a una normativa formalmente neutrale³²⁷.

Il campo privilegiato di operatività del ragionevole accomodamento, negli U.S.A., è costituito dall’ambito dei rapporti giuslavoristici (pubblici e privati)³²⁸, ancorchè il suo utilizzo sia limitato alla circostanza che esso non causi una *undue hardship* a carico del datore di lavoro. La soglia di tale *undue hardship* viene individuata restrittivamente come un “*de minimis cost*”. Nel

³²³ Cfr. **S. BILGE**, *Reading the Racial Subtext of the Québécois Accommodation Controversy: An Analytics of Racialized Governmentality*, in *Politikon*, vol. 40:1, 2013, p. 158 (mio il corsivo).

³²⁴ Cfr. **L. VAN BELLINGEN**, *L’accomodement raisonnable*, cit., pp. 221-248 (mio il corsivo).

³²⁵ Si veda l’Art. 15 della Carta costituzionale Canadese: “(1) La loi ne fait acception de personne et s’applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l’origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l’âge ou les déficiences mentales ou physiques. (2) Le paragraphe (1) n’a pas pour effet d’interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d’individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques”. Si veda anche l’art. 2 della stessa Carta.

³²⁶ Cfr. **K. ALIDADI**, *Religion, Equality*, cit., p. 38 ss.

³²⁷ Cfr. **E. BRIBOSIA, J. RINGELHEIM, I. RORIVE**, *Reasonable Accommodation*, cit., p. 145.

³²⁸ Si vedano a tale proposito il *Civil Rights Act* del 1964 (Pub. L. 88-352, 78 Stat. 241, enacted July 2, 1964), e l’*American with Disabilities Act* del 1990 (42 U.S.C. § 12101). Inizialmente il parametro utilizzato è quello di un formale *equal treatment*, poi l’introduzione di direttive a opera dell’*Equal Employment Opportunity Commission* ha avuto un effetto propulsivo sull’implementazione di forme di accomodamento di carattere maggiormente sostanziale. Cfr. **A. MADERA**, *Le istanze di accomodamento religioso sul luogo di lavoro negli U.S.A.: un commento alla decisione E.E.O.C. v. Abercrombie & Fitch Stores, Inc.*, in **A. CAMASSA** (a cura di), *Democrazie e religioni. Libertà religiosa diversità e convivenza nell’Europa del XXI secolo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, pp. 173-175, con i relativi richiami bibliografici.



difficile equilibrio fra l'interesse del lavoratore e quello dell'impresa s'innesta altresì l'esigenza che i costi dell'accomodamento non vadano a gravare su soggetti terzi³²⁹.

Anche in Canada esso emerge inizialmente nell'ambito della giurisprudenza giulavoristica fin dal 1985, e diviene ben presto uno strumento di più ampio utilizzo per la risoluzione dei conflitti etno-culturali in ambito giurisprudenziale (e non solo)³³⁰. Come negli U.S.A., anche qui grava sul datore di lavoro la prova di non poter riconoscere l'accomodamento in quanto ne deriverebbe una *undue hardship* per l'impresa o oneri a carico dei lavoratori, tuttavia i parametri definizionali di tale canone risultano più rigidi ed esigenti qualcosa di più rispetto a un "*de minimis cost*": essi richiedono un bilanciamento degli interessi in gioco sulla base di un parametro di proporzionalità³³¹.

In entrambi gli ordinamenti, tuttavia, tale nozione transita ben presto dal ristretto settore giuslavoristico a tutte quelle circostanze in cui l'esercizio della libertà religiosa entra in collisione con rilevanti interessi pubblici. La nozione di *reasonable accommodation* si cristallizza successivamente nella giurisprudenza della Corte Suprema statunitense in materia di tutela della libertà di esercizio della religione³³², e si coagula, come è noto, intorno all'idea che un onere a carico della libertà religiosa possa giustificarsi solo qualora costituisca il mezzo meno restrittivo per realizzare un *compelling state interest*. Tale nozione diviene il più consono strumento atto a canalizzare le rivendicazioni delle minoranze religiose verso rimedi di carattere giudiziario.

³²⁹ Cfr. A. MADERA, *Le istanze di accomodamento*, cit., pp. 173-175, con i relativi richiami bibliografici.

³³⁰ Cfr. E. BRIBOSIA, J. RINGELHEIM, I. RORIVE, *Reasonable Accommodation*, cit., p. 147.

³³¹ Secondo E. BRIBOSIA, J. RINGELHEIM, I. RORIVE, *Reasonable Accommodation*, cit., p. 147 ss., i parametri per valutare tale *undue hardship* sono stati articolati più precisamente per il settore privato, mentre la giurisprudenza è più esigua in merito con riguardo al settore pubblico: "a) the de minimis test is not compatible with the concept of undue hardship formulated by the Court; (b) the legal term is not hardship alone, but hardship qualified as undue. The de minimis test, however, leads to the recognition of only the hardship and there will always be some hardship; it is the cost of protecting the fundamental rights and shaping an inclusive society". Cfr. L. DE CAMPOS VELHO MARTEL, *Reasonable accommodation: The new concept from an inclusive constitutional perspective*, in *SUR International Journal on Human Rights*, vol. 8, num. 14, 2011, p. 96.

³³² Cfr. *Sherbert v. Verner*, 74 U.S. 398 (1963); *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972); *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990).



In Canada, con il caso *Multani*³³³, il concetto di ragionevole accomodamento oltrepassa il perimetro dell'ambito giuslavoristico e apre un vivo dibattito, che sfocia nell'esigenza di una "risposta pubblica" alla questione se sussista o no un obbligo di approntare misure di accomodamento a favore dei gruppi religiosi minoritari e nella fissazione di parametri affinché siffatte misure siano coerenti con i valori nazionali del pluralismo, della democrazia e dell'uguaglianza³³⁴.

Come la Corte Suprema statunitense, anche la giurisprudenza della *Cour suprême* canadese articola i parametri definizionali di questa nozione e dei confini della sua ragionevolezza: essa tende a favorire quell'approccio, già in precedenza sottolineato, che privilegia la dimensione soggettiva della fede (enfaticizzando il ruolo della sincerità del richiedente religioso, anche se le sue convinzioni individuali divergono dalla posizione ufficiale della sua Chiesa)³³⁵, che previene indebite interferenze in ambiti di stretta afferenza fideistica e favorisce altresì i gruppi minoritari o dissidenti³³⁶, permettendo al singolo cittadino-fedele di riconfigurare autonomamente il perimetro della propria appartenenza religiosa³³⁷. Allo stesso tempo la giurisprudenza si concentra sulla definizione della nozione di "coercizione eccessiva" che è lo *standard* per valutare i fattori che limitano la possibilità di un accomodamento. In Canada, inoltre, le sollecitazioni provenienti sia dall'esperienza giurisprudenziale³³⁸ sia da commissioni appositamente costituite³³⁹, hanno condotto non solo a un modello di accomodamento esteso anche alla sfera pubblica, ma pure a una sua talora problematica

³³³ Cfr. *Multani v. Commission scolaire Marguerite - Bourgeoys*, cit.

³³⁴ L. BEAMAN, *Introduction: Exploring Reasonable Accommodation*, in L. BEAMAN (ed.), *Reasonable Accommodation*, cit., pp. 2-3.

³³⁵ Cfr. *Syndicat Northcrest v Amselem*, cit. Cfr. a commento L. VAN BELLINGEN, *L'accommodement raisonnable*, cit., pp. 221-248.

³³⁶ Cfr. E. BRIBOSIA, J. RINGELHEIM, I. RORIVE, *Reasonable Accommodation*, cit., p. 148.

³³⁷ Cfr. A. SHACHAR, *Squaring the Circle*, cit., p. 44.

³³⁸ Cfr. *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 SCR 256, 2006 SCC 6.

³³⁹ In questo senso, si veda il cosiddetto rapporto Bouchard-Taylor, proveniente dalla *Consultation Commission on Accommodation Practices Related to Cultural Difference*. Cfr. G. BOUCHARD, C. TAYLOR, *Building the Future: A Time for Reconciliation* (Québec, Commission de consultation sur les pratiques d'accomodement reliées aux différences culturelles), 2008. Con riguardo al ruolo giocato da siffatte commissioni di esperti, costituite in diversi ordinamenti per analizzare le sfide poste dal pluralismo religioso nelle moderne società secolari, Cfr. K. ALIDADI, M.-C. FOLETS (eds.), *Public Commissions on Cultural and Religious Diversity. National Narratives, Multiple Identities e Minorities*, Rotledge, London-New York, 2018.



intersezione con il concetto di multiculturalismo. Emerge pertanto la differenza fra l'accomodamento come "formale risposta giuridica" alle istanze della diversità e l'„aggiustamento concertato", quale strumento fruibile dai singoli in un contesto democratico per risolvere le controversie³⁴⁰. In ambito pubblico, lo *standard* della ragionevolezza viene calibrato alla luce delle ricadute dello stesso accomodamento sull'intera collettività, in termini di risorse umane, finanziarie o organizzative dell'istituzione coinvolta (la cui gestione richiede efficacia e responsabilità), buon funzionamento dei servizi pubblici e di impatto sui diritti altrui³⁴¹. Diversi ambienti pubblici possono giustificare soluzioni diverse, poiché possono sostenere diversi livelli di gestione dei rischi relativi alla sicurezza pubblica³⁴².

In entrambi gli ordinamenti la crisi del concetto di accomodamento ragionevole in sede giurisprudenziale si coniuga con il moltiplicarsi delle istanze di una società vieppiù multireligiosa, il sempre più forte fenomeno di "individualizzazione" delle credenze religiose, la "*visibilité désavantageuse*" dell'Islam generata da eventi di carattere internazionale, la crescente conflittualità ogni qualvolta forme di espressione religiosa simbolica (non in coerenza con l'identità nazionale) reclamino forme di recezione nella sfera pubblica³⁴³.

Negli U.S.A., è ben noto l'ondivago iter normativo-giurisprudenziale che ha prodotto letture alternativamente restrittive ed espansive della protezione della libertà religiosa, il cui fondamento oggi si rivendica non tanto sulla base della clausola costituzionale quanto su quella di alcuni testi normativi deputati a tutelare la libertà religiosa (a livello sia federale sia statale), che hanno enfatizzato il prerequisito indispensabile della sincerità delle convinzioni religiose, arginando i tentativi giurisprudenziali di indagare la centralità o la forza delle stesse³⁴⁴. Tali vicende hanno condotto

³⁴⁰ Cfr. L. BEAMAM, *Introduction*, cit., p. 4; Cfr. E. BRIBOSIA, J. RINGELHEIM, I. RORIVE, *Reasonable Accommodation*, cit., p. 147, che sottolineano che l'accomodamento può derivare da una pronuncia giurisprudenziale o essere negoziato fra le parti, può assumere la struttura di una eccezione a una norma discriminatoria o consistere nell'introduzione di un regime specifico.

³⁴¹ Cfr. L. VANBELLINGEN, *L'accommodement raisonnable*, cit., p. 246.

³⁴² Cfr. *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, cit. Si veda a commento L. VAN BELLINGEN, *L'accommodement raisonnable*, cit., pp. 221-248.

³⁴³ Cfr. B. LAVOIE, *La fonctionnaire et le hijab*, cit., p. 27 e p. 50.

³⁴⁴ Questi testi normativi fondano l'accomodamento sui tre principi chiave: sincerità delle convinzioni religiose, accertamento di una restrizione sostanziale della possibilità di esercitare la libertà religiosa, assenza di un ineludibile *compelling state interest*. Cfr. A. MADERA, *Spunti di riflessione*, cit., p. 685, con i relativi richiami bibliografici.



a una riespansione della portata del *reasonable accommodation*, divenuto oggi veicolo promozionale pure delle istanze maggioritarie; il che ha condotto a un ampio dibattito dottrinario sui suoi limiti, sul rischio di ricadute sui terzi, sulla sua potenziale conflittualità con altri interessi pubblici di rango primario (anche di recente emersione)³⁴⁵, conducendo a una preoccupante rimessa in discussione dello stesso “eccezionalismo” costituzionalmente accordato all’esercizio della libertà di religione.

L’approccio improntato all’accomodamento ragionevole ha sollevato, anche nel contesto canadese (con peculiare riguardo al Québec), riflessioni sulla sua compatibilità con le esigenze di “coesione sociale”³⁴⁶. In particolare, l’emersione di forti rivendicazioni di una identità nazionale “impermeabile” alle componenti religiose ha determinato l’innalzamento di una sorta di “frontiera simbolica” verso forme di diversità etnico-religioso-culturale, e ha generato una profonda crisi di tale modalità di gestione della diversità religiosa, incoraggiando processi normativi indirizzati a contenere la libertà di espressione simbolica nello spazio pubblico, resi ondivaghi dalle reazioni politiche e dalle contestazioni in sede giudiziaria³⁴⁷.

³⁴⁵ Si pensi alle sempre più frequenti rivendicazioni concernenti i cosiddetti *LGBT rights* e il diritto all’autodeterminazione. Cfr. **A. MADERA**, *Spunti di riflessione*, cit., pp. 701-710, con i relativi richiami bibliografici.

³⁴⁶ Cfr. **L.G. BEAMAN**, *Religious Diversity*, cit., p. 5.

³⁴⁷ Cfr. *Ontario Human Rights Commission (O’Malley) v. Simpson-Sears Limited*, [1985] 2 SCR 536 (cfr. **L. VAN BELLINGEN**, *L’accomodement raisonnable*, cit., pp. 221-248, e ulteriore giurisprudenza ivi citata). Con riguardo alla specifica situazione del Québec, cfr. **B. LAVOIE**, *La fonctionnaire et le hijab*, cit., pp. 45. Fin dal 1995, la *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse* del Québec si era interrogata sulla legittimità del porto di simboli religiosi in ambito scolastico. La Commissione aveva reputato che una proibizione limitata ai simboli della religione islamica avrebbe configurato una forma di discriminazione diretta; un divieto esteso a tutti i simboli religiosi però avrebbe costituito una forma di discriminazione indiretta in quanto avrebbe svantaggiato comunque le allieve di religione islamica, discriminate rispetto agli studenti appartenenti o no ad altre fedi, che non comportavano il porto obbligatorio di simboli religiosi. Il *Conseil du statut de la femme du Québec* nello stesso anno ha pubblicato un rapporto in cui raccomandava di non proibire il porto di simboli religiosi nella scuola pubblica. Va ricordato che fra il 2006 e il 2007, in seguito alla decisione del caso *Multani*, si sviluppa un crescente dibattito in relazione alle politiche improntate al *reasonable accommodation* in Quebec. Tale dibattito, secondo alcuni, è frutto di talune politiche pubbliche mirate a concedere forme di accomodamento delle fedi minoritarie. Tali politiche vengono infatti viste, nella percezione sociale della maggioranza francofona (che in precedenza aveva accettato a malincuore la secolarizzazione dei servizi pubblici), come una sorta di attentato ai valori tradizionali del paese (**L. VANBELLINGEN**, *L’accomodement raisonnable*, cit., p. 239). In seguito agli esiti della Commissione *Bouchard-Taylor*, vanno ricordati altresì una serie di disegni legislativi volti a limitare la possibilità dell’accomodamento della libertà religiosa nella sfera



pubblica. Va ricordato innanzitutto il *Bill 94, An Act to Establish Guidelines Governing Accommodation Requests within the Administration and Certain Institutions*, 2nd Sess., 39th Parl., 2011, che richiedeva alle donne di rimuovere il velo per accedere a una pluralità di servizi pubblici. Cfr. **F. BHABHA**, *R. v. Ns.*, cit., p. 881. In questo testo l'espressione "accommodation" indicava una "adaptation of a norm or general practice, dictated by the right to equality, in order to grant different treatment to a person who would otherwise be adversely affected by the application of that norm or practice" mentre le clausole successive definivano quali rappresentanti del governo erano coinvolti (*clauses 2-3*). La *Clause 5* ha definite il concetto di "reasonable" come "not impos[ing] on the department, body or institution [from which an accommodation is requested] any undue hardship with regard to, among other considerations, related costs or the impact on the proper operation of the department, body or institution or on the rights of others". L'accomodamento ragionevole trovava altresì un limite nei principi di parità di genere e di neutralità statale, per cui nessuna fede poteva essere favorita o svantaggiata rispetto alle altre (*clause 4*). La clausola 6 aveva peculiari ricadute sulle donne islamiche: esso prevedeva che i fruitori di pubblici servizi si presentassero a viso scoperto, al fine di salvaguardare le esigenze di sicurezza, comunicazione e identificazione. Questo disegno di legge fu abbandonato nel 2012, in seguito alle nuove elezioni politiche. Ancora più radicale si presentava il *Bill 60* del 2013, che si proponeva di modificare la Carta dei Valori del Québec, introducendo la menzione del carattere laico dello Stato (art. 40), il limite del rispetto dell'ordine pubblico e dei diritti altrui all'esercizio dei diritti e delle libertà (art. 41), la necessità che forme di accomodamento ragionevole venissero temperate con i principi di separazione fra Stato e Confessioni e di neutralità statale (42). Tale disegno di legge proibiva il porto di simboli religiosi ostensibili da parte dei funzionari pubblici nell'esercizio delle loro funzioni (art. 5), e condizionava l'accesso ai servizi pubblici e alle istituzioni pubbliche da parte degli utenti alla rimozione del velo, qualora il porto del velo limitasse la comunicazione, impedisse l'identificazione personale o presentasse rischi per la sicurezza (art. 6). I sostenitori di tale disegno di legge vedevano nel porto del velo, alternativamente, un segnale di non integrazione e di rifiuto dei valori quebecchesi o un tentativo di proselitismo. Anche tale iniziativa non si è tradotta nell'entrata in vigore di un testo legislativo ma le tensioni fra Stato e minoranze sono rimaste ancora vive. Infine, il disegno di legge n. 62 del 2015, ossia la *Loi favorisant le respect de la neutralité religieuse de l'État* (che si è tradotta nella legge del 18 ottobre 2017), ha previsto il riconoscimento espresso del principio di neutralità statale (art. 1); l'obbligo dei funzionari pubblici di rispettare il principio di neutralità statale nell'esercizio delle loro funzioni, per cui gli utenti dei servizi pubblici non possono essere avvantaggiati o svantaggiati in conseguenza della loro appartenenza confessionale (art. 2); l'obbligo sia per coloro che offrono sia per coloro che ricevono servizi pubblici di presentarsi con il viso scoperto (art. 10). Per quanto riguarda le domande di accomodamento ragionevole nell'ambito dei pubblici servizi, il Ministero della Giustizia, il 9 maggio 2018, ha pubblicato delle Linee Guida, secondo cui tali istanze possono essere accolte qualora siano verificati la sincerità delle convinzioni religiose che ne stanno alla base, il rispetto del diritto alla parità di genere, del principio di non discriminazione e del principio di neutralità religiosa dello Stato; l'accomodamento deve essere ragionevole ossia non può entrare in conflitto con il rispetto dei diritti altrui, la salute, la sicurezza delle persone, il corretto funzionamento, l'organizzazione e i costi del servizio; infine colui che richiede l'accomodamento deve partecipare alla ricerca di una soluzione ragionevole. L'accomodamento non può altresì entrare in conflitto con il patrimonio religioso-culturale quebecchese. Cfr. **B. LAVOIE**, *La fonctionnaire et le hijab*, cit., p. 39 ss., anche per quanto



Nel 2009, adottando un orientamento contiguo a quello della Corte Suprema statunitense nel caso *Smith*, la Corte Suprema canadese³⁴⁸ ha posto un freno alla possibilità di riconoscere forme di *reasonable accommodation* quando sono in gioco leggi di generale applicazione e tali previsioni normative coinvolte siano mirate a realizzare un sostanziale e pressante interesse pubblico. Una restrizione della libertà religiosa potrà essere operata solo purchè la lesione alla libertà religiosa sia limitata, sussista una proporzionalità fra la misura adottata e i suoi effetti, e non vi siano

riguarda l'influenza francese su tale evoluzione legislativa. Cfr. pure A. SHACHAR, *Squaring the Circle*, cit., pp. 61-62; V. NARAIM, *The Place*, cit., p. 44; L. VANBELLINGEN, *L'accommodement raisonnable*, cit., p. 229. L'art. 10 di questo testo normativo è stato impugnato in sede giudiziaria, in quanto considerato in violazione sia del diritto all'esercizio della libertà di religione sia del principio di parità di genere, per cui la Corte Superiore del Québec ha sospeso l'applicazione della disposizione incriminata. Questa legge è stata modificata dalla legge del 16 giugno 2019. La nuova legge ha mantenuto la sospensione dell'art. 10 del precedente testo normativo, reputando che le linee guida fornite dal Governo non chiarissero le modalità di applicazione di questa norma. Una nuova sezione, *Section 17.1*, ha previsto che non sarà consentito alcun accomodamento rispetto all'obbligo di neutralità religiosa, ad eccezione di quanto già previsto nella legge n. 62 stessa. Tale legge afferma il principio di laicità dello Stato (art. 1). Si afferma altresì la proibizione del porto di simboli religiosi per gli impiegati pubblici dotati di autorità di coercizione (polizia, magistratura, personale delle strutture penitenziarie). Viene salvaguardato tuttavia il diritto di indossare simboli religiosi di quei funzionari che già li portavano al momento del deposito del disegno di legge: questi conserveranno le medesime mansioni nell'ambito della stessa istituzione. Non sono introdotte distinzioni fra diverse tipologie di simboli religiosi, diversamente a quanto in precedenza previsto. Ai sensi dell'art. 8, coloro che erogano e coloro che ricevono servizi pubblici sono tenuti all'obbligo del volto scoperto limitatamente ai fini dell'identificazione della sicurezza pubblica. L'obbligo del viso scoperto può tuttavia subire eccezioni per ragioni di sanità, di *handicap*, o a causa della natura del lavoro svolto. Questo testo normativo è stato soggetto già alle prime contestazioni in sede giudiziaria. In particolare un'insegnante che indossava l'*hijab*, ha contestato la legge in tribunale. La Corte Superiore del Québec si è rifiutata di sospendere il divieto d'indossare simboli religiosi da parte degli insegnanti nelle scuole pubbliche. Il giudice ha affermato che sussiste una presunzione che lo Stato abbia adottato questa legge, allo stesso modo di tutte le altre leggi, in nome dell'interesse pubblico e che la domanda di sospensione non soddisfa il "criterio di urgenza". Infine, egli ha reputato che "i ricorrenti non abbiano dimostrato, come avevano il diritto di fare, un danno grave o irreparabile derivante dall'ingiunzione provvisoria". Il 23 luglio 2019 le parti istanti hanno presentato ricorso avverso la decisione della Corte Superiore dinanzi alla Corte d'Appello del Québec. Il 1° agosto 2019, la Corte d'Appello ha dichiarato che avrebbe accettato di esaminare la domanda relativa all'ingiunzione precedentemente respinta dalla Corte Superiore.

³⁴⁸ Cfr. *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, cit., paras 66-71: "[b]y their very nature, laws of general application are not tailored to the unique needs of individual claimants. The legislature has no capacity or legal obligation to engage in such an individualised determination [...]"



alternative per la realizzazione del medesimo interesse. Il bilanciamento fra gli opposti interessi costituisce, ove possibile, il percorso preferenziale³⁴⁹. Anche qui grava sul soggetto pubblico dimostrare che la misura adottata sia la meno intrusiva possibile e leda in misura minima gli interessi in gioco³⁵⁰.

Anche in Canada, l'accomodamento della religione non è pertanto esente da aspetti critici e richiede un attento equilibrio tra rivendicazioni di maggioranza e di minoranza. Emerge in tempi recenti il timore che alcune convinzioni religiose possano talora pagare il costo di essere state imposte in passato dalle autorità e ricevere così un trattamento diverso rispetto alle nuove richieste che promanano sulla base della libertà di coscienza e di religione: pertanto vengono crescentemente sollecitati parametri chiari ed efficaci per proteggere "i diritti degli altri" e valutare attentamente l'elemento della coercizione eccessiva³⁵¹.

In questo scenario, s'innestano pure le perplessità di chi vede nel "linguaggio dell'accomodamento" un residuo della logica colonialistica fondata sulla tolleranza della diversità e sulla concessione di trattamenti di favore (o comunque connotati dalla specificità) e privilegi³⁵², che radicalizza la "costruzione binaria fra il noi e il loro" e stereotipizza i modelli culturali diversi, "eludendo" la più autentica "nozione di uguaglianza", e ostacolando un effettivo superamento delle situazioni di svantaggio³⁵³; di chi teme un "eccessivo accomodamento", di chi si interroga se esso costituisca la risposta più appropriata alle rivendicazioni in materia di identità religiosa³⁵⁴: solo un'attenta valutazione dei fini perseguiti da una specifica misura normativa (protezione di tutti gli individui dalla discriminazione, garanzia di una rappresentanza equa dei diversi gruppi sociali che compongono la società nei suoi diversi settori, garanzia una distribuzione approssimativamente uguale di tutti i beni sociali tra questi gruppi) consentirebbe una genuina distinzione fra modelli di uguaglianza formale o sostanziale³⁵⁵.

³⁴⁹ Cfr. **E. BRIBOSIA, J. RINGELHEIM, I. RORIVE**, *Reasonable Accommodation*, cit., p. 146.

³⁵⁰ Cfr. **A. SHACHAR**, *Squaring the Circle*, cit., p. 54.

³⁵¹ Cfr. **L. VAN BELLINGEN**, *L'accomodement raisonnable*, cit., pp. 221-248.

³⁵² Cfr. **L. G. BEAMAN**, "It Was All Slightly Unreal": What's Wrong with Tolerance and Accommodation in the Adjudication of Religious Freedom?, in *Can. J. Women & L.*, vol. 23, 2011, pp. 443-445.

³⁵³ Cfr. **V. NARAIM**, *The Place*, cit., p. 49

³⁵⁴ Cfr. **L. BEAMAN**, *Introduction*, cit., p. 1.

³⁵⁵ Cfr. **O. PÉREZ DE LA FUENTE**, *Reasonable Accommodation*, cit., p. 100.



La questione del ragionevole accomodamento si pone entro termini simili anche in altre esperienze extraeuropee, come quella australiana. Questo ordinamento ha una lunga storia in materia di migrazioni e diversità; purtuttavia le graduali variazioni della geografia religiosa e la crescente presenza islamica hanno sollecitato gli attori governativi a formulare strategie e programmi e a costituire organismi in vista della promozione dell'inclusione, del multiculturalismo e delle pari opportunità³⁵⁶. Le risposte elaborate in chiave di ragionevole accomodamento sono spesso frutto di processi di negoziazione e rivelano la competizione, con ondivaghi risultati, fra l'esigenza di offrire risposte alle istanze della diversità religiosa, la sopravvivenza di una "egemonia cristiana", l'emergere di sentimenti anti-islamici, e i rischi derivanti da ricadute in una "retorica dei valori comuni"³⁵⁷, sollevando l'interrogativo se un'autentica inclusione sociale implichi un mutuo rispetto e una comprensione delle differenze che vada oltre la logica dell'accomodamento³⁵⁸.

24 - La possibilità del "trapianto" dell'accomodamento ragionevole in ambito comunitario. Il caso *Eweida*

In un'era in cui si mette in discussione la stessa necessità di una protezione specifica della libertà religiosa e la sua omologabilità nel più ampio fenomeno della multiculturalità, in cui emergono sempre nuove controversie relative al fenomeno religioso in diverse sfere del vivere sociale, e in cui si è sperimentato il fallimento delle politiche mirate alla neutralizzazione dello stesso³⁵⁹, il quesito se in ambito comunitario il fattore religioso possa essere gestito mediante l'approccio dell'accomodamento ragionevole, come strumento di regolazione sociale della diversità³⁶⁰, al pari

³⁵⁶ Cfr. G. BOUMA, *The Emergence of Religious Plurality in Australia: A Multicultural Society*, in *Sociology of Religion*, vol. 53/3, 1995, pp. 285-302.

³⁵⁷ Cfr. L. BEAMAN, *Introduction*, cit., p. 10.

³⁵⁸ Cfr. G. BOUMA, *Beyond Reasonable Accommodation: The Case of Australia*, in L. BEAMAN (ed.), *Reasonable Accommodation*, cit., pp. 139-164, che fa riferimento ad esempi di inclusione in positivo (come l'organizzazione di corsi di formazione per ministri di culto di carattere interreligioso) e in negativo (l'esclusione degli appartenenti all'Islam dalla fruizione dei benefici derivanti dalla legislazione contro le forme di discriminazione razziale, che invece costituisce uno strumento di tutela per altri gruppi religiosi, in quanto questi ultimi sono riconosciuti pure come aggregati etnici).

³⁵⁹ Cfr. F. DUFRESNE, *Le port des signes religieux*, cit., p. 7.

³⁶⁰ Cfr. L.G. BEAMAN, *Introduction*, cit., p. 5.



di quanto si verifica in ambito extraeuropeo, è oggetto di acceso dibattito³⁶¹, e una risposta in tale senso è stata sollecitata pure in sede dottrinale³⁶².

Questa strategia è strettamente connessa con le istanze di inclusione di nuovi gruppi nell'ambito della società ospitante: in tale senso, la diffidenza verso tale approccio costituisce il portato di un contesto sociale che sperimenta una sempre più grave crisi economica, una crescente ostilità verso i flussi migratori e una maggiore paura dell'emersione di "nuove forme di fondamentalismo"³⁶³.

La dottrina si interroga altresì se il concetto di ragionevole accomodamento possa andare a fungere da cerniera fra la logica della tutela dei diritti umani seguita dalla Corte Europea e quella promossa dalla normativa antidiscriminatoria (Direttiva 2000/78/CE): tale nozione subirebbe infatti l'impatto dell'interazione e della "dinamica competizione" fra i due distinti modelli di regolazione e protezione del fenomeno religioso, rischiando però di essere "assorbito" in essi³⁶⁴.

Va sottolineato però che l'espressione "ragionevole accomodamento" è solo emersa sporadicamente nel registro linguistico di

³⁶¹ Cfr. **K. ALIDADI**, *Religion, Equality*, cit., p. 1-24 e pp. 193-230.

³⁶² Cfr. **L. WADDINGTON**, *Reasonable Accommodation. Time to Extend the Duty to Accommodate Beyond Disability?* in *NTM|NJCM-Bulletin*, vol. 36, 2011, pp. 186-98; **M. GIBSON**, *The God 'Dilution'? Religion, Discrimination and the Case for Reasonable Accommodation*, in *The Cambridge Law Journal*, vol. 72, 2013, pp. 578-616; **J. MARTÍNEZ TORRÓN**, *Religious Pluralism: The Case of the European Court of Human Rights*, in F. REQUEJO, C. UNGUREANU (eds.), *Democracy, Law and Religious Pluralism in Europe. Secularism and Post-Secularism*, Routledge, New York, 2014, pp. 123-146.

³⁶³ Cfr. **A. MADERA**, *Quando la religione si interseca con la tutela di genere: quale impatto sulle dinamiche dell'accoglienza? (prime osservazioni a margine di Cass., sez. I, 24 novembre 2017, n. 28152)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 14 del 2018, p. 2, con i relativi richiami bibliografici.

³⁶⁴ Cfr. **K. ALIDADI**, *Religion, Equality*, cit., pp. 71-112, che sottolinea come, con riguardo al porto di simboli religiosi, la Corte di giustizia si è trovata a dover effettuare difficili valutazioni in relazione alla legittimità o no di restrizioni alla libertà religiosa in nome della salvaguardia della libertà d'impresa, e sulla configurabilità di tali limitazioni quali ipotesi di discriminazione diretta o indiretta. Sebbene il ruolo della Corte di giustizia differisca da quello della Corte europea, tale giurisprudenza, secondo l'Autore, allo stato non è stata finora in grado di offrire una guida efficace e coerente ai legislatori nazionali, in vista di una lettura più armonica della Direttiva 2000 nello spazio europeo. Per una ricostruzione approfondita, cfr. per tutti **A. LICASTRO**, *Quando è l'abito a fare il lavoratore. La questione del velo islamico, tra libertà di manifestazione della religione ed esigenze dell'impresa*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 27 del 2015, pp. 1-41; **C. MAIONI**, *I simboli religiosi nella giurisprudenza europea tra libertà religiosa e in Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 3 del 2019, pp. 171-185; **N. COLAIANNI**, *Il velo delle donne musulmane tra libertà di religione e libertà d'impresa. Prime osservazioni*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 11 del 2017, pp. 1-6.



alcuni giudici della Corte europea, quale parametro da “incorporare” nella valutazione di proporzionalità, che esige che il fine legittimo venga perseguito avvalendosi dei “mezzi meno restrittivi” allorquando si configuri una interferenza con l’esercizio della libertà religiosa e siano possibili modalità alternative di perseguire il medesimo fine. In tale senso la concessione di un “*aménagement raisonnable*” è stata presa in considerazione quale soluzione di compromesso per realizzare tale fine, prevenendo una indebita ingerenza nell’esercizio della libertà religiosa, ossia quale “modico prezzo da pagare” per assicurare “il rispetto della libertà religiosa in una società multiculturale”³⁶⁵. Non sono mancati altresì casi in cui la Corte ha attribuito un cruciale rilievo, nel suo processo decisionale, ai tentativi dei singoli Stati di porre in essere delle “misure di accomodamento” dell’esercizio della libertà religiosa, operando un processo di bilanciamento fra tutti gli interessi coinvolti³⁶⁶.

Il caso *Eweida* segna, a detta di molti, l’estensione della Corte della cornice delineata dai principi convenzionali (art. 9 CEDU letto congiuntamente con l’art. 14 CEDU) in direzione di un’apertura verso la logica del ragionevole accomodamento³⁶⁷, almeno nell’ambito giuslavoristico.

Va ricordato che in tale settore, per lungo tempo, la circostanza che l’appartenenza confessionale venisse considerata non come una caratteristica immutabile bensì come oggetto di una libera scelta individuale ha reso controversa la sua caratterizzazione come una forma di “disabilità” che renderebbe necessario un aggiustamento *ad hoc* delle regole di carattere generale: tale prospettiva ha generato talora l’adesione dei giudici nazionali ai codici di una visione formalistica della neutralità e l’assestarsi normativo e giudiziario sul mero riconoscimento di una *freedom to resign*³⁶⁸.

La Corte, in tale decisione, non reputa che la *freedom to resign* costituisca una sufficiente garanzia della libertà religiosa del singolo, bensì che vada operato un bilanciamento fra tutti gli interessi coinvolti, indipendentemente dalla presenza di specifiche previsioni normative

³⁶⁵ Cfr. *Francesco Sessa v. Italy*, cit., opinione dissenziente dei giudici Tulkens, Popović e Keller. Cfr. in dottrina **K. ALIDADI**, *Religion, Equality*, cit., pp. 31-70.

³⁶⁶ Cfr. **R. MEDDA-WINDISCHER**, *Militant or Pluralist Secularism?* cit., pp. 222-226, richiama le pronunzie Corte europea dei diritti dell’uomo, Sez. III, *Osmanoğlu et Kocabaş c. Suisse* (ric. n° 29086/12), 10 gennaio 2017); *Lautsi v. Italy*, cit.

³⁶⁷ Si veda Corte europea dei diritti dell’uomo, Sez. IV, *Jakobski v. Pologne* (ric. n. 18429/06), 7 dicembre 2010.

³⁶⁸ Cfr. **K. ALIDADI**, *Religion, Equality*, cit., pp. 125-166.



statali che regolino il porto di simboli religiosi sul luogo di lavoro. La possibilità dell'esercizio della libertà religiosa con modalità alternative entra pertanto in gioco non più preventivamente sul piano dell'interferenza ma nella successiva fase "giustificativa"³⁶⁹.

Secondo parte della dottrina, la Corte valorizza pertanto una prospettiva di carattere individualistico, che si discosta dai rigidi parametri canonizzati nel diritto anti-discriminatorio, che si coagulano intorno alla presenza di un fattore di svantaggio che vada a gravare su un intero gruppo religioso-etnico-culturale, e offre una "risposta" di carattere "personalizzato": uno strumento di cui possono, del resto, avvalersi anche gli appartenenti ad appartenenze maggioritarie³⁷⁰. La logica del ragionevole accomodamento consente pertanto di aprire uno spazio alle rivendicazioni di libertà religiosa del singolo, indipendentemente dall'accertamento che tali pretese sia no condivise dall'intero gruppo di appartenenza.

In particolare, la pronuncia enfatizza l'esigenza che la Corte risponda alle nuove "sfide" generate dalla multireligiosità rendendosi garante della protezione di un *quantum* minimo di libertà religiosa individuale, che non dovrebbe essere suscettibile di soffrire forme di "diluizione": rispetto alla salvaguardia di tale soglia la Corte non può pertanto dismettere il suo ruolo avvalendosi dello "schermo" della sussidiarietà³⁷¹. In tale senso, tale decisione sembra avere tradotto lo *standard* degli "obblighi positivi" in un obbligo di accomodamento ragionevole che graverebbe sui singoli Stati nella gestione del fenomeno religioso: esso rimarrebbe esposto però alla variabilità di plurali fattori, con il rischio di subire interpretazioni di carattere minimalista in alcuni contesti ordinamentali³⁷².

Molti dubbi restano aperti circa la portata di questa decisione: manca un approccio globale al fenomeno che ne garantisca a pieno l'implementazione delle potenzialità³⁷³. Innanzitutto, nel caso *Eweida*, la Corte si confronta con un contesto ordinamentale incline ad adottare un approccio accomodazionista verso le appartenenze minoritarie sia nella sfera pubblica sia in quella privata. Secondariamente, rimane più incerto se la Corte possa estendere la medesima logica ad altri contesti: in particolare, se parametri differenti vadano adoperati in ambiti di carattere pubblico (pubblico impiego, istituzioni pubbliche) e quindi se lo spazio per le

³⁶⁹ Cfr. E. HOWARD, *Law and the Wearing*, cit., p. 58 ss.

³⁷⁰ Cfr. K. ALIDADI, *Religion, Equality*, cit., p. 31-70.

³⁷¹ Cfr. K. ALIDADI, *Religion, Equality*, cit., p. 125-166.

³⁷² Cfr. K. ALIDADI, *Religion, Equality*, cit., pp. 117-124, che porta l'esempio del Belgio, ove le stesse politiche anti-discriminatorie stanno subendo un fenomeno di regressione.

³⁷³ Cfr. O. PÉREZ DE LA FUENTE, *Reasonable Accommodation*, cit., p. 110.



politiche di accomodamento possa oltrepassare i confini della sfera privatistica per acquisire maggiore legittimità nello spazio pubblico³⁷⁴. Se infatti, come si è anticipato, la nozione di accomodamento ragionevole, è più facilmente accettabile nella sfera intersoggettiva regolata dall'autonomia privata, l'equilibrio fra ragionevole accomodamento e neutralità statale è più complesso, in quanto gli attori pubblici se ne devono assumere la primaria responsabilità con il rischio di una compromissione della stessa laicità statale³⁷⁵. Infine, resta dubbia altresì la possibilità di espandere tale parametro con riguardo a istanze di accomodamento non concernenti il porto di abbigliamento religiosamente caratterizzato³⁷⁶.

Va considerato altresì che, nel caso *Eweida*, il simbolo in esame non si pone in contrasto con quelle che sono le narrative maggioritarie; pertanto la decisione della Corte non ha un impatto forte sul modello statale di gestione della diversità religiosa³⁷⁷.

Come si è visto in precedenza, lo stesso approccio volto a sondare soluzioni conciliatorie di interessi confliggenti non è stato inoltre adottato dalla Corte quando l'istanza di "accomodamento religioso" provenisse da un funzionario pubblico o quando sono stati in gioco interessi pubblici superiori (sicurezza, salute)³⁷⁸. L'ipotesi di un'estensione del medesimo parametro a situazioni in cui l'esercizio della libertà religiosa entra in conflitto con altri diritti fondamentali (sebbene parte della dottrina solleciti a tale proposito una accurata distinzione fra i più rari "conflitti genuini"³⁷⁹ e quelli puramente "simbolici"³⁸⁰) suscita vive reazioni della dottrina, ove emergono posizioni che sostengono il carattere "eccessivo" della logica del ragionevole accomodamento³⁸¹ e approcci più miti che sostengono che, sebbene essa non debba necessariamente prevalere, sussistono i margini per un contemperamento attento della stessa con gli altri fattori coinvolti, alla

³⁷⁴ Cfr. **A. JUSIC**, *Damned If It Doesn't*, cit., p. 604.

³⁷⁵ Cfr. **F. MEGRET**, *Le Canada à la pointe de la tolérance?*, cit., pp. 263-302.

³⁷⁶ Cfr. *Eweida and Others v. United Kingdom*, cit., con riguardo specifico ai casi *Ladele* e *McFarlane*.

³⁷⁷ Cfr. **A. JUSIC**, *Damned If It Doesn't*, cit., p. 604.

³⁷⁸ Cfr. *Eweida and Others v. United Kingdom*, cit., (specificamente i casi *Chaplin* e *Ladele*).

³⁷⁹ Cfr. **L. ZUCCA**, *Conflicts of Fundamental Rights as Constitutional Dilemmas*, in E. BREMS (ed.), *Conflicts between Fundamental Rights*, Intersentia, Antwerp, 2008, p. 20.

³⁸⁰ Cfr. **V. BADER**, *Secularism or Democracy, Associational Governance of Religious Diversity*, Amsterdam University Press, Amsterdam, 2007, pp. 129-153.

³⁸¹ Cfr. **M. MALIK**, *Religious Freedom, Free Speech and Equality: Conflict or Cohesion?*, in *Res Publica*, vol. 17/1, 2011, pp. 21-40.



luce delle specifiche circostanze di fatto³⁸². La preoccupazione di una introduzione di un obbligo indiscriminato di accomodamento delle domande di libertà religiosa, e quindi di una sorta di “diritto assoluto alla differenza”, ha alimentato l’interrogativo circa la compatibilità, in sede europea, fra approcci mirati alla neutralizzazione delle differenze e prospettive suscettibili di introdurre trattamenti di carattere preferenziale, e se sia rintracciabile una loro convergenza in vista di un più mite approccio “conciliatorio”, mirato a offrire soluzioni in vista del soddisfacimento dei bisogni individuali specifici in un dato contesto³⁸³.

Le istanze islamiche hanno enfatizzato tale crisi, sollevando l’inquietante interrogativo se sia la tecnica dell’accomodamento a non essere adeguata alle nuove rivendicazioni di una società multireligiosa o se siano tali fenotipi religiosi a essere privi del carattere della ragionevolezza in un ordinamento che si professa come religiosamente neutrale.

25 - La conciliabilità del parametro dell’accomodamento ragionevole con gli *standard* della Corte europea

In questa direzione, non andrebbe sottovalutata l’interazione di tale *standard* con le tecniche usuali della Corte europea, ossia il *test* di proporzionalità e il principio di non-discriminazione³⁸⁴. Di quest’ultimo principio la Corte si è crescentemente avvalsa per estendere gradualmente la portata del principio di libertà di religione: il principio, infatti, sollecita gli Stati a prevenire un impatto di misure legislative formalmente neutrali che si traduca in sacrifici a carico dell’esercizio della libertà religiosa individuale che non rispondano a obiettive e ragionevoli giustificazioni³⁸⁵. L’interazione fra l’art. 9 e l’art. 14 CEDU ha condotto la Corte a coniugare il principio di proporzionalità e l’esigenza di una giustificazione oggettiva e ragionevole con una sorta di *standard* della *least restrictive alternative*, giungendo così all’elaborazione di un parametro apparentemente vicino a quello del ragionevole accomodamento nel valutare la coerenza con il testo

³⁸² Cfr. K. ALIDADI, *Religion, Equality*, cit., pp. 125-166.

³⁸³ Cfr. K. ALIDADI, *Religion, Equality*, cit., pp. 193-230.

³⁸⁴ Cfr. O. PÉREZ DE LA FUENTE, *Reasonable Accommodation*, cit., p. 110.

³⁸⁵ Cfr. Corte europea dei diritti umani, *Thlimmenos v. Greece* (ric. n. 34369/97). In dottrina, cfr. E. BRIBOSIA, J. RINGELHEIM, I. RORIVE, *Reasonable Accommodation*, cit., 154.



convenzionale di limitazioni statalmente imposte all'esercizio della libertà religiosa³⁸⁶.

Permangono, tuttavia, aspetti di sostanziale diversità fra l'approccio europeo e quello degli ordinamenti extraeuropei, che fanno dubitare dell'utilità del ricorso a un ulteriore parametro per rispondere alle istanze della multireligiosità: la sua sovrapponibilità o potenziale contraddittorietà con quelli usuali rimane infatti una questione aperta³⁸⁷.

I parametri utilizzati a livello convenzionale ed extraeuropeo sono accomunati dal ricorso a un bilanciamento fra tutti gli interessi coinvolti e vengono utilizzati strumenti simili per giustificare limitazioni all'esercizio della libertà religiosa. Tuttavia una differenza è riscontrabile nel più o meno elevato livello di rigore con cui viene applicato il *test* di proporzionalità a livello di Corti nazionali o sovranazionali, e quindi del rilievo attribuito all'impatto di una proibizione sull'esercizio della libertà religiosa, alla necessità della misura limitativa per il raggiungimento dello scopo perseguito, all'esplorazione di vie alternative più indolori per il raggiungimento del medesimo obiettivo³⁸⁸.

I "costi" del ragionevole accomodamento, e la misura in cui vanno a gravare su ciascuna delle parti coinvolte, costituiscono tuttavia un elemento cruciale della comparazione: in ambito convenzionale questi non possono essere pensati con riguardo esclusivamente alle conseguenze di carattere finanziario (come negli U.S.A.), o al funzionamento del servizio e alle ricadute sui diritti altrui (Canada): non può essere infatti trascurato l'impatto dell'esercizio della libertà religiosa sulle specifiche modalità nazionali d'implementare i rapporti fra fattore religioso e società civile, e questo profilo ha condotto, talora a un affievolimento del *test* di proporzionalità, avvicinando al risalente *de minimis cost* adoperato dalla giurisprudenza statunitense in ambito giuslavoristico³⁸⁹.

Una questione fondamentale è, infine, se tale strumento possa essere adoperato in ambito europeo come mezzo di gestione del pluralismo e di integrazione delle minoranze religiose: nell'ottica extraeuropea (dove predomina pure una diversa visione del ruolo della religione) esso infatti risulta pensato come mezzo di tutela di istanze di libertà religiosa di

³⁸⁶ Cfr. **P. BOSSET**, *Mainstreaming Religious Diversity in a Secular and Egalitarian State: the Road(s) not Taken in Leyla Şahin v. Turkey*, in E. BREMS (ed.), *Diversity and European Human Rights. Rewriting Judgements of the ECHR*, Cambridge University Press, Cambridge-New York, 2013, pp. 200-201.

³⁸⁷ Cfr. **K. ALIDADI**, *Religion, Equality*, cit., pp. 193-230.

³⁸⁸ Cfr. **E. HOWARD**, *Law and the Wearing*, cit., p. 128 ss.

³⁸⁹ Cfr. **E. HOWARD**, *Law and the Wearing*, cit., p. 153 ss.



carattere individuale e circoscritto anche di carattere idiosintocratico, e, secondo qualcuno, costituisce un approccio poco sensibile all'impatto socio-politico dell'introduzione di regimi in deroga³⁹⁰.

26 - La garanzia di proporzionalità in ambito europeo e i suoi limiti

È stato osservato come, soprattutto in una prima fase, la Corte non abbia colto pienamente le potenzialità del principio di proporzionalità, muovendosi piuttosto verso l'enfaticizzazione della legittimità dei fini statalmente perseguiti, e manifestando una sorta di riluttanza a riconoscere l'impatto di alcune misure proibitive su specifici gruppi confessionali³⁹¹.

Dalla disamina della giurisprudenza³⁹², emerge come il rilievo talora accordato al fattore del "urgente bisogno sociale", il *favor* verso un'applicazione indifferenziata della legge, un utilizzo talora indulgente del parametro della "necessità nell'ambito di una società democratica" e una espansione degli "scopi legittimi perseguiti" abbiano alterato il baricentro del rapporto libertà individuale/intervento pubblico, permettendo intrusive forme di interferenza statale che hanno circoscritto, in taluni casi, la libertà di espressione religiosa³⁹³. Ne è derivato talora un peculiare bilanciamento fra la nozione di pluralismo e quelle di società democratica e di tutela dei diritti altrui, che si è declinato in chiave di restrizione anziché di espansione dei margini riconosciuti alla libertà di esercizio della religione, per cui sono stati gli individui e non lo Stato a dovere consentire a "ragionevoli aggiustamenti" (in negativo) dell'esercizio della loro libertà

³⁹⁰ Cfr. **F. MEGRET**, *Le Canada à la pointe de la tolérance?*, cit., pp. 263-302.

³⁹¹ Cfr. **E. HOWARD**, *Law and the Wearing*, cit., p. 58 ss., che richiama a tale proposito i casi *Dahlab*, *Aktas*, *Sahin*, cit.

³⁹² Per una ampia ricostruzione, cfr. **G. CASUSCELLI**, *Convenzione europea, giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo e sua incidenza sul diritto ecclesiastico italiano. Un'opportunità per la ripresa del pluralismo confessionale?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., settembre 2011, pp. 1-58; **J. PASQUALI CERIOLI**, *La tutela della libertà religiosa nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., gennaio 2011 pp. 1-20; **M. VENTURA**, *Conclusioni: La virtù della giurisdizione europea sui conflitti religiosi*, in R. MAZZOLA (a cura di), *Diritto e religione in Europa*, cit., pp. 293-362; **M. TOSCANO**, *Il fattore europeo nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Itinerari giurisprudenziali*, ETS, Pisa, 2018; **J.P. SCHOUPPE**, *La dimension institutionnelle de la liberté de religion dans la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme*, A. Pedone, Paris, 2014; J. TEMPERMAN, T. JEREMY GUNN, M.D. EVANS (eds.), *The European Court of Human Rights and the Freedom of Religion or Belief*, Brill, Nijhoff, 2019.

³⁹³ Cfr. **A. MADERA**, **N. MARCHEI**, *Simboli religiosi*, cit., p. 124, con i relativi richiami bibliografici.



religiosa in vista del “vivere sociale”: seguendo tale indirizzo, questo si realizza solo al prezzo di una rinuncia alle manifestazioni individuali espressive di religiosità piuttosto che tramite l’impegno statale ad adottare le misure necessarie al fine di garantire il rispetto dell’esercizio di tale libertà³⁹⁴. A tale profilo si accompagna infatti una certa “riluttanza” a individuare misure di carattere positivo, a carico degli Stati, in vista dell’adozione di previsioni volte a promuovere la libertà di espressione religiosa, o addirittura a una peculiare (e paradossale) re-interpretazione del parametro dell’„obbligo positivo” in una logica restrittiva (invece che promozionale) della stessa libertà di esercizio della religione³⁹⁵.

Parte della dottrina paventa l’affermarsi di una visione della democrazia incline a sacrificare l’esercizio di libertà fondamentali se questo va a costituire una potenziale minaccia verso la preservazione di uno specifico assetto politico-culturale³⁹⁶.

Dal 2010 in poi, tuttavia, la Corte Europea, si è appellata sempre più frequentemente alla garanzia di proporzionalità³⁹⁷: essa ha attribuito maggior peso al significato che il porto di simboli religiosi riveste per la parte ricorrente e all’impatto sul singolo di una sua eventuale limitazione,

³⁹⁴ Cfr. *Leyla Şahin c. Turquie*, cit., nota 10: “le pluralisme et la démocratie doivent également se fonder sur le dialogue et un esprit de compromis, qui impliquent nécessairement de la part des individus des concessions diverses qui se justifient aux fins de la sauvegarde et de la promotion des idéaux et valeurs d’une société démocratique”. Cfr. **F. MEGRET**, *Le Canada à la pointe de la tolérance?*, cit., pp. 263-302.

³⁹⁵ Cfr. **M. FERRI**, *The freedom to wear*, cit., pp.192-193, ove l’Autrice sostiene come, nei casi *S.A.S.*, *Ebrahimian* e *Sahin*, cit., la possibilità della Corte di imporre obblighi positivi agli Stati sia stata letta come possibilità di consentire agli Stati di adottare misure volte a limitare l’esercizio della libertà religiosa in vista di favorire la pacifica coabitazione di diversi gruppi religiosi e di non pregiudicare l’effettiva possibilità altrui di esercitare la libertà di religione.

³⁹⁶ Cfr. **J. FINNING**, *Endorsing Discrimination Between Faiths: A Case of Extreme Speech*, in **I. HARE**, **J. WEISTEIN** (eds.), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 436.

³⁹⁷ Cfr. *S.A.S. v. France*, cit., ove pure la Corte fa ricorso a tale parametro, ponderando tutti gli elementi a favore e contro l’ammissibilità del porto del *niqab* nei luoghi pubblici. La Corte infatti ammette che un divieto generale di copertura del volto non sia richiesto per esigenze di sicurezza pubblica, perché “l’obiettivo cui il governo ha fatto riferimento potrebbe essere raggiunto con un semplice obbligo [gravante sui portatori] di mostrare il proprio volto e identificarsi laddove un rischio per la sicurezza delle persone e dei beni è stato accertato”. Nella stessa pronuncia, la Corte afferma pure che “that it does not have any evidence capable of leading it to consider that women who wear the full-face veil seek to express a form of contempt against those they encounter or otherwise to offend against the dignity of others”.

Cfr. **E. BREMS**, **C. HERI C.**, **S. OUALD CHAIB**, **L. VERDONCK**, *Head-Covering Bans*, cit., pp. 882-909; **J. RINGELHEIM**, *State Religious Neutrality*, cit., pp. 1-24.



ha verificato la sussistenza di un concreto pericolo per i fini legittimi di cui all'art. 9.2 CEDU, se la limitazione comprime completamente la libertà religiosa senza offrire qualche margine al suo esercizio, l'interesse pubblico potendo essere realizzato in un'altra maniera meno incisiva sull'esercizio della libertà religiosa³⁹⁸. Come si è accennato, tuttavia, tale nozione può essere interpretata con modalità tali da avvicinarsi alla percezione dell'accomodamento ragionevole solo fino a un certo punto.

Non va trascurato infatti che la Corte Europea, quale Corte sovranazionale, può muoversi molto più "cautamente" (rispetto agli organi giudiziari apicali a livello statale), nel sollecitare gli attori statali a porre rimedio a situazioni di trattamento differenziato e nel suggerire soluzioni alternative che consentirebbero di conciliare l'esercizio della libertà di religione con l'obiettivo perseguito³⁹⁹. Proprio in conseguenza di tale dimensione sovranazionale, gli orientamenti della Corte hanno un impatto particolare sul diritto alla libertà religiosa, che va calibrato con esigenze sia di carattere "verticale" (la potenziale contrapposizione fra le posizioni individuali e l'interesse statale) sia di carattere "orizzontale" (il potenziale conflitto della pretesa individuale con i diritti altrui)⁴⁰⁰.

La Corte appare pertanto "intrappolata" fra il suo ruolo supervisorio, le istanze di una crescente multireligiosità nella sfera pubblica, il rischio di essere accusata di eccessivo interventismo giudiziario⁴⁰¹ e l'esigenza di tener conto delle diverse "sensibilità" e tradizioni degli specifici contesti ordinamentali⁴⁰².

27 - Il limite del margine di apprezzamento

Il ricorso al parametro di proporzionalità risulta infatti necessariamente depotenziato dalla dottrina del margine di apprezzamento, che rende la Corte incline a rispettare le specificità nazionali e riluttante a sollecitare un approccio maggiormente accomodazionista da parte di ordinamenti improntanti a forme di secolarismo militante⁴⁰³.

Delineato al fine di bilanciare la sovranità statale con l'esigenza di assicurare l'osservanza delle direttive europee, evitando attriti fra esigenze

³⁹⁸ Cfr. E. HOWARD, *Law and the Wearing*, cit., p. 153 ss.

³⁹⁹ Cfr. P. BOSSET, *Mainstreaming Religious Diversity*, cit., p. 201.

⁴⁰⁰ Cfr. F. MEGRET, *Le Canada à la pointe de la tolérance?*, cit., pp. 263-302.

⁴⁰¹ Cfr. K. ALIDADI, *Religion, Equality*, cit., pp. 1-24 e pp. 193-230.

⁴⁰² Cfr. A. JUSIC, *An (Un)Exceptional Case*, cit., p. 10.

⁴⁰³ Cfr. O. PÉREZ DE LA FUENTE, *Reasonable Accommodation*, cit., p. 112.



di “unità” e rivendicazioni di “diversità”⁴⁰⁴, esso mira a identificare il livello statale quale quello primariamente responsabile di implementare i parametri convenzionali, con modalità coerenti con le specifiche variabili storico-culturali del contesto nazionale⁴⁰⁵. Nel tentativo di realizzare siffatto difficile equilibrio, la Corte ha adottato talora approcci che finiscono per salvaguardare le dinamiche maggioritarie, che in contesti extraeuropei verrebbero probabilmente rigettati in quanto considerati propulsivi di forme di coercizione indiretta a detrimento delle appartenenze minoritarie⁴⁰⁶.

Con riguardo specifico alla questione del porto dei simboli religiosi la Corte deve tener conto, ancora una volta, della pluralità dei modelli di regolazione dei rapporti fra Stato e Confessioni, delle distinte politiche adottate a livello nazionale in materia di diversità religiosa e integrazione (ossia di quel “consenso europeo” che gioca un ruolo cruciale sul “quantum” del margine accordato ai singoli Stati)⁴⁰⁷ e quindi della necessità di riconoscere ai singoli Stati il diritto di gestire alcune questioni con modalità coerenti con lo specifico contesto socio-storico-culturale⁴⁰⁸. Questo atteggiamento si è tradotto in un meccanismo variabile in base all’„accettabilità” e “ragionevolezza” della specifica manifestazione espressiva della libertà religiosa rispetto alle narrative maggioritarie sia a livello nazionale sia nel più ampio quadro europeo⁴⁰⁹, a detrimento sia di quelle forme di espressione religiosa di assetti valoriali che negli ordinamenti occidentali sono guardati con sospetto e diffidenza, sia della realizzazione di un pluralismo in chiave inclusiva⁴¹⁰. Al contrario, i simboli maggioritari sono stati visti spesso come “passivi” e pertanto conciliabili con i principi della laicità e del pluralismo⁴¹¹.

La disamina della giurisprudenza in materia di simboli religiosi emblemizza pertanto l’impatto del margine di apprezzamento sugli indirizzi di volta in volta adottati dalla Corte e il consequenziale affievolimento del sopramenzionato ruolo “contromaggioritario”⁴¹² che la

⁴⁰⁴ Cfr. **A. LICASTRO**, *Unione europea e “status” delle confessioni religiose. Fra tutela dei diritti umani fondamentali e salvaguardia delle identità costituzionali*, Giuffrè, Milano, p. 1.

⁴⁰⁵ Cfr. **P. DANCHIN**, *Islam in the Secular Nomos*, cit., p. 671

⁴⁰⁶ Cfr. **A. SHACHAR**, *Squaring the Circle*, cit., p. 39.

⁴⁰⁷ Cfr. **K. ALIDADI**, *Religion, Equality*, cit., pp. 117-124.

⁴⁰⁸ Cfr. **E. FOKAS, J.T. RICHARDSON**, *The European Court*, cit., p. 171.

⁴⁰⁹ Cfr. *Eweida and Others v. United Kingdom*, cit.

⁴¹⁰ Cfr. **A. JUSIC**, *Damned If It Doesn't*, cit., p. 604.

⁴¹¹ Cfr., *Lautsi v. Italy*, cit.

⁴¹² Cfr. **S. MANCINI**, *La supervisione europea*, cit., pp. 4055-4083.



stessa Corte dovrebbe esercitare a tutela delle minoranze: in alcuni casi essa ha riconosciuto come rientri, infatti, nella discrezione degli Stati la ricerca di alternative che riescano a conciliare la misura statalmente adottata con l'istanza di accomodamento religioso; in altri casi misure limitative della possibilità di esprimere la propria identità religiosa nello spazio pubblico sono state considerate coerenti con l'art. 9⁴¹³.

Ne risulta un atteggiamento talora ambivalente verso il simbolismo religioso, solo parzialmente giustificabile sulla base della *ratio* addotta dall'ordinamento per imporre la proibizione⁴¹⁴, ma che maschera in realtà un atteggiamento più o meno interventista della Corte, correlato al modello di laicità statalmente accolto e alla sua capacità propulsiva o regressiva dei processi di democratizzazione interna di taluni sistemi⁴¹⁵.

Tali profili conducono non solo a un utilizzo del parametro della proporzionalità non sempre "rigoroso", ma pure a un'estrema labilità del confine fra una sensibilità della giurisprudenza alle specificità nazionali e una sua frammentarietà⁴¹⁶.

28 - La necessità di un più rigoroso bilanciamento fra margine di apprezzamento e principio di proporzionalità

In un'epoca in cui viene sollecitata la definizione di più chiari parametri riguardanti lo spazio accordato alla libertà di espressione religiosa nella sfera pubblica nei paesi europei, numerose voci dottrinali insistono sulla necessità di un più rigoroso bilanciamento da parte della Corte, fra il ruolo del margine di apprezzamento e il *test* di proporzionalità, al fine di arginare il rischio legato all'individuazione di presunti conflitti fra valori meritevoli di protezione (giustificativi di forme di interferenza dello Stato)⁴¹⁷, al prezzo del sacrificio di diritti di carattere individuale, piuttosto che favorire una

⁴¹³ Cfr. E. BRIBOSIA, J. RINGELHEIM, I. RORIVE, *Reasonable Accommodation*, cit., 155.

⁴¹⁴ Cfr. *Ahmet Arlan and Others v. Turkey*, cit.; *S.A.S. c. France*, cit.

⁴¹⁵ Cfr. A. JUSIC, *Damned If It Doesn't*, cit., p. 581, spiega in tale modo l'atteggiamento della Corte, in passato più deferenziale verso la laicità turca [cfr. *Leyla Şahin c. Turquie*, cit.; Corte Europea dei diritti dell'uomo, *Grand Chamber, Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey* (ricorsi 41340/98, 41342/98, 41343/98 et al.), 13 febbraio 2003], vista come "bastione della democrazia", ma oggi più rigoroso, in seguito ai recenti cambiamenti socio-politici indirizzati a una re-islamizzazione del paese (Corte Europea dei diritti dell'uomo, *Grand Chamber, Izzetin Doğan and Others v. Turkey* (ric. n. 62649/10, 26 aprile 2016).

⁴¹⁶ Cfr. F. MEGRET, *Le Canada à la pointe de la tolérance?* cit., pp. 263-302.

⁴¹⁷ Cfr. A. SHACHAR, *Squaring the Circle*, cit., p. 49. Si veda la pronunzia S.A.S., sopra citata.



analisi delle situazioni concrete effettivamente bisognose di un intervento statale: in tale modo, verrebbe esasperato il pericolo di reprimere la libertà di espressione religiosa ogni qualvolta emerga anche l'astratta possibilità di una lesione della laicità statale⁴¹⁸.

In tale direzione, l'esigenza di calibrare i concorrenti principi di "universalità" e di "sussidiarietà"⁴¹⁹ risulterebbe più coerente con il ricorso a più flessibili forme di "bilanciamento *ad hoc*" piuttosto che di "bilanciamento categorico"⁴²⁰ (che si allontana spesso dall'analisi dei fatti concreti in vista dell'enfaticizzazione di principi di carattere astratto)⁴²¹: in questo modo il bilanciamento tra i valori in conflitto terrebbe conto delle specifiche circostanze del caso, sia pure alla luce delle variabili storiche sociali, culturali, giuridiche dell'ordinamento coinvolto, ma rifuggirebbe da forme di rigetto pregiudiziale di patrimoni assiologici percepiti come diversi e destabilizzanti rispetto a sistemi improntati ai valori della laicità, della democrazia e del pluralismo⁴²².

Vanno pertanto sempre ben tenuti presenti tuttavia i compiti e i limiti connessi al ruolo della Corte quale organo giudiziario sovranazionale, che la differenziano da un organo giudiziario apicale a livello nazionale. La Corte infatti non può dismettere quella che è una sua responsabilità - di carattere ultimo - di offrire il suo contributo alla salvaguardia dei diritti fondamentali propri di un regime democratico⁴²³. Essa, in ogni caso, non può disconoscere il ruolo statale di autodefinire la propria visione di neutralità statale delle relazioni fra Stato e Confessioni. La Corte è infatti tenuta a valorizzare l'apporto dei decisori nazionali quale livello di giurisdizione più appropriato a valutare la specificità del contesto nazionale: siffatto apporto dovrebbe fungere, infatti, da fattore propulsivo

⁴¹⁸ Cfr. **A. MADERA, N. MARCHEI**, *Simboli religiosi*, cit., p. 125, con i relativi richiami bibliografici; **A. SHACHAR**, *Squaring the Circle*, cit., p. 51.

⁴¹⁹ Cfr. **S. MANCINI**, *La supervisione europea*, cit., p. 4056.

⁴²⁰ Cfr. **F. TULKENS**, *Questioni teoriche e metodologiche sulla natura e l'oggetto delle sentenze della corte europea dei diritti dell'uomo*, in R. MAZZOLA (a cura di), *Diritto e religione in Europa*, cit., pp. 93-94.

⁴²¹ Cfr. **M. ADRIAN**, *The Principled Slope*, cit., pp. 174-185; **M. FERRI**, *The Freedom to Wear*, cit., p. 194; **R. MEDDA-WINDISCHER**, *Militant or Pluralist Secularism?*, cit., pp. 216-231.

⁴²² Cfr. **A. MADERA**, *Recenti orientamenti*, cit., p. 550, con i relativi richiami bibliografici.

⁴²³ Cfr. **S. MANCINI**, *La supervisione europea*, cit., p. 4055 ss.; **F. TULKENS**, *Questioni teoriche e metodologiche*, cit., p. 90



di un "dialogo tra le Corti" mirato a un incremento del consenso verso le prospettive veicolate a livello europeo⁴²⁴.

29 - Le potenzialità del "ragionevole accomodamento" nell'ambito convenzionale europeo

La possibilità della Corte di sollecitare gli Stati a prevedere forme di accomodamento ragionevole che coinvolgano non solo la sfera privata (come avviene nel caso *Eweida*) ma pure quella pubblica implica un'azione che va potenzialmente a incidere sullo specifico modello di laicità che venga adottato a livello dei singoli Stati.

In tale senso, non vanno trascurate le sollecitazioni verso un ripensamento dell'idea di accomodamento ragionevole e il superamento di preventivi pregiudizi verso questo strumento. Negli ordini giuridici liberali un pluralismo autentico andrebbe visto come tentativo di conciliare rivendicazioni, valori e pratiche di diverse comunità religiose e culturali, quale risultato di un consenso che tenga conto sia delle circostanze del caso, sia di un dialogo critico con diverse ermeneutiche in vista di una più autentica comprensione dell'art. 9 CEDU⁴²⁵. In questa direzione, lo strumento dell'accomodamento ragionevole andrebbe considerato non come concessione di un "privilegio" ai gruppi minoritari a detrimento della collettività, ma come strumento per "implementare" una più piena eguaglianza sostanziale, valendo non ad avversare, bensì a supportare le politiche sociali e gli obiettivi redistributivi perseguiti dalla normativa antidiscriminatoria⁴²⁶.

In tale direzione, la logica di un ragionevole accomodamento potrebbe costituire una via intermedia tra il riconoscimento di uno statuto eccezionale alle rivendicazioni religiose e la promozione di risposte universalistiche (che non soddisfano solo i bisogni dei richiedenti religiosi). In tale senso, non è erranea la posizione di chi considera che l'idea del ragionevole accomodamento consentirebbe piccoli aggiustamenti senza scardinare specifici modelli di laicità⁴²⁷. L'approccio del ragionevole

⁴²⁴ Cfr. **A. RUGGERI**, *Dialogo tra le Corti, tutela dei diritti fondamentali ed evoluzione del linguaggio costituzionale*, in *Federalismi*, n. 18, 27 settembre 2017, pp. 1-28; **A. MADERA**, *Recenti orientamenti*, cit., pp. 568-569, con i relativi richiami bibliografici.

⁴²⁵ Cfr. **P.G. DANCHIN**, *Islam in the Secular Nomos*, cit., p. 743.

⁴²⁶ Cfr. **K. ALIDADI**, *Religion, Equality*, cit., pp. 1-24, e pp. 193-230.

⁴²⁷ Cfr. **J. RINGELHEIM**, *Neutralité*, cit., p. 9, che nota come la stessa Commissione Stasi, istituita nel 2003, ha sottolineato che la legislazione francese prevede anche "adeguamenti che consentono di conciliare la neutralità dello Stato con la pratica della religione", come



accomodamento si porrebbe pertanto come “antidoto” non solo a quelle politiche indirizzate alla neutralizzazione delle identità religioso-culturali individuali al di fuori della sfera privata, ma anche alle irrealistiche aspirazioni a un pluralismo normativo fondato sul riconoscimento di forme di autoregolazione dei gruppi religiosi⁴²⁸.

Tenendo conto dei limiti di tale strumento, che non può costituire un valido sostituto di strategie di carattere globale, ma pure della difficoltà oggettiva, per la Corte, di esigere profonde modifiche strutturali di determinati sistemi, l'adozione di tale strumento eviterebbe pertanto alla stessa Corte di travalicare il sottile limite fra sussidiarietà e interventismo giudiziario.

Esso potrebbe rappresentare una soluzione appropriata in quei sistemi in cui si afferma un modello di neutralità formale, sebbene alcune disuguaglianze costituiscano, di fatto, il portato del suo contesto storico. Esso opererebbe pertanto come strumento “correttivo” delle politiche assimilazioniste della neutralità, consentendone uno stemperamento che non implica un globale ripensamento delle “regole del gioco”⁴²⁹. Infatti, mentre le politiche di affrancamento della sfera pubblica dall'influenza religiosa producono uno sterile arroccamento di taluni ordinamenti sullo *status quo* il cui costo va a gravare sulle appartenenze minoritarie⁴³⁰, il “linguaggio” del ragionevole accomodamento offre uno strumento in positivo suscettibile di mitigare la “tensione” fra interessi legittimi fra loro confliggenti⁴³¹.

Esso offre pertanto una risposta ragionevole alle istanze di articolazione di nuovi equilibri fra modelli di laicità statalmente adottati e istanze di integrazione di nuove, più profonde diversità di plurali appartenenze identitarie nella sfera pubblica.

L'idea del ragionevole accomodamento, ad esempio, non sembra completamente incompatibile con l'ordinamento belga, ove sebbene tale nozione non sia normativamente prevista, si vanno sviluppando forme di “accomodamento informale”, connesse alle circostanze specifiche del caso

l'istituzione delle cappellanie, finanziate dallo Stato, nelle comunità segreganti come l'esercito, i college e le scuole superiori, le istituzioni penitenziarie e ospedaliere o la possibilità di tenere conto delle tradizioni dei culti ebraico e musulmano nei cimiteri secolari. Tali “accomodamenti” sono considerati perfettamente compatibili con il modello laicista francese.

⁴²⁸ Cfr. K. ALIDADI, *Religion, Equality*, cit., pp. 1-24, e pp. 193-230.

⁴²⁹ Cfr. K. ALIDADI, *Religion, Equality*, cit., pp. 1-24, e pp. 193-230.

⁴³⁰ Cfr. J. RINGELHEIM, *Neutralité*, cit., p. 9.

⁴³¹ Cfr. K. ALIDADI, *Religion, Equality*, cit., pp. 1-24, e pp. 193-230.



e al contesto in esame⁴³². In questo ordinamento, tale idea si trova infatti al centro di un crescente dibattito e sempre più si va diffondendo l'orientamento per cui, in presenza di rivendicazioni religiose, la “*voie citoyenne*” (sviluppo di negoziati caso per caso) costituisca una soluzione migliore rispetto al percorso giudiziario⁴³³. Tale metodo promuove infatti la gestione delle diversità mediante la negoziazione favorendo lo sviluppo di politiche basate sull'interculturalità⁴³⁴. Delegare tuttavia la scelta dell'accoglimento o no delle domande di accomodamento ragionevole all'autonomica decisione degli attori coinvolti (sia privati sia istituzionali) introduce il rischio di una penalizzazione di quelle istanze che non sono a costo zero e di quelle di carattere non-convenzionale⁴³⁵.

In ambito europeo, in ogni caso, non mancano ovviamente ordinamenti ove il quadro costituzionale e normativo offre strumenti di garanzia della libertà di espressione religiosa equivalenti, e a volte superiori alle logiche del ragionevole accomodamento.

30 - Una valutazione comparativa del rapporto fra libertà di espressione religiosa “privata” e spazio “pubblico”

Queste riflessioni offrono lo spunto per un tentativo di ricostruzione, in chiave comparativa, dell'articolazione del controverso rapporto fra libertà di espressione religiosa “privata” e spazio definito come “pubblico”. Il moltiplicarsi dei contesti pubblici in cui emerge la controversia del velo (o del *niqab*) richiede oggi una più sensibile comprensione di diverse tradizioni, pratiche e comportamenti religiosamente motivati. In un orizzonte secolare in cui le Corti non risultano sempre equipaggiate a

⁴³² Cfr. L. VAN BELLINGEN, *L'accommodement raisonnable*, cit., p. 231 ss., che evidenzia che le leggi antidiscriminatorie belghe (pur ispirate alla direttiva europea) non prevedono il dovere di garantire un accomodamento ragionevole in caso di incoerenza tra prescrizioni religiose e l'accesso ai servizi pubblici. Non è sicuro se tale profilo sia implicitamente accolto nella legge antidiscriminatoria del 2007, che sembra realizzare un quadro che promuova una più sostanziale uguaglianza nel campo occupazionale.

⁴³³ Cfr. L. VAN BELLINGEN, *L'accommodement raisonnable*, cit., p. 231 ss. L'Autore sottolinea che, nell'ordinamento belga, pur mancando un quadro normativo generale di riferimento in materia di accomodamento ragionevole, non mancano diverse leggi e regolamenti che prevedono forme di accomodamento di specifici bisogni religiosi. Ne costituiscono esempi le norme in deroga alla disciplina generale previste in materia di macellazione animale, regimi alimentari religiosamente motivati nelle istituzioni penitenziarie, festività religiose nel mondo del lavoro e nel contesto scolastico.

⁴³⁴ Cfr. O. PÉREZ DE LA FUENTE, *Reasonable Accommodation*, cit., p. 110.

⁴³⁵ Cfr. K. ALIDADI, *Religion, Equality*, cit., pp. 1-24, e pp. 193-230.



investigare il significato più autentico delle manifestazioni espressive della libertà religiosa⁴³⁶, fattori cruciali sono divenute le variabili del caso, in particolare il *setting* in cui viene rivendicata la libertà di espressione religiosa. Questo profilo conduce a riflettere, in senso più ampio, sull'interazione fra laicità statale (nozione plurisfaccettata, sebbene declinata su una base di valori comuni nell'ambito delle società democratiche e pluraliste)⁴³⁷ e percezione dello spazio pubblico: in particolare occorre interrogarsi se e in che misura la prima implichi l'imperativo, in diversi contesti ordinamentali, di garantire la neutralità dello spazio pubblico, delle pubbliche istituzioni e dei servizi dalle stesse erogati e accessibili alla generalità della popolazione.

La definizione della nozione giuridica di "spazio pubblico" risulta "*inherently vague*"⁴³⁸: al pari di quella di "simboli religiosi" non riveste un significato univoco, si avvale dell'apporto di numerose discipline, risente delle variabilità connesse a diversi contesti statali e, soprattutto della crescente "porosità" del confine fra spazio pubblico e privato⁴³⁹. La generica definizione di "spazio del vivere insieme"⁴⁴⁰ lascia infatti aperta la domanda relativa ai valori che tale nozione potrebbe ricomprendere: la risposta offerta dai veri ordinamenti giuridici (che spaziano fra prospettive universaliste e differenzialiste) risulta cruciale ai fini della tematica oggetto di esame.

Come si è visto, a tale domanda i diversi ordinamenti europei ed extraeuropei hanno offerto risposte diverse in base al modello di neutralità adottato (quale strumento di salvaguardia di un *budget* di valori di carattere fondamentale) e tali risposte hanno un impatto sulla visione della neutralità dei servizi pubblici perseguita dallo Stato. Questa percezione può spaziare dal perseguimento di un'„apparenza" d'imparzialità⁴⁴¹ fino a un *focus* sull'imparzialità effettiva e concreta (che è più rispettosa dei bisogni individuali delle minoranze religiose e consente alcune forme di accomodamento religioso sia dei funzionari pubblici che dei semplici utenti dei servizi pubblici). Non è mancato, altresì, chi ha riscontrato come il concetto di "pubblico" in senso ampio ("pubblica sfera", "bene pubblico", "interesse pubblico") rivesta un significato più ampio negli ordinamenti di

⁴³⁶ Cfr. A. JUSIC, *Damned If It Doesn't*, cit., pp. 592-593.

⁴³⁷ Cfr. J. BAUBÉROT, M. MILOT, *Laïcités sans Frontières*, Seuil, Paris, 2011.

⁴³⁸ Cfr. P. BOSSET, *Mainstreaming Religious Diversity*, cit., p. 192.

⁴³⁹ Cfr. F. DUFRESNE, *Le port des signes religieux*, cit., p. 23.

⁴⁴⁰ Cfr. J. HABERMAS, *L'espace public: archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*, Payot, Paris, 1997, p. 47.

⁴⁴¹ Cfr. L. VAN BELLINGEN, *L'accommodement raisonnable*, cit., pp. 221-248.



civil law rispetto a quelli di *common law*, il che si tradurrebbe, nei primi, in più ampi margini riservati alla regolazione statale⁴⁴².

Non va trascurato che, su entrambe le sponde dell'oceano, l'interazione fra libertà religiosa espressiva e spazio pubblico è resa più complessa dalle articolate dinamiche fra rivendicazioni minoritarie e consenso maggioritario⁴⁴³, il cui impatto rischia di alterare un corretto equilibrio fra tutti i fattori di tale equazione. Forte è il rischio di far prevalere percezioni dello spazio pubblico quale dimensione in cui trovano espressione solo i valori percepiti come "comuni", ossia condivisi in maniera ampia dalla società ospitante⁴⁴⁴. Secondariamente, le Corti sono chiamate a verificare il carattere "sostanziale" dell'„onere" (o dell'„interferenza") che una misura pubblica pone a carico dell'esercizio della libertà religiosa: la valutazione della severità di tale impatto, tale da giustificare il ricorso a forme di bilanciamento con l'interesse pubblico perseguito, implica il riconoscimento alle autorità giudiziarie di un certo margine di apprezzamento⁴⁴⁵.

Secondo l'orientamento adottato a livello sia europeo sia extraeuropeo, le Corti dovrebbero invece essere chiamate a valorizzare la dimensione individuale della libertà religiosa, limitandosi a valutazioni relative alla "sincerità" di diverse convinzioni e credenze.

La dottrina evidenzia a tale proposito l'emergere di un "subjective turn in religious freedom case law"⁴⁴⁶, in quanto "Courts are in no position to be the arbiter of religious dogma"⁴⁴⁷. Tale approccio ha carattere maggiormente risalente nella giurisprudenza degli organi giudiziari apicali negli U.S.A.⁴⁴⁸ e in Canada⁴⁴⁹, in coerenza con il tradizionale riconoscimento di un ampio spazio all'autonomia privata; ma è stato condiviso anche dalla Corte europea, che ha sostenuto l'incompatibilità con il principio di laicità statale di ogni forma di valutazione concernente la legittimità delle

⁴⁴² Cfr. J.-F. GAUDREAULT-DESBIENS, N. KARAZIVAN, *The 'Public' and the 'Private' in the Common Law and Civil Law Traditions and the Regulation of Religion*, in S. FERRARI, S. PASTORELLI (eds.) *Religion in the Public Spaces*, cit. p. 94-117.

⁴⁴³ Cfr. M. HUNTER-HENIN, *Living Together*, cit., pp. 94-118.

⁴⁴⁴ Cfr. B. LAVOIE, *La fonctionnaire*, cit., p. 42.

⁴⁴⁵ Cfr. A. SU, *Varieties of Burden in Religious Accommodations*, in *Journal of Law and Religion*, vol. 34/1, 2019, pp. 42-63.

⁴⁴⁶ Cfr. A. SU, *Judging Religious Sincerity*, in *Oxford Journal of Law and Religion*, vol. 5, 2016, p. 30.

⁴⁴⁷ Cfr. A. SU, *op. Judging Religious Sincerity*, cit., p. 35.

⁴⁴⁸ Cfr. *Thomas v. Review Board*, 450 US 707 (1981).

⁴⁴⁹ Cfr. *Syndicat Northcrest v. Amselem*, cit.; *Multani v. Commission Scolaire*, cit.



credenze religiose, ampliando la portata della protezione offerta dalla Convenzione alle manifestazioni espressive della libertà religiosa⁴⁵⁰. Tale approccio risulta indebolito, tuttavia, non tanto dagli sporadici richiami alla centralità, alla forza o alla obbligatorietà di una specifica pratica religiosa nell'ambito di un determinato credo, quanto dalla valorizzazione di una "dimensione sociale e oggettiva della libertà di espressione religiosa"⁴⁵¹, che conduce ad atteggiamenti di pregiudiziale rifiuto (mascherati dietro l'enfaticizzazione dell'idea di uno "spazio secolare") di quei patrimoni assiologici che non abbiano carattere ampiamente condiviso. A sua volta, anche la verifica del carattere "sostanziale" dell'impatto della misura pubblica sull'esercizio della libertà religiosa (in vista del riconoscimento della meritevolezza di un accomodamento) si presta a pericolose oscillazioni fra un minimo⁴⁵² e un massimo (che esige la configurabilità di una forma di "coercizione" a carico del cittadino/fedele) a seconda dell'identità dell'interlocutore confessionale⁴⁵³.

L'equilibrio fra diritti individuali e interferenza statale che le carte fondamentali (nazionali e sovranazionali) sono deputate a tutelare rischia di subire pertanto un'alterazione in direzione statocentrica⁴⁵⁴.

Va rammentato che, con riguardo a forme di "ostentazione istituzionale" di simboli religiosi, tali dinamiche hanno condotto ad alterazioni che, in alcuni recenti casi, hanno giustificato solo selettive forme di simbolismo religioso, tarpando la realizzazione di un modello di neutralità sempre più aperto all'accoglimento delle plurali istanze confessionali che aspirano a farsi promotrici nella sfera pubblica di diversificati messaggi ideologico-valoriali. In tale senso, non mancano sollecitazioni dottrinali ad adottare approcci mirati a una sempre maggiore inclusività delle minoranze nella sfera pubblica, che focalizzano l'attenzione sulla "vulnerabilità di gruppo": tale approccio implica un rigoroso scrutinio di quelle misure che direttamente o indirettamente possono incidere sull'accesso agli spazi pubblici di gruppi e categorie deboli, in contrapposizione all'adozione di soluzioni improntate a forme di

⁴⁵⁰ Cfr. *Eweida*, cit., § 81.

⁴⁵¹ Cfr. **B. LAVOIE**, *Dynamiques discordantes dans la regulation de la liberté de religion au Canada*, in *Revue électronique Réguler le religieux*, vol. 4, 2015, p. 5.

⁴⁵² In tale senso, va ricordata, ancora una volta, la pronunzia *Burwell v. Hobby Lobby*, 573 U.S. (2014), che negli Stati Uniti ha inaugurato la "stagione" di una pluralità di più o meno credibili *complicity-based claims*, soprattutto da parte di gruppi religiosi maggioritari, di fronte alle rivendicazioni di "nuovi" diritti.

⁴⁵³ Cfr. **A. SU**, *Varieties of Burden*, cit., pp. 42-63.

⁴⁵⁴ Cfr. **H. OLGIVIE**, *Niqabs in Canadian Courts: R. v. Ns.*, in *Ecclesiastical Law Journal*, vol. 15, 2013, p. 343.



giustizia “procedurale”, che non tengono in adeguata considerazione tutti gli interessi coinvolti nel processo decisionale⁴⁵⁵.

Si rileva pertanto, sempre con più urgenza, l’esigenza di un indirizzo mirato a “decostruire la nozione di sfera pubblica”, avendo riguardo ai suoi elementi di carattere sia “spaziale” sia “personale”, al fine di prevenire risposte giuridico di carattere omologante che non tengano in considerazione sia le diverse tipologie di spazio pubblico, e il diverso “ruolo” esercitato dalle stesse nel perseguimento dell’ideale democratico e pluralista, sia le ragioni dei singolo di accedere a tale spazio⁴⁵⁶.

Autorevole dottrina ha sostenuto che nella “società post-secolare” vada distinto uno spazio pubblico in senso ampio o “informale”, ove il cittadino è libero di “esprimere le proprie convinzioni in un linguaggio religioso”; uno spazio “politico”, deputato alla costruzione del pubblico dibattito secondo i canoni dell’apertura, della democraticità e del pluralismo⁴⁵⁷ e uno spazio pubblico “istituzionale”, che dovrebbe essere più strettamente connesso a esigenze di giustizia e imparzialità⁴⁵⁸. Se quest’ultimo sembra esigere una più rigorosa idea di neutralità, è pur vero che proprio in tale tipologia di spazio il singolo accede al fine dell’esercizio di diritti di carattere fondamentale e della fruizione di beni-diritti di carattere primario (salute, istruzione, giustizia). Si evidenzia pertanto il bisogno impellente di un approccio “pragmatico”, che valuti concretamente l’impatto dell’esercizio della libertà di espressione religiosa nello spazio pubblico⁴⁵⁹. In tale senso, funge da apripista l’esperienza statunitense che ha con grande puntualità distinto diverse tipologie di spazio pubblico (*public forum, designed public forum, limited public forum*) al fine di graduare la possibilità di esercitare la libertà di espressione privata a contenuto religioso negli spazi pubblici preposti a tale scopo, riservando un atteggiamento di maggiore rigidità ai contesti di carattere tipicamente “istituzionale” (ad esempio, istituti scolastici), e più flessibile a quelli in cui

⁴⁵⁵ E. BREMS, S. OUALD CHAIB, L. PERONI, *Improving Justice in the “Burqa” Debates: Group Vulnerability and Procedural Justice*, in M.-C. FOGLETS, K. ALIDADI, J.S. NIELSEN, Z. YANASMAYAN (eds.), *Belief Law and Politics. What Future for a Secular Europe*, Routledge, London and New York, 2014, p. 265 ss.

⁴⁵⁶ Cfr. S. FERRARI, *In praise of pragmatism*, cit., p. 7

⁴⁵⁷ Cfr. M.-C. FOGLETS, K. ALIDADI, *Summary Report on the Religare Project*, 2013, p. 27.

⁴⁵⁸ Cfr. J. HABERMAS, *The Structural Transformation of the Public Sphere*, in *European Journal of Philosophy*, vol. 14(1), 2006, pp. 1-25; J. RINGELHEIM, *Rights, Religion*, cit., pp. 283-304. . M.-C. FOGLETS, K. ALIDADI, *Summary Report*, cit., p. 28.

⁴⁵⁹ Cfr. S. FERRARI, *In praise of pragmatism*, cit., p. 7; L. MANCINI, *Burqa, Niqab and Women’s Rights*, in A. FERRARI, S. PASTORELLI (eds.), *The Burqa Affair*, cit., p. 25.



l'osservatore imparziale può più agevolmente sottrarsi alla visione di un simbolo religioso non condiviso⁴⁶⁰.

In Europa, come è noto, le controversie sono inizialmente insorte con riguardo a *setting* di tipo istituzionale, e le Corti hanno assunto un atteggiamento più stringente quando sono stati in gioco rischi di "indottrinamento religioso" di categorie particolarmente vulnerabili, ma si sono negli ultimi anni estese a più estese tipologie di contesto pubblico, dove i simboli delle appartenenze minoritarie vengono percepiti come "offensivi" quando suscitano il pregiudizio maggioritario. Non va trascurato come ordinamenti che hanno abbracciato una visione militante della laicità si vanno orientando talora verso una meno marcata distinzione nel trattamento della libertà espressiva religiosa alla luce della dicotomia pubblico/privato⁴⁶¹, in contrasto con gli orientamenti assunti dallo stesso giudice europeo⁴⁶², arrivando pure a una sorta di strumentalizzazione del concetto di luogo pubblico declinato in favore esclusivo delle logiche maggioritarie⁴⁶³.

⁴⁶⁰ Cfr. **D. BURNETT**, *Atheism and the Courts*, University of Virginia School of Law, 2006, pp. 1-52; **A. MADERA**, "Pubblicizzazione" e "privatizzazione" dei simboli di appartenenza confessionale negli U.S.A.: ultimo baluardo della religione civile o ripensamento delle regole della neutralità?, in *Dir. Eccl.*, 2010, fasc. 1-2, pp. 221-264, con i relativi richiami bibliografici.

⁴⁶¹ Si veda la pronuncia francese "Baby Loup", Arrêt n° 612 du 25 juin 2014 (13-28.369) - Cour de cassation - Assemblée Plénière, in cui la Cour de cassation ha reputato che la proibizione di ogni manifestazione di religione in tutti i locali e le attività di un asilo-nido costituisca una risposta giuridica giustificata e proporzionata in quanto finalizzata a preservare la libertà di coscienza dei minori, purtuttavia riconoscendo che il principio di laicità non rappresenta una adeguata base giuridica per una restrizione della libertà religiosa imposta in un contesto di lavoro di diritto puramente privato. A commento, si veda **R. BENIGNI**, *L'«affaire Baby Loup» e la «laïcité» nel rapporto di lavoro privato. La Francia tra tentazioni integraliste e tutela della libertà religiosa del salariato*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2015/3, pp. 689-711.

⁴⁶² Cfr. *Eweida*, cit., ove la Corte sembra affermare che finalità puramente private non dovrebbero facilmente neutralizzare il diritto dei dipendenti all'esercizio della libertà religiosa.

⁴⁶³ Cfr. **A. LICASTRO**, "A ognuno la sua croce". Notazioni sparse in tema di ostensione istituzionale dei simboli cristiani nella sfera pubblica europea (con particolare riferimento all'art. 28 della legge francese di separazione), in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 1 del 2018, pp. 1-28, che ha sottolineato come recenti indirizzi della giurisprudenza amministrativa francese, volti a offrire una interpretazione "mite" dell'art. 28 della legge del 1905, che proibiva l'esposizione di simboli o emblemi religiosi nello spazio pubblico, hanno finito per circoscrivere la portata della norma pure in relazione a una interpretazione flessibile del concetto di "luogo pubblico". Tale visione "graduata" del principio di laicità francese, che finisce con l'"aggirare [strategicamente] la portata applicativa della norma" è tornata però a irrigidirsi nel consueto modello di laicità *de combat* ogni qual volta sono state coinvolte rivendicazioni concernenti l'esposizione "personale" di simboli religiosi di



Si affermerebbe così una percezione della neutralità formalisticamente intesa, che finisce per avere un impatto discriminatorio sulle minoranze, limitate nella fruizione dello spazio pubblico e nella piena partecipazione nell'ambito della società civile. La scelta di adottare un approccio volto ad analizzare specificamente le variabili del caso diviene infatti miope qualora si limiti a legittimare le aspirazioni di "maggiore visibilità" dei simboli di carattere tradizionale, sia pure supportate da uno specifico bagaglio storico-culturale⁴⁶⁴, ma che arretra di fronte a al porto individuale di simboli religiosamente caratterizzati appartenenti a gruppi religiosi meno tradizionali e rassicuranti.

Tali prospettive statali sono state in qualche caso sostenute pure dalla giurisprudenza sovranazionale, asseverando l'adozione di politiche improntate a una sorta di "simbolismo giuridico"⁴⁶⁵ e a una specifica visione "del rapporto laicità statale/identità nazionale nel contesto statale"⁴⁶⁶: è dubbio se talune risposte giuridiche siano effettivamente idonee a dare impulso a obiettivi predefiniti (la parità di genere, la neutralità religiosa) o si traducono in un loro potenziale affievolimento⁴⁶⁷.

Non possono essere sottostimate sicuramente le connotazioni storico-culturali che lo spazio pubblico può assumere in diversi contesti territoriali. Tuttavia, nella prospettiva pluralista che la Corte sarebbe impegnata a promuovere, la neutralità di tale spazio non andrebbe connotata come asettica sterilizzazione dello spazio pubblico da ogni presenza religiosa, bensì come dimensione connotata dalla non-preferenza verso specifici patrimoni assiologici, che può garantire una coesistenza improntata all'equità e all'imparzialità.

appartenenze minoritarie (p. 17).

⁴⁶⁴ Cfr. **A. LICASTRO**, *I mille splendidi volti*, cit., p. 38.

⁴⁶⁵ Cfr. **M. ROHE**, *Family and Law in Europe: Bringing Secular Legal Orders and Religious Norms and Needs*, in P. SHAH, M.-C. FOLETS, M. ROHE (eds.), *Family, Religion and the Law. Cultural Encounters in Europe*, Ashgate, Farnham (Surrey), 2014, p. 64.

⁴⁶⁶ Cfr. **A. MADERA**, *La parabola del velo*, cit., con i relativi richiami bibliografici; **A. LICASTRO**, *I mille splendidi volti*, cit., p. 33. Cfr. pure **R. HIRSCHL**, **A. SHACHAR**, *Competing Orders?*, cit., p. 452, che hanno qualificato il caso *Lautsi* "an existential contemplation of the place of religious symbols in a given polity's national identity and the role of the court in mediating tensions between national preferences and the emerging pan-European rights regime".

⁴⁶⁷ Cfr. **A. MADERA**, *La parabola del velo*, cit., con i relativi richiami bibliografici; **N. GAL-OR**, *Is the Law Empowering or Patronizing Women?*, cit., pp. 315-333; **S. DOMIANELLO**, *La rappresentazione di valori nei simboli: un'illusione che alimenta ipocrisia e fanatismo*, in M. PARISI (a cura di), *Simboli e comportamenti religiosi nella società plurale*, ESI, Napoli, 2006, p. 29.



La netta polarizzazione fra uno spazio pubblico come “spazio della libertà”, ove ogni gruppo religioso ha un diritto “assoluto” all’esercizio di forme di manifestazione espressiva della libertà religiosa (frutto di una neutralità in chiave inclusiva) e una sua neutralizzazione da ogni forma di manifestazione espressiva della libertà religiosa (quale precipitato di una neutralità in chiave esclusiva) non risultano oggi più sostenibili: esse ignorano la peculiare natura dello spazio pubblico quale dimensione naturalmente destinata all’„interazione”, all’incontro e al dialogo fra alternative convinzioni e visioni del mondo, che non può realizzarsi quando sussiste l’alto rischio che la libertà di alcuni venga esercitata al prezzo di quella di altri⁴⁶⁸. Tale visione risulta coerente con una idea di “*soft secularism*” che permette a una pluralità di assetti valoriali di offrire il loro contributo nel modellare/conformare la “pubblica arena”, purchè non si traduca nella “deprivazione” di taluni gruppi di tale opzione⁴⁶⁹. In tale senso, dovrebbe autenticamente entrare in gioco il ruolo statale di neutrale garante del pluralismo, mirato ad assicurare la coesistenza di diversi sistemi valoriali, che implica il ricorso anche a forme di compromesso ai fini della salvaguardia e della promozione degli ideali e dei valori di una società pluralista e democratica⁴⁷⁰.

31 - La libertà di manifestazione religiosa dei privati nelle aule giudiziarie ...

Tali considerazioni implicano una riflessione sulla specificità dell’aula giudiziaria come spazio secolare o spazio di neutralità religiosa nell’ambito della società civile e se tale nozione sia conciliabile con l’accomodamento della libertà espressiva religiosa privata in tale ambito.

L’arena giudiziaria costituisce sicuramente il luogo ove “*the dividing line between the rights of the individual and the power of the state is tested*”⁴⁷¹. Come si è visto, essa costituisce un peculiare spazio pubblico in cui sono implicati plurali interessi pubblici e privati e si confrontano una pluralità di voci, espressione di tali interessi. L’analisi del discorso giudiziario rivela come tali interessi spazino, dal decoro e dalla sicurezza pubblica a esigenze di imparzialità e di giustizia processuale, dal rispetto di regole e prassi procedurali a una peculiare percezione dell’ideale di “apertura” dello stesso

⁴⁶⁸ Cfr. F. MEGRET, *Le Canada à la pointe de la tolérance?* cit., pp. 263-302.

⁴⁶⁹ S. FARRAR, G. KRAYEM, *Accommodating Muslims*, cit., p. 168.

⁴⁷⁰ Cfr. Leyla Şahin c. Turquie, cit.

⁴⁷¹ Cfr. J. ROBSON, *The Veil*, cit., pp.319-343.



sistema giudiziario. La presenza di simboli religiosi può determinare la preoccupazione di un affievolimento della tutela degli interessi sopra menzionati, in quanto sussiste l'esigenza che la gestione della giustizia non sia compromessa in ragione di particolarità religiose. Al tempo stesso, si ravvisa pure una preoccupante desacralizzazione dei simboli religiosi nel momento in cui questi vengono meramente parificati a capi di abbigliamento di carattere religiosamente neutrale suscettibili di incidere sul decoro della funzione giudiziaria, sminuendo quelle sincere credenze religiose che sono alla base della loro ostensione.

Tuttavia, l'arena giudiziaria è anche e principalmente il luogo dove il singolo legittimamente aspira ad avere accesso al bene-justitia: qui trovano visibilità le minoranze dissenzienti, la cui voce rimane spesso poco avvertita nell'ambito dei processi democratici di produzione normativa⁴⁷².

Forme di espressione simbolica dovrebbero essere percepite pertanto come richiamo a che il sistema della giustizia goda di "indipendenza" e assuma un atteggiamento di "distanza critica" dagli altri apparati statali⁴⁷³.

L'arena giudiziaria costituisce uno spazio strutturale in cui l'esercizio della libertà di coscienza e di religione non può pertanto essere ridotto da una interpretazione formalistica delle previsioni normative, che finirebbe con l'escludere l'autentica partecipazione delle appartenenze minoritari, in quanto queste, come si è più volte ribadito, si sentirebbero marginalizzate dalla necessità di scegliere fra la loro identità religiosa e la possibilità di prendere parte al processo di gestione della giustizia⁴⁷⁴.

a) ... in ambito europeo

La Corte Europea, quale giudice sovranazionale, si confronta con diversi modelli di laicità che si collocano entro il perimetro della supervisione europea.

È stato sostenuto che, la Corte europea, quale corte sovranazionale, non dovrebbe aderire acriticamente a specifici punti di vista nazionali, allineandosi passivamente con prospettive di secolarismo "belligerante" con elevati livelli di incisività sulle tensioni Stato/religione⁴⁷⁵. Secondo tali approcci, sia pure nel rispetto dell'autonomia dei singoli Stati, essa non dovrebbe asseverare pertanto reviviscenze di quell'approccio assimilazionista che malcelano forme di avversione verso i nuovi migranti⁴⁷⁶, e sono potenzialmente capaci di spingersi fino a determinare

⁴⁷² Cfr. **A. MADERA**, *Spunti di riflessione*, cit., p. 711, con i relativi richiami bibliografici.

⁴⁷³ Cfr. **B.L. BERGER**, *Against Circumspection*, cit., pp. 23-40.

⁴⁷⁴ Cfr. **J. RINGELHEIM**, *Neutralité*, p. 7.

⁴⁷⁵ Cfr. **F. MEGRET**, *Le Canada à la pointe de la tolérance?* cit., pp. 263-302.

⁴⁷⁶ Cfr. **R. BRUBAKER**, *The Return of Assimilation? Changing Perspectives on Immigration*



forme di penalizzazione del “diverso” (ad esempio, politiche che condizionano alla rimozione del velo la concessione della cittadinanza o l’accesso a beni e servizi pubblici) riducendo la possibilità di una effettiva inclusione e partecipazione delle minoranze nella società civile⁴⁷⁷, bensì valorizzare l’effettivo esercizio da parte dello Stato del ruolo di “mediatore e promotore della tolleranza fra gruppi religiosi e non-religiosi” quale presupposto della pacifica convivenza in una società religiosamente plurale⁴⁷⁸.

Va rammentato tuttavia che la Corte affida ai singoli Stati il ruolo di “neutrali e imparziali organizzatori della libertà religiosa”. In assenza di un consenso europeo, la Corte dovrebbe pertanto sollecitare la valorizzazione del “potenziale protettivo” rintracciabile nei diversi quadri normativi dei singoli ordinamenti europei al fine di mitigare le ricadute delle “politiche della neutralità” sulle minoranze, che ne subirebbero altrimenti l’impatto in termini di una sempre maggiore esclusione e marginalizzazione⁴⁷⁹.

Al tempo stesso, nella misura in cui gli Stati perseguono gli interessi del pluralismo, della tolleranza e della democrazia, è affidata ai singoli Stati la scelta delle modalità con cui realizzare tali finalità: in accordo con il margine di apprezzamento statale, gli Stati possono orientarsi verso l’esclusione o l’inclusione di forme di visibilità religiosa nella sfera pubblica⁴⁸⁰.

La disamina giurisprudenziale rivela come la Corte europea si sia spesso trovata ad affrontare la questione della compatibilità fra le garanzie offerte dall’art. 9 e l’esteriorizzazione della propria appartenenza confessionale del singolo nello spazio pubblico istituzionale, avallando in passato soluzioni statali fortemente compressive della libertà religiosa individuale, anche se il soggetto rivestiva il ruolo di semplice utente e non di rappresentante dello Stato o soggetto dotato di un ruolo di autorità, e il porto del simbolo religioso non aveva carattere provocatorio o di indebito proselitismo⁴⁸¹.

Nelle più recenti sentenze esaminate, invece, è proprio il *test* di proporzionalità a portare a una più equa redistribuzione della “libertà religiosa” tra tutti gli attori religiosi; esso diventa un parametro di

and its Sequels in France, Germany and United States, in *Ethn. Racial Stud.*, vol. 24 (4), 2001, p. 531.

⁴⁷⁷ Cfr. **A. SHACHAR**, *Squaring the Circle*, cit., p. 53.

⁴⁷⁸ Cfr. **R. MEDDA-WINDISCHER**, *Militant or Pluralist Secularism?*, cit., p. 228.

⁴⁷⁹ Cfr. **K. ALIDADI**, *Religion, Equality*, cit., p. 193 ss.

⁴⁸⁰ Cfr. **H.M.A.E. VAN OOIJEN**, *Religious Symbols*, cit., p. 268.

⁴⁸¹ Cfr. **J. RINGELHEIM**, *Rights, Religion*, cit., pp. 283-304.



ragionevolezza volto a prevenire forme di restrizioni inaccettabili della libertà religiosa.

L'uso crescente di siffatto parametro, suscettibile di declinazioni plurali nella giurisprudenza nazionale e sovranazionale, è in linea con il processo emergente in base al quale sempre più gli organi giudiziari diventano protagonisti del compito di trovare un ragionevole equilibrio tra diritti e valori di pari livello fondamentale e costituisce uno strumento imprescindibile per gli organi giudiziari europei, che se ne avvalgono per promuovere in misura sempre maggiore quel cruciale "dialogo transnazionale" con i tribunali e i legislatori nazionali⁴⁸².

Il *test* di proporzionalità esercita pertanto tale ruolo di mediazione nella giurisprudenza più recente. Anche se non viene perseguita un'uniformità impossibile tra regimi ecclesiastici nazionali, l'interazione fra giudice nazionale ed europeo è sempre più mirata a mitigare il divario tra i plurali modelli di neutralità, "esclusiva" e "inclusiva", "passiva" o "attiva", "*neutrality of justification*" e "*neutrality of effect*", e fra le loro diverse risposte giuridiche verso le istanze di accomodamento religioso⁴⁸³. Per questa via, l'applicazione del *test* di proporzionalità in questo caso definisce più correttamente il punto di equilibrio tra le domande di libertà individuale e il bisogno pubblico di stabilità sociale⁴⁸⁴.

Con le recenti pronunzie, la Corte europea si indirizza pertanto a promuovere una libertà di espressione, pure in forma simbolica, degli individui e delle formazioni sociali su un piano di parità, enfatizzando il ruolo dello spazio pubblico quale "spazio della presenza"⁴⁸⁵, in coerenza con le esigenze di una società improntata al pluralismo, promuovendo un modello di neutralità altresì ispirato all'equidistanza e all'imparzialità pubblica verso il fattore religioso⁴⁸⁶ dove l'accomodamento della diversità religiosa è mirato non all'indebita apertura di forme di "*self-government*" e di "frammentazione sociale" bensì a una più autentica integrazione delle minoranze⁴⁸⁷.

⁴⁸² Cfr. **A. MADERA**, *Recenti orientamenti*, cit., p. 568, con i relativi richiami bibliografici; **W. SADURSKY**, *Partnering with Strasbourg*, cit., pp. 397-453.

⁴⁸³ Cfr. **L. VANBELLINGEN**, *L'accommodement raisonnable de la religion dans le secteur public*, cit., p. 234; **H.M.A.E. VAN OOIJEN**, *Religious Symbols*, cit., p. 276.

⁴⁸⁴ Cfr. **K. ALIDADI**, *Religion, Equality*, cit., pp. 1-24 e pp. 193-230; **A. MADERA**, **N. MARCHEI**, *Simboli religiosi*, cit., p. 125, con i relativi richiami bibliografici.

⁴⁸⁵ Cfr. **B. PASTORE**, *Multiculturalismo e processo penale*, in *Cass. Pen.*, vol. 46/9, 2006, p. 3031.

⁴⁸⁶ Cfr. **MADERA**, "*Pubblicizzazione*" e "*privatizzazione*", cit., p. 264, con i relativi richiami bibliografici.

⁴⁸⁷ Cfr. **S. FARRAR**, **G. KRAYEM**, *Accommodating Muslims*, cit., p. 13.



Tali pronunzie sembrano suggerire un approccio a una neutralità di carattere sostanziale, che non mira né a depotenziare il pluralismo né a rimuovere i conflitti sociali mediante una neutralizzazione dello spazio pubblico dalle prospettive religiose e morali, bensì a valorizzare la libera diffusione di eredità culturali eterogenee, delle quali (tutte) le richieste di visibilità pubblica della religione rappresentano un'espressione. Esse sembrano infatti veicolare il messaggio che le società democratiche dovrebbero concepire lo spazio pubblico come luogo di incontro e confronto di diversi patrimoni assiologici e identità culturali-religiose⁴⁸⁸.

In questo senso, anche con riguardo a tipologie di abbigliamento religioso particolarmente invasivo (*burqa*, *niqab*), andrebbero privilegiati approcci improntati non a una simbolica assolutizzazione delle proibizioni del loro porto nello spazio pubblico, bensì mirati alla ricerca di soluzioni di carattere "funzionale" (anziché "ideologico"): mediante una attenta valutazione delle circostanze del caso, potrebbero essere rintracciate misure proporzionate alle concrete criticità insorte e le limitazioni verrebbero circoscritte alle situazioni in cui sono strettamente necessarie per rispondere a stringenti interessi pubblici (esigenze di identificazione e di pubblica sicurezza), senza indebite restrizioni della possibilità di libera fruizione del (e circolazione nel) lo spazio pubblico⁴⁸⁹. È da auspicarsi pertanto che, nel prossimo futuro, la Corte riuscirà a raggiungere più sensibili bilanciamenti fra le esigenze di "riconoscibilità di chi circola nello spazio pubblico" e identificazione di spazi pubblici ove tali esigenze rivestano carattere "meno pressante", così da permettere una ri-"espansione" del diritto a manifestare la propria appartenenza fideistica⁴⁹⁰.

b) ... in ambito extraeuropeo

Le esperienze extraeuropee, sia pur tenendo conto dei loro tratti di specificità, alla luce dei loro distinti quadri costituzionali e parametri valoriali, adottano modelli di "soft secularism" che non esigono una sfera pubblica "religion free"⁴⁹¹. Si tratta di ordinamenti tradizionalmente attenti a situazioni di debolezza derivanti dal *background* di carattere sociale, linguistico, culturale, religioso o etnico⁴⁹². Tale profilo è avvalorato dall'atteggiamento globale dei giudici degli ordinamenti di *common law*

⁴⁸⁸ Cfr. M. FERRI, *The Freedom to Wear*, cit., p. 195.

⁴⁸⁹ Cfr. M.-C. FOGLETS, K. ALIDADI, *Summary Report*, cit., p. 24.

⁴⁹⁰ Cfr. A. LICASTRO, *I mille splendidi volti*, cit., p. 35.

⁴⁹¹ Cfr. S. FARRAR, G. KRAYEM, *Accommodating Muslims*, cit., p. 14 e p. 174.

⁴⁹² Cfr. R. BARKER, *Burqas and Niqabs*, cit., p. 234, che cita diversi atti normativi in tale direzione: *Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999* (UK); *Evidence Act 2006* (NZ); *Evidence Act 1906* (WA).



verso gli appartenenti a gruppi minoritari: esse hanno cercato di favorire la loro partecipazione nei procedimenti giudiziari non solo ammettendo la possibilità di esprimere la loro identità confessionale indossando capi religiosamente caratterizzati (*hijab, kufi, turbanti*) ma pure talora scusando l'inosservanza di talune regole e consuetudini proprie dell'„etichetta“ processuale (ad esempio, alzarsi dinanzi alla corte), accogliendo l'utilizzo di figure volte a facilitare la comunicazione sia linguistica sia culturale, prevenendo la formazione di pregiudizi o stereotipi culturali nella giuria e valorizzando talvolta la tutela di forme di “reputazione religiosa” delle vittime di atti criminosi⁴⁹³. Gli stessi giudici hanno tuttavia mantenuto un atteggiamento intransigente ogni qualvolta insorge il rischio di una interferenza con valori di carattere fondamentale, fra cui va annoverata “l'effettività del giusto processo” che alcuni comportamenti religiosamente caratterizzati sarebbero suscettibili di minare⁴⁹⁴.

Allo stesso tempo, tali sistemi giuridici rivelano come non sia possibile assolutizzare il diritto all'accomodamento religioso nella sfera pubblica⁴⁹⁵. Tali esperienze, pur usufruendo di tecniche e strumenti flessibili di gestione della multireligiosità, dimostrano come le politiche di accomodamento vengono messe a dura prova, e acquisiscono un carattere “socialmente divisivo”⁴⁹⁶ nel confronto con istanze religiosamente connotate improntate a una “profonda diversità”⁴⁹⁷, che si pongono in conflitto con altri principi di carattere fondamentale⁴⁹⁸. Tali istanze, d'altro canto, mettono in luce i limiti di modelli di neutralità statale fondati su una “universalizzazione” dei valori delle “culture dominanti”⁴⁹⁹. Parte della dottrina evidenzia, a tale proposito, le difficoltà di un confronto fra pretese giuridiche di carattere irconciliabile, che genera il riconoscimento di un'ampia discrezionalità nei riguardi dell'autorità giudiziaria, con il rischio di una non prevedibilità degli esiti del bilanciamento di opposti interessi e

⁴⁹³ Cfr. S. FARRAR, G. KRAYEM, *Accommodating Muslims*, cit., pp. 101-125, e pp. 168-172.

⁴⁹⁴ Cfr. S. FARRAR, G. KRAYEM, *Accommodating Muslims*, cit., pp. 101-125, e pp. 168-172, che ricordano a questo proposito anche la scarsa disponibilità di tali organi giudiziari ad accettare forme di “*cultural defense*” quando sono in gioco atti criminosi o in caso di pratiche che coinvolgono minori.

⁴⁹⁵ Cfr. O. PÉREZ DE LA FUENTE, *Reasonable Accommodation*, cit., p. 110.

⁴⁹⁶ S. FARRAR, G. KRAYEM, *Accommodating Muslims*, cit., p. 10 e p. 174.

⁴⁹⁷ Cfr. N. BAKHT, *Veiled Objections*, cit., pp. 70-108; K. ALIDADI, M.-C. FOBLETS, *Framing Multicultural Challenges*, cit., p. 389.

⁴⁹⁸ Cfr. E. BRIBOSIA, J. RINGELHEIM, I. RORIVE, *Reasonable Accommodation*, cit., 161.

⁴⁹⁹ S. FARRAR, G. KRAYEM, *Accommodating Muslims*, cit., p. 12.



di una frammentazione degli orientamenti giudiziari⁵⁰⁰. Le corti, in particolare, sono sollecitate a un processo di riflessione sui valori fondamentali e loro effettive modalità di implementazione in uno Stato democratico, che esse devono impegnarsi a sostenere e promuovere; al contrario esse sembrano troppo spesso ancora riluttanti a ripensare regole assai risalenti che concernono lo svolgimento delle procedure giudiziarie⁵⁰¹.

Le ragioni dell'ostilità verso il *niqab*, in Canada, come si è visto, spaziano dalle consuete motivazioni di opposizione al velo (è espressione di rifiuto d'integrazione nelle società occidentali, è simbolo dell'oppressione delle donne islamiche, è offensivo verso le società secolari, ha carattere intimidatorio) a quelle ulteriori destinate da forme di *face covering*, relative a esigenze di sicurezza pubblica e di identificazione, ma pure di comunicazione, di corretto svolgimento delle relazioni sociali, di tolleranza e di rispetto verso gli altri. Non manca chi mette in dubbio il carattere obbligatorio da un punto di vista religioso di una scelta individuale non interamente condivisa nell'ambito della comunità islamica⁵⁰². Tali ragioni improntate alla diffidenza vengono condivise pure in altre esperienze extraeuropee⁵⁰³.

L'esperienza canadese, in particolare, è caratterizzata tradizionalmente da un alto livello di sensibilità verso situazioni di vulnerabilità specifiche, rischieste a maggior ragione di forme di accomodamento ragionevole⁵⁰⁴. La giurisprudenza canadese tuttavia, pur evitando un "giudizio di valore" su specifici simboli religiosi (*niqab*), tende a considerarli offensivi dei valori secolari e democratici quando negli stessi è rintracciabile un significato di "marginalizzazione" del ruolo femminile. Il consueto atteggiamento conciliatorio non è infatti riscontrabile nella pronuncia della Corte Suprema nel caso *R. v. Ns*, che, come si è visto, sembra sottostimare la situazione di "vulnerabilità addizionale"⁵⁰⁵ della parte coinvolta. La Corte suprema adotta invece un approccio indirizzato a perseguire una forma di bilanciamento di carattere astratto fra diversità e

⁵⁰⁰ Cfr. H. OLGIVIE, *Niqabs in Canadian Courts*, cit., pp. 338-339.

⁵⁰¹ Cfr. H. OLGIVIE, *Niqabs in Canadian Courts*, cit., pp. 339-340.

⁵⁰² Cfr. N. BAKHT, *Veiled Objections*, cit., pp. 70-108.

⁵⁰³ Cfr. R. BARKER, *Rebutting the Ban the Burqa Rethoric: a Critical Analysis of the Argument for a Ban on the Islamic Face Veil in Australia*, in *Adelaide Law Review*, vol. 37, 2016, pp. 191-218, cita a tale proposito, con riguardo all'Australia, il carattere non condiviso dell'obbligo del porto del *niqab* nell'Islam, l'uguaglianza di genere, le pronunzie della Corte europea che hanno avallato la legislazione francese sul *burqa*, la non coerenza di tale simbolo con i valori australiani, le esigenze di sicurezza.

⁵⁰⁴ Cfr. L. VAN BELLINGEN, *L'accommodement raisonnable*, cit., pp. 221-248.

⁵⁰⁵ Cfr. R. BARKER, *Burqas and Niqabs*, cit., pp. 225-243.



uguaglianza⁵⁰⁶. Essa perde, tuttavia, l'occasione di offrire chiare direttive alle corti inferiori circa potenziali forme di accomodamento ragionevole in fattispecie di tale tipo, lasciando spazio a una difficile coerenza degli orientamenti di tali organi giudiziari.

Anche la giurisprudenza statunitense recentemente ha adottato un atteggiamento maggiormente conservatore, che ha indotto a una maggiore accettazione solo di quelle forme di religiosità tradizionalmente accettata. Pur mancando delle direttrici dettate dalla Corte Suprema in materia, la questione del porto dei simboli religiosi nel contesto dell'aula giudiziaria rivela un graduale irrigidimento delle posizioni giudiziarie nel momento in cui le istanze riguardano espressioni simboliche di religiosità di carattere forte che vengono percepite come ostili all'identità statunitense.

La giurisprudenza degli ordinamenti di *common law* in materia di *niqab cases* consente, in ogni caso, di testare se e fino a che punto, le regole dell'*adversarial system* siano suscettibili di adattabilità e flessibilità in vista di una più autentica comprensione di istanze religiosamente motivate⁵⁰⁷. Tale esperienza sembra mostrare il corto circuito fra il diritto all'esercizio della libertà religiosa, e altre esigenze che rivestirebbero carattere prioritario⁵⁰⁸. Il giudice, ha in genere riconosciuto la natura religiosa della pratica del porto del velo⁵⁰⁹; in alcuni casi però è indebitamente entrato nel merito, reputando che l'osservanza di tale pratica rivesta carattere opzionale. In altri casi è stato più correttamente sottolineato il pluralismo di

⁵⁰⁶ Cfr. **A. SHACHAR**, *Squaring the Circle*, cit., p. 48.

⁵⁰⁷ **S. FARRAR, G. KRAYEM**, *Accommodating Muslims*, cit., p. 174.

⁵⁰⁸ Si richiamano le parole del giudice McKloskey nel caso *AAN v. The Secretary of State for the Home Department*, cit.: "[o]ne of the principles common to every judicial forum is the long established principle of open justice. This principle is engaged in circumstances where facial religious attire arises as an issue demanding of a solution. The screening of a party or witness or the imposition of restrictions on the courtroom audience are both measures which impinge on this principle" Si veda pure l'*opinion* del giudice Abella nel caso *R. v. Ns.* precedentemente esaminato. Cfr. in dottrina **R. BARKER**, *Burqas and Niqabs*, cit., pp. 225-243.

⁵⁰⁹ Cfr. *The Queen v. D.*, cit.; si veda pure l'*opinion* del giudice Weisman nel caso *R. v. Ns.*, che richiamando il caso statunitense *Freeman*, cit. ha sostenuto: "It may be one thing for a female photographer to take the picture but that driver's license can be required to be produced by all sorts of males all the way from police officers and border guards to numerous people who simply ask for your driver's license for the purposes of identification [...], and so it did not satisfy me as the trier of fact that it was consistent with the strength of [NS's] belief to be content to have her have unveiled on a driver's license open not only for the female photographer to see but for numerous males in modern society". Va richiamato anche il caso statunitense *Muhammad v. Enterprise-Rent-A-Car*, cit. Cfr. in dottrina **R. BARKER**, *Burqas and Niqabs*, cit., pp. 225-243.



vedute, all'interno dello stesso Islam, in relazione al porto del velo, che costituisce un ostacolo aggiuntivo alla possibilità di esprimersi sulla natura religiosa o no del porto del velo⁵¹⁰.

Pur non affermando una regola generale proibitiva del *niqab* di carattere perentorio⁵¹¹, il giudice ha in tutti i casi reputato necessaria la sua rimozione nel contesto dell'aula giudiziaria, assicurando tuttavia in qualche caso delle soluzioni alternative "compromissorie" che potessero venire incontro a specifiche sensibilità religiose⁵¹², al fine di minimizzare l'impatto della misura limitativa della libertà di manifestare la propria appartenenza fideistica⁵¹³. Al tempo stesso, è stata offerta la possibilità alla donna di spiegare le ragioni di natura religiosa che le impedivano di rinunciare a tale capo di abbigliamento⁵¹⁴. In altri casi, però, il giudice di prima istanza non ha manifestato sensibilità a ricercare soluzioni di compromesso, determinando una prosecuzione della controversia giudiziaria in altri gradi di giudizio, che hanno aumentato la complessità del discorso giudiziario su tale delicato tema⁵¹⁵. In tutti gli ordinamenti esaminati, il ruolo svolto nell'ambito della procedura giudiziaria da coloro che rivendicano la possibilità di manifestare espressivamente la loro religiosità nell'aula giudiziaria, la natura e la fase della procedura giudiziaria, la natura della eventuale prova testimoniale richiesta e il carattere decisivo o no che

⁵¹⁰ In tale senso si muove, come si è visto, anche la giurisprudenza australiana. Si veda più approfonditamente **R. BARKER**, *The Full Face Covering Debate*, cit. p. 143 ss.

⁵¹¹ Cfr. **R. BARKER**, *Burqas and Niqabs*, cit., p. 231, che mette a confronto a tale proposito il testo dei *Bench Books* del South Wales e della Western Australia, con le linee guida inglesi del 2007. I primi prevedono che la giuria riceva istruzioni preliminari affinché tenga conto di peculiari pratiche religiose caratterizzate da una spiccata diversità; le seconde si limitavano a ipotizzare l'eventualità di una testimone che indossasse il *niqab*.

⁵¹² Cfr. **S. FARRAR, G. KRAYEM**, *Accommodating Muslims*, cit., p. 99.

⁵¹³ Si vedano i casi *Police v Razamjoo*, *The Queen v Sayed*, *The Queen v D(R)*, *Re S.*, sopra citati. Cfr. in dottrina **R. BARKER**, *Burqas and Niqabs*, cit., pp. 225-243; **ID.**, *State and Religion*, cit., p. 131 ss.

⁵¹⁴ Cfr. in dottrina **R. BARKER**, *Burqas and Niqabs*, cit., pp. 225-243, che sottolinea che nei casi *Police v. Razamjoo* e *R. v. Ns.* è stata utilizzata la procedura dell'esame preliminare (*voir dire*), mentre in altri casi (*Muhammad v. Enterprise-Rent-A-Car*) vi è stata una discussione fra il giudice e la testimone durante l'udienza.

⁵¹⁵ Ciò si è verificato nel caso statunitense *Muhammad v. Enterprise-Rent-A-Car* e in quello canadese *R. v. Ns.*, precedentemente esaminati. Nel caso *Elzahed* invece una serie di proposte alternative per trovare una soluzione di compromesso sono state rifiutate dalla testimone, che ha scelto di non rendere testimonianza. Ella successivamente però ha fatto ricorso in appello, sostenendo che non le era stato consentito di testimoniare con il viso coperto. Il suo ricorso è stato rigettato dalla South Wales Court of Appeal, che ha reputato, nel caso di specie, di non poter valutare la correttezza dell'operato del giudice di primo grado. Cfr. in dottrina **R. BARKER**, *Burqas and Niqabs*, cit., pp. 225-243.



assume il *cross-examination* nella fattispecie in esame, il rapporto fra le parti e gli eventuali testimoni, la presenza o no dei giurati, costituiscono delle variabili che possono influire sul bilanciamento fra gli interessi in competizione operato dal giudice⁵¹⁶. Va ricordato che in alcuni casi le donne hanno dichiarato la loro disponibilità a rimuovere il velo qualora il giudice fosse di sesso femminile, o comunque sia, avessero potuto essere sottratte a sguardi maschili⁵¹⁷. Il giudice ha in alcuni casi contemplato l'opzione di "chiudere" l'aula a esponenti di sesso maschile (come avviene in altri contesti)⁵¹⁸, o quanto meno di limitarne al massimo il numero (opzione in qualche caso realizzatasi per circostanze fortuite)⁵¹⁹: tale possibilità però non solo ha suscitato il sospetto di oneri di carattere economico a carico del sistema giudiziario⁵²⁰, ma ha innestato altresì il più concreto rischio di lesioni di altri interessi di carattere fondamentale (apertura del sistema giudiziario, diritto dell'imputato a essere presente al processo e a scegliere liberamente il suo difensore) e di dare luogo a forme di discriminazioni di genere⁵²¹.

La giurisprudenza esaminata rivela pertanto che un attento esame delle circostanze del caso e delle persone coinvolte può consentire di trovare delle soluzioni di compromesso che salvaguardino le esigenze di un giusto processo e le aspirazioni femminili di essere pienamente partecipi della società civile, minimizzando l'interferenza pubblica sull'esercizio della libertà espressiva di appartenenza fideistica, e contemperando il rispetto di plurali credenze fideistiche con forme di "facilitazione" della gestione del

⁵¹⁶ Cfr. **R. BARKER**, *Of Burqas (and Niqabs) in the Courtrooms*, cit., p. 397 ss.

⁵¹⁷ Cfr. le pronunzie *Re S., Muhammad v. Enterprise-Rent-A-Car, Elzahed v. Commonwealth of Australia and State of New South Wales*, sopra citate. A commento, si veda **R. BARKER**, *Burqas and Niqabs*, cit., pp. 225-243.

⁵¹⁸ Cfr. *The Queen v. D(R)*, cit.: "if a woman wearing a niqab presents herself at the security check point at an airport, or has to be photographed to obtain a passport or a driving licence, the necessary procedures can be complied with privately, presided over by female officials".

⁵¹⁹ Cfr. *Re S.*, cit.

⁵²⁰ Cfr. *R.v. D.*, cit.

⁵²¹ Cfr. in tale direzione *R. v. Ns.*, cit. In dottrina, cfr. **A.L. ALLEN**, *Veiled Women*, cit., pp. 189-205, che sostiene l'opzione di un'aula giudiziaria "al femminile", ove giudici, personale giudiziario e avvocati sarebbero di sesso femminile e l'accesso sarebbe precluso agli uomini. Si veda altresì **R. BARKER**, *Niqabs in the Court Room: The Need for Judicial Sensitivity and Imagination*, nel sito www.abc.net.au, la quale reputa però che il rischio di discriminazioni non può prevalere rispetto all'interesse primario alla giustizia, il perseguimento del quale può implicare anche il "costo" di limitare l'accesso agli uomini nell'aula per un limitato periodo di tempo.



sistema della giustizia⁵²²: fondamentale diviene il ruolo del giudice, dotato di ampio margine di discrezionalità nel compito cruciale di pianificare soluzioni di carattere "creativo", che riescano a calibrare le esigenze della giustizia con quelle di esercizio della libertà religiosa⁵²³.

Fra diverse giurisdizioni sembra essersi instaurato un proficuo fenomeno circolatorio di orientamenti, che spinge diversi giudici a sperimentare e a condividere tali soluzioni di compromesso, nell'intento di minimizzare il disagio di coloro che professano peculiari convinzioni religiose. Tali soluzioni sembrano genericamente mirate al riconoscimento che le convinzioni religiose, qualora siano dotate del carattere della sincerità, dovrebbero usufruire nella misura più ampia possibile di misure di accomodamento, sia pure nel rispetto dei valori sociali di carattere fondamentale, come l'esigenza che il sistema giudiziario operi nel perseguimento della sua finalità primaria dell'acclaramento della verità. Ne deriva che l'„accomodamento ragionevole" non può ricadere, pertanto, né in una forma di unilaterale tolleranza, ma neanche nel riconoscimento di una sorta di "*establishment of religion*"⁵²⁴.

32 - Annotazioni riepilogative

Nell'esperienza europea, come in quella extraeuropea, la "ragionevolezza" rimane pertanto la parola chiave per bilanciare le rivendicazioni religiose con il costo che l'accomodamento di tali richieste farà gravare sui diritti degli altri e la neutralità statale. La ragionevolezza implica una forma di riconoscimento dell'impatto sproporzionato che talune regole giuridiche possono esercitare sui gruppi minoritari, ma al tempo stesso si traduce nella previsione di "ragionevoli limiti" che "filtrano" l'accoglimento delle istanze della diversità, declinabili come "*strict scrutiny*" o "*proporzionalità*" in diversi contesti giuridici. In ogni caso, dovranno essere gli attori pubblici ad assumere su di sé l'onere di dimostrare che eventuali compressioni della libertà religiosa siano giustificate sostanzialmente dal conflitto con un interesse pubblico di carattere superiore, non perseguibile con modalità meno restrittive⁵²⁵.

⁵²² Cfr. R. BARKER, *Burqas and Niqabs*, cit., pp. 225-243; ID., *State and Religion*, cit., p. 131 ss.

⁵²³ Cfr. R. BARKER, *Burqas and Niqabs*, cit., pp. 225-243.

⁵²⁴ S. FARRAR, G. KRAYEM, *Accommodating Muslims*, cit., p. 167.

⁵²⁵ S. FARRAR, G. KRAYEM, *Accommodating Muslims*, cit., pp. 167-168.



La prospettiva accomodazionista si accompagna pertanto in modo crescente a una sempre più rigorosa valutazione dei “costi” sottesi al soddisfacimento delle rivendicazioni di libertà religiosa: in tale senso l’itinerario dell’accomodamento non può essere inteso come ricorso a mere concessioni di carattere unilaterale, ma si configura come percorso a due vie, lungo il quale mentre lo Stato è tenuto a rimuovere quegli ostacoli a una piena partecipazione dei gruppi minoritari alla società civile, anche le parti istanti sono tenute a “venire a patti” con la loro religiosità e partecipare fattivamente nella ricerca di soluzioni di carattere conciliatorio, offrendo una potenziale disponibilità a rinunciare a quegli aspetti della loro appartenenza religiosa che siano incompatibili con i valori occidentali, qualora essi rivestano carattere opzionale nell’ambito del loro sistema fideistico⁵²⁶.

A tale proposito autorevole dottrina ricorre, di volta in volta, ai concetti di *overlapping consensus*, *public reason*, *civil reason* per sollecitare la crescente esigenza dell’articolazione di un “linguaggio comune” e di “fini condivisi” nella costruzione di un comune terreno di gioco⁵²⁷. In quest’ottica, le appartenenze minoritarie non possono limitarsi a una strategica apertura verso l’apparato giuridico pubblico solo in vista di una “massimizzazione dei profitti” che possono ricavarne, per poi, in altri casi, fare affidamento esclusivo su sistemi di “diritto ufficioso” che li isolano rispetto alle regole giuridiche proprie di una società democratica e pluralista⁵²⁸. D’altra parte, le culture religiose non sono caratterizzate né dalla staticità né dalla monoliticità: esse hanno al contrario rivelato, nel loro incontro-scontro con i valori occidentali, flessibilità e capacità di “redifinizione” e di adattamento, tanto da dare luogo a fenomeni di negoziazione identitaria in vista di una più effettiva integrazione sociale⁵²⁹.

Dalla disamina comparativa emerge, comunque sia, il carattere sempre più irrealistico di ideali sia di omogeneità culturale (da qualcuno qualificati addirittura come una “finzione antropologica”⁵³⁰) sia di

⁵²⁶ S. FARRAR, G. KRAYEM, *Accommodating Muslims*, cit., p. 8.

⁵²⁷ S. FARRAR, G. KRAYEM, *Accommodating Muslims*, cit., p. 168.

⁵²⁸ Cfr. M.-C. FOBLETS, K. ALIDADI, *Framing Multicultural Challenges*, cit., p. 400.

⁵²⁹ S. FARRAR, G. KRAYEM, *Accommodating Muslims*, cit., p. 13. e p. 49, fanno riferimento ai fenomeni di ibridazione identitaria di alcuni gruppi religiosi nel contesto inglese. Gli stessi Autori distinguono all’interno dell’Islam diverse modalità (assimilazioniste, separatiste e integrazioniste) di approcciarsi al diritto del paese di accoglienza, alcune delle quali implicano, in diversa misura, l’aspirazione all’inserimento nella società ospitante (pp. 39-43).

⁵³⁰ Cfr. B. PAREKH, *A Commitment to Religious Pluralism*, UNESCO, Paris, 1998, p. 3.



“sterilizzazione assiologica” della sfera pubblica, anche istituzionale⁵³¹. Forme di proibizione assoluta di talune forme di esercizio delle manifestazioni di libertà religiosa finiscono non per promuovere la coesione sociale bensì un “pluralismo selettivo”⁵³² che va a esacerbare forme di divisione fra “noi” e “gli altri”, realizzando un terreno favorevole allo sviluppo di fenomeni di radicalizzazione e di estremismo religioso⁵³³. Manifestazioni di particolarismo religioso-culturale costituiscono una estrinsecazione dell’odierno pluralismo religioso della società civile: in tale direzione, anche con riguardo allo specifico *setting* dell’aula giudiziaria, esse non dovrebbero essere considerate *a priori* come elementi che vanno a intaccare l’imparzialità e l’oggettività del sistema giudiziario, bensì come risorse cruciali in vista del perseguimento di un fruttuoso confronto interculturale e di una giustizia non di carattere astratto (che finisce con il tradursi in forme di “sistemica esclusione sociale”)⁵³⁴, bensì “sostantiva”⁵³⁵. Questa dovrebbe tenere conto di tutte le componenti della compagine sociale, anche di quelle più deboli e vulnerabili, mantenendo una posizione di equidistanza dalle stesse, ma allo stesso tempo offrendo un’impressione di “accettazione e appartenenza”⁵³⁶. La gestione del sistema-justizia si avvale del contributo anche di soggetti privati che svolgono importanti ruoli nell’ambito delle diverse fasi della procedura giudiziaria: le loro voci plurali possono contribuire a modellare e arricchire il “discorso giudiziario” anche con il loro equipaggiamento etico-morale⁵³⁷. La partecipazione del singolo non dovrebbe pertanto implicare una preventiva e assoluta rinuncia dello stesso alla propria identità culturale-religiosa quando questa si pone in dissonanza con le narrative maggioritarie. Al contrario, la compresenza in questo contesto di una ampia gamma di “risorse morali ed etiche” dovrebbe essere considerata quale valore aggiunto, in quanto rispecchia il composito quadro della dimensione sociale, consente di aprire “canali comunicativi”⁵³⁸ con plurali ordini etico-morali e non può che contribuire al funzionamento dell’apparato della giustizia, facilitando e promuovendo

⁵³¹ Cfr. **S. BERLINGÒ**, *L’ultimo diritto. Tensioni escatologiche nell’ordine dei sistemi*, Giappichelli, Torino, 1998, p. 233.

⁵³² Cfr. **S.A.S.**, cit., *dissenting opinion* dei giudici Nussberber e Jäderblom, §§ 13-14.

⁵³³ Cfr. **E. HOWARD**, *Law and the Wearing*, cit., pp. 23-25.

⁵³⁴ Cfr. **Z. RAMAHI**, *Veiled Muslim Women*, cit., p. 132.

⁵³⁵ Cfr. **S. BERLINGÒ**, *L’ultimo diritto*, cit., p. 233.

⁵³⁶ Cfr. **E. HOWARD**, *Law and the Wearing*, cit., pp. 23-25.

⁵³⁷ Cfr. **B.L. BERGER**, *Against Circumspection*, cit., pp. 23-40; **L. HUNT GREENHAW, M. KOBY**, *Constitutional Conversations*, cit., pp. 634-638.

⁵³⁸ Cfr. **S. BERLINGÒ**, *L’ultimo diritto*, cit., p. 233.



il compito dello stesso di assumere di un atteggiamento di apertura e trasparenza verso tutti i patrimoni assiologici che caratterizzano la società civile⁵³⁹.

⁵³⁹ Cfr. **B.L. BERGER**, *Against Circumspection*, cit., pp. 23-40.