



**AA. VV. (Antonio Angelucci, Maria Ilia Bianco, Wojciech Brozowski, Marco Croce, Lucia Giannuzzo, Sina Haydn-Quindeau, Corinne Maioni, Francesca Mauri, Joshua Moir e Julia Wagner, Stefano Montesano, Costanza Nardocci, Alessandro Negri, Marcello Toscano, Alessia Tranfo, Giovanni Zaccaroni),
*Pluralismo religioso e integrazione europea: le nuove sfide***

Si pubblicano di seguito i testi degli interventi tenuti il 28 settembre 2018 in occasione del Convegno internazionale sul tema "*Pluralismo religioso e integrazione europea: le nuove sfide*" organizzato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Milano-Bicocca e dal Corso di Pluralismo religioso – Modulo Jean Monnet.

I contributi sono stati selezionati a cura del Comitato organizzativo.

Papers presented at the international conference "*Religious pluralism and European integration: new challenges*" held at the University of Milano-Bicocca on 28th September, 2018. Co-funded by the Erasmus+ Programme of the European Union.

The papers were selected by the organizing Committee



Co-funded by the
Erasmus+ Programme
of the European Union

Nataszia Marchei

(professore associato di Diritto ecclesiastico nell'Università degli Studi di Milano-Bicocca, Dipartimento di Giurisprudenza)

Presentazione

Il 28 settembre 2018, presso l'Università degli Studi di Milano-Bicocca, si è tenuto un convegno internazionale co-finanziato dall'Unione Europea, che ha visto la partecipazione di giovani studiosi delle più diverse discipline giuridiche, italiani e stranieri.

I relatori, selezionati in seguito ad una "call for papers", cui è stata data ampia pubblicità in Italia e all'estero, si sono confrontati sul tema del pluralismo religioso nel sistema europeo e, soprattutto, nella recente giurisprudenza delle Corti sovranazionali.

Come noto, infatti, la libertà religiosa e il fenomeno religioso in generale - da sempre ben presenti nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo - hanno iniziato con una certa continuità a impegnare anche la Corte di giustizia. Quest'ultima si è trovata a occuparsi dell'art. 10 della Carta dei diritti in relazione agli ambiti più svariati di competenza



dell'Unione (a titolo esemplificativo si vedano la direttiva sullo *status* di rifugiato o quella sul divieto di discriminazioni in materia di occupazione e condizioni di lavoro) e ha fornito degli aspetti individuali e collettivi della libertà religiosa un'interpretazione fortemente influenzata dagli scopi e dagli obiettivi dell'Unione.

Le due Corti, dunque, chiamate a rispondere alle sfide del pluralismo religioso, delineano una fisionomia del diritto di libertà religiosa non sempre armonica e coerente fra loro, contribuendo a creare un quadro giuridico in continua evoluzione.

Il Convegno si è sviluppato in quattro diverse sessioni:

1. Cittadinanza dell'Unione e identità religiosa;
2. i simboli religiosi nello spazio pubblico europeo;
3. principio di non discriminazione e libertà religiosa;
4. Religious Pluralism and European Integration: New Challenges.

La terza e la quarta sezione si sono svolte in contemporanea.

La quarta sezione ha accolto relazioni svolte in lingua inglese da studiosi italiani o stranieri.



Antonio Angelucci

(assegnista di ricerca nell'Università degli Studi di Milano-Bicocca,
Dipartimento di Giurisprudenza)

Circumcision and EU Citizenship

SUMMARY: 1. Premise - 2. Circumcision in the Acts of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe: the issues covered - 3. Citizenship and religious pluralism - 4. Additional Citizenship, religious freedom and the European policy of "double standards" - 5. Conclusions.

1 - Premise

There is a close relationship between circumcision and citizenship, which is only apparently not so evident.

Circumcision is a practice which principally conforms to Jewish and Muslim religious identities, leaving aside the cases when it is carried out for therapeutic reasons¹; however, it must be remembered that the habit of circumcising new-born males is widespread in some African regions, in virtue of a commonplace cultural-religious custom.

In the first two cases circumcision finds expression in an essentially codified ritual of "confessional-religious" nature, as well as defined "ritual" circumcision. In the third case, on the other hand, such a practice is based more on folklore and culture and European law struggles to incorporate the reference to the clear exercising of the right to religious freedom, which is harder to use in the "Old Continent" due to fluid religious traditions which are not part of the rigid confessional scheme².

It should be observed how the pyramid system of religious freedom (the reference being to the Italian system) greatly influences the observations regarding this practice legitimizing in particular the distinction between "confessional-religious" or "ritual" circumcision and

¹ Cf. **G. STANO**, s.v. *Circoncisione*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. III, Sansoni, Firenze 1949, pp. 1702-1704, and **Y. DALSACE**, *La circoncision dans le judaïsme*, in V. Fortier (ed.), *La circoncision rituelle. Enjeux de droit, enjeux de vérité*, Les Presses Universitaires de Strasbourg (PUS), Strasbourg, 2016, pp. 19-24. Concerning the circumcision between Muslims, who practice it for reasons of purity as indicated by the *Sunna*, cf. **M. ABOU RAMADAN**, *Le débats sur la circoncision en droit musulman classique et contemporaine*, in V. Fortier (ed.), *La circoncision rituelle*, cit., pp. 25-38.

² Cf., *ex plurimis*, **F. CASTRO**, *Il modello islamico*, Giappichelli, Torino, 2007.



“cultural-religious” circumcision with all the issues that it entails, in particular with regard to the possible *vulnus* to the right to equal religious freedom. In the former case, circumcision, referred to a highly religious organized institutionalized religious group in Italy such as the Jewish community, is purely confessional, having the effect of invoking exonerating circumstances; in the case of Muslims, who form a group lacking in common understanding, however, the justification does not work automatically, since it is necessary to distinguish between new-born circumcision similar to the Jewish one and circumcision carried out on more mature minors, which is closer in treatment to cultural, ethnic circumcision. Finally, in the latter case the punitive treatment means that the fact is treated by right like any injury.

And so, in dealing with such a complex phenomenon, some documents from the Parliamentary Assembly of the Council of Europe tend to consider such a practice exclusively as a possible attack on children's physical integrity, without dwelling on the perspective relating to the right of religious freedom and the potential inclusive value of the “acknowledgement” in the interest of a universal citizenship, a future development of wider far broader reach lying behind the mere practice of circumcision³. It is this future development that we will consider in this paper.

2 - Circumcision in the acts of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe: the issues covered

³ Even if European rights do not completely ignore the religious profiles of circumcision, there is, however, a negative trend in this regard. The case of Norway is exemplary: “(D)uring the buildup to the general election in December, several political parties have discussed the question of a ban on the circumcision of baby boys, a procedure that was subject to heated debate a few years back, leading to the adoption of the Act on Ritual Circumcision of Baby Boys in 2014, in order to bring the procedure into the conventional health system [...]. While the projected number of 2000 circumcisions per year based on the proportion of Muslims and Jews in the population has proven greatly exaggerated, the law has generated a considerable number of conscientious objections from doctors who refuse to perform the procedure. Although only the right-wing Progress Party, currently part of the ruling coalition, has officially called for a ban on the procedure, several other parties have discussed similar regulations”, on <http://www.eurel.info/spip.php?article3297&lang=en> (last accessed: 2 December 2018). Lastly, in Iceland there is debate in strong terms, on a controversial bill aimed at criminalizing the same ritual circumcision. Cf., <https://grapevine.is/news/2018/03/16/not-so-cut-and-dry-the-circumcision-controversy-continues/>; <https://grapevine.is/news/2018/04/26/ban-on-circumcision-to-be-dismissed-in-parliament/>; <http://www.israelnationalnews.com/News/News.aspx/245193> (last accessed: 2 December 2018).



The position of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe is articulated, first and foremost, in the Resolution 1952 (2013)⁴ and in the Recommendation 2023 (2013)⁵, both of which are expounded in this way:

⁴ Cf. <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=20174&lang=en> (last accessed: 2 December 2018):

“[...] 2. The Parliamentary Assembly is particularly worried about a category of violation of the physical integrity of children, which supporters of the procedures tend to present as beneficial to the children themselves despite clear evidence to the contrary. This includes, among others, female genital mutilation, the circumcision of young boys for religious reasons, early childhood medical interventions in the case of intersex children, and the submission to, or coercion of, children into piercings, tattoos or plastic surgery.

[...] 5. The Assembly itself has adopted numerous texts drawing attention to various forms of violence inflicted upon children in bad faith (sexual violence in different contexts, violence in schools, domestic violence, etc.). It continues to fight against different forms of violence inflicted upon children via different promotional activities and campaigns (domestic violence, sexual violence). However, it has never looked into the category of non-medically justified violations of children’s physical integrity which may have a long-lasting impact on their lives.

[...] 7. The Assembly therefore calls on member States to:

7.1. examine the prevalence of different categories of non-medically justified operations and interventions impacting on the physical integrity of children in their respective countries, as well as the specific practices related to them, and to carefully consider them in light of the best interests of the child in order to define specific lines of action for each of them;

7.2. initiate focused awareness-raising measures for each of these categories of violation of the physical integrity of children, to be carried out in the specific contexts where information may best be conveyed to families, such as the medical sector (hospitals and individual practitioners), schools, religious communities or service providers;

[...] 7.4. initiate a public debate, including intercultural and interreligious dialogue, aimed at reaching a large consensus on the rights of children to protection against violations of their physical integrity according to human rights standards;

7.5. take the following measures with regard to specific categories of violation of children’s physical integrity:

[...] 7.5.2. clearly define the medical, sanitary and other conditions to be ensured for practices which are today widely carried out in certain religious communities, such as the non-medically justified circumcision of young boys;

[...] 7.7. raise awareness about the need to ensure the participation of children in decisions concerning their physical integrity wherever appropriate and possible, and to adopt specific legal provisions to ensure that certain operations and practices will not be carried out before a child is old enough to be consulted”.

⁵ Cf. <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=20176&lang=en> (last accessed: 2 December 2018):

“[...] 3. The Assembly points out, however, that a certain category of human rights violations against children is not yet explicitly covered by any international or European policy or legal instrument: the medically unjustified violations of children’s physical integrity as specified in Assembly Resolution 1952 (2013).



“Children’s right to physical integrity” and both also deal with male circumcision. In these acts, non-therapeutic circumcision - related to other very different inhuman and degrading procedures - is highlighted exclusively as regards the private and criminal nature of the procedure, on the grounds of the contractual and extra-contractual it implies (just think about the crimes of personal harming or abusive practice within the medical profession)⁶. And all this when, as has just been affirmed, non-therapeutic circumcision assumes further “confessional-religious” significance and essential “rituals”, which are undoubtedly manifestations of religious freedoms, insofar as they apply to basic aspects of the religious identity of people tied to non-majority cultural-religious traditions (in Europe) and interesting basic options for the same religious freedom starting from the right for a minor to religious education from their parents and the right for that same minor to be able to belong to a religious community⁷.

It is clear that such a ‘generic’ and not ‘specific’ approach towards non-therapeutic circumcision by the parliamentary Assembly of the Council of Europe forgets about, or avoids dealing with the delicate balance

4. With the purpose of reinforcing the protection of children’s rights and well-being at the European level, the Assembly invites the Committee of Ministers to:

4.1. take fully into account the issue of children’s right to physical integrity when preparing and adopting its new strategy for the rights of the child as of 2015, in particular as regards the fight against all forms of violence against children and the promotion of child participation in decisions concerning them [...].

⁶ Cf., *ex plurimis*, **M.C. VENUTI**, *Mutilazioni sessuali e pratiche rituali nel diritto civile*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti (eds.), *Il governo del corpo*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 657-713; **F. BASILE**, *I delitti contro la vita e l’incolumità individuale (percussioni, lesioni personali, mutilazioni genitali femminili, omicidio preterintenzionale, morte o lesione conseguenza di altro delitto, rissa, abbandono di minori o incapaci, omissione di soccorso)*, in G. Marinucci, E. Dolcini (eds.), *Trattato di diritto penale, Parte speciale*, II, Cedam, Padova, 2015, pp. 123-172. The same attention to the civil and criminal profiles of non-therapeutic circumcision can be found in most of the European countries: cf. **B. KRESSE**, *La circoncision rituelle au regard du droit allemand*, in V. Fortier (ed.), *La circoncision rituelle*, cit., pp. 130-135; **L.L. CHRISTIANS, X. DELGRANGE, H. LEROUXEL**, *La circoncision rituelle en droit belge*, in V. Fortier (ed.), *La circoncision rituelle*, cit., pp. 163-166; **V. FORTIER, J. DUGNE, J. LELIEUR, F. VIALLA**, *La circoncision rituelle au regard du droit français*, in V. Fortier (ed.), *La circoncision rituelle*, cit., pp. 197-207; **M. FOX, M. GIBSON, S. LANGLAUDE**, *Ritual male circumcision in the United Kingdom*, in V. Fortier (ed.), *La circoncision rituelle*, cit., pp. 209-226; **I. BRIONES**, *La circoncision rituelle en Espagne*, in V. Fortier (ed.), *La circoncision rituelle*, cit., pp. 270-280.

⁷ Cf. **G. GONZALES, F. CURTIT**, *La circoncision en droit international, un rite religieux au filtre de l’intérêt supérieur de l’enfant*, in V. Fortier (ed.), *La circoncision rituelle*, cit., p. 113; **T. DI IORIO**, *Segni sul corpo e ferite nell’anima. Manipolazione degli organi genitali dei minori e diritti violati*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 25/2016, pp. 18-19.



between the fundamental rights in question, with the certain consequence of limiting the enjoyment of the (universal) right to religious freedom.

Nevertheless, at the same time by ignoring the right to religious freedom this approach ends up inhibiting the very development of a citizenship that is a guarantee of full integration of a non-majority and/or "non-traditional" religious community". It overlooks the possibility and functionality of alternative paths, both inclusive and integrative for example of cultural, health or criminal mediation which are able to include as "citizens" (in a broader, shared ethical perspective) believers of different religions and cultures, by facing openly the so-called intercultural citizenship without sidestepping the delicate issues linked to it⁸.

These concerns seem to have found expression in the Resolution 2076 (2015)⁹ and in the Recommendation 2080 (2015)¹⁰ of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe on the "freedom for religion and to live together in a democratic society", and which would seem to show a partial but important change in sensitivity.

Indeed, in one respect paragraph 9 of Resolution 2076 (2015) is reminiscent of Resolution 1952 (2013) on circumcision, continuing to reiterate the rights of minors to physical integrity. On the other hand, the same document opens up in some way to non-therapeutic circumcision through the suggestion of a sort of arrangement, or namely laying down conditions whereby the practice must be carried out by trained, skilled personnel, "in appropriate medical health facilities", once the parents have been informed of any potential risk and contraindication that may result from the procedure¹¹. Moreover, the Resolution frames the circumcision

⁸ Cf. **P. CONSORTI, A. VALDAMBRINI**, *Mediazione sociale. Riflessioni teoriche e buone pratiche*, Pisa University Press, Pisa, 2015; **P. CONSORTI**, *Conflitti, mediazione e diritto interculturale*, Pisa University Press, Pisa, 2013. About the theme of citizenship in an intercultural and 'cosmopolitan' perspective, cf. **M. RICCA**, Pantheon: *agenda della laicità interculturale*, Torri del Vento, Palermo, 2012, p. 81.

⁹ Cf. <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=22199&lang=en> (last accessed: 2 December 2018).

¹⁰ Cf. <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=22200&lang=en> (last accessed: 2 December 2018).

¹¹ Cf. § 9 Resolution 2076 (2015): "As far as circumcision of young boys is concerned, the Assembly refers to its Resolution 1952 (2013) on children's right to physical integrity and, out of a concern to protect children's rights which the Jewish and Muslim communities surely share, recommends that member States provide for ritual circumcision of children not to be allowed unless practised by a person with the requisite training and skill, in appropriate medical and health conditions. Furthermore, the parents must be duly informed of any potential medical risk or possible contraindications and take these into account when deciding what is best for their child, bearing in mind that the child's interest



practice within the chapter devoted to the “Freedom of religion and living together in a democratic society” and no longer simply in the one on the “freedom of children’s physical integrity” which is indeed evoked but loses its exclusivist central position. Then - and it is here that we essentially find the change in sensitivity - paragraph 8 invites States to seek “*reasonable accommodations*” in order to guarantee equality that is effective and not merely formal in the right to freedom of religion¹².

Finally, it is worth noting that in paragraph 3 in the same document, there is the acknowledgement in general terms that “churches and religious organisations are an integral part of civil society”¹³, while in paragraph 5 “religious affiliation” is recognised as being a “key element” in the identity of many European citizens, just as the freedom to live according to the practices of one’s own religion is identified as an “element of the right of the freedom of religion safeguarded by art. 9 in the European Convention of Human Rights” (a freedom which may at times encounter restrictions as regards “a fair balance between conflicting interests”)¹⁴.

must be considered the first priority”.

¹² Cf. § 8 Resolution 2076 (2015): «Certain religious practices remain controversial within national communities. Albeit in different ways, the wearing of full-face veils, circumcision of young boys and ritual slaughter are divisive issues and the Assembly is aware of the fact that there is no consensus among Council of Europe member States on these matters. Other religious practices may also provoke tensions, for example in the workplace. In this context, while it is aware that States Parties to the European Convention on Human Rights have a wide margin of discretion in this field, the Assembly invites States to seek “reasonable accommodations” with a view to guaranteeing equality that is effective, and not merely formal, in the right to freedom of religion».

¹³ Cf. § 3 Resolution 2076 (2015): «Churches and religious organisations are an integral part of civil society and must, with secular organisations, take part in the life of society. National authorities should take more account of religious communities’ potential to work for dialogue, mutual recognition and solidarity. For their part, those communities have a fundamental duty, which they must fully assume, to promote the shared values and principles which underpin “living together” in our democratic societies».

¹⁴ Cf. § 5 Resolution 2076 (2015): “Religious affiliation is, for many European citizens, a key element of their identities. That affiliation is also expressed through worship and compliance with religious practices. Freedom to live according to those practices is one element of the right to freedom of religion safeguarded by Article 9 of the European Convention on Human Rights. That right coexists with the fundamental rights of others and with the right of everyone to live in a space of socialisation which facilitates living together. That may justify the introduction of restrictions on certain religious practices; however, in conformity with Article 9.2 of the European Convention on Human Rights, the right to freedom of religion can only be submitted to those limitations which, as prescribed by law, constitute necessary measures, in a democratic society, in the interests of public safety, for the protection of public order, health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others. States Parties to the Convention should also strive to find a fair



Above all, the self-same Resolution seems aware of the need to move towards the realisation of an inclusive, pluralistic European citizenship. It is essential, then, to draw attention to the issue of citizenship which is an "acquired" *status* in a society that is aware of its own multicultural, multi-ethnic and multi-religious nature, the multifaceted result of integration.

3 - Citizenship and religious pluralism

As has been mentioned, even in Italy "religion is very present in immigrants' lives, even when the inclusion process and the advancement of second generations lay the basis to becoming Italian citizens"¹⁵. This statement almost matches the consideration whereby «the members of the community society "must", by law, enjoy some basic liberties», among which, and by no means least important, are those demanding freedom of religion and conscience¹⁶.

Furthermore, if "religion [...] is the place where human beings redesign their identity", with its plural expressions, this in turn constitutes the basic content of citizenship as the governing dimension of the pluralistic layout of contemporary society¹⁷. Religious pluralism, in turn, enhances the system of values in society by expressing where it is actually guaranteed, that concept of the right for religious freedom which jurisprudence in the Court in Strasbourg considers to be essential for contemporary democracy (consider the Kokkinakis sentence).

Consequently, guaranteeing the right to religious freedom and, indeed, to religious pluralism, becomes the constitutive requisite for democratic-constitutional citizenship.

There is no lack of resistance to the building of such citizenship. This is expressed, above all, in the Nation States or by means of ethnocentric forms of reaction in the face of complex phenomena linked to the process of globalisation: from this rises the great debate with severe political-

balance between conflicting interests resulting from the exercise of freedom of thought, conscience and religion, and the other human rights and fundamental freedoms, such as the right to respect for private and family life, the right to freedom of expression and the prohibition of discrimination".

¹⁵ R. RICUCCI, *Cittadini senza cittadinanza. Immigrati, seconde e altre generazioni: pratiche quotidiane tra inclusione ed estraneità*, Edizioni Seb 27, Torino, 2015, p. 135.

¹⁶ T. PARSONS, *Comunità societaria e pluralismo. Le differenze etniche e religiose nel complesso della cittadinanza*, G. Sciortino (ed.), Franco Angeli, Milano, 1994, p. 122.

¹⁷ R. SANTORO, *Appartenenza confessionale e diritti di cittadinanza nell'Unione Europea*, Cacucci Editore, Bari, 2008, p. 15.



ideological repercussions regarding the so-called “living together” and social cohesion¹⁸.

Such frequent, blatant resistance, leads to stereotyping and fear of the migrant (easily pinpointed as ‘the Muslim’) identified as the one responsible for the downward spiralling homogenisation of the “quality of society” in Europe by means of the erosion of traditional cultural, religious and civic values which is seen as a loss and not as a transformation¹⁹.

Such resistance has a great impact on the European environments and institutions, which are constitutionally more protected from specific withdrawal. I refer in particular to the initial attitude of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe mentioned at the beginning of this paper. By involving some sensitive issues regarding the right to religious freedom, the risk was that of hindering an integrative citizenship process in the making.

4 - Integrative citizenship, religious freedom and Europe’s “double standard” politics

Having said this, in view of the fact that society is increasingly pluralistic and multicultural, Europe is tempted by a policy of “double standards”²⁰. Such a policy, which leads both to an abuse of rational equality transformed into a tool of unreasonable diversified treatment on the basis of the various religious faiths, as well as to the distortion of the “neutrality” tool, draws attention to “a further defence for Europe’s fortress”²¹ taking the form of a widespread aversion to non-traditional religions and, more generally of a negative preception regarding external shows of religious freedom

¹⁸ Cf. L. PRIOU-ALIBERT, *Le vivre-ensemble comme but légitime de l’atteinte à certains droits?*, in *Dalloz Actualité*, 13 January 2015, on https://daloz_actualite.fr/flash/vivre-ensemble-comme-legitime-de-l-atteinte-certains-droits#.XETxsFVKjIU (last accessed: 2 December 2018). On post-truth, cf. *Oxford Dictionaries* on <https://en.oxforddictionaries.com/word-of-the-year/word-of-the-year-2016>, and R. KEYES, *The Post-Truth Era: Dishonesty and Deception in Contemporary Life*, St. Martin’s Press, New York, 2004.

¹⁹ Cf. M. SANTERINI, *Vivere nel pluralismo. L’educazione alla cittadinanza in prospettiva interculturale*, on <http://for.indire.it/esteri4/risorse/pdf/santerini.pdf> (last accessed: 2 December 2018).

²⁰ Cf. A. FERRARI, *Religious Freedom and the Public-Private Divide: A Broken Promise for Europe?* in S. Ferrari, S. Pastorelli (eds.), *Religion in Public Spaces. A European perspectives*, Ashgate, Farnham, 2012, pp. 71-91.

²¹ R. RICUCCI, *Cittadini senza cittadinanza*, cit., pp. 61-62.



which are not kept fully in check by European law. Such tendencies have a profound bearing on the question of citizenship.

European citizenship was defined by article 20 in the Treaty of the Functioning of the European Union (TFUE) and article 9 in the Treaties of the European Union (TUE)²² “not according to universal principles, on the rules and regulations laid down by every individual country for their own citizens”²³. This entails the risk that nationalistic and exclusivistic approaches are adopted, thus building in a veritable wall between citizen and foreigner who is then regarded as culturally and religiously alien. There is the same risk when the individual Union States are granted the responsibility to choose the subjects qualified to represent interests connected with exercising the right to religious freedom²⁴.

So, if the present situation would seem to be dishearteningly characterised as being a parallel, concurrent stagnation on both fronts, the one regarding citizenship and also that of religious freedom due to the prudential and security role carried out by the Nation States, we cannot but insist on the continuation of the search for a ‘European’ alternative, which would guarantee the contextual promotion of citizenship and the right to religious freedom in the Member states.

Indeed, the pro-European vision risks waning, and along with the vision of post-World War II constitutional universalism, it is becoming increasingly likely that basic rights tied to common humanity, including the

²² Article 20 TFUE: “1. [C]itizenship of the Union is hereby established. Every person holding the nationality of a Member State shall be a citizen of the Union. Citizenship of the Union shall be additional to and not replace national citizenship”; Article 9 TUE: “[I]n all its activities, the Union shall observe the principle of the equality of its citizens, who shall receive equal attention from its institutions, bodies, offices and agencies. Every national of a Member State shall be a citizen of the Union. Citizenship of the Union shall be additional to and not replace national citizenship”.

²³ R. RICUCCI, *Cittadini senza cittadinanza*, cit., pp. 63-64.

²⁴ Cf. R. MAZZOLA, *Confessioni, organizzazioni filosofiche e associazioni religiose nell'Unione Europea tra speranze disilluse e problemi emergenti*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., 3/2014, p. 2 ff. Cf. *Decision of the European Ombudsman in his inquiry into complaint 2097/2011/RA against the European Commission*, 25 January 2013, § 48, on <http://www.ombudsman.europa.eu/cases/decision.faces/en/49026/html.bookmark> (last accessed: 2 December 2018): «[I]n particular, it cannot, in itself, call into question “the status under national law of churches, religious associations or communities, and philosophical and non-confessional organisations”»; *Guidelines on the implementation of article 17 TFEU by the European Commission*, 20 July 2013, Article 1.1, on http://ec.europa.eu/bepa/pdf/dialogues/guide_linesimplementation-art-17.pdf: “[D]ialogue partners [of the Commission] can be churches, religious associations or communities as well as philosophical and non-confessional organisations that are recognized or registered as such at national level and adhere to European values”.



right for religious freedom, will be seriously downgraded, and will quickly lose their balance, particularly in the political, legislative and administrative sphere²⁵ and basically, they will go back to being of intimate nature, deprived of public importance, consubstantial to every right to citizenship²⁶. The impression, however, is that when the Court in Strasbourg solemnly attests to the significance of the collective nature of the right of religious freedom, such a consideration is still inadequate and basically functions according to the needs of civic 'integration'²⁷. Nevertheless, to scrutinize the role of the collective scope for the right of religious freedom within the process of civic integration is inescapable if the consequences of the recognition of the so-called pluralistic principle are to be taken seriously.

Moreover, the ambiguous nature of this aspect and the consequent adoption of a "double standard" has led to problematic, if not also contradictory provisions being adopted, in relation to the needs for paths for integration for non-majority or non-traditional cultures being laid down, placing doubt on the actual feasibility of having citizenship which is at one and the same time 'universal', 'integrated' and 'pluralistic'.

5 - Conclusions

The treatment reserved to the integral, effective exercising of the right of religious freedom in Europe, thus becomes litmus paper in the process of

²⁵ This is even more evident in the *EU Citizenship Report 2013* - on http://ec.europa.eu/justice/citizen/files/2013eucitizenshipreport_en.pdf (last accessed: 2 December 2018) - which does not consider the issue of inclusion and the reference to universal principles. It is therefore not a coincidence that the European Parliament has been invited, shortly thereafter, to "promote value-based education": cf. the final common recommendations of the Presidential Troika of the *EU Youth Conference 2015 held in Luxembourg and the European Parliament resolution of 19 January 2016 on the role of intercultural dialogue, cultural diversity and education in promoting EU fundamental values* (2015/2139(INI)), on <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2016-0005+0+DOC+PDF+V0//EN> (last accessed: 2 December 2018).

²⁶ Cf. A. ANGELUCCI, *L'Europa e i musulmani: quale spazio di libertà religiosa?*, in A. Pin, C. Pellegrino (eds.), *Europa e Islam*, Marsilio, Venezia, 2016.

²⁷ Cf., for example, the prohibition of wearing religious symbols in the public space: their exclusion from this area is a guarantee, according to the Court, of 'civic' integration and cohabitation. In this sense, the Strasbourg Court seems to express its preference for an individual type of religiosity. Cf., for an interesting analogy, B.L. BERGER, *Law's Religion. Religious Difference and the Claims of Constitutionalism*, University of Toronto Press, Toronto, Buffalo, London, 2015, pp. 62-104.



building an integral effective citizenship. In other words, it can be claimed that with the Resolution 2076 (2015) and the Recommendation 2080 (2015) the freedom to live according to the customs of one's own religion is recognised as an essential element of "living together" so much so that on one hand "the Assembly believes that the principle of secularity does not demand the elimination of religion from the social space"²⁸ and on the other it warns States how even decisions taken in the name of the "neutrality of the State" can give rise to discrimination which is contrary to the right to religious freedom, and to the same principle of secularity when members of a religious community feel they do not enjoy "full membership" within the national community, or that they are not considered fully-fledged citizens because of their religious practices²⁹.

These are important considerations, especially since the Luxembourg Court's sentence of 14 March 2017 (Grand Chamber) in the trial C157/15, Samira Achbita e Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding against G4S Secure Solutions NV³⁰, in which the prohibition imposed on the employee on the part of the employer (private) is legitimised in the name of alleged neutrality, which is in fact "only apparent since it leads to a particular disadvantage for those people who belong to a religion that imposes or advises on the wearing of a specific type of clothing"³¹. Indeed, the Court's decision is adopted in the name of neutrality which, nevertheless, gives rise to discrimination of those who belong to the Muslim faith substantiating their exclusion from the community of citizens due to a religious practice, albeit private, as is *mutatis*

²⁸ Cf. § 6 Resolution 2076 (2015): "Furthermore, the Assembly considers that the principle of secularity does not require the elimination of religion from social space; quite the contrary, this principle, properly interpreted and implemented, protects the possibility for different beliefs, religious and non-religious, to coexist peacefully while all parties respect shared principles and values".

²⁹ Cf. § 7 Resolution 2076 (2015): «Legislatures and governments must take account of the fact that political decisions taken in the name of the "neutrality of the State" may, in practice, give rise to disguised discrimination against minority religions, which is incompatible with the right to freedom of religion and the principle of secularity. Worse, such decisions may give rise to a feeling among the members of the communities concerned that they are not considered full members of the national community. However, religious groups must be aware that any conviction or religious practice that violates human rights is not acceptable».

³⁰ Cf. http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=188852&pageIndex=0&doclang=IT&_=1 (last accessed: 2 December 2018).

³¹ **N. COLAIANNI**, *Il velo delle donne musulmane tra libertà di religione e libertà d'impresa. Prime osservazioni alla sentenza della Corte di giustizia sul divieto di indossare il velo sul luogo di lavoro*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., 11/2017, p. 3.



mutandis the one regarding ritual circumcision, namely, whilst bearing differences in appearance not being public but in public.

The Assembly's approach of the creation of a democratic citizenship by means of the development of shared processes also with the religious communities in any case seems positive but includes a 'nota bene'³². The principle of "living together" is a 'vague' notion conceptually very close to the "principle of majority"³³. From the Assembly it was used to promote the freedom to live according to the customs of one's own religion but in a different context, the ECHR, it is more often (in a certain sense ab)used in order to limit the use of other customs (e.g. the veil) precisely because of its vagueness and the possibility to raise it as a bastion in defence of a majority which is culturally predetermined that wishes to assimilate in order to "[...] live together". It is, therefore, about an approach able to reassess an inclusive secularity on the condition that it is objective in its notion of "living together" by linking it to concepts which are less transient such as pluralism and plural citizenship (in which civic and religious affiliation can live together) in order to contrast all forms of fanaticism and extremism, reviving the affiliation to a Europe of the peoples and not merely of the economies.

³² Cf. § 13.3.1 Resolution 2076 (2015): «[...] develop projects in collaboration with religious communities to promote shared values and "living together" [...]. Cf. Recommendation 2080 (2015), § 3.4.: «develop synergies between the platform and the thematic meetings on the religious dimension of intercultural dialogue with other Council of Europe projects and initiatives in the field of education, culture and youth, such as the "No Hate Speech Movement - Young People for Human Rights Online", "Education for Democratic Citizenship and Human Rights" and "Intercultural cities"».

³³ Thus we read in the pages relating to the opinions of the judges Spano and Karakaş in the ruling by the European Court of Human Rights, *Balcacemi et Oussar v Belgium*, 11 July 2017 (on [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"fulltext": "oussar"}, "documentcollectionid2": "GRANDCHAMBER", "CHAMBER"}, "itemid": "001-175141"}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{) - last accessed: 2 December 2018).



Maria Ilia Bianco

(dottore di ricerca in Diritto e Istituzioni economico-sociali nell'Università degli Studi di Napoli "Parthenope", Dipartimento di Giurisprudenza)

**Pluralismo religioso e garanzie del diritto penale.
Il difficile bilanciamento tra libertà individuali
ed esigenze di tutela della collettività**

Religious pluralism and resistance to the guarantees of criminal law: the difficult balance between individual liberties and social rights

ABSTRACT: The increase in cultural crimes and the spread of terrorism of religious origin have triggered a generalized "social fear of the foreigner" and its gradual marginalization, even legal. In the present work, some of the main penal problems will be tackled, in particular the role of criminal law to ensure balanced relations between the members of society in the "transculturalism" era.

SOMMARIO: 1. Introduzione. Controspinte normative e conflitti di valori nelle società "policulturali" - 2. Fattore culturale e tipi criminosi, tra formante legislativo e prassi applicative - 3. La dubbia collocazione del fattore culturale nella dogmatica del reato: una riconoscenza dei principali orientamenti dottrinali italiani - 4. Il "fattore religioso" nella giurisprudenza della Corte EDU - 5. Un approfondimento: l'esperienza italiana in materia di "abbigliamento" sikh - 6. Il "test culturale" a garanzia dello straniero imputato: una soluzione valida?

1 - Introduzione. Controspinte normative e conflitti di valori nelle società "policulturali"

La società attuale si regge ormai su assetti totalmente diversi da quelli tradizionali, improntati al nazionalismo e all'autoreferenzialità, che segnano il definitivo tramonto di una prospettiva geograficamente e ideologicamente "limitata", in cui un determinato gruppo di individui, stanziato in un preciso contesto territoriale, condivide(va) un comune patrimonio culturale e, tramite quello, si riconosce(va) in una specifica identità etnica³⁴; lo "scenario" moderno è ben più complesso, stratificato,

³⁴ Il concetto manzoniano di Nazione quale "gente che si rivelò una d'arme, di lingua, 15



anche in ragione dell'infittirsi, negli ultimi anni, dei flussi migratori³⁵; il tessuto sociale, di conseguenza, è attualmente costituito (anche) da un insieme eterogeneo di gruppi e micro-gruppi allogenici, con tradizioni culturali e normative proprie, che talvolta faticano a integrarsi con la comunità ospitante e maggioritaria.

Le difficoltà emerse dall'esigenza di trovare equilibri utili a garantire la coesistenza di tali gruppi etnici ospitati e società ospitanti sono state riscontrate, *in primis*, sul piano sociologico, dove si è rilevato il graduale e inesorabile passaggio da una concezione *omogenea*, o tendenzialmente tale, di società *multiculturale* - metaforicamente definita "melting pot"³⁶-, a una nuova e più realistica concezione *eterogenea* della stessa -ribattezzata, appunto per questo, "salad bowl"³⁷- e fondata sull'idea che, abbandonato l'obiettivo dell'omologazione tra culture diverse, debba per seguirsi la valorizzazione dei patrimoni culturali delle minoranze, preservandone il più possibile almeno gli aspetti compatibili con il sistema sociale d'accoglienza³⁸.

d'altare, di memorie, di sangue" è efficacemente ripreso in **A. MASSARO**, *Reati a movente culturale o religioso. Considerazioni in materia di ignorantia legis e coscienza dell'offesa*, in *Temi Penali*, a cura di M. Trapani, A. Massaro, Giappichelli, Torino, 2012, p. 126 ss.; sul punto vedi anche **F. BASILE**, *I reati "culturalmente motivati" commessi dagli immigrati: (possibili) soluzioni giurisprudenziali*, in *Questione Giustizia*, 2017, 1, pp. 126-135.

³⁵ **S. NICCOLAI, A. CIERVO**, *Il fenomeno migratorio tra normativa comunitaria, disciplina nazionale ed emergenza umanitaria*, in *Questione Giustizia*, 2014, 3, p. 35 ss.

³⁶ In passato, infatti, la società multiculturale era definita anche "multietnica", "multirazziale", "multiconfessionale", "multinazionale" e questi termini erano utilizzati indistintamente, alla stregua di sinonimi, con l'intento di evidenziare proprio l'estrema "segmentazione" e il "pluralismo" che caratterizzavano il tessuto socio-culturale *in fieri*. Il termine "multiculturalismo", di origine canadese, diffusosi nel contesto politico europeo degli anni Novanta, è stato poi utilizzato con una duplice valenza: serviva ad indicare sia il nuovo assetto sociale ospitante i flussi migratori in continuo incremento, che le "pionieristiche" politiche di integrazione che miravano ad assimilare e inglobare le comunità di immigrati nei Paesi di destinazione, accedendo all'idea (oggi abbandonata) che una omologazione fra culture diverse fosse possibile e doverosa. Di qui la nascita del termine "melting pot" per indicare proprio quell'omologazione, quell'amalgama tra più etnie, cui tali politiche puntavano. Per ulteriori approfondimenti sul punto vedi **G. THERBON**, voce *Società multiculturale*, in *Enc. delle Scienze Sociali* (www.trecanni.it), 1998.

³⁷ Sul punto **F. POMPEO**, *Il mondo è poco. Un tragitto antropologico dell'interculturalità*, Meltemni, Roma, 2002, p. 103 ss., che sostituisce l'espressione anglosassone "salad bowl", con le pittoresche immagini "glorious mosaic", "Kaleidoscope" e "rainbow society".

³⁸ **J. HOOKER**, *Working across cultures*, Stanford University Press, California, 2003, p. 349 ss., definisce tale passaggio come l'effetto di un graduale indebolimento della società multiculturale dovuto in generale (anche se l'analisi è svolta con particolare riferimento al sistema nord-americano) a due fattori: un primo dato, di tipo quantitativo, relativo alla crescita esponenziale dei gruppi di immigrati stanziati nelle società ospitanti; e un secondo,



L'ulteriore evoluzione delle indagini sociologiche sta rilevando, ancor più alla radice, il graduale superamento dello stesso concetto di società *multiculturale*, in favore di quello, post-moderno, di "società *transculturale*"³⁹, con cui si intende designare il contesto sociale nel quale culture differenti non solo convivono in condizioni di reciproca tolleranza, ma si "incrociano" e influenzano vicendevolmente⁴⁰.

Dal momento che le evidenti difficoltà di integrazione, tra comunità di immigrati e paesi d'accoglienza, registratesi un po' ovunque, si sono ripercosse anche sul piano politico-normativo, sublimandosi nello scontro tra i diritti delle minoranze straniere e le garanzie delle collettività ospitanti, la gestione dei conflitti interculturali è inevitabilmente diventata uno degli obiettivi permanenti sia delle politiche globali⁴¹ che di quelle interne, che sono ricorse con sempre maggior frequenza allo strumento penalistico in funzione di argine e contenimento (spesso in "chiave" emergenziale) della crisi in atto.

Ogni ordinamento nazionale, infatti, ha predisposto una serie di strumenti normativi, alcuni anche di natura punitiva, per assicurare il miglior compromesso possibile tra le istanze securitarie delle società

di tipo valutativo-normativo, che evidenzia la mancata opera di integrazione tra queste etnie e il sostrato ospitante da parte delle istituzioni sociali e politiche di accoglienza.

³⁹ A. ANCORA, *Verso una cultura dell'incontro. Studi per una terapia transculturale*, FrancoAngeli, Milano, 2017, p. 58 ss.; sulle criticità collegate all'accoglienza del "migrante" e l'inadeguatezza degli strumenti predisposti dalle relative politiche, non solo italiane; R. TUMINO, *Transculturalità e transculturalismo: una nuova (?) frontiera della ricerca pedagogica*, Atti del Convegno Università di Macerata 2016 (<http://www.unimc.it/eduresearch/atticonvegno/atti/TUMINO.pdf>); M. BALBONI, *Verso un diritto penale europeo dell'immigrazione?*, in *Crimmigration Law in the European Union*, a cura di A. Pahladsingh, J. Waasdorp, Filodiritto editore, Bologna, 2017, pp. 15-30; G. FORNASARI, *Nuove riflessioni sulle categorie dogmatiche del diritto penale davanti alla sfida del multiculturalismo*, in *La Magistratura*, 2014, p. 24 ss.

⁴⁰ Il termine è stato coniato per tradurre l'aggettivo inglese "cross-cultural" con cui si indica l'incrociarsi di varie culture, usato nelle scienze sociali con riferimento alla reciproca influenza che queste hanno sui comportamenti individuali e collettivi, Cfr.: voce *Transculturale*, in *Vocabolario online Treccani* (link permanente: <http://www.treccani.it/vocabolario/transculturale/>).

⁴¹ Principi ispiratori di queste politiche si rinvengono, ad esempio, nella CEDU (art. 14); nel Patto Internazionale dei Diritti civili e politici del 16 dicembre 1966 (art. 27); nonché, nell'Agenda Europea sulla Migrazione del 15 maggio 2015 (COM-2015- 240 final) con la quale è stato proposto un piano di azione immediata strutturato in dieci punti, finalizzato all'adozione di una politica comune chiara e coerente volta alla protezione degli immigrati e alla tutela dei loro diritti fondamentali negli Stati di accoglienza; per approfondimenti vedi AA. VV., *Scritti sul diritto europeo dell'immigrazione*, a cura di G. Caggiano, Giappichelli, Torino, 2016, p. 235 ss.



ospitanti e la tutela dei diritti degli stranieri, considerati sia in qualità di singoli *individui*, sia come *formazioni sociali* (e religiose) ospitate.

In particolare, con riguardo all'approccio che ciascun ordinamento interno ha ritenuto di adottare nelle materie inerenti alla "gestione criminale" delle condotte culturalmente orientate e al trattamento giuridico degli stranieri e delle minoranze etniche stanziate sul proprio territorio, è possibile operare una bipartizione di massima tra sistemi "multiculturalisti" e sistemi "assimilazionisti"⁴².

Con riferimento ai primi, che si identificano per lo più con i modelli di *Common Law*, la tendenza è quella di preservare e garantire le tradizioni delle minoranze, permettendo loro, anche attraverso la produzione di leggi speciali, l'esercizio di quei diritti che, seppur ideologicamente distanti dalle usanze e dalle regole del contesto di accoglienza - trovando fondamento in leggi morali o normative allogene - sono ammessi purché non ledano i fondamentali e inderogabili beni/interessi altrui. In questi sistemi si promuove un'integrazione dello straniero c.d. "a doppio senso", in quanto si operano adattamenti dell'ordinamento ospitante in una prospettiva inclusiva.

Quanto al modello assimilazionista, invece, l'orientamento è quello di accogliere gli stranieri e le minoranze culturali nel proprio tessuto sociale, a patto che questi si adeguino e cerchino di uniformarsi alle regole nazionali, abdicando a comportamenti culturalmente o religiosamente orientati che mettano a rischio la collettività o si pongano in contrasto con i principi dell'ordinamento interno. L'integrazione dello straniero avviene, in questi contesti, "a senso unico" in quanto i diritti e le garanzie della collettività o, più specificamente della maggioranza, tendono a essere considerati sempre prevalenti su quelli dei gruppi minoritari.

Con tale cornice di politiche e obiettivi globali di integrazione ha dovuto misurarsi anche il diritto penale nazionale⁴³, terreno sul quale gli scontri inter-culturali si sono tradotti in contrasti tra principi e precetti

⁴² Per approfondimenti vedi **C. DE MAGLIE**, *Reati culturalmente motivati: ideologie e modelli penali*, ETS, Pisa, 2010, p. 35 ss.; **A. BERNARDI**, *Il fattore culturale nel sistema penale*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 60 ss.; **A. RUGGERI**, *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti: XXI, studi dell'anno 2017*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 235 ss.; **F. BASILE**, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multietniche*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 40 ss.

⁴³ **G. CROCCO**, *Diritto penale e dinamiche interculturali: le implicazioni del movente culturale nella commissione del reato e rilevanza dei cultural defences*, in *Giurisprudenza penale*, 2015, 4, p. 3, ove vengono individuati proprio nel "localismo" e nella "non neutralità" del diritto penale di ciascun paese ospitante le principali cause di produzione dei conflitti interculturali sul versante giuridico.



normativi interni e prescrizioni imposte dalle culture di provenienza, generando nodi sistemici di difficile soluzione⁴⁴.

In questo scenario composito, il ruolo del giurista moderno, arduo, è quello di riuscire a comparare i diversi patrimoni etnico-religiosi coesistenti e fra loro (potenzialmente) configgenti, cercando un contemperamento tra la tutela del diritto “alla propria cultura” delle minoranze e le garanzie di sicurezza e di ordine sociale della collettività d'accoglienza. In tale opera di sintesi valoriale, va pregiudizialmente opposta una insormontabile barriera ideologica e normativa: il compromesso non può consistere nell'uniformazione coattiva delle culture ospitate a quella ospitante, in quanto gli scenari internazionali moderni (e il grado di sviluppo delle società democratiche) impongono il rispetto e la preservazione dei patrimoni delle minoranze etniche, - ne sono prova l'art. 27 del Patto sui diritti civili e politici concluso a New York nel 1966⁴⁵ e l'art. 14 della CEDU⁴⁶, che vietano la discriminazione sul piano culturale, religioso e

⁴⁴ **A. BERNARDI**, *Il fattore culturale nel sistema penale*, cit., *passim*; **I. V. PONKIN**, *In merito alla tutela dei sentimenti religiosi e della dignità individuale dei credenti*, in *Diritto penale contemporaneo*, Rivista telematica, (www.penalecontemporaneo.it), 26 febbraio 2016; **M.C. UBIALI**, *Un volantino elettorale associa comportamenti criminosi agli 'stranieri' (neri, cinesi, rom, islamici): è propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico?*, in *Diritto penale contemporaneo*, Rivista telematica, (www.penalecontemporaneo.it), 21 gennaio 2016; **G. PAVICH, A. BONOMI**, *Reati in tema di discriminazione: il punto sull'evoluzione normativa recente, sui principi e valori in gioco, sulle prospettive legislative e sulla possibilità di interpretare in senso conforme a costituzione la normativa vigente*, in *Diritto penale contemporaneo*, Rivista telematica, (www.penalecontemporaneo.it), 13 ottobre 2014; **U. ADAMO**, *La tutela penale del sentimento religioso nell'ordinamento costituzionale spagnolo. profili costituzionalistici*, in *Riv. dir. pen. cont.*, 2017, 9, pp. 85- 115; **M.P. DI BLASIO**, *La rilevanza della scriminante culturale nel sistema penale italiano*, in *Giur. pen.*, Rivista telematica, (www.giurisprudenzapenale.com), 26 aprile 2016, pp. 1-21; **T. SELLIN**, *Conflitto culturale e crimine*, traduzione italiana di R.G. Capuano, Besa, Nardò (LE), 2017; **F. BASILE**, *Diritto penale e multiculturalismo: teoria e prassi della c.d. cultural defense nell'ordinamento statunitense*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., luglio 2009; **ID.**, *I reati c.d. "culturalmente motivati" commessi dagli immigrati: (possibili) soluzioni giurisprudenziali*, cit., pp. 126-135; **C. SORIO**, *I reati culturalmente motivati: la cultural defense in alcune sentenze statunitensi*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., novembre 2008, p. 1 ss.

⁴⁵ Patto che l' Italia ha ratificato il 15 settembre 1978 (Gazzetta Ufficiale n 328 del 23 novembre 1978), che è entrato in vigore il 15 dicembre 1978, e che all'art. 27 recita: “In quegli Stati, nei quali esistono minoranze etniche, religiose, o linguistiche, gli individui appartenenti a tali minoranze non possono essere privati del diritto di avere una vita culturale propria, di professare e praticare la propria religione, o di usare la propria lingua, in comune con gli altri membri del proprio gruppo”.

⁴⁶ Che nello specifico, così recita: “Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni



linguistico di qualsiasi minoranza etnica - ; tale sforzo sincretistico, allora, deve tendere (pur nelle sue possibili variabili) alla ricerca di un assetto che preservi i patrimoni culturali e ordinamentali degli immigrati, almeno con riferimento a quel nucleo contenutistico che sia compatibile con gli ordinamenti ospitanti e non mini la stabilità dei sistemi sociali e politici dei paesi di accoglienza. Del resto, una politica interna di questo segno sarebbe maggiormente rispettosa non solo delle indicazioni (spesso cogenti) che derivano dal contesto sovranazionale (tenuto conto dei meccanismi costituzionalmente riconosciuti che ammettono le limitazioni della sovranità statale necessarie ai fini dell'armonizzazione del nostro sistema con il contesto europeo e internazionale), ma anche delle garanzie che è in grado di sprigionare il fondamentale principio di uguaglianza formale e sostanziale, che la nostra Costituzione riconosce operante nei confronti di tutti gli individui (e non dei soli cittadini) indipendentemente dalla loro appartenenza religiosa, politica, razziale, linguistica e, in una sola parola, etnica (artt. 3, 10, 117 Cost.).

2 - Fattore culturale e tipi criminosi, tra formante legislativo e prassi applicative

L'incremento dei flussi migratori verso l'Europa (e l' "Occidente" in generale) e il dilagare di una generalizzata diffidenza sociale nei confronti dello straniero, identificato sempre più spesso come 'irregolare' o potenziale delinquente, hanno messo in crisi (e hanno profondamente modificato) le tradizionali dinamiche socio-politiche, le quali hanno spesso ovviato alle crescenti istanze di tutela della collettività ospitante, delle quali hanno cominciato a "nutrirsi", offrendole nuovi strumenti penalistici di garanzia della sicurezza e dell'ordine pubblici⁴⁷.

politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita o ogni altra condizione".

⁴⁷ **C. DE MAGLIE**, *Reati culturalmente motivati*, cit., p. 35 ss.; **J. V. BROEK**, *Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2001, vol. 9/1, pp. 1-31; **F. BRION**, *Using gender to shape difference: the Doctrine of Cultural Offence and Cultural Defence*, in *Racial Criminalization of Migrants in the 21st Century*, a cura di S. Palidda, Ashgate Publishing, Ltd., 28 febbraio 2013; **F. BASILE**, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 40 ss.; **A. BERNARDI**, *Il fattore culturale nel sistema penale*, cit., p. 60 ss.; **A. RUGGERI**, *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti*, cit., p. 235 ss.



Si è così iniziato a parlare di “*cultural offences*”⁴⁸ con riguardo a quei reati posti in essere da soggetti stranieri attraverso condotte che, sebbene lecite o addirittura prescritte in base al loro statuto di appartenenza, integrano dei reati secondo le norme dei sistemi normativi ospitanti, generando, oltre a un contrasto tra ordinamenti, un contrasto tra culture⁴⁹.

Pur trattandosi di una categoria giuridica nota sia ai sistemi di *Common Law* che di *Civil Law*, la portata incriminatrice dei *cultural offences* varia profondamente a seconda, innanzitutto, dell'impronta “multiculturalista” o “assimilazionista” propria di ciascun sistema⁵⁰, nonché in base al peso valoriale che l'interprete affida al fattore culturale nella dommatica del reato e nella valutazione del caso concreto⁵¹.

Proprio per tale ragione, i più recenti studi penalistici a carattere comparativo in tema di crimini degli immigrati si sono focalizzati sul trattamento e le ricadute giuridiche attribuibili al c.d. “fattore culturale”⁵². Tra l'altro, quando non è il legislatore, a monte, a conferire a esso uno specifico valore, attraverso la tipizzazione di precipue condotte culturalmente orientate o l'inserimento di apposite locuzioni e/o clausole

⁴⁸ **M.C. FOBLETS, A. DUNDES RENTELN**, *Multicultural Jurisprudence: comparative perspectives on the cultural defense*, Bloomsbury Publishing, Oxford, 2009, p. 145 ss.; **F. BRION**, *Using gender*, cit. *passim*; **M.C. FOBLETS**, *Cultural Delicts: The Repercussion of Cultural Conflicts on Delinquent Behaviour. Reflections on the Contribution of Legal Anthropology to a Contemporary Debate*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 1998, 6, p. 187

⁴⁹ **C. DE MAGLIE**, *Reati culturalmente motivati*, cit., p. 30 ss.; **F. BASILE**, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 40 ss.; **F. BASILE**, *Premesse per uno studio sui rapporti tra diritto penale e società multiculturale. Uno sguardo alla giurisprudenza europea sui c.d. reati culturalmente orientati*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, 1, p. 149 ss.

⁵⁰ **C. DE MAGLIE**, *Reati culturalmente motivati*, cit.; **A. BERNARDI**, *Modelli penali e società multiculturale*, Torino, 2006; **V. MASARONE**, *L'incidenza del fattore culturale sul sistema penale tra scelte politico-criminali ed implicazioni dommatiche*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 1240 ss.

⁵¹ **M.C. FOBLETS, A. DUNDES RENTELN**, *Multicultural Jurisprudence*, cit., p. 146 ss., **P.F. POLI**, *Aggravante dei futili motivi e reati culturalmente motivati: un ulteriore tassello nella determinazione dei rapporti tra diritto penale e multiculturalismo*, in *Diritto penale contemporaneo*, Rivista telematica (www.penalecontemporaneo.it), 26 aprile 2012; **C. GRANDI**, *A proposito di reati culturalmente motivati*, in *Diritto penale contemporaneo*, Rivista telematica, (www.penalecontemporaneo.it), 3 ottobre 2011.

⁵² **C. DE MAGLIE**, *Culture e diritto penale. Premesse metodologiche*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2008, pp. 1088-1119, sul punto vedi in particolare p. 1111 ss.; **G. FORNASARI**, *Nuove riflessioni sulle categorie dogmatiche del diritto penale davanti alla sfida del multiculturalismo*, in *La Magistratura*, 2010, p. 24 ss. Critico **V. FRONZONI**, *Cultural offences nel diritto islamico*, in *Diritto e Religioni*, anno VII, 2012, n. 1, gennaio-giugno, fasc. 13, p. 199 ss.



all'interno delle fattispecie astratte, il compito ricade sovente sull'interprete che, in sede di applicazione del preceitto normativo, quasi fatalmente finisce col misurare l'incidenza del coefficiente culturale sugli altri elementi della tipicità, dell'antigiuridicità o della colpevolezza: di fronte a comportamenti culturalmente orientati perpetrati dallo straniero, il giudice opera un'interpretazione "culturalmente sensibile"⁵³ del fatto criminoso nel suo complesso e calibra la risposta repressiva bilanciando il diritto del soggetto agente "alla propria cultura" con gli altri interessi eventualmente con esso in frizione.

Dunque, il contemperamento tra il diritto dell'immigrato e gli altri diritti lesi o messi in pericolo da offese culturalmente orientate finisce col dipendere non più, o comunque non solo, dalle scelte di politica-criminale operate in astratto dal legislatore, ma anche dal tipo di interpretazione "culturalmente sensibile" operata in concreto dal diritto vivente in sede applicativa e che non può non tener conto delle "variabili" istanze di tutela della collettività, direttamente proporzionate all'intensità dell'allarme sociale che, in un certo momento storico, un comportamento culturalmente motivato può suscitare in uno specifico contesto civile⁵⁴.

⁵³ C. GRANDI, *A proposito di reati*, cit., pp. 22-24; M.P. DI BLASIO, *La rilevanza della scriminante*, cit., p. 15, riporta il caso (emblematico quanto a eccessiva e opinabile "sensibilità" in cui possono incorrere gli interpreti nel valutare il peso del coefficiente culturale rispetto al trattamento sanzionatorio dello straniero) del cameriere sardo che, giudicato per aver sequestrato, sevizziato e violentato la sua donna, sospettata di averlo tradito, ottiene dai giudici tedeschi l'attenuazione della pena in ragione della sua appartenenza ad una comunità "retrograda" e maschilista, quale quella italiana meridionale e, in particolare, sarda. Caso bersagliato da accese critiche proprio da parte della dottrina italiana che non ha esitato a dichiarare quantomeno "apodittica" la sentenza e a sottolineare l'errore imperdonabile in cui erano incorsi i giudici tedeschi, peraltro rivelatore di una scarsa conoscenza da parte loro, oltre che della cultura, anche della storia italiana, per approfondimenti vedi anche I. RUGGIU, *Il giudice antropologo: Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, FrancoAngeli, Milano, p. 35 ss.; A. MASSARO, *I reati a movente culturale o religioso, considerazioni in materia di ignorantia legis e coscienza dell'offesa*, in AA. VV., *Temi Penali*, a cura di A. Massaro, M. Trapani, Giappichelli, Torino, 2013, p. 135 ss.

⁵⁴ C.R. SUNSTEIN, *Il diritto della paura. Oltre il principio di precauzione*, il Mulino, Bologna, 2010, p. 125 ss.; L. SIRACUSA, *Il diritto penale dell'immigrato: brevi spunti per una riflessione sul diritto penale della paura*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2013, 4, p. 765 ss.; E. GRANDE, *Il dispositivo penale della paura. Diffusione di un'ideologia*, in *Democrazia e Diritto*, FrancoAngeli, vol. 51, 2014, 3, p. 17; A. BERNARDI, *Populismo giudiziario? L'evoluzione della giurisprudenza penale sul kirpan*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2017, 2, p. 167 ss.; G. DE MINICO, *Costituzione, emergenza e terrorismo*, Jovene editore, Napoli, 2016, p. 61 ss.; M. BARGAGLI, *Immigrazione e sicurezza in Italia*, il Mulino, Bologna, 2008; A. BARATTA, *La frontiera mobile della penalità. Sistemi di controllo sociale della seconda metà del XX secolo*, in *Il vaso di Pandora. Carcere e pena dopo le riforme*, Atti



Come accennato poc’anzi, comparando le esperienze di vari paesi europei in tema di *cultural offences*, è opportuno incasellare le singole scelte ordinamentali attraverso la distinzione, di ordine generale, tra modelli “assimilazionisti” e “multiculturalisti”⁵⁵.

Tra i sistemi assimilazionisti rientrano, a titolo esemplificativo, quello francese e quello italiano⁵⁶, entrambi orientati all’inclusione unilaterale dell’immigrato nel tessuto sociale ospitante (vale a dire a condizione che si adegui alle regole dell’ordinamento di accoglienza, con il coefficiente culturale che incide solo “in negativo” sul disvalore del fatto di reato dallo stesso posto in essere); mentre, multiculturalisti sono gli ordinamenti di *Common law* che prevedono una integrazione sociale “a doppio senso” e convalidano le diversità culturali ai fini di un’attenuazione della pena o di una giustificazione di eventuali comportamenti *contra ius* dello straniero; anche se, in definitiva, la distinzione tra i due approcci risulta più netta sul piano teorico che su quello pratico.

Nella prassi, infatti, ciascun ordinamento opera degli “accomodamenti” della disciplina interna, orientati a soddisfare le esigenze politico-criminali “del momento”, immancabilmente influenzate dalla risonanza, anche mediatica, che determinate questioni riescono a suscitare in un dato frangente spazio-temporiale⁵⁷.

L’ordinamento italiano, ad esempio, non ha esitato a conferire veste di *aggravante* del fatto di reato al fattore culturale permeante condotte

del Convegno promosso dall’Associazione Antigone e dall’Istituto dell’Enciclopedia Italiana, fondata da Giovanni Treccani, a cura di M. Palma, Roma, 1997, pp. 29-45; **R. CORNELLI**, *La paura nel campo penale*, in *Quest. Giust.*, Rivista telematica (www.giustiziapenale.it), 7 settembre 2016; **ID.**, *Paura e ordine nella modernità*, Giuffrè, Milano, 2008.

⁵⁵ **F. LOMBARDI**, *Osservazioni a Cassazione penale, sez. III, 23 settembre 2015, n. 40663*, in *Cass. Pen.*, 2017, 1, p. 228 ss.; **A. MASSARO**, *Reati a movente culturale*, cit., pp. 113-159.

⁵⁶ Sulla concezione del sistema italiano in bilico tra i due modelli **F. BASILE**, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 63 ss.; *contra C. DE MAGLIE*, *Reati culturalmente motivati*, cit., p. 64 ss.

⁵⁷ **L. LANZA**, *Sistema penale e cultura dell’immigrato: quale ruolo per il giudice?*, in *Multiculturalismo e giurisdizione penale*, a cura di B. Pastore, L. Lanza, Giappichelli, Torino, 2008, p. 70 ss.; **L. PEPINO**, *Le migrazioni, il diritto, il nemico. Considerazioni a margine della legge n. 94 del 2009*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2009, 4, pp. 9-20; **E. CALVANESE**, *Media e Immigrazione tra stereotipi e pregiudizi. La rappresentazione dello straniero nel racconto giornalistico*, FrancoAngeli, Milano, 2011, p. 203 ss.; **E. CHELI**, *La realtà mediata. L’influenza dei mass media tra persuasione e costruzione sociale della realtà*, FrancoAngeli, Milano, 2002; **R. BIANCHETTI**, *Mass media, insicurezza sociale e recenti orientamenti di politica penale. Un’analisi criminologica sull’interazione tra sistemi comunicativi e processi di reazione sociale*, Edizioni Unicopli, Milano, 2012; **ID.**, *La paura del crimine, un’indagine criminologica in tema di mass media e politica criminale ai tempi dell’insicurezza*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 143 ss.



culturalmente o religiosamente orientate dal particolare allarme sociale e contrarie non solo a norme penali interne, ma anche ai principi fondamentali della Carta costituzionale⁵⁸. Paradigmatico il caso delle pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili⁵⁹: usanze culturali che di certo non appartengono alla nostra tradizione, tipiche invece di alcune sub-culture africane, peraltro presenti con un'incidenza pressoché nulla sul nostro territorio. Ebbene, tali pratiche, seppur eseguite con il consenso della giovane vittima o dei suoi genitori, e per scopi ritenuti legittimi nella tradizione di appartenenza⁶⁰, entrano in contrasto non solo con i diritti e le libertà fondamentali sanciti dal nostro ordinamento (quali l'autodeterminazione sessuale e il diritto all'integrità fisica e morale dell'individuo⁶¹), ma anche con principi di rango sovranazionale unanimemente riconosciuti nel contesto occidentale⁶².

Prima dell'introduzione nel nostro sistema penale di una norma *ad hoc*⁶³, la giurisprudenza sussumeva tali pratiche nel delitto di lesioni personali gravi o gravissime⁶⁴, con risultati oscillanti, dal momento che,

⁵⁸ C. DE MAGLIE, *Reati culturalmente motivati*, cit., p. 35 ss.

⁵⁹ L. SUGAMELE, *Le mutilazioni dei genitali femminili*, in *Rivista di Scienze sociali*, rivista telematica (www.rivistadiscienzesociali.it), 30 dicembre 2015.

⁶⁰ Pratiche del genere sono tradizionalmente eseguite allo scopo di preservare l'onore, la dignità e la purezza delle giovani consociate e a futura garanzia del conseguimento dello *status* di "baganda" (cioè di "vera donna, pronta ad accogliere e rispettosa del futuro marito") necessario per contrarre matrimonio, per approfondimenti L. SUGAMELE, *Le mutilazioni dei genitali femminili*, cit.

⁶¹ L. SUGAMELE, *Le mutilazioni dei genitali femminili*, cit.; C. PECORELLA, *Mutilazioni genitali femminili: la prima sentenza di condanna*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2011, 2, pp. 853-866. L. MIAZZI, A. VANZAN, *Circoncisione maschile: pratica religiosa o lesione personale?*, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, 2008, 2, pp. 67-78.

⁶² M.C. FOBLETS, A. DUNDES RENTELN, *Multicultural Jurisprudence*, cit., pp. 85-180; S. DE VIDO, *Culturally motivated crimes against women in a multicultural Europe. The case of criminalization of FGM in the 2011 CoEInstambul Convention*, in *Citizens of Europe. Culture e Diritti*, a cura di L. Zagato, M. Vecco, Edizioni Ca' Foscari, Venezia, 2015, pp. 93-114; G. BRUNELLI, MGF. *Lo stato dell'arte*, in *Il contributo delle istituzioni e della società civile italiana per la protezione e promozione dei diritti umani*, a cura di C. Carletti, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 48-56.

⁶³ Reato di MGF introdotto con l. n. 7 del 2006. Per approfondimenti vedi F. BASILE, *Il reato di "pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili" alla prova della giurisprudenza: un commento alla prima (e finora unica) applicazione giurisprudenziale dell'art. 583 bis c.p.*, in *Rivista trimestrale di Diritto penale contemporaneo*, 2013, 4, p. 311 ss.; F. BASILE, *Società multiculturali, immigrazione e reati culturalmente motivati (comprese le mutilazioni genitali femminili)*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007, 4, pp. 1296-1345

⁶⁴ C. GRANDI, *Diritto penale e società multiculturali: stato dell'arte e prospettive de jure condendo*, in *Indice penale*, 2007, 1, pp. 245-287.



nella prassi, si sono registrati anche esiti assolutori sul presupposto dell'assenza dell'*animus laedendi* da parte degli stranieri e dell'attestazione della sussistenza in capo agli stessi della mera volontà di conformarsi alla propria cultura di origine⁶⁵.

Nel 2006, con l'introduzione nel nostro codice penale dell'art. 583-bis, il legislatore ha provato a garantire una risposta sanzionatoria maggiormente certa e adeguata ai responsabili delle MGF, ma se in tal modo, da un lato, è stata definitivamente attestata la "tolleranza zero" da parte del nostro sistema socio-politico non solo rispetto alle pratiche mutilatorie in sé, ma anche, in via più generale, rispetto a qualunque altro comportamento culturalmente orientato determinante un'offesa o un'esposizione al rischio di lesione dei diritti fondamentali della persona umana⁶⁶, dall'altro si sono registrate evidenti derive verso un diritto penale a base autoriale, con tutte le sperequazioni punitive da esso derivanti.

Anche la successiva introduzione nel codice penale della fattispecie di "impiego di minori nell'accattonaggio"⁶⁷ fornisce una tangibile prova dell'approccio assimilazionista adottato dal nostro sistema: il reato è, infatti, finalizzato a reprimere condotte tradizionalmente adottate da comunità straniere (per lo più rom) che, se nel loro contesto di origine integrano normali dinamiche di vita familiare, per il nostro ordinamento, già prima del 2009, erano riportate agli allora esistenti reati di violenza privata, riduzione in schiavitù e/o maltrattamenti in famiglia⁶⁸.

Le summenzionate tipologie di "reati culturalmente orientati", che certamente presentano un alto potenziale offensivo - in massima parte legato rispetto al fattore motivante -, sono state fatte oggetto di un'apposita produzione legislativa, in funzione di una maggior certezza del

⁶⁵ **M. NOVELLI CAMPAGNOLI**, *I reati culturali*, Key Editore, Frosinone, 2016, p. 68 ss.

⁶⁶ **C. DE MAGLIE**, *Culture e diritto penale*, cit., p. 1118 ss., definisce l'art. 583 bis c.p. "un'ipotesi di ipercriminalizzazione" di condotte culturalmente orientate, con la quale il legislatore ha inteso operare una "incriminazione simbolica [...] da cui traspare più la preoccupazione di affermare la superiorità della cultura occidentale che la volontà di tutelare le vittime da comportamenti di abuso e di violenza".

⁶⁷ **P. PITTARO**, *Impiego di minore nell'accattonaggio part-time: maltrattamenti in famiglia o riduzione in schiavitù?*, in *Famiglia e diritto*, 2009, p. 238 ss.; **A. VALSECCHI**, *Due ulteriori delitti a tutela della vittima minorenne*, in *Il "Pacchetto sicurezza"* 2009, a cura di O. Mazza, F. Viganò, Giappichelli, Torino, 2009, p. 280 ss.

⁶⁸ **M. LO GIUDICE**, *Maltrattamenti in famiglia "condizionati" e "motivati" dalle componenti (sub)culturali del reo*, in *Dir. fam. e pers.*, 2015, 4, p. 1376 ss.; **P. SCEVI**, *Riflessioni su reati culturalmente motivati e sistema penale italiano*, in *Archivio Penale*, 2016, 3, pp. 1-32; **L. FERRAJOLI**, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 1, *Teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2012, p. 766 ss.; **L. CAVALIERE**, *Le politiche europee dell'immigrazione tra storie, sviluppi e problematiche recenti* (in www.centrostudieuropei.it), 2015, p. 8 ss.



diritto e di uniformità della conseguente risposta sanzionatoria che, se lasciata alla interpretazione “culturalmente sensibile” dei giudici, avrebbe probabilmente continuato a generare incertezze e brusche oscillazioni in sede applicativa.

Effetti che, al contrario, non sono stati scongiurati con riferimento a vicende criminose dalla carica offensiva senz’altro più lieve, quali l’abbigliarsi con indumenti e simboli del proprio culto da parte delle donne musulmane o dei religiosi seguaci del *sikhismo*. Condotte di questo genere, infatti, non essendo state espressamente tipizzate dal legislatore, sono ancora oggi oggetto di interpretazioni giurisprudenziali oscillanti che risentono, evidentemente, del clima emergenziale, degli allarmismi e delle pressanti istanze di tutela promananti dai contesti sociali ospitanti, sempre più diffidenti nei confronti dello straniero e refrattari ad accoglierlo⁶⁹; a riprova del fatto che, a prescindere dal formante utilizzato - legislativo o giurisprudenziale - quello “culturale” è un fattore che, se mal gestito, genera pericolose tensioni con le garanzie proprie del diritto penale “del fatto”.

Con riguardo alle condotte culturalmente e religiosamente orientate non espressamente tipizzate dal legislatore, la giurisprudenza italiana ha provato a valorizzare il coefficiente culturale attraverso diversi *escamotage*, ad esempio, interpretando in chiave salvifica della posizione del reo le cc.dd. *clausole di illiceità expressa* contenute nel nostro apparato normativo e formulate con locuzioni quali “senza giustificato motivo” o “senza giusta causa”; oppure facendo rientrare in via interpretativa, tra “i motivi di particolare valore morale e sociale” di cui all’art. 62, primo comma, del codice penale anche il motivo culturale o religioso, conferendo in tal modo un raggio di applicazione più ampio all’attenuante in parola⁷⁰.

Questa tendenza giurisprudenziale, che per lungo tempo ha mantenuto in equilibrio le esigenze di ordine pubblico e di sicurezza dei consociati con il diritto individuale degli stranieri di manifestare liberamente la propria fede e cultura, senza tema di incorrere in sanzioni normative⁷¹, sembra tuttavia ormai prossima al capolinea dal momento che, specialmente a partire dagli anni successivi al 2009, si è verificato un brusco cambio di rotta, del quale danno atto una serie di sentenze di condanna

⁶⁹ G.M. FLICK, *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, in *Giurisprudenza italiana*, 2008, 3, p. 781 ss.

⁷⁰ A. MASSARO, *Reati a movente culturale*, cit., p. 119.

⁷¹ A. LICASTRO, *Il motivo religioso non giustifica il porto fuori dell'abitazione del kirpan da parte del fedele sikh*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 1 del 2017, nota n. 2, riporta Trib. Cremona, sez. pen., 19 febbraio 2009, in *Diritto ecclesiastico*, 3-4 del 2009, p. 769 ss., e Trib. Vicenza (Gip), decr. 28 gennaio 2009, in *Corriere del Merito*, 2009, p. 536 ss.



relative al caso emblematico dei fedeli *Sikh*, colti con indosso il loro pugnale sacro per le strade di città che fino a quel momento li avevano accolti senza particolari ritrosie e allarmismi⁷².

La dottrina più attenta ha rinvenuto le ragioni di questo nuovo approccio ermeneutico, improvvisamente rigido e discriminatorio, nella generalizzata paura sociale dello straniero diffusasi in seguito all' „emergenza immigratoria” e agli attentati dei fondamentalisti islamici che avrebbero generato, non solo nel contesto italiano ma anche in quello europeo, sempre più esasperate istanze di protezione da parte della collettività⁷³. Istanze che, inevase dal legislatore, hanno trovato nelle statuzioni dei giudici penali il più immediato e veloce strumento di contenimento e gestione dei rapporti con lo straniero⁷⁴; ma, come era lecito attendersi, l'inflessibilità e la tendenza talvolta discriminatoria caratterizzanti questo recente corso giurisprudenziale, sono state aspramente criticate dalla dottrina maggioritaria che, nel rilevare l'irragionevolezza e l'abnormità delle statuzioni a detimento dei diritti di libertà dello straniero, non ha mancato di evidenziare la dissonanza di questo nuovo approccio ermeneutico con le politiche di integrazione e solidarietà sociale generalmente promosse a livello europeo e globale⁷⁵.

3 - La dubbia collocazione del fattore culturale nella dogmatica del reato: una cognizione dei principali orientamenti dottrinali italiani

L'esistenza di una chiara interferenza tra i divieti imposti dal nostro sistema penale a tutela della collettività e il legittimo esercizio di un diritto

⁷² A. BERNARDI, *Populismo giudiziario?*, cit., p. 672, § 2. Vedi anche Tribunale di Cremona, 19 febbraio 2009 e Tribunale di Vicenza, 28 gennaio 2009 in F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 237, nota 1; G. GIORGIO, *In tema di autorizzazione del porto in luogo pubblico di un coltello, c.d. "Kirpan", quale simbolo religioso*, in *Foro Italiano*, 2010, 4, pp. 228-231.

⁷³ Vedi L. FERRAJOLI, *Il diritto penale del nemico e la dissoluzione del diritto penale*, in *Questione Giustizia*, 2006, p. 797 ss.; M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Questione Giustizia*, 2009, p. 127 ss.; F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Questione Giustizia*, 2006, p. 677 ss.

⁷⁴ A. BERNARDI, *Populismo giudiziario?*, cit., paragrafo 5.

⁷⁵ A. RUGGERI, *Sei tesi in tema di diritti fondamentali e della loro tutela attraverso il "dialogo" tra Corti europee e Corti nazionali*, in *Federalismi.it*, Rivista telematica, (www.federalismi.it), 1 ottobre 2014, p. 18 ss.; G. D'ANGELO, *Ordinamenti giuridici e interessi religiosi. Argomenti di diritto ecclesiastico comparato e multilivello*, vol. I, *Il diritto ecclesiastico nel sistema CEDU*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 119 ss.



individuale, quale quello di manifestare liberamente la propria fede religiosa o la propria appartenenza a una data cultura, ha costretto il giurista moderno a interrogarsi sulla valenza e sulla natura giuridica da conferire al c.d. *fattore culturale* all'interno della dogmatica del reato.

La difficile collocazione sistematica di questo elemento è legata soprattutto al fatto che la sua stessa nozione risulta fumosa e indeterminata, richiamando il concetto di "cultura" che non ha di per sé una chiara connotazione a livello giuridico⁷⁶. La dottrina, infatti, prescindendo da valutazioni teoriche e valoriali della stessa, ne dà un significato strettamente collegato alla sua funzione giuridica che è quella di "individuare i reati culturalmente orientati"⁷⁷. Essa, dunque, indica formalmente un bagaglio di tradizioni e usi riconducibili a un gruppo sociale specifico e ben determinato, che grava su un individuo connotandone identità e comportamenti.

Sintomatico del "pendolarismo dogmatico" del fattore culturale è anche la circostanza, già prima verificata, per cui lo stesso non è preso in considerazione solo dal *legislatore* nella fase di produzione normativa per arginare e orientare i comportamenti culturalmente orientati degli stranieri che risultino contrari ai principi normativi della nostra cultura⁷⁸ (che sembra spostare l'ago della bilancia sul versante della astratta qualificazione giuridica dei fatti, in termini di tipicità o antigiuridicità); ma è un elemento con il quale anche il *diritto vivente* è tenuto a confrontarsi ogni qualvolta rilevi che un concreto comportamento contrario all'ordinamento sia stato posto in essere in forza di dettami religiosi o culturali propri del *background* di provenienza del soggetto agente (indagini che, a questo punto, inclinano sul "crinale" motivazionale e individualizzante proprio dei giudizi di colpevolezza, o al limite, su quello di "selettività secondaria"⁷⁹ dell'operazione ermeneutica, soprattutto a fronte di fattispecie segnate dalla massiccia presenza di elementi *normativi*).

⁷⁶ A. MASSARO, *Reati a movente culturale*, cit., p. 116 ss.

⁷⁷ M.P. DI BLASIO, *La rilevanza della scriminante*, cit., p. 4 ss.

⁷⁸ Ci si riferisce agli esempi sopra riportati relativi alla introduzione nel nostro apparato codicistico di reati culturalmente orientati quali le pratiche di MGF ex art. 583 bis c.p., etc.

⁷⁹ Nel panorama penalistico, sono definite fattispecie a selettività primaria quelle attraverso le quali il legislatore individua "per la prima volta" la condotta penalmente rilevante e passibile di sanzione; le fattispecie a selettività secondaria sono invece considerate "ipotesi qualificate" dei comportamenti criminosi già selezionati in via primaria: per maggiori approfondimenti vedi T. PADOVANI, *Il confine conteso, Metamorfosi dei rapporti tra concussione e corruzione ed esigenze improcrastinalibili di riforma*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1999, p. 1307 ss.



In quest'ottica, un ampio e complementare lavoro di rielaborazione esegetica dei fatti punibili è stato condotto in riferimento alle c.d. *clausole di illiceità expressa* con le quali, assecondando formule quali "senza giustificato motivo" o "senza una giusta causa", si fa dipendere la rilevanza penale di un comportamento formalmente contrario all'ordinamento, all'ulteriore dato che esso non sia sorretto da ragioni oggettivamente valutabili e socialmente riconosciute. Si tratta, secondo una parte della dottrina, di un "elemento positivo costruito negativamente", poiché il legislatore indica il giustificato motivo tra gli elementi del fatto tipico, ma è dalla sua assenza che fa dipendere la liceità del comportamento tipizzato⁸⁰. Ebbene, il perimetro applicativo di queste clausole di illiceità non può non estendersi anche ai motivi culturali e/o religiosi, che non di rado sorreggono le condotte degli stranieri che contrastano con i precetti normativi interni; la giurisprudenza, tuttavia, seppur consapevole di questa necessità, è stata ed è tuttora ondivaga, per cui i contorni del coefficiente culturale restano incerti, come del resto anche la sua natura giuridica.

Posto infatti che, a oggi, esso occupa ancora una collocazione dogmatica molto controversa attraversando l'intera struttura del reato e incidendo in maniera trasversale sia sulla tipicità che sull'antigiuridicità e sulla colpevolezza; due sono i dati certi rispetto ai quali la dottrina contemporanea appare maggiormente concorde⁸¹, e cioè che il fattore culturale è generalmente rilevante in funzione di *favor rei*⁸²; e che spetta ai giudici, in sede ermeneutica, operare un'interpretazione culturalmente sensibile delle norme da applicare ai fatti posti in essere dagli stranieri⁸³.

Tanto premesso, una parte della dottrina⁸⁴ è incline a valorizzare il fattore culturale come coefficiente incidente sull'elemento psicologico del soggetto agente che, versando in una condizione di *ignoranza inevitabile della legge penale*⁸⁵, è scusato per aver agito senza volere il fatto di reato e, più

⁸⁰ A. MASSARO, *Movente culturale o religioso e "giustificato motivo"*, cit., p. 121 ss.

⁸¹ C. GRANDI, *A proposito di reati culturalmente motivati*, cit., p. 21 ss.

⁸² A. CIRAURO, *Scriminanti culturali: la Cassazione pone limiti alla loro rilevanza* (in www.parolaalladifesa.it), 9 luglio 2017; A. BERNARDI, *Il fattore culturale nel sistema penale*, cit., p. 86 ss.

⁸³ I. RUGGIU, *Il giudice antropologo e il test culturale*, in *Questione giustizia*, 2017 1, e EAD., *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, FrancoAngeli, Milano, 2012, p. 217 ss.

⁸⁴ F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, cit., p. 400 ss.

⁸⁵ A. MASSARO, *Reati a movente culturale*, cit., p. 133 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto Penale, Parte generale*, cit., p. 376; con specifico riferimento all'ignoranza inevitabile della legge penale da parte dei responsabili di *cultural offences* vedi M. NOVELLI CAMPAGNOLI, *I reati culturali*, cit., p. 68 ss., e V. PUSATERI, *La circoncisione maschile c.d.*



specificamente, per non aver potuto comprendere il carattere delittuoso della propria condotta a causa del condizionamento culturale permeante lo stesso⁸⁶.

Questa teoria va incontro a non poche criticità e, benché rigorosamente sostenuta, viene in genere rigettata da posizioni più rigide che, specie con riferimento a condotte culturalmente condizionate che ledano i diritti inviolabili altrui, obiettano che l'ignoranza della legge penale non può mai giustificare comportamenti recanti un disvalore sociale e morale oggettivamente percepibile da ogni essere umano in quanto tale, cioè in quanto appartenente alla specie umana, indipendentemente dalla sua etnia o dalla cultura di provenienza⁸⁷.

Queste obiezioni, tuttavia, non tengono debitamente conto del dato che ledere l'integrità fisica di un uomo in ossequio a una prassi religiosa e/o culturale, fatto certamente percepito come offensivo e rimproverabile nei sistemi garantisti come il nostro o come quelli occidentali in genere, può avere un significato ben diverso per taluni gruppi allogenici che, sovente, traducono la menomazione dell'integrità fisica altrui addirittura in una *valorizzazione* della persona e della sua identità sociale all'interno del proprio contesto di appartenenza⁸⁸. In questi casi, quindi, sembra doveroso non perdere di vista l'enorme incidenza che il fattore culturale necessariamente riveste nella sfera psichica del soggetto agente, il quale, di conseguenza, potrebbe realmente non percepire l'offensività intrinseca della propria condotta ove questa integri, secondo la sua cultura di provenienza, la necessaria e lecita esteriorizzazione di un precetto o di un valore morale e/o religioso cui ha scientemente ritenuto di conformarsi⁸⁹.

rituale, cit., passim.

⁸⁶ Il sistema penale peruviano, nel limitato valore esemplificativo che può assumere la comparazione con una tradizione ordinamentale - sia consentito - meno "nobile" di quelle classiche, prevede con apposita norma, l'*error de prohibición culturalmente condicionado*, cfr. **A. MASSARO**, *Reati a movente culturale*, cit., p. 133 ss.

⁸⁷ **A. LICASTRO**, *Il motivo religioso non giustifica*, cit., p. 4 ss.

⁸⁸ In Somalia, ad esempio, l'infibulazione è una pratica ancora molto diffusa che ha lo scopo di garantire l'illibatezza e la purezza delle donne nel loro contesto sociale di appartenenza e vale a garantire loro il riconoscimento di uno status sociale senza il quale non potrebbero contrarre matrimonio e andrebbero incontro all'emarginazione. vedi **D. BELLOCCHIO**, *Rivoluzione in Somalia: l'infibulazione diviene illegale* (in www.ilgiornale.it), pubblicato il 25 marzo 2016 in cui, infatti, si legge: "In Somalia le mutilazioni sono molto diffuse perché la gente crede che siano un obbligo religioso. Ciò quindi fa sì che le poche ragazze che non sono state vittime della pratica vengano insultate ed emarginate dalla società".

⁸⁹ **F. BRICOLA**, *Dolus in re ipsa*, Giuffrè, Milano, 1960, p. 106 ss.; **C.F. GROSSO**, *L'errore sulle scriminanti*, Giuffrè, Milano, 1961, p. 198 ss.; **D. PULITANÒ**, *L'errore di diritto nella*



Proprio facendo leva sul contrasto emergente tra precetto normativo e dovere morale o religioso, altri autori hanno interpretato il fattore culturale in chiave di “*auto-responsabilizzazione*” dello straniero, ossia come una valvola di sfogo del sistema normativo interno che, in caso di conflitti interculturali non disciplinati da norme apposite, richiede al soggetto di relazionarsi con il quadro di valori del contesto ospitante e porre in essere quelle condotte che gli garantiscono di esprimere liberamente la propria individualità, senza tuttavia porsi in collisione con gli usi della società ospitante⁹⁰. In questo senso, il giustificato motivo non sarebbe da considerarsi come elemento descrittivo della fattispecie bensì normativo e passibile di essere tradotto in chiave empirica come la relazione intercorrente tra le specificità culturali e religiose dei singoli e i precetti vigenti nel contesto che li ospita; relazione che, in assenza di una norma esplicita nel sistema giuridico di accoglienza, può essere “autonomamente e responsabilmente” costruita dal soggetto straniero, al quale è data la possibilità di rapportarsi dialogicamente con i principi e i divieti del sistema ospitante, “costruendo la propria identità personale” in modo da evitare l’insorgenza di conflitti interculturali⁹¹.

Non mancano studi sulla natura del fattore culturale, *sub specie* giustificato motivo, che hanno tentato di collocarlo in sede di tipicità, tra gli elementi normativi della fattispecie⁹² e, come tale, passibile di una interpretazione più elastica e “contestualizzata” rispetto all’atteggiarsi del fatto concreto. Si tratterebbe, dunque, di un elemento normativo “flessibile” e agevolmente adattabile alle istanze di tutela della società multiculturale.

Per altra parte della dottrina, ancora, il fattore culturale potrebbe comportarsi come una *causa di esclusione dell’antigiuridicità*, laddove sorregga una condotta perpetrata in funzione di un valido e fondato interesse individuale, contrapposto a quello a tutela del quale è dettata la specifica norma precettiva⁹³. Il fatto posto in essere dallo straniero

teoria del reato, Giuffrè, Milano, 1976, p. 224 ss; **C. FIORE**, *Il principio di offensività*, in *Indice penale*, 1994, p. 275 ss.; **M. ROMANO**, *Commentario sistematico al Codice penale*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2004, p. 90 ss. e p. 493 ss.; **G. FIANDACA, E. MUSCO**, *Diritto penale. Parte generale*, 5^a ed., Zanichelli, Bologna, 2007, pp. 148 ss., 390 ss.

⁹⁰ **A. PROVERA**, *Il “giustificato motivo”: la fede religiosa come limite intrinseco della tipicità*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2010, 2, pp. 964-979, sul tema vedi in particolare p. 972 ss.

⁹¹ **A. PROVERA**, *Il “giustificato motivo”*, cit., p. 972 ss.

⁹² **L. RISICATO**, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, Giuffrè, Milano 2004, p. 104; **M. ROMANO**, *Commentario sistematico del codice penale, sub. Art. 1*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 42-43; **A. PROVERA**, *Il “giustificato motivo”*, cit., p. 970.

⁹³ **G. SALCUNI**, *Libertà di religione e limiti alla punibilità. Dalla “paura del diverso” al*



manterrebbe, dunque, la sua tipicità e non ne sarebbe negata la carica offensiva, ma si opererebbe un giudizio di bilanciamento tra valori contrapposti, in favore della diversità e del multiculturalismo stesso. In particolare, nel caso del porto del *Kirpan* o dell'abbiarsi con un *burqa* in violazione delle regole dettate a garanzia della pubblica sicurezza, il fattore religioso verrebbe a integrare l'esercizio del diritto individuale e collettivo di cui all'art. 19 Cost. (libertà di professione religiosa), passibile di prevalere nel giudizio di comparazione con l'interesse pubblico, ove sia riscontrata una carica offensiva della condotta particolarmente tenue e di minimo allarme sociale⁹⁴. La funzione politico-criminale delle cause di giustificazione è, infatti, quella di dirimere i conflitti normativi (e i sottostanti conflitti valoriali) che inevitabilmente si generano, anche in chiave evolutiva, nell'ordinamento giuridico: sebbene una specifica condotta sia tipizzata attraverso una norma penale, la sua contrarietà all'ordinamento può variare a seconda del significato che la società attribuisce a taluni concetti normativi nel corso delle diverse epoche storiche⁹⁵. Dunque, queste variazioni possono comportare ogni volta la necessità di un nuovo bilanciamento tra garanzie sociali e libertà individuale, a cui partecipa l'intero ordinamento giuridico che si evolve e si "contestualizza"⁹⁶.

Nel caso dell'esercizio del diritto *ex art. 51 c.p.*, che è la causa di giustificazione che sovente viene in rilievo quando si stia valutando il peso del fattore culturale rispetto all'espletamento di una condotta che integri una fattispecie vietata, l'interprete dovrebbe, innanzitutto, individuare tra quali specifiche norme permissive e precettive si genera il conflitto; in seguito, dovrebbe focalizzare l'attenzione sulla portata dei singoli principi in gioco, quali, ad esempio, la libertà di religione, di autodeterminazione personale e sessuale, la sicurezza pubblica, la potestà genitoriale, ecc.; e, infine, dal raffronto tra caso concreto e criterio di comportamento in astratto doveroso, dovrebbe ricavare la soluzione per il conflitto specificamente

dialogo, in *Indice penale*, 2006, pp. 620-631.

⁹⁴ G. BASSETTI, *Interculturalità, libertà religiosa, abbigliamento*, cit., p. 8 ss.; C. DE MAGLIE, *Reati culturalmente motivati*, cit., p. 208-209.

⁹⁵ C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, Guida editori, Napoli, 1986, p. 51; C. ROXIN, *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale*, a cura di S. Moccia, ESI, Napoli, 1996 (traduzione italiana di A. Cavalieri, S. Fiore, F. Schiaffo).

⁹⁶ Il mutamento della concezione sociale dello *ius corrigendi*, ad esempio, ha comportato una rideterminazione dei confini operativi del reato di maltrattamenti in famiglia vedi M. MAZZA, *I metodi di risoluzione delle controversie nel diritto degli Zingari. Profili di antropologia della giustizia*, in *Sociologia del diritto*, 2000, 1, p. 110 ss.



generatosi, ottenendo quella giustizia sostanziale che è poi lo scopo finale perseguito dalle scelte di politica criminale operate dal legislatore e, in via astratta, dall'intero impianto penalistico. Questo è il percorso ermeneutico che la nostra giurisprudenza, o almeno una cospicua parte di essa, ha tentato di tracciare con le sentenze degli ultimi anni in tema di *cultural offences*⁹⁷: il fattore culturale scriminante è stato letto come esercizio (giustificato/scriminato) di un diritto individuale, culturale o religioso, e la libertà di autodeterminarsi secondo le proprie tradizioni etniche, o secondo la propria fede, ha costituito il contraltare della sicurezza e dell'ordine pubblici, in riferimento alle condotte di porto del *kirpan* o del *burqa*, oppure della libertà sessuale e del diritto all'integrità fisica, nei casi di pratiche di riduzione in schiavitù, di mutilazioni genitali femminili (MGF) e incesti.

Oggi questa tesi è diventata recessiva ed è stata messa in crisi da un duplice ordine di fattori: in primo luogo, mentre il diritto di professare la propria fede è sancito esplicitamente dall'art. 19 Cost., il diritto di conservare le proprie tradizioni culturali e di preservarle in una comunità ospitante non trova un espresso fondamento costituzionale, e questo rappresenta un punto di forza di quella parte della giurisprudenza che ritiene di non poter validamente ricondurre il giustificato motivo culturale nell'alveo delle cause di giustificazione *sub specie* art. 51 c.p.; in secondo luogo, pur volendo ammettere la sussistenza in capo al reo di un diritto di religione o di un diritto alla propria "cultura", scaturiente dal combinato disposto degli artt. 2 e 8 Cost., questi difficilmente prevarrebbero nel bilanciamento con la pubblica sicurezza, l'ordine pubblico e il buon costume che, essendo interassi afferenti una pluralità di sfere soggettive, recano un peso maggiore rispetto alla posizione del singolo⁹⁸. Del resto, il comma 2 dell'art. 8 della nostra Costituzione specifica che la libertà di organizzazione delle confessioni religiose diverse dalla cattolica è riconosciuta "in quanto non contrasti con l'ordinamento giuridico italiano", con la conseguenza che, essendo cristallizzato a livello costituzionale un diritto di organizzazione dei gruppi confessionali non assoluto bensì relativo, tale libertà deve ritenersi sottoponibile a tutte le restrizioni

⁹⁷ Per approfondimenti, cfr. A. GUSMAI, «Giustificato motivo» e (in)giustificate motivazioni sul porto del *kirpan*. A margine di Cass. pen., Sez. I, sent. 24084/2017 (in www.dirittifondamentali.it, 6 maggio 2017) che riportandosi all'impostazione delle Sezioni unite (sent. n. 7739 del 1997, validamente applicata anche dal Tribunale di Cremona con sent. n. 15 del 2009), ritiene la condotta del sikh inoffensiva in quanto assolutamente priva di volontà criminosa; F. ASTENGO, *La Corte Suprema del Canada afferma il diritto di portare a scuola il coltello dei sikh* (in www.associazionedeicostituzionalisti.it).

⁹⁸ Contra A. GUSMAI, «Giustificato motivo», cit., pp. 9-11.



necessarie per preservare la stabilità e la sicurezza del nostro ordine sociale⁹⁹.

Degna di menzione è poi una soluzione ibrida adottata da un'altra parte della dottrina che, ritenendo di non poter escludere che il giustificato motivo rilevi sia in sede di tipicità che di antigiuridicità del fatto di reato, lo colloca nella categoria delle cc.dd. “*quasi scriminanti*”, operando una duplice valutazione che tenga contemporaneamente conto sia del possibile bilanciamento tra gli interessi venuti in contrasto, sia del giudizio di disvalore della condotta¹⁰⁰: in base a questo modello, la soluzione, di fronte al conflitto tra condotta culturalmente orientata e norma penale del contesto ospitante, sarebbe da ricercarsi nell’ “*esatta sostanza delle cose*”¹⁰¹, in ossequio al principio di materialità. Se, infatti, gli elementi costitutivi del fatto tipico sono espressione dell’offesa che lo stesso reca in sé, la mera condotta di porto in luogo pubblico di uno strumento atto a offendere non sarebbe di per sé rilevante se non accompagnata anche da un ulteriore indicatore della sua carica offensiva, desumibile dall’essenza della *res* materiale, ossia dalla destinazione funzionale impressagli in forza del fattore religioso o culturale¹⁰².

Altra parte della dottrina¹⁰³, poi, avanza l’ipotesi che il fattore culturale possa collocarsi più validamente tra le *cause di non punibilità* per il fatto di reato, a fronte della inesigibilità di un contegno diverso dell’autore da parte dell’ordinamento. La non *rimproverabilità* del soggetto agente, in questi casi, sarebbe dovuta all’impossibilità di pretendere un comportamento diverso da parte di un individuo che, per le sue origini etniche e/o religiose, non è in grado di percepire il disvalore che la sua condotta reca secondo i parametri dell’ordinamento ospitante, trattandosi, inoltre, di una condotta pienamente lecita e ammessa nel suo contesto di provenienza. In queste ipotesi, la pena non verrebbe erogata in quanto ne resterebbe comunque inficiata la funzione, avendo l’autore agito

⁹⁹ V. TOZZI, *Religiosità umana, fenomeno religioso collettivo e Costituzione italiana*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., marzo 2008.

¹⁰⁰ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità del diritto penale*, Cedam, Padova, 1990, p. 290 ss.; F. SCHIAFFO, *Le “situazioni quasi scriminanti” nella sistematica teleologica del reato*, Jovene, Napoli, 1998, p. 270 ss.

¹⁰¹ A. PROVERA, *Il “giustificato motivo”*, cit., p. 971 ss.

¹⁰² Sull’inoffensività della condotta di porto in pubblico del pugnale sacro vedi A. GUSMAI, «*Giustificato motivo*», cit., p. 13 ss.; e A. CHIBELLI, *Reati culturalmente motivati*, in *Archivio Penale*, maggio-agosto 2017, 2, p. 712, che suggerisce di applicare al fatto dell’indiano che rechi con sé un pugnale sacro l’esimente di cui all’art. 131-bis c.p.

¹⁰³ Così in C. DE MAGLIE, *Reati culturalmente motivati*, cit., p. 230 ss.



condizionato da una “incolpevole alterazione motivazionale”¹⁰⁴. La parte della dottrina propensa a classificare il “motivo culturale” tra le cause di esclusione della punibilità, ha prospettato (e auspicato) anche l’introduzione nel nostro sistema di una speciale “causa originaria di non punibilità culturale”¹⁰⁵, applicabile a condizione che il comportamento culturalmente motivato non abbia leso i diritti inviolabili della persona umana (in particolare, il diritto alla vita e i diritti di libertà personale) e solo ove il fatto sia stato commesso in danno di persone adulte, capaci e consenzienti (il riferimento è in questo caso ai reati di incesto e di bigamia). Questo meccanismo permetterebbe, infatti, di scriminare le condotte culturalmente orientate che non si traducano in offese o lesioni di beni primari altrui (che altrimenti sarebbero inaccettabili per il nostro sistema penale) e rispetto alle quali sia del tutto assente o minima la carica di disvalore intrinseco.

L’inquadramento sistematico del coefficiente culturale tra le cc.dd. scusanti ha il pregio di non escludere che il fatto sia stato commesso dallo straniero con coscienza e volontà ma, tenendo conto della funzione della pena, evita quello che ne costituirebbe un impiego irragionevole, dal momento che non avrebbe senso rieducare un soggetto che abbia agito conformandosi a un precezzo valido e cogente nel proprio statuto sociale, religioso e/o politico di provenienza, senza aver alcuna contezza del disvalore di quella condotta e, soprattutto, senza volerne le conseguenze previste sul piano normativo dall’ordinamento ospitante¹⁰⁶.

Questa soluzione ermeneutica implica la possibilità di *bypassare* il previo giudizio di bilanciamento tra beni-interessi in conflitto con il libero esercizio della propria cultura o religione, poiché la partita si giocherebbe tutta in sede di colpevolezza e, assodata l’obiettiva esistenza di un precezzo diverso al quale il reo si sarebbe attenuto, verrebbe meno la sua rimproverabilità, purché, però, quello specifico comportamento non rechi una carica offensiva diretta a ledere le immunità fondamentali della persona umana, tale da non potersene ammettere l’assoluta impercettibilità lesiva o offensiva da parte dell’agente. È questo il caso estremo delle

¹⁰⁴ F. MANTOVANI, *Diritto Penale, Parte generale*, cit., p. 369 ss.; A. BERNARDI, *Il fattore culturale*, cit., p. 12 ss.; ID., *Modelli penali e società multiculturali*, cit., p. 112 ss.

¹⁰⁵ C. DE MAGLIE, *Culture e Diritto penale*, cit., p. 165 ss.

¹⁰⁶ A. BARATTA, *Sistema penale ed emarginazione sociale. Per la critica dell’ideologia del trattamento*, in *La questione criminale*, 1976, p. 237 ss.; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore: funzione della pena e sistematica teleologica*, ESI, Napoli, 1992, p. 173 ss; A. BERNARDI, *Il “fattore culturale”*, cit., p. 32 ss.



condotte volte alla soppressione della vita altrui per ragioni punitive, rieducative o per ripristinare dignità e/o onore della propria stirpe¹⁰⁷.

4 - Il “fattore religioso” nella giurisprudenza della Corte EDU

Una casistica particolarmente dinamica e controversa in materia di tollerabilità e ammissibilità di condotte “religiosamente orientate” contrastanti con le regole dell’ordinamento ospitante si registra, sia a livello dei sistemi ordinamentali interni che in sede sovranazionale, con riguardo ad alcune condotte legate a forme di abbigliamento tradizionale, come l’usanza delle donne musulmane di indossare una peculiare tunica integrale, detta *burqa* o *niqab*, e degli indiani di fede *Sikh*, soliti ornarsi con vari accessori di culto, tra i quali il classico turbante e un pugnale sacro, detto *Kirpan*; condotte che, va pregiudizialmente specificato, talvolta riescono a penetrare nell’area del penalmente rilevante solo attraverso un’estremizzazione delle esigenze di pubblica tutela, e a scapito, contestuale e conseguente, dei diritti dello “straniero”.

Questa dialettica spiega e giustifica i ripetuti interventi della Corte EDU, chiamata a verificare la compatibilità delle limitazioni operate dai singoli ordinamenti aderenti con i principi di natura convenzionale volti a proteggere (e a “massimizzare”, per quanto possibile”) i diritti dell’individuo: tra i più interessanti arresti della Corte EDU in materia di abbigliamento religioso censurato dalle politiche interne dei paesi ospitanti, si richiama, ad esempio, la decisione del 2017, con cui la Corte ha dichiarato legittimo il divieto del velo integrale nei luoghi pubblici imposto da una legge belga, ritenendo questa restrizione non solo rispondente alle esigenze di coesione sociale ma anche necessaria in una società democratica volta ad assicurare la protezione dei diritti e delle libertà altrui¹⁰⁸; ancora, e nello stesso senso, la decisione del 2015, con cui la Corte ha ritenuto legittimo il divieto imposto dall’autorità nazionale francese ai dipendenti pubblici di indossare il velo durante lo svolgimento della propria attività lavorativa, essendo essi rappresentanti dello Stato nell’esercizio di una carica pubblica e dovendone perciò rispettare la neutralità e la laicità¹⁰⁹; e, infine, la decisione del 2014, con cui la Corte ha ritenuto legittimo il divieto imposto

¹⁰⁷ C. GRANDI, *A proposito di reati culturalmente orientati*, cit., p. 24 ss.

¹⁰⁸ CEDU, Sez. II, sent. 11 luglio 2017, Ric. N. 37798-13, in *Dirittifondamentali.it*, Rivista on-line, (www.dirittifondamentali.it), Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, anno 2017.

¹⁰⁹ CEDU, Sez.V, 26 Novembre 2015,Ric. n. 64846-11, in *Dirittifondamentali.it*, Rivista on-line, (www.dirittifondamentali.it), Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, anno 2015.



con legge francese di indossare il *burqa* in pubblico, non solo in quanto non lesivo del diritto individuale di libertà religiosa, ma altresì in quanto funzionale ad assicurare la convivenza armoniosa tra i cittadini e, soprattutto, a consentire alla donna di interagire con la società senza rischio di emarginazione¹¹⁰.

Da questa sommaria ricognizione dei principali e più recenti arresti della Corte EDU emergono due rilievi: in primo luogo, che la tendenza della giurisprudenza convenzionale è in linea di massima orientata nel senso di accordare prevalenza al diritto di libertà religiosa del singolo rispetto ai diritti della collettività solo quando la condotta religiosamente orientata non si sostanzi in una lesione o messa in pericolo di quest' ultima; e, in secondo luogo, che l'insorgenza di questa tipologia di conflitti nei sistemi nazionali è quasi sempre scatenata, piuttosto che da concreti episodi di aggressioni del bene altrui, dall'astratta percezione di pericolosità sociale che, in un certo momento storico, una data comunità attribuisce a un comportamento culturalmente motivato. La percezione del velo integrale come una minaccia per la sicurezza dei consociati si è infatti radicata nel sentire comune occidentale solo in seguito all'intensificarsi degli attacchi dei fondamentalisti islamici, che hanno profondamente scosso il panorama globale, innescando nella collettività il timore che sotto un *burqa* possa nascondersi, più che un'identità clandestina, del pericoloso materiale esplosivo. Proprio questo allarmismo generalizzato ha spinto la collettività a richiedere agli organismi statali l'adozione di soluzioni normative volte a preservare gli equilibri interni a detrimenti dei diritti di libertà religiosa di queste minoranze¹¹¹.

Attesta validamente il livello di intensità e radicamento di questo orientamento anche una meno recente decisione del 2005 con cui la Grande Camera, vagliando un ricorso presentato da una cittadina turca - la quale riteneva di essere stata lesa nel suo diritto di libertà religiosa per non essere stata ammessa a sostenere un esame, in quanto si era rifiutata di scoprire il capo, contravvenendo a una legge interna vietante la frequentazione delle attività accademiche agli studenti con barba e alle studentesse con il velo islamico -, aveva ritenuto legittima la limitazione statale, essendo la stessa

¹¹⁰ CEDU, GrandChamber, sent. 1 luglio 2014, in *Dirittifondamentali.it*, Rivista on-line, (www.dirittifondamentali.it), Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, anno 2014.

¹¹¹ A. PROVERA, *La "giustizia del territorio"*, in AA. VV., *Dei confini dell'identità e di altri demoni: la diversità tra letteratura e diritto*, Festival della letteratura e del Diritto, 4^a ed., a cura di D. Cananzi, A. Salvati, Giappichelli, Torino, 2017, p. 199 ss.; D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2009, p. 556 ss.; A. CERETTI, R. CORNELLI, *Oltre la paura. Cinque riflessioni su criminalità, società e politica*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 35 ss.



dettata a tutela tanto della libertà dei terzi quanto dell'ordine pubblico e, dunque, conforme ai principi della Convenzione EDU¹¹². Dunque, sebbene sia innegabile che il rispetto di precisi codici di abbigliamento imposti da religioni di antica tradizione valga a manifestare all'esterno l'adesione e l'appartenenza dell' individuo alla stessa e integri, quindi, l'esercizio del fondamentale diritto di esercitarne liberamente il culto - ormai riconosciuto e garantito in un'ottica multilivello¹¹³, e sia nella sua dimensione individuale che in quella collettiva-, non è inconsueto che, nel bilanciamento con diritti afferenti la sfera pubblica e la collettività, questo acquisisca ruolo recessivo per favorire l'equilibrio relazionale tra i consociati, soprattutto nei moderni contesti multiculturali¹¹⁴.

In effetti, su base nazionale, mentre alcuni sistemi hanno accordato un espresso riconoscimento al fattore religioso attraverso la cristallizzazione normativa della c.d. "*religious reason*"(in presenza della quale una condotta, normalmente vietata dalla legge, viene considerata lecita se posta in essere in forza di un precezzo di ordine religioso¹¹⁵), risultati meno netti sono stati rilevati in altre esperienze interne.

¹¹² CEDU, GrandChamber, sent. 24 giugno 2004, Sa. C. Turchia, in **A. PARRILLI**, *L'istruzione religiosa in Turchia: gli Aleviti e la Corte Europea dei Diritti Umani*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 33 del 2016, p. 15, nota n. 48.

¹¹³ Cfr. Art. 9 CEDU, che garantisce la libertà di pensiero, coscienza e religione e prevede altresì il diritto di cambiare religione o credo e di manifestare tali convinzioni individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, "mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti" e che, nel secondo paragrafo, sancisce per questo diritto il divieto di restrizioni che non siano necessarie alla preservazione della pubblica sicurezza e alla protezione dell'ordine, della salute e della morale pubblica o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui comunque riconosciuti in qualsivoglia società democratica; e art. 18 della Dichiarazione universale dei Diritti dell'Uomo che, sulla stessa linea, sancisce che "ogni individuo ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione; tale diritto include la libertà di cambiare di religione o di credo, e la libertà di manifestare, isolatamente o in comune, e sia in pubblico che in privato, la propria religione o il proprio credo nell'insegnamento, nelle pratiche, nel culto e nell'osservanza dei riti".

¹¹⁴ **A. FUCCILLO, R. SANTORO**, *Diritto, religioni, culture: il fattore religioso nell'esperienza giuridica*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 15.; **M.C. IVALDI**, *Il fattore religioso nel diritto dell'Unione Europea tra riconoscimento giurisprudenziale e codificazione normativa*, Edizioni Nuova cultura, Roma, 2012, p. VII; **S. CARMIGNANI CARIDI**, *Ostentazione di simboli religiosi e porto di armi od oggetti atti ad offendere. Il problema del kirpan dei fedeli sikh*, in *Diritto ecclesiastico*, 2009, pp. 739-766.

¹¹⁵ Art. 139 del *Criminal Justice Act*, 1988, punto 5 e Art. 49 del *Criminal Law Consolidation Scotland Act*, 199, punto 5, recitano, in perfetta sovrapposizione: "Without prejudice to the generality of subsection above, it shall be a defence for a person charged with an offence under subsection (1) that he had the article with him: (a) for use at work; (b) for religious reasons; (c) or as part of any national costume".



Del resto, lo si ripete, è inevitabile: laddove clausole specificamente volte a scriminare il fatto o a escludere la tipicità o la punibilità di condotte religiosamente motivate non siano state oggetto di specifica produzione normativa, è necessariamente intervenuta la giurisprudenza, interpretando le norme in chiave evolutiva e bilanciando il diritto di libertà religiosa con gli interessi via via assunti in conflitto, ricercando soluzioni ora a favore e ora a svantaggio del reo, attraverso un variabile atteggiamento di rispetto dei principi cardine dell'ordinamento interno.

In quest'ottica, ad esempio, quando si è trattato di decidere se permettere l'ingresso negli edifici scolastici ai fedeli *sikh* muniti di pugnale sacro, il sistema canadese ha tollerato tale condotta, in virtù della maggior pregnanza riconosciuta al loro diritto di religione (ed evidentemente anche di accedere all'istruzione), rispetto alle generali esigenze di pubblica sicurezza che, secondo gli interpreti, quel comportamento non era idoneo a minacciare più di altri non "religiosamente motivati", quali, ad esempio, l'ingresso in istituto muniti di forbici, penne, mazze da baseball o altri oggetti contundenti comunque destinati all'espletamento di attività didattiche e sportive *in loco*¹¹⁶. Al contrario, nel sistema italiano, la condotta del fedele *Sikh* che rechi con sé, in luogo pubblico, il proprio pugnale sacro, non solo viene condannata dalla giurisprudenza ormai consolidata e unanime sul punto, ma è stata oggetto di nette censure anche "sul piano ideologico", censure che sono valse ad attirare aspre critiche dottrinali sull'operato dei Giudici promotori di questo recente arresto giurisprudenziale (e di tanto sarà dato compiutamente conto nel paragrafo successivo).

In generale, nell'esperienza giuridica italiana il "motivo religioso" non è menzionato dal legislatore con formule espresse come la "*religious reason*" di derivazione anglosassone, per cui (come già accennato) l'ermeneutica giuridica lo ha di solito ricondotto alle cc.dd. *clausole di illiceità expressa o speciale*, interpretando il "giustificato motivo" e la "giusta causa" nel senso di "giustificate ragioni religiose" (e, *lato sensu*, culturali)¹¹⁷; oppure nell'alveo dei "motivi di particolare valore sociale e morale" attenuanti il

¹¹⁶ *Multani v. Commission Scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 - SCC 6" in **G. POGGESCHI**, *Quel pugnale vietato a Mantova e permesso a Montreal* (in www.lacostituzione.info, 19 maggio 2017); **B. GRAVES**, *Judicial Activism: Multani V. Commission Scolaire Marguerite-Bourgeoys*, University of New Brunswick, Saint John, 2009; **L. MARFOLI**, *La licenza di guida "religiosa" in Canada, tra duty of accommodation e Oakes test*, pp. 400- 424, in **AA. VV.**, *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, Giappichelli, Torino, 2011, II, p. 409 ss.

¹¹⁷ **A. PROVERA**, *Il "giustificato motivo"*, cit., p. 964 ss.



fatto del reo ex art. 62 n. 1 c.p.¹¹⁸ o, ancora, l'ha ricondotto alla scriminante di cui all'art. 51 c.p *sub specie* esercizio del diritto di libertà religiosa.¹¹⁹

Così, ad esempio (e a dimostrazione del possibile andamento altalenante dei corsi interpretativi), di fronte al contrasto rilevato tra il comportamento delle immigrate musulmane, aduse ad andare in giro in pubblico indossando il *burqa*, e il divieto sancito dalla legge c.d. Reale del '75¹²⁰ che impedisce ai consociati di celare o rendere difficoltoso il riconoscimento della propria identità personale in assenza di "un giustificato motivo", la giurisprudenza italiana¹²¹, valorizzando l'orientamento finalistico della condotta delle donne musulmane, - e cioè la loro intenzione di adempiere, attraverso quel comportamento, a un precetto del loro patrimonio culturale -, ha ricompreso il "fine religioso" nella clausola di illiceità speciale prevista dalla norma e, in questo modo, nel bilanciamento tra la libertà di culto e la tutela dell'ordine pubblico (perseguita dal legislatore con la legge in esame), ha ritenuto la condotta lecita in quanto non lesiva del bene a tutela del quale era dettato il divieto, specificando, altresì, che solo un eventuale rifiuto delle donne di scoprire il volto su richiesta delle pubbliche autorità potrebbe integrare un fatto di reato, e non certo il loro mero abbigliarsi secondo la tradizione di origine¹²².

5 - Un approfondimento: l'esperienza italiana in materia di abbigliamento *sikh*

¹¹⁸ G. CROCCO, *Diritto, ordine e religione nella tutela penale*, in AA. VV., *Esercizi di laicità interculturale e pluralismo religioso*, a cura di A. Fuccillo, Giappichelli, Torino, 2014, p. 248 ss.

¹¹⁹ AA. VV., *Religione e religioni: prospettive di tutela, tutela della libertà*, a cura di G. De Francesco, C. Piemontese, E. Venafro, Giappichelli, Torino, 2007, p. 41.

¹²⁰ Si veda la legge n. 152 del 1975 "Disposizioni a tutela dell'ordine pubblico", il cui art. 5 dispone: "È vietato l'uso di caschi protettivi, o di qualunque altro mezzo atto a rendere difficoltoso il riconoscimento della persona, in luogo pubblico o aperto al pubblico, senza giustificato motivo. È in ogni caso vietato l'uso predetto in occasione di manifestazioni che si svolgono in luogo pubblico o aperto al pubblico, tranne quelle di carattere sportivo che tale uso comportino. Il contravventore è punito con l'arresto da uno a due anni e con l'ammenda da 1.000 a 2.000 euro. Per la contravvenzione di cui al presente articolo è facoltativo l'arresto in flagranza".

¹²¹ Vedi Trib. Treviso, decr. GIP., 3 marzo 2015, e Trib. Cremona, sentenza del 27 novembre 2008, in F. BASILE, *Reati concernenti l'abbigliamento rituale*, in *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, a cura di F. Basile, cit., pp. 238-240.

¹²² A. PROVERA, Il "giustificato motivo", cit., p. 964 ss., § 1; G. BASSETTI, *Interculturalità, libertà religiosa, abbigliamento. La questione del burqa*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 25 del 2012, p. 8 ss.



Un caso particolarmente dibattuto, ed emblematico della “volatilità” della materia *de qua*, è quello relativo all’abbigliamento religioso degli indiani seguaci del *Sikhismo*. Questa antica religione monoteista prescrive ai suoi discepoli un preciso codice di abbigliamento intriso di significati simbolici: i *Sikh* portano la barba lunga e non possono tagliare i capelli che, quindi, raccolgono in un turbante in segno di rispetto verso ciò che è naturale e ciclico (pratica che prende complessivamente il nome di *kesh*); hanno con sé un pettinino in legno (*kangha*) simbolo di cura personale e del rispetto del proprio corpo; un bracciale (*Kara*) simbolo del legame con la divinità; indossano un indumento intimo lungo fino alle ginocchia (detto *Kachera*), e, soprattutto, recano al collo, o legato alla cintura, un pugnale sacro (il *kirpan*) simbolo della resistenza alle tentazioni quotidiane del male e il cui possesso è motivo di grande onore per i fedeli del culto, in quanto li insignisce del ruolo di “guardiani” della pace e dell’ordine sociale¹²³.

Benché indossare oggetti di culto costituisca la “esteriorizzazione” dell’appartenenza a una pratica religiosa e, in quanto tale, integri l’esercizio di un diritto universalmente riconosciuto e costituzionalmente garantito anche dal nostro sistema interno (all’art. 19 Cost.), nello specifico caso degli indiani di fede *sikh* sono sorte delle problematiche di ordine giuridico connesse sia all’utilizzo del turbante in luogo del casco protettivo previsto per la circolazione su ciclomotori, sia al porto in luoghi pubblici del *kirpan*, indossato secondo le prescrizioni del culto religioso.

In queste ipotesi, la condotta di conformazione dei *sikh* ai propri precetti culturali genera contrasti con la normativa interna, e precisamente con i divieti previsti nel nostro Codice della Strada¹²⁴ e in materia di controllo di armi, munizioni ed esplosivi¹²⁵.

¹²³ Cfr. N. GRIHAULT, *India. Guida rapida a usi, costumi e tradizioni*, Morellini editore, Milano, 2005, p. 73; A. FUCCILLO, *La simbologia e le osservazioni religiose*, in AA. VV., *Giustizia, Diritto, religioni. Percorsi nel diritto ecclesiastico civile vivente*, a cura di A. Fuccillo, R. Santoro, Giappichelli, Torino, 2014, p. 97 ss.; L. MANCINI, *Simboli religiosi e conflitti nelle società multiculturali*, in AA. VV., *I simboli religiosi tra diritto e culture*, a cura di E. Dieni, A. Ferrari, V. Pacillo, Giuffrè, Milano, 2006 p. 7.

¹²⁴ L’art. 171 del “Nuovo codice della strada”, d. lgs. n. 285 del 30 aprile 1992 e successive modificazioni, rubricato *Uso del casco protettivo per gli utenti di veicoli a due ruote*, recita:

co. 1) “Durante la marcia, ai conducenti e agli eventuali passeggeri di ciclomotori e motoveicoli è fatto obbligo di indossare e di tenere regolarmente allacciato un casco protettivo conforme ai tipi omologati, in conformità con i regolamenti emanati dall’Ufficio europeo per le Nazioni Unite - Commissione economica per l’Europa e con la normativa comunitaria” [...].

co. 2) “Chiunque viola le presenti norme è soggetto alla sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 80 a euro 323. Quando il mancato uso del casco riguarda un minore trasportato, della violazione risponde il conducente”.

¹²⁵ L’art. 4, secondo comma, l. n. 110 del 1975, rubricato *Porto di armi od oggetti atti ad*



Quanto all'utilizzo del turbante, che impedisce evidentemente quello del casco obbligatorio per la circolazione a bordo di motocicli, la giurisprudenza italiana è sempre stata concorde nel ritenere che, nonostante l'irrisona carica offensiva della condotta, potenzialmente pericolosa solo per l'incolumità fisica dello stesso contravventore, questa vada comunque sanzionata in ragione della maggior pregnanza riconosciuta all'interesse di preservare l'incolumità personale rispetto al diritto di manifestare pubblicamente il proprio credo religioso. Orientamento, peraltro, rispondente al c.d. "principio internazionalistico della reciprocità"¹²⁶ secondo cui lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti al cittadino italiano "a condizione di reciprocità e salve le disposizioni contenute in leggi speciali". Trattasi di un principio di giustizia commutativa che, in linea generale e astratta, sancisce il diritto dello straniero di godere delle stesse condizioni riconosciute dal nostro ordinamento ai propri cittadini, purché lo stesso valga anche per gli italiani giudicati dallo Stato di provenienza dello straniero. Il concreto ambito di applicazione di questo principio è fortemente controverso, in quanto subisce le necessarie limitazioni collegate alla previa verifica non solo della sussistenza di norme speculari tra gli ordinamenti venuti in comparazione, ma anche della mutua applicazione delle stesse, nel rispetto, cioè, delle condizioni di reciprocità e del generale principio di uguaglianza. La *ratio* di questo principio è quella di evitare trattamenti discriminatori per gli stranieri e di incentivare, a livello interstatale, lo sviluppo di politiche di scambio e interazioni inclusive tra gli ordinamenti democratici, garantendo il più possibile l'uniformazione dei trattamenti giuridici degli individui, nel segno di una reciprocità intesa sia in senso positivo, come mutua

offendere, recita:

co. 1) (...)

co. 2) "Senza giustificato motivo, non possono portarsi, fuori della propria abitazione o delle appartenenze di essa, bastoni muniti di puntale acuminato, strumenti da punta o da taglio atti ad offendere, mazze, tubi, catene, fionde, bulloni, sfere metalliche, nonché qualsiasi altro strumento non considerato espressamente come arma da punta o da taglio, chiaramente utilizzabile, per le circostanze di tempo e di luogo, per l'offesa alla persona".

¹²⁶ Principio che nel nostro sistema interno trova fondamento nell'art. 16 delle disposizioni preliminari al codice civile italiano (c.d. preleggi) che sancisce: "lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti al cittadino a condizione di reciprocità e salve le disposizioni contenute in leggi speciali. Questa disposizione vale anche per le persone giuridiche straniere". Per approfondimenti di ordine generale su questo principio, vedi anche C. CONSOLI, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. I, *Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 389; L. D'ASCIA, *Diritto degli stranieri e immigrazione. Percorsi giurisprudenziali*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 12 ss.



applicazione di norme speculari nei confronti di cittadini di nazionalità diverse; che in senso negativo, ossia come non obbligatorietà da parte di uno Stato di applicare una norma interna nei confronti dello straniero, laddove lo Stato di provenienza di quest'ultimo non preveda altrettanto nei confronti dei cittadini dello Stato ospitante¹²⁷.

In quest'ottica, le decisioni di organismi sovranazionali, come la Corte EDU, svolgono un'importante funzione di guida e orientamento delle politiche nazionali, dal momento che gli ordinamenti interni possono garantire il rispetto del *principio di reciprocità*, parametrando e modulando le proprie decisioni sulla scorta di quelle sovranazionali¹²⁸.

In tema di reati religiosamente motivati, ad esempio, l'indirizzo adottato dalle Corti italiane appare, almeno in via generale, in linea con il principio espresso dalla Commissione EDU che, con riferimento a un caso giudiziario affine¹²⁹, ha precisato che l'obbligo di sostituire il turbante con il casco al momento della guida è da ritenersi legittimo in quanto funzionale alla tutela dell'incolumità del guidatore stesso.

L'indirizzo restrittivo della giurisprudenza italiana è stato confermato anche di recente da una sentenza di condanna al pagamento di una sanzione pecuniaria inflitta a un *sikh* per aver modificato il proprio casco allo scopo di indossare contemporaneamente, all'atto della guida, anche il turbante¹³⁰. Del resto, il nostro impianto normativo non permette ai *Sikh* di indossare il turbante in luogo del casco protettivo neanche sul luogo nel quale svolgono un'attività lavorativa (ad esempio all'interno di un cantiere edile), conferendo ai principi di salute e sicurezza sul lavoro un peso superiore rispetto al diritto individuale di manifestare la propria fede religiosa¹³¹.

¹²⁷ L. D'ASCIA, *Diritto degli stranieri e immigrazione*, cit., p. 12 ss.

¹²⁸ In tema, con specifico riferimento al divieto da parte del sistema italiano di utilizzo del turbante *sikh* in luogo del casco protettivo, A. FUCCILLO, *Giustizia e Religione*, vol. 1, Giappichelli, Torino, 2011, p. 104 ss.

¹²⁹ Dec. 10 luglio 1978, ric. N. 7992/77, in *Decision et Rapports de la Commission européenne de droits de l'homme*, vol. 14, p. 234, richiamato da A. BERNARDI, *Società multiculturale e "reati culturali". Spunti per una riflessione*, in AA. VV., *Teoria del diritto penale, Criminologia e politica criminale. Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C.E. Paliero, vol. I, Giuffrè, Milano, 2006, p. 60, nota n. 56.

¹³⁰ Vedi "Modifica il casco per il turbante: multato indiano sikh a Treviso", sezione "Strajé-Stranieri", in Gazzetta di Parma, Rassegna online (www.gazzettadiparma.it), 13 aprile 2013, (<https://www.gazzettadiparma.it/news/stranieri/88176/Modifica-il-casco-per-il-turbante.html>).

¹³¹ Per approfondimenti vedi L. SALVADEGO, *Il divieto per i dipendenti di imprese private di esibire simboli religiosi all'esame della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Riv. dir. intern.*, n. 3 del 1 settembre 2017, p. 808 ss.; M.C. IVALDI, *Il fattore religioso nel Diritto dell'Unione Europea tra riconoscimento giurisprudenziale e codificazione normativa*, Nuova Cultura, Roma,



Interessante, al riguardo, risulta la controtendenza del sistema anglosassone che con il *Road Traffic Act* del 1988¹³² ha, invece, previsto un espresso “privilegio a carattere culturale” per i *Sikh*, permettendo loro di continuare a indossare il turbante in luogo del casco durante la circolazione su motoveicoli, conferendo di fatto maggior rilievo alla loro libertà religiosa piuttosto che alle esigenze di pubblica sicurezza e ordine sociale; e, con l'*Employment Act* del 1989¹³³ ha consentito l'utilizzo del turbante in luogo dell'elmetto protettivo anche presso i cantieri edili.

Se la questione del turbante è stata in vari paesi risolta nel senso di favorire l'esercizio del diritto di libertà religiosa dei *sikh*, tanto è stato dovuto soprattutto all'irrisoria carica offensiva insita nella condotta, rispetto alle garanzie di sicurezza e incolumità della collettività.

Al contrario, la questione (sicuramente più “allarmante”) del porto in pubblico del *kirpan* è stata ovunque oggetto di accesi dibattiti e scontri giurisprudenziali a causa della intrinseca idoneità lesiva dell'oggetto e del più marcato potenziale offensivo permeante questa condotta religiosamente orientata; e certamente il diverso modo di approcciare la questione rappresenta una “cartina di tornasole” del grado di integrazione sociale riconosciuto allo straniero in ciascun contesto di appartenenza

La scelta di tollerare o meno questo comportamento varia di paese in paese e risente sicuramente delle tendenze multiculturaliste o assimilazioniste proprie di ogni esperienza giuridica. In linea di massima, nei sistemi del primo tipo l'orientamento predominante è nel senso di permettere l'esposizione di questo emblema di culto anche nei luoghi pubblici¹³⁴, mentre nei secondi, queste condotte vengono generalmente censurate in un'ottica di tutela dell'ordine e della sicurezza collettivi¹³⁵.

2012, p. 5 ss.

¹³² Art. 16 *Road Traffic Act* del 1988: *Wearing of protective headgear* “1. The Secretary of State may make regulations requiring, subject to such exceptions as may be specified in the regulations, persons driving or riding (otherwise than in side-cars) on motor cycles of any class specified in the regulations to wear protective headgear of such description as may be so specified. 2. A requirement imposed by regulations under this section shall not apply to any follower of the Sikh religion while he is wearing a turban” (legge consultabile al seguente link: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/52/section/16>).

¹³³ *Employment Act* del 1989, Sez. 11: “*Exemption of Sikhs from requirements as to wearing of safety helmets on construction sites*”.

¹³⁴ Su tutte, *Multani v. Commission Scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 - SCC 6 cit.; su tale pronuncia, tra gli altri, **S. RODRIGUEZ**, *L'ordinamento costituzionale canadese*, in *L'apporto della Corte suprema alla determinazione dei caratteri dell'ordinamento costituzionale canadese*, a cura di G. Rolla, Giuffrè, Milano, 2008, p. 245, nota n. 9.

¹³⁵ Per approfondimenti sugli ordinamenti turco e francese, vedi **L. VANONI**, *Pluralismo religioso e Stato (post) secolare: una sfida per la modernità*, Giappichelli, Torino, 2016,



Nel nostro ordinamento, l’arresto giurisprudenziale che ha suscitato più scalpore tra gli osservatori di diritto (non tanto per il contenuto del suo dispositivo di condanna, quanto per le argomentazioni¹³⁶ che l’hanno sorretto) è rappresentato dalla sentenza n. 24084 del 2017 della prima sezione penale della Corte di Cassazione¹³⁷. Con essa, a conferma della condanna imposta nei giudizi di merito, la S.C. ha riconosciuto la responsabilità per porto ingiustificato di oggetti atti a offendere di uno straniero colto in luogo pubblico con indosso il “famigerato” pugnale sacro (delle dimensioni, si precisa, di 18,5 cm). Le circostanze che l’imputato fosse di religione *sikh* e che il pugnale in questione fosse un *Kirpan* non sono state ritenute sufficienti a integrare il “giustificato motivo” liceizzante la condotta di porto d’armi ai sensi dall’art. 4, secondo comma, l. n. 110 del 1975.

Una dimostrazione di aperta intolleranza da parte dei giudici di legittimità rispetto al coefficiente religioso fatto valere dall’imputato e, più in generale, verso l’ammissibilità di una sorta di “scriminante religiosa” nel nostro sistema penale, divenuta, non a caso, oggetto di accesi dibattiti non solo tra i giuristi ma anche tra gli studiosi di altre discipline¹³⁸.

Benché sia stato già rilevato che, in tema di reati religiosamente motivati, l’orientamento del nostro diritto vivente sia nel senso di

p. 77 ss.; sul divieto di indossare il *kirpan*, nel sistema italiano vedei **A. CHIBELLI**, *Reati culturalmente motivati*, cit., p. 695 ss.; **ID.**, *La Cassazione e la (ir)rilevanza del “fattore multiculturale”: su Kirpan e dintorni* (in www.archiviopenale.it), 2017, p. 2 ss.; **A. NEGRI**, *Sikh condannato per porto del kirpan: una discutibile sentenza della Cassazione su immigrazione e valori del mondo occidentale*, in *Diritto penale contemporaneo*, Rivista telematica (www.penalcontemporaneo.it), 3 luglio 2017; **A. BERNARDI**, *Populismo giudiziario?*, cit., p. 671; **A. GUSMAI**, «*Giustificato motivo*», cit.; **E. MAZZANTI**, *Porto non autorizzato di kirpan e conformazione ai valori occidentali: un caso di diritto penale “dalla parte del manico”*, in *Cassazione penale*, 2017, 12, p. 4474 ss.; **A. RUGGERI**, *La questione del kirpan quale banco di prova del possibile incontro (e non dell’inevitabile scontro) tra le culture nella cornice del pluralismo costituzionale*, in *Consulta online*, 2017, 2, p. 316.; **A. LICASTRO**, *Il motivo religioso non giustifica il porto fuori dell’abitazione del kirpan da parte del fedele sikh*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 1 del 2017, pp. 9-11.

¹³⁶ **A. BERNARDI**, *Populismo giudiziario?* cit., p. 677, definisce alcuni passaggi della sentenza “francamente imbarazzanti [...] espressivi al contempo di evidenti pregiudizi e di frettolosità nel redigere le motivazioni [...].”

¹³⁷ Cass. pen., sez. I, n. 24084 del 15 maggio 2017 (ud. 31 marzo 2017), Pres. Mazzei, Rel. Novik, con commenti di **A. CHIBELLI**, *Reati culturalmente motivati*, cit., p. 695 ss.; **R. PERRONE**, *Porto ingiustificato di arma da parte dei migranti e “conformazione ai valori del mondo occidentale”*, in *Cassazione penale*, 2018, 2, pp. 616-630.

¹³⁸ **A. GUSMAI**, «*Giustificato motivo*» e (in)giustificate motivazioni sul porto del *kirpan*. A margine di Cass. pen., Sez.I, sent. 24084/2017 (in www.dirittifondamentali.it), 6 maggio 2017; **E. MAZZANTI**, *Porto non autorizzato di kirpan*, cit., p. 4474 ss.



comprimere le garanzie collegate alla libertà religiosa ove questa si ponga in frizione con i divieti normativi finalizzati alla tutela della sicurezza e dell'ordine pubblici e della pacifica convivenza sociale¹³⁹, la statuizione in commento (che pur sembra formalmente uniformarsi a questo filone), è risultata particolarmente esorbitante per le argomentazioni utilizzate. Nello specifico, la Corte non ha ritenuto la libertà di religione - riconosciuta a livello costituzionale, e addotta dal reo a giustificazione della propria condotta - un valore di per sé sufficiente a fondare il *giustificato motivo* di cui al secondo comma dell'art. 4 della legge in esame. Posto che del giustificato motivo, per giurisprudenza consolidata, debba sempre darsi una interpretazione contestualizzata e attenta alle specifiche esigenze del soggetto¹⁴⁰, alla sua condizione e al suo contegno, nonché alla natura e funzione dell'oggetto trasportato¹⁴¹, l'elemento che ha alimentato le maggiori critiche è stato il passaggio argomentativo attraverso il quale gli Ermellini sono giunti ad asserire la sussistenza, in capo allo straniero, di un onere - ben più pregnante di quello dettato dalla propria religione - di conformare i propri valori alle regole della società nella quale sceglie liberamente di stanziarsi e "di verificare preventivamente la compatibilità dei propri comportamenti con i principi che la regolano e quindi della liceità di essi in relazione all'ordinamento giuridico che la disciplina"¹⁴² poiché, secondo i giudici, non è tollerabile la violazione consapevole di norme cogenti nella società di accoglienza da parte di chi vi si sia insediato.

Molto probabilmente, se la Corte si fosse limitata a condannare il fedele *sikh* argomentando la propria decisione sulla sola scorta di un bilanciamento tra il diritto individuale di religione e i contrapposti diritti all'ordine e alla sicurezza pubblici, assumendo come prevalenti questi ultimi, non avrebbe attratto critiche così aspre, in quanto sarebbe rimasta,

¹³⁹ Cass. pen., sez. I, n. 24739 del 14 giugno 2016 e n. 25163 del 6 giugno 2016 in **A. LICASTRO**, *Il motivo religioso non giustifica*, cit., e nota a Cass., sez. I, sent. 31 marzo 2017 (dep. 15 maggio 2017), n. 24048, Pres. Mazzei, Rel. Novik, Imp. Singh, di A. NEGRI, *Sikh condannato per porto del kirpan*, cit.

¹⁴⁰ La Corte costituzionale con sentenza del 29 aprile 1982, n. 79, al § 5 statuisce: "La norma in esame [...] chiaramente stabilisce specifici criteri di individuazione delle armi improprie: idoneità degli strumenti all'offesa della persona; non equivocità del proposito di arrecare tale offesa desumibile dalle circostanze di tempo e di luogo e dalla mancanza di motivi che giustifichino il porto degli strumenti fuori della propria abitazione [...]".

¹⁴¹ **A. GASPARRE**, *Armato di bicchiere minaccia e provoca lesioni: la metamorfosi di un accessorio del bar in oggetto idoneo ad offendere*, nota a Cass. pen. n. 35237 del 2012, in *Diritto e Giustizia* (www.dirittoejustizia.it), 14 settembre 2012.

¹⁴² Cass. pen., sez. I, sentenza n. 24084 del 2017, p. 4, §. 2.3, in **A. NEGRI**, *Sikh condannato per porto del kirpan*, cit.



tutto sommato, in sintonia con l'ormai più accorso orientamento interno sul tema. Al contrario, la scelta di fondare la condanna dello straniero su una asserita mancanza di volontà di uniformarsi al mondo occidentale e ai suoi "valori" (che, a dire degli Ermellini, dovrebbero essere assoluti o, comunque, sempre prevalenti rispetto a quelli della sua tradizione di provenienza), sostanziandosi in una presa di posizione apodittica e incurante delle esigenze di contemporamento caratterizzanti oggi più che mai qualsivoglia contesto policulturale, ha generato indignazione e sconforto tra quei giuristi che, condannando le derive populiste del diritto penale della nostra epoca¹⁴³ e ravvisando nella paura sociale dello straniero e nel rifiuto di ciò che è diverso una pericolosa zavorra per la futura evoluzione del diritto penale, non hanno potuto esimersi dal ritener questa decisione irragionevole e "inaccettabile in un moderno ordinamento liberaldemocratico"¹⁴⁴.

6 - Il "test culturale" a garanzia dello straniero imputato: una soluzione valida?

La cursoria rassegna sin qui svolta del formante normativo e di quello giurisprudenziale in materia di reati "culturalmente orientati" testimonia, dunque, un progressivo processo di "irrigidimento" del sistema interno; in particolare, sebbene la tendenza della giurisprudenza sia nel senso di interpretare i casi di crimini degli stranieri in maniera "culturalmente sensibile", la stessa è risultata talvolta ancorata a percorsi ermeneutici soggettivi e arbitrari e, sempre più spesso, deteriori per l'autore appartenente a una specifica minoranza etnico-religiosa; una tendenza, dettata il più delle volte da fenomeni di pre-comprensione o di adesione a strategie populiste, che potrebbe determinare un anacronistico e inaccettabile ritorno al "diritto penale del nemico"¹⁴⁵ (niente di più

¹⁴³ A. BERNARDI, *Populismo giudiziario?*, cit., p. 688 ss.

¹⁴⁴ R. PERRONE, *Porto ingiustificato di arma*, cit., p. 631 ss.

¹⁴⁵ M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al nemico*, in *Cass.pen.*, n. 2 del 2006, pp. 735-777; G. DE MINICO, *Costituzione, emergenza e terrorismo*, cit., p. 201 ss.; AA. VV., *Diritto penale del nemico: un dibattito internazionale*, a cura di M. Donini, M. Papa, Giuffrè Editore, Milano, 2007; F. ZUMPANI, *Critica del diritto penale del nemico e tutela dei diritti umani*, in *Diritto e Questioni pubbliche* (in www.dirittoequestionipubbliche.org), n. 10 del 2010, pp. 525-552); L. FERRAJOLI, *Il "diritto penale del nemico" e la dissoluzione del diritto penale*, in *Quest. Giust.*, n. 4, 2006, pp. 1-16; F. RESTA, *Nemici e criminali. Le logiche del controllo*, in *Ind. Pen.*, 2006, 1, p. 181 ss.; F. MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007, 2-3, pp. 470-492; A. SESSA, *Ostinata criminalizzazione della clandestinità e tenuta democratica del sistema: fondamento e limiti alle opzioni della politica criminale simbolica*, in AA. VV., *La società*



semplice, del resto, dell'operazione intellettuale che identifica il *nemico* con lo *straniero*), con ricadute discriminatorie sul piano del trattamento giuridico degli immigrati che non dovrebbero più essere ammesse in una società giuridica moderna, improntata all'integrazione sociale e all'*interculturalità*¹⁴⁶.

Per far fronte a tale pericolosa deriva, parte della dottrina si è resa promotrice di una soluzione che, qualora trovasse accoglimento tra i "pratici" del settore, forse potrebbe sortire risultati efficaci in termini di garanzie di difesa del reo e certezza del diritto. La soluzione in parola consiste nell'introduzione, nel consueto "armamentario" a disposizione del giudice penale nella fase endoprocessuale, di un c.d. «*test culturale*», ossia di una sorta di protocollo d'indagine che lo orienti nella valutazione circa la responsabilità penale del reo straniero in caso di commissione di un reato culturalmente orientato¹⁴⁷.

Oltretutto, secondo quanto rilevato dalla stessa dottrina che anima la proposta, la giurisprudenza, nella valutazione di qualsivoglia tipologia di reato culturalmente motivato, di fatto, starebbe già applicando, "in via informale e più o meno consapevolmente"¹⁴⁸, i parametri analitici che la

punitiva. *Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*. Un dibattito promosso dall'Associazione Italiana Professori di Diritto Penale, in *Diritto penale contemporaneo*, Rivista telematica (www.dirittopenalecontemporaneo.it), 21 dicembre 2016, pp. 19-27; L. PEPINO, *Prove di paura: Barbari, marginali, ribelli, Giappichelli*, Torino, 2015; G.L. GATTA, *Aggravante della "clandestinità"* (art. 61, n. 11-bis, c.p.): uguaglianza calpestata, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2009, 713 ss.; J. JACOBS, *Diritto penale del nemico*, in AA. VV., *Diritto penale del nemico: un dibattito internazionale*, a cura di M. Donini, M. Papa, Giuffrè, Milano, 2007, p. 6 ss; K. AMBOS, *Il diritto penale del nemico*, in AA. VV., *Diritto penale del nemico*, cit., p. 29 ss.; M. DONINI, *Diritto penale di lotta v. diritto penale del nemico*, in AA. VV., *Delitto politico e diritto penale del nemico. Nuovo revisionismo penale*, a cura di A. Gamberini, R. Orlando, Monduzzi, Bologna, 2007, p. 131

¹⁴⁶ G. CROCCO, *Sistema penale e dinamiche interculturali: le implicazioni del movente culturale nella commissione del reato e rilevanza delle culturale defences*, in *Giurisprudenza Penale*, Rivista telematica (www.giurisprudenzapenale.com), 2015, p. 49 ss.; L. FERRAJOLI, *Il "diritto penale del nemico": un'abdicazione della ragione*, in AA. VV., *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, a cura di A. Bernardi, B. Pastore, A. Pugiotto, Giuffrè, Milano, 2008, p. 161 ss.

¹⁴⁷ Per approfondimenti sul "test culturale" vedi F. BASILE, *I reati "culturalmente motivati"*, cit., p. 126 ss.; L. SCUDIERI, *Dalla cultural defence al "test culturale": luci e (soprattutto) ombre del dibattito italiano*, in *Sociologia del diritto*, 2018, 1, pp. 125-154; I. RUGGIU, *Il giudice antropologo e il "test culturale"*, in *Questione Giustizia*, Rivista telematica (www.questionejustizia.it), 2017, 1, p. 216 ss.; C. DE MAGLIE, *Reati culturalmente motivati: ideologie e modelli penali*, cit., p. 157.

¹⁴⁸ F. BASILE, *I reati "culturalmente motivati"*, cit., p. 134; al riguardo anche I. RUGGIU, *Il giudice antropologo e il "test culturale"*, cit., p. 224, sostiene: "Analizzando comparativamente i modi in cui i giudici hanno declinato l'argomento culturale è possibile



dottrina vorrebbe fossero introdotti ufficialmente nella prassi; pertanto, la loro assunzione nel processo ermeneutico sarebbe funzionale, se non altro, ad assicurarne la massima condivisione (come del resto sarebbe sempre utile fare con ogni *best practice* accreditata a livello scientifico) con l'effetto (auspicabile) di indirizzare e uniformare l'operato dei giudici in sede interpretativa.

Nel merito, sottoporre una fattispecie concreta al *test culturale* vorrebbe dire "scomporla" e analizzarla alla luce di tre *variabili cumulative*: la carica di offensività del fatto culturalmente orientato commesso dal reo; la natura e il grado di vincolatività della norma cui lo straniero ha ritenuto di conformarsi nel commetterlo; e il grado di integrazione sociale e culturale del reo rispetto al contesto ospitante¹⁴⁹.

In quest'ottica, il *test culturale*, sulla falsariga del modello già in uso nel sistema nord-americano¹⁵⁰, potrebbe consistere in una sorta di scheda analitica che, focalizzando l'attenzione del giudice sulle tre variabili summenzionate, dovrebbe coadiuvarlo nel pervenire alla qualificazione giuridica del fatto e nella valutazione circa *l'an* e il *quantum* della pena da irrogare al soggetto agente.

Così, ad esempio, volendo provare a lumeggiare alla stregua del *test culturale* una vicenda culturalmente orientata quale quella del fedele *Sikh* che rechi con sé in pubblico il proprio pugnale sacro, potrebbe, in prima battuta, già rilevarsi la pressoché minima carica offensiva insita nella condotta contestatagli in forza dell'art. 4, secondo comma, della legge n. 110 del 1975. Questa norma, infatti, pur essendo posta a tutela di un bene giuridico particolarmente rilevante (quale l'ordine pubblico), rivela l'*intentio legis* di non censurare in via astratta e assoluta qualsiasi condotta passibile di esporre a rischio tale bene, ma solo di quei comportamenti che analizzati in concreto e "contestualizzati" determinino una esposizione a pericolo del bene tutelato. Del resto è lo stesso dettato normativo a mitigare la portata del precezzo, non solo qualificando la fattispecie astratta come

evidenziare l'emersione di diversi *topoi* argomentativi generalmente usati in quanto si rivelano persuasivi nei riguardi dell'uditore del giudice e intercettano il senso comune. [...] Va, tuttavia, segnalato che questi *topoi* non vengono presi in considerazione in modo costante e sistematico".

¹⁴⁹ I. RUGGIU, *Il giudice antropologo e il "test culturale"*, cit., p. 224.

¹⁵⁰ L. SCUDIERI, *Dalla cultural defence al "test culturale"*, cit., in nota n. 2; I. RUGGIU, *Il giudice antropologo e il "test culturale"*, cit., p. 224, dà atto che: "Per evitare che la soluzione casistica creasse una situazione di incertezza, in ambiente nord-americano sono nati i primi *test* culturali con cui si è cercato di proceduralizzare l'*iter* argomentativo del giudice in una serie di passaggi. Creati dalle Corti supreme, tali *test* si sono imposti alle Corti di merito".



illecito di natura contravvenzionale (e prevedendo la sola sanzione dell’ammenda «nei casi di lieve entità, riferibili al porto dei soli oggetti atti ad offendere»), ma anche, e in via aggiuntiva, escludendone la sussistenza in presenza di un “*giustificato motivo*” a sostegno della condotta stessa. Dunque, già con riferimento alla prima delle variabili suggerite dal *test culturale*, il giudice dovrebbe rilevare la scarsa “aggressività” di un simile contegno e, se di comportamenti culturalmente orientati si vuole discutere, in questo frangente è opportuno farlo evitando di colorare il fattore culturale di quell’accezione negativa che sovente acquisisce quando, invece, permea delitti di sangue posti in essere per motivi di onore, o violenze sessuali e maltrattamenti intrafamiliari posti in essere in virtù di opinabili precetti culturali discendenti da antiche tradizioni patriarcali, poiché, in queste ipotesi, i beni tutelati dai precetti normativi sono certamente più pregnanti e il grado di offensività delle condotte lesive (o potenzialmente tali) è ben più elevato¹⁵¹.

Posta, dunque, la pressoché minima potenzialità offensiva della condotta del *sikh*, soffermandosi sulla seconda variabile del *test culturale*, l’interprete non dovrebbe riscontrare particolari criticità nell’individuazione del precetto vigente nello statuto di appartenenza dello straniero, in conformità del quale l’imputato ha tenuto quel peculiare comportamento. Un *sikh*, infatti, in qualità di *adepto* di una religione monoteista di antica tradizione, manifesta la propria adesione al culto attraverso l’adozione di un preciso codice di abbigliamento e il grado di vincolatività e di cogenza che questi precetti religiosi hanno nel proprio contesto di provenienza sembra fuori discussione se si considera che i fedeli *sikh* continuano a conformarsi ad essi e ad abbigliarsi secondo i propri dettami religiosi, anche dopo essere immigrati ed essersi stabiliti in paesi

¹⁵¹ F. BASILE, *I reati “culturalmente motivati”*, cit., pp. 134-135, provando a valutare col metro del *test culturale* il caso di un violenza sessuale posta in essere da un marocchino nei confronti della sua giovane sposa, a pochi giorni dal loro matrimonio, in punto di offensività della condotta (e cioè con riferimento alla prima variabile del *test culturale*) non esclude che il fatto costituisca una grave e palese violazione dei diritti inviolabili della persona umana che costituiscono «[...] uno sbarramento invalicabile contro l’introduzione nella società civile di consuetudini, prassi e costumi “antistorici” [...]», ma afferma altresì che, sebbene la prima delle tre variabili precluda qualsiasi esito assolutorio del caso concreto, la considerazione delle altre due (variabili) vale certamente ad incidere sul *quantum* della punibilità, permettendo all’interprete di applicare a favore del reo l’attenuante della *minor gravità* di cui all’art. 609-bis, terzo comma, c.p., per avere commesso un fatto che secondo il proprio ordinamento giuridico di provenienza non è configurato come illecito in quanto consumato nell’ambito di un rapporto intraconiugale e, per di più, con una donna, legittimamente sposata, appartenente alla stessa etnia del reo e avente il suo stesso *background* di provenienza.



diversi dal proprio luogo di origine. Con specifico riguardo alle modalità di accertamento del grado di cogenza di un precezzo religioso rispetto a uno specifico contesto di provenienza, la dottrina sostenitrice della fruibilità del test culturale da parte degli interpreti, rappresenta che dal 2004 le Corti Canadesi utilizzano (evidentemente con successo) un *test religioso* articolato in una serie di argomenti finalizzati a valutare il complessivo grado di condivisione e cogenza di una pratica religiosa in un certo contesto socio-culturale. Secondo questo schema, l'interprete dovrebbe, innanzitutto, individuare la specifica pratica religiosa oggetto di contestazione; valutare se in capo all'*adepto* residui la possibilità di operare scelte alternative; accettare il grado di adesione del reo a quella data religione e che tipo di danno deriva ai terzi dall'attuazione di quella pratica; dovrebbe, poi, bilanciare il diritto di religione del reo con gli altri diritti con esso venuti in frizione e, infine, valutare se una eventuale limitazione di quel diritto individuale sarebbe ragionevole/tollerabile in una società democratica¹⁵². Un percorso logico-argomentativo che, a conti fatti, non sembra poi così distante da quello che qualsiasi altro giudice italiano percorre già, indipendentemente dall'esistenza di un protocollo pre-individuato che lo orienti in tal senso, ma che, secondo la dottrina sostenitrice del test culturale, qualora fosse espressamente adottato nella prassi, in tema di reati culturalmente motivati, varrebbe a connotarlo di maggior oggettività e "prevedibilità", con (si ritiene) maggiori garanzie per il reo¹⁵³.

Quanto, infine, all'ultima variabile, ossia alla "biografia" del soggetto agente, questa dovrebbe essere dirimente ai fini della valutazione del caso concreto posto al vaglio del giudice poiché, suggerendogli di accettare il grado di integrazione del reo nella cultura del paese ospitante, gli dovrebbe permettere di calibrare la risposta sanzionatoria tenendo conto dei criteri di commisurazione in parte già elencati nell'art. 133 c.p. (quali ad esempio, i motivi a delinquere e le condizioni di vita del reo ...) ma anche di

¹⁵² **I. RUGGIU**, *Il giudice antropologo e il "test culturale"*, cit., p. 225, specifica: "la Corte suprema canadese ha nel 2004 forgiato un suo *test religioso* che prevede le seguenti domande: 1) *Individuazione della pratica religiosa*. 2) *Limitazione non banale (non trivial burden) e possibili alternative per il soggetto*. 3) *Quanto è sincero il soggetto?* 4) *La pratica arreca un danno?* 5) *Bilanciamento con altri diritti*. 6) *La limitazione è ragionevole in una società democratica?*".

¹⁵³ In tal senso **F. BASILE**, *I reati "culturalmente motivati"*, cit., p. 135, in particolare, sostiene che, attraverso un'accorta ponderazione delle tre fondamentali variabili, sarebbe possibile approdare, in presenza di determinati presupposti, ad un cauto e circoscritto riconoscimento benevolo del fattore culturale "[...] ogni qualvolta la realizzazione del reato costituisca davvero l'esito di un conflitto normo-culturale ancora irrisolto, di talché il reato commesso dall'immigrato di cultura diversa potrebbe effettivamente risultare meno rimproverabile rispetto ad uno stesso identico fatto commesso da un imputato di cultura italiana".



tutti gli ulteriori elementi del caso concreto concorrenti a fondare un giudizio di rimproverabilità del soggetto che non prescinda dal previo accertamento dell’eventuale presenza di un *error iuris incolpevole* in capo allo stesso, dovuta al suo scarso livello di integrazione nell’ordinamento d’accoglienza. Attraverso quest’ultimo passaggio, il giudice dovrebbe riuscire a pervenire a una soluzione sanzionatoria che sia ritagliata sulle esigenze rieducative del reo e che sia in linea con i principi di rango costituzionale che governano la materia (art. 27, primo e terzo comma, Cost.).

Alla luce di quanto sin qui esaminato, l’introduzione del *test culturale* in sede penale, o anche e più semplicemente di linee guida da condividersi nella prassi applicativa, potrebbe probabilmente agevolare il lavoro dei giudici nella valutazione delle fattispecie culturalmente orientate, restringendo (forse) il rischio di giudicati oscillanti¹⁵⁴. Tuttavia permangono dubbi sull’effettiva valenza di questo meccanismo che, in sostanza, ricalcando schemi ermeneutici già noti e già in uso tra gli interpreti, non si comprende come, una volta “proceduralizzato”, potrebbe condurre a risultati diversi da quelli finora ottenuti.

D’altra parte, non può non rilevarsi che è la natura stessa dei reati culturalmente orientati a renderli terreno particolarmente scivoloso per il diritto vivente: essi, presupponendo un conflitto tra ordinamenti e patrimoni culturali diversi, non dovrebbero essere affidati alle libere interpretazioni dei giudici, benché “culturalmente sensibili”, ma dovrebbero piuttosto essere oggetto di apposite e mirate strategie di politica criminale, che, quanto meno, li sottraggano alle dinamiche distorte e patologiche del populismo penale.

Del resto, seppur classificato come modello assimilazionista, il nostro ordinamento non ha mai vietato l’uso del velo o del *burqa*, valorizzando proprio il significato culturale e la natura inoffensiva del comportamento tenuto dalle donne musulmane¹⁵⁵. Anche il porto in pubblico del *kirpan* non

¹⁵⁴ In questa direzione **I. RUGGIU**, *Il giudice antropologo e il “test culturale”*, cit., p. 232, ove si afferma: “Anche in assenza di un intervento del legislatore, i giudici potrebbero sviluppare una propria riflessione su un modo comune di risolvere i conflitti multiculturali”.

¹⁵⁵ **G. BASSETTI**, *Interculturalità, libertà religiosa, abbigliamento. La questione del burqa*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica, (www.statoechiese.it), n. 25 del 2012, p. 42, nota 121; **L. VANONI**, *Pluralismo religioso e Stato (post) secolare*, cit., p. 111 ss; **U. ZINGALES**, *Il limite di compatibilità dei simboli religiosi negli spazi pubblici di una democrazia aperta: il caso del burqa e del niqab*, in *Federalismi.it*, Rivista telematica (www.federalismi.it), *Focus human right*, n. 2, del 3 aprile 2015; **S. FERRARI**, *La lotta dei simboli e la speranza del diritto (Parte seconda): la guerra “italiana” al “burqa” e al “niqab”*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, vol. 20, 2012, 1, pp. 39-62.



è mai stato criminalizzato dal nostro legislatore (lo ha fatto la giurisprudenza, soprattutto dopo il 2009). Sembra allora il caso di chiedersi se questo improvviso irrigidimento del diritto vivente non sia forse la spia di una crisi capillare che in questa fase storica sta interessando il nostro contesto socio-politico¹⁵⁶ e che guarda allo straniero come a una *minaccia*. In carenza di norme idonee a regolare le sempre nuove dinamiche relazionali interculturali, il diritto vivente sta ricorrendo a interpretazioni evolutive di quelle già esistenti¹⁵⁷ e pare che lo faccia più allo scopo di arginare l'allarmismo diffuso e la paura sociale dello straniero nell'immediato¹⁵⁸, che di garantire l'integrazione sociale nel lungo termine.

È allora auspicabile un intervento del legislatore in funzione di ripristino delle garanzie proprie del sistema penale che, pur dovendo provvedere, insieme agli altri meccanismi di controllo, a tutelare la sicurezza e l'incolumità pubbliche, non può farlo a detrimenti dei fondamentali diritti degli stranieri e, per questo, dovrebbe optare per politiche più inclusive e tolleranti che si prefiggano il duplice obiettivo di contemperare efficacemente le esigenze di tutti i consociati, sia nella loro sfera individuale che come formazioni sociali, e di armonizzare il diritto interno con il *trend* sovranazionale, affinché il nostro sistema non resti avulso dal contesto globale di vocazione inclusiva.

¹⁵⁶ Per interessanti riflessioni sulle più recenti evoluzioni dell'„emergenza” immigratoria in Italia e le sue ripercussioni sul piano giuridico: **A. DI STASI, L. KALB**, *La gestione dei flussi migratori tra esigenze di ordine pubblico, sicurezza interna ed integrazione europea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, pp. 6-10; **V. MILITELLO, A. SPENA**, *Il traffico di migranti:diritti, tutele e criminalizzazione*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 35-40; **U. NAZZARO**, *I decreti “immigrazione” e “sicurezza” del 2017: considerazioni critiche*, in *Rivista Penale*, 2017, 7-8, pp. 599-608; **A. SESSA**, *Ostinata criminalizzazione della clandestinità e tenuta democratica del sistema: fondamento e limiti alle opzioni della politica criminale simbolica*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2016; **A. SPATARO**, *Dati sulle sentenze di condanna pronunciate in Italia, successivamente all' 11 settembre 2001, per i reati di terrorismo internazionale o per i reati collegati al terrorismo internazionale*, in *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, a cura di R.E. Kostoris, R. Orlandi, Giappichelli, Torino, 2006, p. 457 ss.; **F. VIOLA**, *Diritti umani e globalizzazione del diritto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009, p. 17.

¹⁵⁷ **A. SESSA**, *Ostinata criminalizzazione*, cit., pp. 19-27; **D. LOPRIENO, N. FIORITA**, *La libertà di manifestazione del pensiero e la libertà religiosa nelle società multiculturali*, Firenze University Press, Firenze, 2009, p. 124 ss.

¹⁵⁸ **A. SESSA**, *Ostinata criminalizzazione*, cit., pp. 19-27; **L. PEPINO**, *Prove di paura: Barbari, marginali, ribelli*, cit.; **S. ANASTASIA, D. FALCINELLI, M. ANSELMI**, *Populismo penale: una prospettiva italiana*, Cedam, Padova, 2015; **L.D. CERQUA**, *Diritto penale delle società*, Cedam, Padova, 2010, pp. 11-15; **A. SPATARO**, *Dati sulle sentenze di condanna pronunciate in Italia, successivamente all'11 settembre 2001*, cit., p. 457 ss.; **G. FORNASARI**, *Nuove riflessioni sulle categorie dogmatiche del diritto penale davanti alla sfida del multiculturalismo*, in *La Magistratura*, 2014, p. 24.



Wojciech Brzozowski

(Assistant Professor in Law and Religion, University of Warsaw)

Is Islam incompatible with European identity?

ABSTRACT: The current EU migration crisis has confronted Europe with the need to manage an unprecedented influx of refugees and migrants, many of whom report Islamic religious identity. The actual concern is whether following the rules of Islam in everyday life (e.g. wearing of religious clothing and symbols, respecting gender equality, exercising parental rights) can be reconciled with the Western standards of human rights. Unsurprisingly, it is not a new question, and it has been examined on many occasions - though rarely in an open manner - by the European Court of Human Rights (ECtHR) and other standard making bodies in the European legal space. This standard seems to be evolving, slowly and not in one direction, gaining some growing scholarly attention recently. Applying some of Sharia rules by individuals in the private sphere may be permissible as part of their freedom to observe the precepts of their religion, but it should not be endorsed or enforced by the state. However, the recent relinquishment in favor of the Grand Chamber in a case concerning the application of Sharia law by a state court to an inheritance dispute between Greek citizens belonging to the Muslim minority suggests that this traditional view may soon be challenged. Not less surprising is the recent ECtHR judgment in the case of Hamidović, in which a violation of freedom of religion or belief has been found on account of the punishment of a witness for refusing to remove his Islamic skullcap while giving evidence before a criminal court. At the same time, the interpretation of the European Convention of Human Rights seems to be well-established, and therefore continuously applied, regarding the admissibility of ban on concealment of one's face in public places motivated by religion. In the end, however, it is not only about Islamic practice being accommodated by the European standard makers. The question remains open if the idea of European identity itself needs to be transformed, redefining secularity and reflecting social changes in Europe.

SUMMARY: 1. Introduction - 2. Islam and human rights: valid partners or sworn enemies? - 3. The Islamic challenge to Europe - 4. Many faces of Sharia - 5. Face veils and forbidden handshakes - 6. Conclusions.



1 - Introduction

Over the years, Europe has become home to a large and still growing Muslim population. In this short paper, I intend to address the concerns whether following the rules of Islam in everyday life (e.g. wearing of religious clothing and symbols, adopting specific views on gender equality, exercising parental rights) can be reconciled with the European standards of human rights. It hardly needs to be pointed out that Islam is not a homogenous religious and philosophical tradition; its popular image is, in fact, a patchwork of many Islamic schools of thought, from comparatively liberal to strict and orthodox. The present study does not offer an in-depth analysis of theological differences between these schools, as my intention is to focus exclusively on the legal perspective.

To this aim, I will assume that the underpinning values which form the very essence of European identity are those of the European Convention on Human Rights (hereinafter 'ECHR'), as interpreted by the European Court of Human Rights (hereinafter 'ECtHR') and other standard making bodies in the Old Continent's legal space, such as Parliamentary Assembly of the Council of Europe (hereinafter 'PACE'). These values include: respect for human and minority rights, equality between women and men, peaceful settlement (through dialogue) of political and social conflicts, rejection of intolerance, racism and xenophobia¹⁵⁹. Respecting and promoting these standards is supposed 'to preserve democratic stability in Europe by cultivating open, vibrant, culturally diverse and cohesive societies'¹⁶⁰. It is exactly this inherent pluralism that makes it fruitless to see the European identity as a sum of national identities.

In the first section of this article, I address the tension between the Islamic version of human rights and the ideals of pluralism and diversity, also in matters of religion. In the second part, I briefly explain how the compatibility of Islam with European identity has become a burning issue and what guiding principles have been accepted by the European standard making bodies so far. In the next sections, the most relevant case-law of the European Court of Human Rights is discussed, with the central question whether the Court succeeds or fails in integrating the Muslim population

¹⁵⁹ PACE Doc. 8856: 'Drafting of a charter defining Europe's "common values". Motion for a recommendation' (5 October 2000). The motion has not been discussed in the Assembly and therefore is not legally binding, but the suggested catalogue seems helpful in explaining the nature of European identity.

¹⁶⁰ PACE Recommendation 2049 (2014): 'Identities and diversity within intercultural societies'. Text adopted by the Assembly on 25 June 2014 (24th Sitting).



with the common European identity. In the concluding remarks, I present my view on how Islam can be reconciled with that identity.

2 - Islam and human rights: valid partners or sworn enemies?

Despite its claims for universal recognition, the idea of human rights is inherently connected with the Western philosophy and institutions. The human rights movement in the 20th century emerged mostly as a consequence of immense atrocities committed during the Second World War, especially the Holocaust, which took place in Europe, the cradle of the Western civilization. The human rights movement has been largely animated by the Western world and driven either by the Christian or by non-religious interpretations of human dignity. This is not to say that the representatives of many predominantly Muslim countries had no share in establishing the universal system of human rights protection. Without their support the United Nations today would not enjoy the reputation and respect that they deserve. Yet it is hard to argue that the origins of the human rights philosophy were substantially marked by any Islamic school of thought. Notably, today's understanding of human rights would not be the same without the Enlightenment tradition, whose values were reflected in the French Declaration of the Rights of the Man and of the Citizen of 1789. The Islamic tradition has never undergone a similar intellectual revolution: a fact which can be perceived as a major deficiency by the Western world or as a sign of wisdom by a conservative Islamic thinker.

For these reasons, the Islamic scholars demonstrate an ambiguous attitude towards the concept of human rights. Some of them tend to agree that the idea can be reconciled with Islam, but many believe that the international human rights law is tainted with a Western bias and that the Western notions related to certain matters can be corruptive to Islamic traditions¹⁶¹. Such views may suggest that the 'universal' project of human rights promotion is in fact another chapter of the postcolonial domination.

From another perspective, this conflict between Islam and the internationally accepted standards of human rights can be interpreted as an inevitable clash of two competing universalisms, both of them claiming to have recognized universally applicable principles and both of them being empirically unprovable¹⁶². The differences are indeed deeply rooted: they

¹⁶¹ I. OH, *Islamic conceptions of human rights*, in VV. AA., *Handbook of Human Rights*, T. Cushman edition, Routledge, New York, 2014, p. 261.

¹⁶² N. COX, *The Clash of Unprovable Universalisms. International Human Rights and Islamic* 56



concern the most profound beliefs related to human nature and human destiny. At the same time, these beliefs are reflected on a less abstract level, affecting the understanding of the role of women in the society, the scope of parental authority or the social status of religious minorities. These are probably the issues which produce the greatest tension with the Western norms and practice.

The discrepancy between the Islamic vision of human rights and the Western ideas is probably best illustrated by the Cairo Declaration of Human Rights (hereinafter 'CDHR')¹⁶³, which is often seen as the Islamic response to the Universal Declaration of Human Rights. The internal structure of both documents is quite similar, and so is the catalogue of human rights to which protection is being afforded, but actually these similarities could not be more deceiving. Whereas the UN Declaration proclaims in its preamble 'the advent of a world in which human beings shall enjoy freedom of speech and belief' as the highest aspiration of the common people, the opening part of the Cairo Declaration claims that the humanity is 'confused because of different and conflicting beliefs and ideologies', and should therefore be guided by the Islamic *Ummah* (worldwide community). The UN Declaration is committed to promoting 'social progress and better standards of life in larger freedom', and the Islamic alternative appears to be 'freedom and right to a dignified life in accordance with the Islamic Shari'ah'. In the Western world, freedom is founded in 'the inherent dignity and [...] the equal and inalienable rights of all members of the human family', without elaborating more in this respect, but the Cairo declaration leaves no space for interpretation, stating that 'fundamental rights and freedoms according to Islam are an integral part of the Islamic religion' and even calling them 'binding divine commands'. Having read the Cairo preamble, it is hard to be surprised that instead of declaring religious freedom for all, the Islamic declaration reads as follows: 'Islam is the religion of true unspoiled nature. It is prohibited to exercise any form of pressure on man or to exploit his poverty or ignorance in order to force him to change his religion to another religion or to atheism' (Art. 10 CDHR). There is obviously no need to exercise the right to convert to another religion as part of human dignity since only 'the true religion is the guarantee for enhancing such dignity along the path to human integrity' (Art. 1a CDHR).

Law, in *Oxford J. L. & Rel.*, 2013, pp. 307-329.

¹⁶³ Cairo Declaration of Human Rights in Islam adopted and issued at the 19th Islamic Conference of Foreign Ministers in Cairo on 5 August 1990. Retrieved on 2 September 2018 from www.fmreview.org/Human-Rights/cairo.html.



The strict approach adopted in the Cairo Declaration was later significantly nuanced in the Arab Charter on Human Rights (hereinafter 'ACHR')¹⁶⁴, which was the next step in the setting up of the Arab system of human rights protection, resembling the adoption of the International Covenant on Civil and Political Rights¹⁶⁵. While the Charter refers in its preamble to the principles 'consecrated by the noble Islamic religion', it also acknowledges 'other divinely-revealed religions'. The right to freedom of thought, conscience and religion was expressly mentioned (Art. 30 ACHR), along with the right of persons belonging to minorities to practice their own religion (Art. 25 ACHR). Nonetheless, some parts of the Charter - including those which referred to women and children rights, or which equated Zionism with racism - were still criticized for being inconsistent with international human rights standards¹⁶⁶.

3 - The Islamic challenge to Europe

The current EU migration crisis has confronted Europe with the need to manage an unprecedented influx of refugees and migrants, many of whom report Islamic religious identity. In 2016, the Muslim population in Europe was estimated at 25.8 million (4.9% of the overall population); interestingly, it is expected to increase even if all migration into Europe from predominantly Muslim countries were to be limited or even permanently stopped, and the reason for this projection is that the Muslims are statistically younger and have more children than other Europeans¹⁶⁷. The extent to which this social change has already affected or will affect the European integration project can hardly be overestimated. So far it has stimulated the growth of populist and nationalist movements targeting minority religious groups with anti-immigrant rhetoric; a wall of mistrust

¹⁶⁴ Arab Charter on Human Rights. Adopted in Cairo on 15 September 1994. Retrieved on 2 September 2018 from www.humanrights.se/wp-content/uploads/2012/01/Arab-Charter-on-Human-Rights.pdf.

¹⁶⁵ However, it needs to be remembered that the Arab voice does not represent the whole Islamic world.

¹⁶⁶ **M. RISHMAWI**, *The Revised Arab Charter on Human Rights: A Step Forward?*, in *Hum. R. L. Rev.*, 2005, pp. 361-376; see also: Statement by UN High Commissioner for Human Rights on the entry into force of the Arab Charter on Human Rights, Geneva, January 30, 2008. Retrieved on 6 September 2018 from <https://iheu.org/arab-charter-human-rights-incompatible-international-standards-louise-arbour>.

¹⁶⁷ 'Europe's Growing Muslim Population'. Retrieved on 2 September 2018 from www.pewforum.org/2017/11/29/europe-s-growing-muslim-population.



between the 'old' Europe and the new EU member states, the latter being rather reluctant to participate in handling of the migration crisis, has been raised; and in some cases, the social concern over Islamic extremism has been reflected in laws, policies and actions restricting religious beliefs and practices, which unfortunately mirrors the global trend in this respect¹⁶⁸. Moreover, some member states are being accused of departing from the European standard of religious freedom in relation to Muslim religious communities¹⁶⁹. Apart from numerous acts of hostility and discrimination motivated by religious hatred, these recent developments seem to jeopardize, in the long run, inter-religious dialogue in Europe.

That dialogue has never been easy, but for a long time the European elites used to believe that the European project was inclusive enough to embrace the religious differences and to accommodate the Muslim claims with no detriment to the cultural identity of the continent. Such an approach is undergoing a serious crisis. The conflicts which result from the unexpected, and often unwanted, meeting of people with different cultural and religious background have revived or strengthened doubts about Islam being compatible with European identity. It can be assumed that this shift reveals something important both about the majority and the minority: the former apparently no longer believes in the attractiveness of its own identity, the latter probably feels that their hopes for equal treatment and equal opportunities were not satisfied.

The approach of the European bodies to this issue is nuanced and complex. It was probably best summed up in one of the PACE resolutions, which addresses the problem of Islamic extremism and extremism against Muslim communities in Europe¹⁷⁰. The reason to discuss these two extremisms together is that they reinforce each other. It is no surprise that

¹⁶⁸ 'Global Uptick in Government Restrictions on Religion in 2016'. Retrieved on 2 September 2018 from www.pewforum.org/2018/06/21/global-upnick-in-government-restrictions-on-religion-in-2016.

¹⁶⁹ This is notably the case of Slovakia, which now requires a religious group to have at least 50.000 followers in order to qualify for state subsidies; see **G. SAMUELS**, *Slovakia bars Islam from becoming state religion by tightening church laws*, Retrieved on 6 September 2018 from www.independent.co.uk/news/world/europe/slovakia-bars-islam-state-religion-tightening-church-laws-robert-fico-a7449646.html. The same can be said of Austria, whose new legislation is accused of promoting unequal treatment of Muslim communities, see **R. DAUTOVIĆ, F. HAFEZ**, *Institutionalizing Islam in Contemporary Austria: A Comparative Analysis of the Austrian Islam Act of 2015 and Austrian Religion Laws with Special Emphasis on the Israelite Act of 2012*, in *Oxford J. L. & Rel.*, 2018, pp. 1-23.

¹⁷⁰ PACE Resolution 1743 (2010): 'Islam, Islamism and Islamophobia in Europe' (hereinafter 'PACE Resolution 1743 (2010)'). Text adopted unanimously by the Assembly on 23 June 2010 (23rd Sitting).



the Assembly recognizes the contribution of the Islamic civilization to European culture and stresses that the three monotheist religions have the same roots; they also share the same values, which have been included in the European Convention on Human Rights. Discrimination against Muslims is unacceptable and actions should be taken in order to combat Islamophobia. At the same time, the resolution condemns some standards of conduct which are widespread in the Islamic world, such as full veiling of women and female genital mutilation. The Assembly deplores that in some countries persons belonging to a religious and cultural minority attempt to develop a parallel society instead of integrating with other social groups. Consideration may need to be given to the fact that some Islamic organizations rely on financial support and political guidance from abroad, and if that is the case, 'national political expansion under the guise of Islam should be brought to light'¹⁷¹.

Importantly, a distinction is made by the Assembly between Islam and Islamism, the latter seeing religion as inseparable from social, legal and political life. This cannot be reconciled with European values: 'Islamism can be violent or mainstream and peaceful, but in both cases it does not accept the separation between religion and state, which is a fundamental principle of democratic and pluralistic societies'¹⁷².

These guidelines, set by the Assembly in 2010, are in fact based on principles which had been accepted by the Council of Europe bodies for a long time before the resolution was adopted. Consequently, it may be interesting to examine how these principles were translated into practice by the European Court of Human Rights.

4 - Many faces of Sharia

The Court has spoken on some occasions on the compatibility of the Islamic legal order with the values of the European Convention on Human Rights. The best known is the case concerning the dissolution of the Turkish Welfare Party (Refah Partisi), an Islamist political movement which called for the secular political regime to be replaced by theocracy and whose leader advocated the supremacy of the Koran through a holy war¹⁷³. The political agenda of the Welfare Party referred to divine rules as the basis for

¹⁷¹ PACE Resolution 1743 (2010), para. 7.

¹⁷² PACE Resolution 1743 (2010), para. 2.

¹⁷³ *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey*, Applic. Nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98 (ECtHR, Grand Chamber, 13 February 2003).



the political system, which meant that their desired model of the society and of the state would be based on Sharia.

The Court declared that Sharia was incompatible with the fundamental values of the Convention and cited its earlier view on that case, before the case was referred to the Grand Chamber:

"the Court considers that sharia, which faithfully reflects the dogmas and divine rules laid down by religion, is stable and invariable. Principles such as pluralism in the political sphere or the constant evolution of public freedoms have no place in it. [...] It is difficult to declare one's respect for democracy and human rights while at the same time supporting a regime based on sharia, which clearly diverges from Convention values, particularly with regard to its criminal law and criminal procedure, its rules on the legal status of women and the way it intervenes in all spheres of private and public life in accordance with religious precepts"¹⁷⁴.

These findings have been recently repeated in the case concerning the dissolution of a foundation providing teaching at secondary and university level whose hidden agenda was to establish a regime based on Sharia¹⁷⁵. The Court has confirmed that democracy is a fundamental feature of the European public order and the Convention must never be used to undermine or destroy its own ideals. A regime based on the Islamic religious law, regulating every realm of life and admitting no exception to the divine rules, cannot be reconciled with the European way of life.

Nevertheless, Sharia should not be reduced to a social and political regime, for the meaning of this term is far more complex. It can be understood at least in three ways: as classical legal scholarship, the science of finding and interpreting rules; as a code of conduct either practiced outside state rule or enforced by the state; or as a slogan, denoting simply something 'good', close to the broad idea of justice¹⁷⁶. The European Court of Human Rights in the case of Refah Partisi clearly meant just one of the above - the oppressive code of conduct enforced by the state bodies. However, the Court neglected the need to provide the definition of Sharia¹⁷⁷, which may lead to misunderstandings as to what exactly was considered to be incompatible with European identity. Rejecting Sharia as

¹⁷⁴ *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey*, cit., para. 123.

¹⁷⁵ *Zehra Foundation and Others v. Turkey*, Applic. No. 51595/07 (ECtHR, Second Section, 10 July 2018).

¹⁷⁶ M.S. BERGER, *Understanding Sharia in the West*, in *J. L. Rel. & St.*, 2018, pp. 241-243.

¹⁷⁷ For critical discussion, see e.g. D. McGOLDRICK, *Accommodating Muslims in Europe: From Adopting Sharia Law to Religiously Based Opt Outs from Generally Applicable Laws*, in *Hum. R. L. Rev.*, 2009, pp. 603-645.



such, without explaining what is meant under this term, can be interpreted as disqualification of the whole Islamic way of life, and that would most probably alienate the Muslim population in Europe.

The fact that Sharia is not a homogenous codification of religious and political beliefs but rather a set of rules concerning a wide range of issues, from everyday life problems to public policy and legislation, should affect the Western approach to Islamic claims for accommodation. The question is not whether they are generally acceptable or not, but to what extent - and above all, on what grounds - some of them should not be recognized. For example, replacing the Western model of democracy with Islamic theocracy is obviously unacceptable, and does not even seem realistic, the same cannot be said of creating alternative financial bonds which are designed to comply with Sharia (*sukuk*).

The guiding principle seems to be that following some of the Sharia rules by individuals may be permissible as part of their freedom to observe the precepts of their religion, but only as long as other persons' rights are not infringed. This is well illustrated by the issue of Islamic mediation and arbitration in family matters, which in principle is based on voluntary participation and should not be seen as generally incompatible with the European values; however, some practices related to Islamic family law may not be in line with human rights on account that they discriminate women¹⁷⁸, and this makes a difference.

Another condition is that practising Sharia by individuals should be confined to the private sphere, in the sense that it ought not to be endorsed or enforced by the state. Surprisingly, the European Court of Human Rights may not have had its final word in this respect. The recent relinquishment in favour of the Grand Chamber in a case concerning the application of Sharia law by a state court to an inheritance dispute between Greek citizens belonging to the Muslim minority¹⁷⁹ suggests that this traditional view can soon be challenged¹⁸⁰.

¹⁷⁸ R. KACZMARCZYK, *Muslim Arbitration in Family Matters: Chance for Parties or Challenge for Human Rights*, in VV. AA., *Collection of Papers From the International Academic Conference 9th - 10th October 2015: Bratislava Legal Forum 2015*, D. Čičkánová, I. Hapčová, V. Mičátek editions, Comenius University, Bratislava, 2015, p. 702.

¹⁷⁹ *Molla Sali v. Greece*, Applic. No. 20452/14.

¹⁸⁰ Relinquishment of jurisdiction to the Grand Chamber is admissible if a case pending before a Chamber raises a serious question affecting the interpretation of the Convention or if the resolution of a question before the Chamber might have a result inconsistent with a judgment previously delivered by the Court (Art. 30 ECHR). If the latter is the reason for relinquishment, the Chamber sees the need to depart from the well-established case law of the Court.



5 - Face veils and forbidden handshakes

Apart from the Sharia issue, the question whether Islam is compatible with the European values or not, or to what extent, has rarely been answered by the Court in an open manner. This is largely because the Court in principle does not deal with such abstract problems. As an international court, charged with supervising the enforcement of the rights enshrined in the European Convention on Human Rights, it examines applications from individuals and delivers judgments in particular cases. The Court is not entitled to assess national legislation *in abstracto*, nor does it issue recommendations similar to those published by PACE. Still, its case law allows for some general observations as regards Islam and the European common values. Of course, in most situations the religious affiliation of the applicant does not play a role in the proceedings before the Court and it does not even need to be revealed in the judgment. Yet in some cases there is a nexus between the alleged violation and the religious identity of the applicant, and this identity can be Islamic.

The Court has on many occasions examined cases which originated from national bans on wearing of religious costumes or symbols. While bans concerning religious symbols may affect persons reporting diverse religious identities, such as Christian or Jewish, the prohibition of religious clothing is more likely to be aimed at the Muslim population. This is because the requirements of Islam in this respect seem to be far more rigorous. In particular, it is expected in many Islamic traditions that a woman should wear a headscarf or a veil, and sometimes this requirement amounts to the obligation of full veiling through the burqa or the niqab. It is no surprise that PACE sees such traditions as a threat to women's dignity and personal freedom, for such a veil - covering the entire face, with the possible exception of the eyes - can be perceived as 'a symbol of the subjugation of women to men, restricting the role of women within society, limiting their professional life and impeding their social and economic activities'¹⁸¹.

Concealing one's face for religious reasons may interfere with public order or public security. This is why the Court had no consideration for applications concerning women's refusal to remove an Islamic veil for security reasons, be it for purposes of an identity check¹⁸² or to appear as requested in photographs for official documents¹⁸³. Even if an item of

¹⁸¹ PACE Resolution 1743 (2010), para. 15.

¹⁸² *El Morsli v. France*, Applic. No. 15585/06 (ECtHR, Third Section, Dec., 4 March 2008).

¹⁸³ *Karaduman and Others v. Turkey*, Applic. No. 8810/03 (ECtHR, Second Section, 17 June



clothing is central to the observance of religious traditions, the religious needs of the applicant must always be weighed against the countervailing values and the fair balance needs to be struck. There was no doubt that more weight should be accorded to security reasons than to the inconvenience caused by the temporary removal of a headscarf or a veil.

Islamic claims for accommodation were also dismissed in cases concerning religious clothing in educational institutions, such as schools and universities. This category of cases, however, seems more complex and unobvious. It needs to be remembered that bans on religious items of clothing may affect teachers and/or students. Legal restrictions imposed on teachers are easily justified for many reasons¹⁸⁴. First, as public servants they represent public authorities in the school environment and therefore should contribute to ensuring the neutrality of the public education system. Second, by accepting the post of a teacher in a public school one voluntarily accepts an interference with their rights, including the right to manifest their religious beliefs. Third, if a teacher works with small children, his or her wearing of garments clearly identifying him or her as a member of a particular faith or denomination amounts to improper proselytism, since children are easily influenced. Quite different is the case of students and pupils. A ban on their wearing of religious clothing can be justified e.g. on health and safety grounds¹⁸⁵. It needs to be remembered though that the students do not act in the name of the State but on their own and are not obliged to commit to high standards of neutrality; on the contrary, the educational environment should facilitate the growth of their personality and their forming of a critical spirit. Due to that difference, the judgments in the cases involving students must not simply reproduce the logic applied to teachers. This is probably why the famous case of a medical university student in Turkey who had been punished for wearing religious clothing was decided by the Court using different argumentation than in the teacher cases¹⁸⁶. While the need to preserve secularity of the public institutions was considered to be a legitimate aim in view of the Turkish history and politics, the central point of the Court's reasoning was the margin of appreciation theory, which made the Grand Chamber act like Pilate and declare that the

2008); *Emine Araç v. Turkey*, Applic. No. 9907/02 (ECtHR, Second Section, 23 September 2008).

¹⁸⁴ Cf. *Dahlab v. Switzerland*, Applic. No. 42393/98 (ECtHR, Second Section, Dec., 15 February 2001).

¹⁸⁵ *Dogru v. France*, Applic. No. 27058/05 (ECtHR, Fifth Section, 4 December 2008); *Kervancı v. France*, Applic. No. 31645/04 (ECtHR, Fifth Section, 4 December 2008).

¹⁸⁶ *Leyla Şahin v. Turkey*, Applic. No. 44774/98 (ECtHR, Grand Chamber, 10 November 2005).



local authorities were in principle better placed to balance the competing legal interests.

The fact that all the above cases were brought to the Court by female applicants, actively requesting protection of their right to manifest Islamic religious identity, seems to contradict the popular opinion that women of that identity are helpless victims of religious oppression. It can be argued that exhausting domestic remedies and turning to an international court demonstrates a high level of legal awareness of the applicant. Of course, this should not blur the real picture. Making an application to the European Court of Human Rights is hardly an everyday experience of an average Muslim woman. Yet it indicates a phenomenon which should not be neglected by the Court. As PACE notes, the decision to wear a headscarf or a veil is not necessarily always forced upon women by their families or by the local Muslim community; as a consequence, the law should not go so far as to deny women the right to cover their head or their face if they freely desire to do so. Such a personal choice, as long as it remains free from any coercion, should enjoy legal protection stemming from Article 9 ECHR (freedom of religion or belief).

This issue was examined by the Court in the case of a woman who reported to be a victim of the French ban on concealment of one's face in public places¹⁸⁷. What makes that case particularly interesting and thought-provoking is that while the practice of the full-face veil may be considered to be at odds with such values as dignity, liberty, and gender equality, the applicant's arguments and willingness to find a compromise did not make it easy to dismiss her claims for accommodation as clearly incompatible with the European values. The applicant agreed to show her face whenever requested to do so for important reasons like security or identity checks, but she wished to have a choice whether to wear the veil or not in her everyday life. She declared that her aim was 'not to annoy others but to feel at inner peace with herself'¹⁸⁸. Indeed, a lesson from the earlier Strasbourg case-law had been learned.

Surprisingly enough, the Grand Chamber of the Court declared that neither the right to privacy nor the freedom of thought, conscience and religion had been violated by the French authorities; the vote was not unanimous, but only two judges opposed the verdict. The majority acknowledged the fact that a blanket ban on the wearing in public places of clothing designed to conceal the face may have the effect of isolating women and restricting their autonomy, and that they could perceive such a ban as

¹⁸⁷ See *S.A.S. v. France*, Applic. No. 43835/11 (ECtHR, Grand Chamber, 1 July 2014).

¹⁸⁸ *S.A.S. v. France*, cit., para. 12.



a threat to their identity. The Court also expressed its disapproval of the criminal sanctions attached to the ban, noting that the possibility of being prosecuted for concealing one's face in public places can be 'traumatising'¹⁸⁹. However, it was the argument presented by the government that proved to be ultimately decisive:

«the Government indicated that it was a question of responding to a practice that the State deemed incompatible, in French society, with the ground rules of social communication and more broadly the requirements of "living together". From that perspective, the respondent State is seeking to protect a principle of interaction between individuals, which in its view is essential for the expression not only of pluralism, but also of tolerance and broadmindedness without which there is no democratic society [...]. It can thus be said that the question whether or not it should be permitted to wear the full-face veil in public places constitutes a choice of society»¹⁹⁰.

The judgment delivered in the case of S.A.S., which seems to have determined the Court's approach to the full-face veil issue for the years to come¹⁹¹, remains highly controversial. However, it is not the margin of appreciation theory nor the magic formula of 'living together' that should raise one's concern. The use of the margin of appreciation theory is justifiable and it would have been enough for the Court to step back from deciding on the merits of the case. Similarly, the idea of 'living together', had it been smoothly integrated with one of the values enshrined by the Convention in the limitation clauses concerned¹⁹², would have served the aim of dismissing the claims of the applicant. For that reason, I do not subscribe to fundamentally critical views on the 'living together' principle¹⁹³, especially if it is used as one of the pillars of the integrationist argumentation; such was the subsequent case of the Muslim parents refusing to send their daughters to take part in mixed swimming lessons on conscience grounds¹⁹⁴. Without elaborating this point, it is enough to say

¹⁸⁹ *S.A.S. v. France*, cit., para. 152.

¹⁹⁰ *S.A.S. v. France*, cit., para. 153.

¹⁹¹ See *Belcacemi and Oussar v. Belgium*, Applic. No. 37798/13 (ECtHR, Second Section, 11 July 2017); *Dakir v. Belgium*, Applic. No. 4619/12 (ECtHR, Second Section, 11 July 2017).

¹⁹² Art. 8.2, Art. 9.2 ECHR.

¹⁹³ Yet it is probably the idea of 'living together' that received most criticism, see e.g. **C. TSEVAS**, *Human Rights and Religions: «Living Together» or Dying Apart? A Critical Assessment of the Dissenting Opinion in S.A.S. v. France and the Notion of "Living Together"*, in *Rel. St. & Soc.*, 2017, pp. 203-215; **T. PAGOTTO**, *The "living together" argument in the European Court of Human Rights case-law*, in *Studio z Prawa Wyznaniowego*, 2017, pp. 9-34.

¹⁹⁴ *Osmanoğlu and Kocabas v. Switzerland*, Applic. No. 29086/12 (ECtHR, Third Section,



that the concept has a potential to expand in the Strasbourg case-law, as illustrated, a bit ironically, by the title of one of the recent papers¹⁹⁵.

What should actually raise concerns is that in the above case the religiously motivated dress-code was in fact banned on grounds that it was incompatible with the hallmarks of European identity. This goes well beyond what the European Court of Justice has decided in the recent cases of Muslim women whose employment was terminated on account of the fact that they had wished to wear the Islamic headscarf during working hours¹⁹⁶. The approach adopted by the ECJ may be criticized, but it should be remembered that its impact is limited to the sphere of employment and occupation. The assessment of the Strasbourg Court was much more radical: a life-style of a minority was declared unworthy of legal protection because of the majority opinion of the society. It is hard not to see the potentially disturbing consequences of that logic.

Does it mean that the Muslim claims for accommodation as regards the public manifestation of religious identity have no prospects whatsoever before the Court? Not necessarily, as evidenced by the judgment delivered last year in the case of Hamidović¹⁹⁷, in which a violation of freedom of religion or belief has been found on account of the punishment of a witness for refusing to remove his Islamic skullcap while giving evidence before a criminal court. The Court declared that ‘the applicant’s act was inspired by his sincere religious belief that he must wear a skullcap at all times, without any hidden agenda to make a mockery of the trial, incite others to reject secular and democratic values or cause a disturbance’. It further added:

“Although individual interests must on occasion be subordinated to those of a group, 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 [...]”¹⁹⁸.

10 January 2017).

¹⁹⁵ S. TROTTER, “Living Together”, “Learning Together”, and “Swimming Together”: Osmanoğlu and Kocabas v Switzerland (2017) and the Construction of Collective Life, in *Hum. R. L. Rev.*, 2018, pp. 157-169.

¹⁹⁶ Judgment of 14 March 2017 in Case C-157/15, *Samira Achbita, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. G4S Secure Solutions NV*, ECLI:EU:C:2017:203; Judgment of 14 March 2017 in Case C-188/15, *Asma Bougnaoui and Association de défense des droits de l’homme (ADDH) v. Micropole SA*, ECLI:EU:C:2017:204.

¹⁹⁷ *Hamidović v. Bosnia and Herzegovina*, Appl. No. 55792/15 (ECtHR, Fourth Section, 5 December 2007).

¹⁹⁸ *Hamidović v. Bosnia and Herzegovina*, cit., para. 41.



The Court declared that the case of Hamidović was completely different from the cases concerning the wearing of religious symbols and clothing in the workplace, but the judgment is seen by many as a shift in the Court's case-law as regards the accommodation of Islamic religious practice. The importance of that judgment, as one of the authors was right to notice, transcends the courtroom environment¹⁹⁹, even though the full meaning of this shift is yet to be revealed. Still, there are limits of accommodation that must not be exceeded. This is why I find it hardly conceivable that the Court could ever find a violation of the rights of Muslim women in cases concerning loss of opportunities due to the refusal to shake hands with a man. Such legal disputes begin to be decided by courts across the continent, with contrasting results²⁰⁰, and it is probably just a matter of time until they reach the European Court of Human Rights.

6 - Conclusions

In light of the above, it is clear that the concerns about European identity should be balanced against the need to accommodate the religious practice of the Muslim minority. Some suggestions may help to reconcile these two factors.

First, Islam as a whole should not be seen as incompatible with European identity. The Muslim population ought to be encouraged to integrate and not alienated by openly hostile interpretations or biased identity constructs, founded on the exclusion of religious minorities.

Second, a distinction needs to be drawn between Islam, which is a religion, and Islamism, which is best described as 'a religiously disguised form or political extremism'²⁰¹. As such, Islamism should not be afforded legal protection under Article 9 ECHR - it should rather be actively combatted. Cartoons are not an offense to Europe²⁰², but incitement to hatred and violence always is.

¹⁹⁹ E. BREMS, *Skullcap in the Courtroom: A rare case of mandatory accommodation of Islamic religious practice* (in <https://strasbourgobservers.com>, 2017).

²⁰⁰ 'Sweden Muslim woman who refused handshake at job interview wins case'. Retrieved on 6 September 2018 from [www.bbc.co.uk/news/world-europe-45207086?ns_campaign=bbcnews&ocid=socialflow_facebook&ns_source=facebook](http://www.bbc.co.uk/news/world-europe-45207086?ns_campaign=bbcnews&ocid=socialflow_facebook&ns_source=facebook&ns_mchannel=social). 'Muslim couple denied Swiss citizenship over no handshake'. Retrieved on 6 September 2018 from www.bbc.co.uk/news/world-europe-45232147?ns_source=facebook&ns_campaign=bbcnews&ns_mchannel=social&ocid=socialflow_facebook.

²⁰¹ PACE Resolution 1743 (2010), para. 20.

²⁰² Needless to say, this is a reference to the tragic shootings which took place in 2015



Third, not all Islamic traditions deserve accommodation in the Western world. When confronted with religiously motivated discriminatory practices among individuals, the European states should not hesitate to act and to side with the victim, not with the oppressor. This, by the way, holds true not just for Islam but for any religion, including those which have dominated in Europe for ages. Secularity and religious neutrality of the state remain the best cure for fanaticism, intolerance and extremism under the cover of religion.

Last, any attempts at integration are likely to fail if the mainstream culture doubts its own attractiveness. Human rights, freedom and gender equality build up the core of European identity and the most powerful message of the European legal space. Understanding this message means preserving the identity; preserving the identity means sharing this message with others.

after the French satirical weekly newspaper Charlie Hebdo published a cartoon featuring Muhammad; see **N. COX**, *Pourquoi Suis-Je Charlie? Blasphemy, Defamation of Religion, and the Nature of Offensive Cartoons*, *Oxford Journal of Law and Religion*, in *Hum. R. L. Rev.*, 2015, pp. 343-367; **D. KEANE**, *Cartoons, Comics and Human Rights after the Charlie-Hebdo Massacre*, in *Rel. & Hum. R.*, 2015, pp. 229-243.



Marco Croce

(ricercatore di Diritto ecclesiastico e canonico nell'Università degli Studi di Firenze, Dipartimento di Scienze giuridiche)

La decisione CEDU *Lautsi c. Italia* e la sua influenza come precedente nelle decisioni interne successive

*The case Lautsi v. Italy and its impact as a precedent
in the subsequent domestic case law*

ABSTRACT: The article proposes a re-reading of the decision of the ECtHR (Grande Chambre) in the case Lautsi v. Italy of 2011 in light of two recent judgments by Italian lower courts (the Administrative tribunal of Sardinia, decision no. 383 of 2017, and the Tribunal of Modena, decision of the 20 December 2016). The author claims that the decision of the ECHR cannot be considered as a relevant precedent for the two subsequent domestic cases, both for procedural and substantial reasons, as it is confirmed by the different interpretations that have been given in the two cases.

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. *Lautsi c. Italia*: davvero un precedente significativo? - 3. La decisione del T.A.R. Sardegna: un caso di utilizzazione strumentale e apodittica del precedente - 4. La sentenza del Tribunale di Modena: come discostarsi dal precedente con un'ampia motivazione e la tecnica della distinzione - 5. Conclusioni.

1 - Premessa

Con questo lavoro ci si propone di tornare a riflettere sulla problematica dell'esposizione obbligatoria del crocifisso nello spazio pubblico alla luce di due recenti sentenze, passate peraltro abbastanza inosservate in dottrina²⁰³,

²⁰³ A eccezione di **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*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 1 del 2018, che menziona in nota 1 la decisione del Tribunale di Modena e dedica il paragrafo 2 dello scritto a una serrata e condivisibile critica della sentenza del T.A.R. Sardegna. L'Autore opportunamente distingue in termini netti la problematica dell'esibizione *personale* dei simboli religiosi da quella dell'esposizione di carattere *istituzionale* (cosa non sempre presente nel dibattito dottrinale che vede spesso la sovrapposizione, con conseguente confusione argomentativa, delle due diverse e distinte problematiche). Per l'autore inoltre non sarebbe soddisfacente limitare la portata dell'analisi sulla problematica (e sui limiti) dell'ostensione istituzionale dei simboli



attraverso le quali i giudici italiani hanno risolto controversie richiamando nella motivazione la sentenza della Grande Camera della Corte EDU che nel 2011 pose fine al decennale *Caso Lautsi*²⁰⁴.

Si è scelto di provare a dare un taglio diverso dal solito all’analisi affiancando al ragionamento di diritto sostanziale l’indagine sulle modalità di utilizzazione del precedente da parte dei giudici interni: dapprima dunque si procederà a ricostruire il significato, processuale e di merito, della decisione della Corte europea dei diritti dell’uomo, per verificare quanto essa possa essere passibile di richiamo e applicazione in casi successivi²⁰⁵.

religiosi ai soli luoghi dove si esercitano le pubbliche funzioni, ben potendo rilevare la stessa pure come “espressione di una forma di esercizio di un potere (pubblicistico) privo di diretto riscontro territoriale (si pensi alla raffigurazione di un santo in una moneta coniata dalla banca centrale di uno Stato) e incrociarsi, in qualche caso, persino con valenze di carattere simbolico *ulteriori e distinte*, da quelle evocate dalla rappresentazione a tema fideistico (tipicamente, quando il simbolo religioso è esso stesso parte di un emblema di un ente pubblico o di una istituzione statale)” (p. 3).

²⁰⁴ La bibliografia sia sul tema dell’esposizione del crocifisso che sul *Caso Lautsi* è quasi sterminata: in questa sede non si può dunque che rinviare ai richiami fatti in **M. CROCE**, *La libertà religiosa nell’ordinamento costituzionale italiano*, ETS, Pisa, 2012, pp. 249-280, cui si possono aggiungere, ora, quelli operati nei recenti lavori di **L. GIANNUZZO**, *Laicità europea e libertà religiosa alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in tema di simboli religiosi: ipotesi ricostruttive*, Libellula editore, Tricase, 2017, e di **M. TOSCANO**, *Il fattore religioso nella Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo. Itinerari giurisprudenziali*, ETS, Pisa, 2018. Cfr. pure **P. ANNICCHINO**, *Tra margine di apprezzamento e neutralità: il caso «Lautsi» e i nuovi equilibri della tutela europea della libertà religiosa*, in *Diritto e religione in Europa. Rapporto sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo in materia di libertà religiosa*, a cura di R. Mazzola, il Mulino, Bologna, 2012, p. 179, e i saggi presenti in **AA. VV.**, *La laicità crocifissa? Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici*, a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, Giappichelli, Torino, 2004. In generale sul tema dei simboli religiosi cfr. almeno **AA. VV.**, *Symbolon/Diabolon. Simboli, religioni, diritti nell’Europa multiculturale*, a cura di E. Dieni, A. Ferrari, V. Pacillo, il Mulino, Bologna, 2005; **AA. VV.**, *I simboli religiosi tra diritto e culture*, a cura di E. Dieni, A. Ferrari, V. Pacillo, Giuffrè, Milano, 2006; **AA. VV.**, *Simboli e comportamenti religiosi nella società globale*, a cura di M. Parisi, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006. Vedi infine anche **S. LUZZATTO**, *Il crocifisso di Stato*, Einaudi, Torino, 2011, e **G. ZAGREBELSKY**, *Simboli al potere. Politica, fiducia, speranza*, Einaudi, Torino, 2012.

²⁰⁵ Sulla tecnica del precedente e sul valore dello stesso nel nostro ordinamento cfr. **A. PIZZORUSSO**, *Delle fonti del diritto*, in *Commentario c.c. Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna, 1977, p. 525 ss.; **F. GALGANO**, *L’interpretazione del precedente giudiziario*, in *Contratto e impresa*, 1985, p. 701 ss.; **B. INZITARI**, *Obbligatorietà e persuasività del precedente giudiziario*, in *Contratto e impresa*, 1988, p. 527 ss.; **G. SARTOR**, *Precedente giudiziale*, in *Contratto e impresa*, 1995, p. 1300 ss.; **M. BIN**, *Precedente giudiziario, «ratio decidendi» e «obiter dictum»*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1988, p. 1004 ss.; **M. BIN**, *Il precedente giudiziario*, Cedam, Padova, 1995; **G. GORLA**, *Precedente giudiziale*, in *Enc. giur.*, Treccani, Roma, 1990, vol. XXIII; **V.**



Si passerà poi all'analisi dei due casi e delle due decisioni nei quali si è rintracciata nella motivazione la menzione e l'utilizzazione di *Lautsi c. Italia*, per verificare se e come questa decisione sia entrata nel circuito argomentativo dei giudici interni.

Infine, si proverà a riassumere nelle conclusioni ciò che sembra emergere da queste prime decisioni che esplicitamente si sono richiamate al precedente convenzionale: il campione statistico è ovviamente molto esiguo, ma pare comunque potersi già trarre una qualche conclusione generale che sembra essere in linea con il diverso orientamento che in punto di incostituzionalità dell'esposizione obbligatoria del crocifisso - e, in generale, nelle questioni che involgono l'applicazione pratica del principio di laicità dello Stato - si è manifestato tra giudice ordinario e giudice amministrativo già da diversi anni.

2 - *Lautsi c. Italia*: davvero un precedente significativo?

Prima di analizzare le sentenze dei giudici nazionali al fine di valutare l'eventuale portata di precedente assunta dalla decisione della *Grande Chambre* della Corte EDU del 18 marzo 2011 non si può fare a meno di sottolineare un passaggio della sentenza, collocato in una posizione di sostanziale preambolo alla motivazione nel merito, in cui i giudici di Strasburgo sembrano rimarcare la necessità di confinare la portata della decisione in limiti particolarmente stretti:

"In primo luogo la Corte precisa che *l'unica questione* di cui si trova investita è quella della compatibilità, tenuto conto delle circostanze della causa, della presenza dei crocifissi nelle aule delle scuole pubbliche italiane con le esigenze degli articoli 2 del Protocollo n. 1 e 9 della Convenzione. Così, nella fattispecie, *da una parte non deve esaminare la questione della presenza di crocifissi in luoghi diversi dalle scuole pubbliche. Dall'altra parte, non deve pronunciarsi sulla compatibilità della presenza di crocifissi nelle aule delle scuole pubbliche con il principio di laicità per come è sancito nel diritto italiano*"²⁰⁶.

MARINELLI, *Precedente giudiziario*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, Giuffrè, Milano, 2002, vol. VI; **M. TARUFFO**, *Precedente e giurisprudenza*, Editoriale scientifica, Napoli, 2007, nonché gli autori richiamati in un recentissimo scritto di **R. BIN**, *Il diritto alla sicurezza giuridica come diritto fondamentale*, in www.federalismi.it, n. 17/2018. Per ulteriori considerazioni sul tema e altri riferimenti giurisprudenziali cfr., volendo, **M. CROCE**, *Precedente giudiziale e giurisprudenza costituzionale*, in *Contratto e Impresa*, 2006, p. 1114 ss.

²⁰⁶ CEDU, Grande Chambre, *Lautsi c. Italia*, 18 marzo 2011, par. 57.



L'original intent dei giudici di Strasburgo riguardo al valore del proprio precedente sembra essere piuttosto chiaro: *a) la ratio decidendi* dovrà dunque essere limitata esclusivamente alla compatibilità tra il diritto italiano e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nulla dicendosi dunque riguardo a una eventuale possibile incostituzionalità della normativa alla luce della Costituzione italiana; *b)* ciò che in questo caso la Corte disporrà riguarderà unicamente le aule della scuola pubblica, per cui in future cause riguardanti l'obbligo della presenza del crocifisso in altri ambienti la compatibilità con la C.e.d.u. andrà nuovamente vagliata senza che questa decisione debba necessariamente essere considerata un precedente pertinente.

Si può dunque già solo sulla base di questa constatazione asserire che *Lautsi c. Italia* è una decisione con efficacia di precedente piuttosto limitata, potendosi invocare la stessa *in maniera corretta e pertinente* solo in una nuova causa dinanzi alla Corte EDU avente a oggetto l'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche. Il fatto poi che sia una decisione con una opinione dissidente ben argomentata aumenta le probabilità di un possibile rovesciamento in futuro da parte della stessa *Grande Chambre* in casi identici o analoghi²⁰⁷.

Ma non è solo da questo "preambolo" che si desume lo scarso valore conformativo di questa decisione su eventuali futuri casi che si

²⁰⁷ CEDU, Grande Chambre, *Lautsi c. Italia*, 18 marzo 2011, *Opinione dissidente del Giudice Malinverni, alla quale aderisce il Giudice Kalaydjieva*: nella motivazione si fa notare che *a)* l'esposizione del crocifisso in Italia ha base legislativa estremamente debole, che *b)* laddove le corti supreme o costituzionali europee si siano trovate a prendere posizione sulla questione del crocifisso hanno fatto prevalere *sempre e senza eccezione il principio della neutralità*, e che *c)* il fatto di vivere in una società multiculturale richiede, per la *tutela effettiva* della libertà religiosa e del diritto all'educazione, una rigorosa neutralità dello Stato nell'insegnamento pubblico, il quale deve sforzarsi di favorire il pluralismo educativo come elemento fondamentale di una società democratica così come concepita dalla Convenzione.

Quanto al significato del crocifisso, il Giudice Malinverni sottolinea che lo stesso è un simbolo innegabilmente religioso e inquadra correttamente la fattispecie in questa maniera: è lo Stato che sta esponendo un simbolo religioso come proprio in un contesto dove le persone sono poste in una situazione dalla quale non possono liberarsi (e i minori sono inoltre più vulnerabili dal punto di vista delle possibilità di indottrinamento surrettizio).

La conclusione, che riprende in gran parte l'impostazione della II sezione, è arricchita anche da un passaggio che colloca concettualmente in modo rigoroso il problema che abbiamo dinanzi: "non si tratta infatti di impedire che a scuola siano presenti simboli religiosi (ad esempio portati come capi di abbigliamento in esercizio della propria libertà religiosa), piuttosto si tratta di evitare che lo Stato ne assuma uno come proprio imponendolo a tutti (quanto meno quando si sia in presenza di uno Stato non confessionale)."



ripresentassero; anche la parte motivazionale e, paradossalmente, in misura maggioritaria, le opinioni concorrenti portano a ritenere che si sia in presenza di un precedente difficilmente utilizzabile nell'ambito di un sindacato giurisdizionale all'interno dell'ordinamento italiano: innanzitutto siamo in presenza del riconoscimento del margine di apprezzamento e questa tecnica di giudizio ha proprio il senso di lasciare impregiudicata, nei limiti tracciati, la possibilità dello Stato di regolare la materia²⁰⁸; si tratta dunque di una sentenza che, seppur formalmente di merito, si avvicina moltissimo come effetti a una decisione processuale, che, come è evidente, può dispiagare effetti di precedente assai scarsi e che, nel caso in questione, non obbliga ovviamente lo Stato a prevedere la presenza del crocifisso né obbliga le giurisdizioni interne a conformarsi ad alcunché, non essendoci alcuna statuizione in positivo in una decisione alla luce di questa tecnica di giudizio²⁰⁹.

In secondo luogo la decisione è basata anche sull'insufficienza degli elementi allegati dalla ricorrente al fine di dimostrare la lesione: la Corte fa infatti notare che non sono stati portati

“elementi che attestino l’eventuale influenza che l’esposizione di un simbolo religioso sui muri delle aule scolastiche potrebbe avere sugli alunni: non è quindi ragionevolmente possibile affermare che essa ha o no un effetto su persone giovani le cui convinzioni sono in fase di formazione [...] la percezione soggettiva della ricorrente non può da sola essere sufficiente a caratterizzare una violazione”²¹⁰;

e ciò è tanto più vero dopo aver neutralizzato la portata simbolica del crocifisso attraverso la discutibile asserzione riguardo alla sua passività²¹¹.

²⁰⁸ Sul valore dei precedenti della Corte EDU e sulla tecnica del margine di apprezzamento vedi V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, il Mulino, Bologna, 2016, p. 40 ss.; cfr. anche B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 85.

²⁰⁹ CEDU, Grande Chambre, *Lautsi c. Italia*, 18 marzo 2011, par. 68: nel riconoscere il margine di apprezzamento è proprio la Corte ha sentire il bisogno di sottolineare come “Quanto al punto di vista del Governo sul significato del crocifisso, la Corte constata che il Consiglio di Stato e la Corte di Cassazione hanno posizioni divergenti in proposito e la Corte costituzionale non si è pronunciata. Ora non spetta alla Corte prendere posizione su un dibattito tra giurisdizioni interne”. Con il che è la stessa Grande Camera a confermarci come il dibattito interno, anche giurisdizionale, possa (forse debba) non essere minimamente influenzato da questa decisione.

²¹⁰ CEDU, Grande Chambre, *Lautsi c. Italia*, 18 marzo 2011, par. 66.

²¹¹ CEDU, Grande Chambre, *Lautsi c. Italia*, 18 marzo 2011, par. 72: “il crocifisso appeso al muro è un simbolo essenzialmente passivo [...] non gli si può attribuire una influenza sugli allievi paragonabile a quella che può avere un discorso didattico o la partecipazione



Di talché si potrebbe asserire che qualora questi elementi (anche se sembra trattarsi di una *probatio diabolica*) fossero stati portati nel processo la decisione avrebbe potuto essere differente.

Riassumendo la parte motivazionale: l'obbligo di esposizione del crocifisso da parte dello Stato italiano nelle aule scolastiche della scuola pubblica non viola la Convenzione europea dei diritti dell'uomo *solo perché*, alla luce del fatto che non è presente alcun insegnamento religioso obbligatorio e che l'ambiente scolastico e i programmi sono caratterizzati dal pluralismo, il *simbolo religioso* crocifisso, che per la Corte ha scarsa capacità di indottrinamento in quanto simbolo passivo, vede ancor più "annacquata" la sua portata simbolica. Alla luce di ciò e del fatto che non è stato dimostrato il contrario, allo Stato deve riconoscersi entro questi limiti il margine di apprezzamento e non si può arrivare a una condanna.

È piuttosto chiaro che, stando così le cose, il valore di precedente non possa che essere scarsissimo. Anzi, a ben guardare, se proprio vogliamo cercare di dare a questa decisione una portata conformativa, essa sembra andare nel senso di smentire in maniera anche abbastanza evidente la costruzione dei giudici amministrativi che esclusero la violazione del principio di laicità dello Stato italiano sulla base della asserita non religiosità del simbolo.

Dalla parte motivazionale e soprattutto dalle opinioni concorrenti emerge a più riprese la insostenibilità delle motivazioni delle decisioni del T.A.R. Veneto e del Consiglio di Stato che hanno dato occasione alla signora Lautsi di ricorrere alla Corte EDU²¹²: si legge infatti nella motivazione della Grande Camera che

"è vero che prescrivendo la presenza del crocifisso nelle aule delle scuole pubbliche - il quale, che gli si riconosca o meno un *ulteriore* valore simbolico laico, *rinvia indubbiamente al cristianesimo* - la regolamentazione *conferisce alla religione maggioritaria del paese una visibilità preponderante nell'ambiente scolastico*"²¹³.

Quindi la Corte EDU ci ha detto chiaramente che siamo in presenza di un *simbolo religioso e di parte*, non di un simbolo universale di laicità come asserito dai giudici amministrativi italiani, con conseguente violazione di quelle necessità di "equidistanza e imparzialità" rispetto alle confessioni religiose a più riprese ribadite dalla Corte costituzionale ogniqualvolta ha invocato il principio di laicità dello Stato nelle sue decisioni.

ad attività religiose".

²¹² TA.R. Veneto, III sez., s. n. 1110 del 2005 e Cons. di Stato, VI sez., s. n. 556 del 2006.

²¹³ CEDU, Grande Chambre, *Lautsi c. Italia*, 18 marzo 2011, par. 71.



Ma è soprattutto nelle opinioni concorrenti che il contrasto motivazionale nel merito con la ricostruzione dei giudici amministrativi emerge in maniera quasi clamorosa: nell'*Opinione concordante* del Giudice Rozakis, alla quale aderisce il Giudice Vajić leggiamo infatti che è

“innegabile, credo, che l'esposizione di crocifissi nelle scuole pubbliche italiane rientri in un *simbolismo religioso* che ha un impatto sull'obbligo di neutralità e di imparzialità dello Stato” e che nel caso in questione non si tratta “di sapere soltanto se l'esposizione del crocifisso *leda la neutralità e l'imparzialità, cosa che fa chiaramente*”;

nell'*Opinione concordante* del Giudice Bonello, dallo stile piuttosto poco istituzionale, leggiamo invece che

“chiunque potrebbe, in modo convincente, impegnarsi a sostenere che la presenza del crocifisso nelle scuole pubbliche italiane possa ledere la dottrina della laicità e quella della separazione tra Chiesa e Stato [...] Spetta alle autorità italiane e non alla Corte garantire la laicità se ritengono che questa faccia o debba far parte dell'architettura costituzionale italiana”.

E siccome la laicità dello Stato fa parte dell'architettura costituzionale italiana addirittura al livello dei principî supremi dell'ordinamento costituzionale, la soluzione del caso nell'ordinamento interno, alla luce del ragionamento della stessa Corte EDU, dovrebbe essere nel senso dell'incostituzionalità delle disposizioni che obbligano all'esposizione.

La decisione della Grande Camera della Corte EDU, dunque, lungi dall'avvalorare le argomentazioni espresse dai giudici amministrativi italiani per salvare le disposizioni che prevedono l'esposizione obbligatoria del crocifisso da un giudizio di incostituzionalità, ne costituisce una negazione piuttosto esplicita. Se a questa decisione dalla scarsa portata di precedente, per i motivi che abbiamo visto, vogliamo comunque cercare di attribuire un valore orientativo sulla giurisprudenza successiva, questo non sembra potere andare se non nel senso di non consentire al giudice amministrativo di continuare a perpetuare la propria ricostruzione del crocifisso come simbolo di laicità dello Stato.

3 - La decisione del T.A.R. Sardegna: un caso di utilizzazione strumentale e apodittica del precedente

La prima decisione scelta per verificare sul se e sul come i giudici interni abbiano utilizzato il precedente rappresentato da *Lautsi c. Italia* è la sentenza del T.A.R. Sardegna n. 383 del 2017: all'origine del caso troviamo l'ordinanza n. 21 del 2009 del Sindaco di Mandas, che aveva ordinato di



affiggere crocifissi in tutti gli edifici pubblici presenti nel territorio comunale stabilendo pure una sanzione amministrativa di 500 euro nel caso di inosservanza dell'obbligo di esposizione²¹⁴; tale atto amministrativo veniva poi revocato con successiva ordinanza n. 3 del 2010, emanata quando già pendeva il giudizio dinanzi al giudice amministrativo.

La sentenza presenta vari elementi critici, sia dal punto di vista processuale, che dal punto di vista sostanziale: curiosamente, infatti, il T.A.R. dapprima ha dichiarato improcedibile, per carenza di interesse, la domanda della ricorrente Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti, in ragione del fatto che l'ordinanza n. 21 del 2009 fosse stata revocata; poi, però, in luogo di una decisione meramente processuale ha deciso di affrontare pure il merito della causa e anche sotto questo profilo, piuttosto curiosamente, ha evitato di pronunciarsi sui vizi formali dell'ordinanza che erano stati avanzati nel ricorso²¹⁵ e ha solamente statuito sui vizi materiali

²¹⁴ È da rimarcare come corredare di sanzioni la violazione dell'obbligo di esposizione del crocifisso non sia affatto un tratto caratterizzante la storia normativa dello stesso: le fonti non primarie che prevedono l'esposizione del crocifisso nulla dispongono a riguardo; la legge regionale Lombardia n. 18 del 2011, *Esposizione del crocifisso negli immobili regionali* - solo atto normativo di rango primario oggi presente nel nostro ordinamento riguardo a questa problematica - neppure; viceversa la proposta di legge n. 387 del 26 marzo 2018, *Disposizioni concernenti l'esposizione del Crocifisso nelle scuole e negli uffici delle pubbliche amministrazioni*, all'art. 4 prevede l'ammenda da 500 a 1000 euro, per chi rimuova, vilipenda o rifiuti di esporre il crocifisso. Non a caso anche l'autorevole voce dottrinale che si è spesa per salvare l'ostensione istituzionale del crocifisso nel Caso Lautsi si è mostrata piuttosto critica sul nuovo progetto di legge: cfr. C. CARDIA, *Un simbolo che unisce. Le regole che già ci sono*, in *Avvenire*, 27 luglio 2018, disponibile in www.avvenire.it/opinioni/pagine/un-simbolo-che-unisce, dove si ripercorre la "storia normativa" del simbolo a partire dal 1859 e si afferma, forse in maniera troppo ottimistica, "Probabilmente, la polemica che s'è aperta con la proposta di prevedere la presenza del Crocifisso in tutti gli uffici e i luoghi pubblici, con una estensione senza confini, perfino nelle Università, nei porti e aeroporti, terminerà presto, per la sua inutilità e per qualche profilo, contraddittorio e rischioso".

²¹⁵ Molto critico sul punto, con la consueta acutezza, F. CORTESE, *Il giudice crocefisso*, in *laCostituzione.info* (<http://www.lacostituzione.info/index.php/2017/06/13/il-giudice-crocefisso/>) secondo il quale dalla lettura della pronuncia e dalla sua sintetica motivazione «viene quasi da pensare che il giudice abbia ritenuto come attinente al novero degli irrilevanti "vizi formali" tutti i profili procedurali che consentirebbero, in ipotesi, di adottare un'ordinanza di questo genere e che, precisamente, permetterebbero di ricondurre a razionalità l'esercizio di un potere atipico: *in primis*, la motivazione sull'attinenza del tema religioso alla tutela della sicurezza urbana e sulle specifiche ragioni che puntualmente avrebbero dovuto sorreggere, in concreto, l'urgenza dell'intervento istituzionale del sindaco. La Corte costituzionale (sentenza n. 115 del 2011) ha evidenziato la necessità di rispettare rigorosamente questi limiti. Per non dire del fatto che, diversamente concepita, l'ordinanza si trasforma da strumento potenzialmente proporzionato e flessibile per emergenze specifiche in mezzo di propaganda politico-culturale e religiosa, incorrendo in un chiaro vizio di eccesso di potere. Si può davvero ammettere che - visto che per il fatto



utilizzando nella motivazione proprio la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, peraltro in maniera del tutto strumentale e apodittica.

In primo luogo si può stigmatizzare che il giudice amministrativo appoggi la sua argomentazione solamente sul richiamo a *Lautsi c. Italia*: nell'ordinamento italiano esistono almeno quattro sentenze della Corte di Cassazione che dicono cose significative sul crocifisso nello spazio pubblico²¹⁶ - tutte di segno diverso rispetto a ciò che si evince dalla

di prescrivere l'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche l'Italia non è stata condannata - i sindaci possono farsi profeti? Secondo: ammesso che sia corretto sostenere, con la Corte europea dei diritti dell'uomo, che in materia di simboli religiosi gli Stati mantengono un proprio margine di apprezzamento, che fare, sul piano interno, del rispetto della riserva di legge, costituzionalmente prevista, in tema di libertà religiosa? E che fare, inoltre, del doveroso rispetto del principio di legalità sostanziale? L'impressione - ahimè disarmante - è che la lunga questione del crocifisso abbia ancora insegnato poco alla giurisprudenza nazionale, e che vi sia, anzi, una convinzione diffusa, specie nei giudici amministrativi, sulla possibilità che in proposito vi sia la più ampia discrezionalità amministrativa e che questa possa farsi tranquillamente fonte di valutazioni e decisioni orientate da presupposizioni culturali assai critiche».

Anche A. LICASTRO, "A ognuno la sua croce", cit., p. 4, critica duramente la decisione anche sotto questo profilo formale: «Appare davvero arduo, però, ipotizzare la sussistenza di una situazione che potesse giustificare l'adozione di un simile provvedimento sulla base delle disposizioni richiamate, visto che il potere sindacale di ordinanza, subordinato dalla legge a presupposti molto puntuali e rigorosi, anche dopo le modifiche all'art. 54 del predetto T.U. introdotte dal c.d. "pacchetto sicurezza" nel 2008 (vigenti all'epoca dei fatti) e gli ulteriori ritocchi apportati dal decreto Minniti sulla sicurezza urbana, è esercitabile in relazione a materie specifiche, che non pare possano offrire alcun appiglio a un provvedimento urgente del tenore di quello di cui si discute».

Sul tema del potere di ordinanza dei sindaci si veda almeno il numero 1-2 del 2010 della rivista *le Regioni*, interamente dedicato alla problematica.

²¹⁶ Ci si riferisce a Corte di Cassazione, IV sez. penale, s.n. 439 del 2000 nella quale si legge: "il principio di laicità (sotto forma di imparzialità) si pone come condizione e limite del pluralismo, nel senso di garantire che il luogo deputato al conflitto tra i sistemi indicati sia neutrale e permanga nel tempo"; Corte di Cassazione, SS.UU., ord. n. 15614 del 2006, dove la Corte specifica che "Il crocifisso per il suo valore escatologico e di simbolo fondamentale della religione cristiana non può essere considerato alla stregua di qualsiasi componente dell'arredo scolastico", e che occorre "tenere presenti le sempre più pressanti esigenze di tutela delle minoranze religiose, etniche e culturali in un ordinamento ispirato ai valori della tolleranza, della solidarietà, della non discriminazione e del rispetto del pluralismo"; Corte di Cassazione, VI sez. penale, s.n. 28482 del 2009, in cui si sottolinea come "La circolare del Ministro di Grazia e Giustizia del 29/5/1926 è un atto amministrativo generale, che appare però privo di fondamento normativo e quindi in contrasto con il principio di legalità dell'azione amministrativa (artt. 97 e 113 Cost.). Detta circolare, tenuto conto anche dell'epoca a cui risale, non sembra essere in linea con il principio costituzionale di laicità dello Stato e con la garanzia, pure costituzionalmente presidiata, della libertà di coscienza e di religione". Per la Corte occorre "individuare l'eventuale sussistenza di una effettiva interazione tra il significato, inteso come valore



giurisprudenza amministrativa - che il T.A.R. Sardegna si guarda bene dal citare, dal discutere e dal confutare nel suo scarno impianto motivazionale; un segno, questo, di poco rispetto nei confronti della Suprema corte e della volontà dei giudici amministrativi di affermare una propria dottrina ben poco compatibile con quella del giudice della nomofilachia. Ma ci si sarebbe pure potuti riferire alla dottrina del Consiglio di Stato, il parere n. 63 del 1988 della II sezione o la decisione n. 556 della VI sezione nel *Caso Lautsi* del 2006, o anche a T.A.R. Lombardia, s.n. 603 del 2006, tanto per rimanere nel solco di precedenti forse più pertinenti e utilizzabili.

In secondo luogo è da criticare come il precedente venga utilizzato: nessuna spiegazione del perché, nonostante come si sia visto in precedenza la stessa Corte EDU abbia cercato di confinare il valore della propria decisione nell'ambito del giudizio di "convenzionalità" e riguardo alle sole aule scolastiche, questo precedente sia utilizzabile²¹⁷. E utilizzazione ben disinvolta al limite dell'invenzione nel citarne il contenuto; sono almeno tre i passaggi in cui ci si imbatte in un uso strumentale e apodittico di *Lautsi c. Italia*: secondo il giudice amministrativo *a) la Grande Camera avrebbe affermato che "la cultura dei diritti dell'uomo non deve essere posta in contraddizione con i fondamenti religiosi della civiltà europea". Ma nel testo della sentenza è impossibile trovare questa frase o anche questo concetto espresso nella forma evocata dal T.A.R.²¹⁸; b) i giudici di Strasburgo*

identitario, della presenza del crocifisso nelle aule di giustizia e la libertà di coscienza e di religione, intesa non solo in senso positivo, come tutela della fede professata dal credente, ma anche in senso negativo, come tutela del credente di fede diversa e del non credente che rifiuta di avere una fede"; Corte di Cassazione, SS.UU., s.n. 5924 del 2011 dove si afferma in via di *obiter dictum* che "sul piano teorico il principio di laicità è compatibile sia con un modello di equiparazione verso l'alto (laicità per addizione) che consenta a ogni soggetto di vedere rappresentati nei luoghi pubblici i simboli della propria religione, sia con un modello di equiparazione verso il basso (laicità per sottrazione)" e che occorre "valutare una pluralità di profili, primi tra tutti la praticabilità concreta e il bilanciamento tra l'esercizio della libertà religiosa da parte degli utenti di un luogo pubblico con l'analogo esercizio della libertà religiosa negativa da parte dell'ateo o del non credente, nonché il bilanciamento tra garanzia del pluralismo e possibili conflitti tra una pluralità di identità religiose tra loro incompatibili".

²¹⁷ Anche per A. LICASTRO, "A ognuno la sua croce", cit., p. 6. "il Tar avrebbe quantomeno dovuto chiarire in che senso ed entro quali limiti le argomentazioni del giudice europeo, dichiaratamente circoscritte alle scuole pubbliche, manterrebbero piena validità anche se riferite agli edifici pubblici diversi da quelli scolastici. Nulla di tutto ciò è dato, però, riscontrare nella stringata motivazione della sentenza dei giudici amministrativi".

²¹⁸ Concorde sul punto A. LICASTRO, "A ognuno la sua croce", cit., p. 5 che parla di "un'affermazione in massima parte condivisibile, ma dai giudici, a onor del vero, non fatta o, comunque sia, non fatta in questi precisi termini".



avrebbero stabilito che “è doveroso garantire ad ogni Paese un margine di apprezzamento quanto al valore dei simboli religiosi nella propria storia culturale e identità nazionale e quanto al luogo della loro esposizione”. Ma, come si è visto, il contenuto della decisione è tutt’altro: non la necessarietà del margine di apprezzamento, ma la concessione dello stesso solo in virtù della presenza di ben circoscritte e determinate condizioni²¹⁹; c) per la Corte EDU il crocifisso non sarebbe “un elemento di indottrinamento, ma espressione dell’identità culturale e religiosa dei Paesi di tradizione cristiana”. Anche questa ultima asserzione è revocabile in dubbio, dal momento che, come evidenziato, in *Lautsi c. Italia* si è riconosciuta la natura di simbolo religioso del crocifisso, la sua appartenenza alla religione maggioritaria e la sua capacità di indottrinamento, solo stemperata sino a renderla convenzionalmente compatibile grazie all’asserita passività del simbolo e alla presunta organizzazione pluralistica dell’ambiente scolastico nel quale avveniva l’esposizione obbligatoria.

Come si vede, dunque, l’apoditticità, la mancanza di contestualizzazione e discussione del precedente, addirittura il travisamento al limite dell’invenzione sul suo contenuto, rendono bene l’idea di come il T.A.R. Sardegna abbia utilizzato frettolosamente e strumentalmente la decisione in maniera, dal punto di vista tecnico, palesemente scorretta.

4 - La sentenza del Tribunale di Modena: come discostarsi dal precedente con un’ampia motivazione e la tecnica della distinzione

Ben altra perizia tecnica nell’utilizzazione del precedente si riscontra invece nella sentenza del Tribunale ordinario di Modena del 20 dicembre 2016 che ha trattato dell’esposizione del crocifisso solamente in maniera incidentale rispetto a un curioso procedimento civile di risarcimento del danno: due persone che erano state impegnate ai seggi per delle elezioni avevano infatti promosso un’azione civile per farsi risarcire delle conseguenze socialmente

²¹⁹ Cfr. ancora le critiche mosse alla decisione da **A. LICASTRO**, “A ognuno la sua croce”, cit., p. 6, secondo il quale “nell’argomentare della Corte di Strasburgo, i diritti e le libertà sanciti dalla Convenzione e dai suoi Protocolli si impongono pur sempre *come limiti* alla scelta dello Stato (rientrante in linea di principio nel suo libero margine di apprezzamento) di perpetuare una tradizione culturale e identitaria, mentre, secondo il Tar, anche l’espressione simbolica, derivante dall’esposizione del crocifisso negli spazi pubblici peculiarmente qualificati cui si riferisce l’ordinanza, parrebbe discutibilmente rilevare come essenziale forma di tutela della libertà religiosa o trovarsi con questa in stretta connessione”.



negative conseguenti alle dichiarazioni di un rappresentante di seggio che aveva loro attribuito l'azione di rimuovere il crocifisso dai locali in cui si tenevano le operazioni elettorali. Ciò avrebbe comportato l'essere additati nella zona di residenza come "coloro i quali avevano rimosso il crocifisso" e, vista la sensibilità religiosa della popolazione di quella parte di territorio, i ricorrenti sostenevano che il tutto si era tradotto in conseguenze negative socialmente apprezzabili.

Si chiedeva dunque il risarcimento del danno con o senza il previo accertamento del reato di diffamazione: in buona sostanza si riteneva che l'essersi visti attribuire l'azione di rimozione del crocifisso, che non era nemmeno avvenuta in quanto nessun crocifisso era presente nel seggio elettorale, potesse avere contenuto diffamatorio. E proprio su questo aspetto si è incentrata la motivazione: rimuovere un crocifisso da un seggio elettorale che significato può assumere nell'ordinamento italiano? Il giudice ha scelto di non ricostruire il significato dell'atto alla luce del dato sociologico delle eventuali reazioni sociali conseguenti²²⁰ e si è invece interrogato sulla qualificazione giuridica dell'atto di rimozione, riuscendo così a dire qualcosa di significativo riguardo alla problematica dell'esposizione del crocifisso negli spazi pubblici (in questo caso nei seggi elettorali); da un lato ha confinato *Lautsi c. Italia* nello spazio di valore di precedente suo proprio, dall'altro ha ribadito come nel diritto interno la soluzione possa (e debba) essere differente; il tutto con una sensibilità

²²⁰ Come invece fatto, ad esempio, dalla Corte di cassazione quando si è trattato di giudicare del possibile significato diffamatorio del definire una persona omosessuale: la Suprema corte ha escluso la diffamazione sulla base del fatto che nella società l'omosessualità è ormai accettata. Argomentando invece come in questa decisione avrebbe potuto dire che affermare pubblicamente che una persona è omosessuale non può avere contenuto diffamatorio in quanto l'orientamento sessuale omosessuale è una delle varianti possibili degli orientamenti egualmente tutelati dalla Costituzione. Semmai si sarebbe dunque in presenza, come in questo caso - asserisce in chiusura la sentenza del Tribunale di Modena -, di una questione riguardante la tutela della privacy e dei dati sensibili.

Per il giudice Siracusano occorre procedere non dalle eventuali reazioni sociali riguardo al gesto di rimozione e/o dalla percezione dello stesso da parte della collettività, ma dai dati di ordine giuridico, primi fra tutti quelli di ordine costituzionale che possono portare a una precisa identificazione del *significato giuridico* della condotta asseritamente lesiva della reputazione. E questo per due ordini di ragioni: in primo luogo perché misurare le "percezioni delle collettività" è sostanzialmente impossibile (stessa cosa si potrebbe sostenere a proposito della "comune considerazione" che la Corte costituzionale ha considerato criterio utile al fine del riconoscimento della qualifica di confessione religiosa), in secondo luogo perché diversamente ragionando si renderebbero le formazioni sociali e le comunità arbitre di definire e di restringere le prerogative spettanti agli individui in virtù di situazioni giuridiche garantite costituzionalmente.



argomentativa e una ricchezza motivazionale che non si era minimamente riscontrata nella decisione del T.A.R. Sardegna prima analizzata.

Nell'ampia motivazione il Giudice si preoccupa di utilizzare la tecnica della distinzione, ricordando come in questo caso si sia in presenza, eventualmente, dell'esposizione del crocifisso nei locali adibiti a seggio elettorale:

«Il Tribunale è consapevole che la Grande Chambre CEDU [...] ha ritenuto che il mantenimento del crocifisso negli arredi delle aule scolastiche rientri nel margine di discrezionalità di ciascuno Stato contraente nell'amministrare il servizio scolastico ed educativo, purché non sia accompagnato da insegnamenti obbligatori del cristianesimo o da forme di intolleranza verso gli alunni appartenenti ad altre religioni [...] Tale impianto argomentativo, tuttavia, *pare calibrato sulle peculiarità del caso specifico*, in cui configgevano, da un lato, la discrezionalità dello Stato nel "perpetuare una tradizione" nell'ambito dell'amministrazione del servizio scolastico e, dall'altro, il diritto dei genitori di assicurare l'educazione e l'insegnamento secondo le loro convinzioni religiose e filosofiche. *Nulla autorizza, ad avviso del Tribunale, ad estenderlo per dirimere altre ipotesi di conflitto, per esempio nell'ambito dell'espletamento del servizio elettorale*, non foss'altro per il fatto che è ben possibile che gli elettori siano chiamati a scegliere tra schieramenti politici che si ispirano al significato religioso del simbolo della croce e schieramenti che a tale significato non si ispirano».

Come si vede, siamo qui in presenza di una tecnica della distinzione ben utilizzata, con ampia motivazione e che denota un grande rispetto per la giurisprudenza convenzionale che avrebbe pure potuto non essere nemmeno menzionata.

Il giudice avrebbe infatti potuto appoggiarsi solamente, senza nemmeno citare la Corte EDU, *al precedente specifico di diritto interno* piuttosto significativo esistente, ossia quello della Cassazione penale nel Caso Montagnana che assolse lo scrutatore che si era rifiutato di prestare il servizio in ragione del fatto che nei locali adibiti a seggio elettorale fossero presenti crocifissi in violazione del principio di laicità dello Stato.

La sentenza n. 439 del 2000 della IV sez. penale, relatore il Prof. Colaianni, che viene posta a base della decisione per ricostruire il significato "costituzionale" dell'atto di rimozione del crocifisso, aveva infatti statuito che

"la rimozione del simbolo religioso del crocifisso da ogni seggio elettorale, che è la condizione a cui l'odierno ricorrente aveva subordinato l'espletamento della funzione di scrutatore = pubblico ufficiale imparziale, si muove lungo questo solco tracciato dalla



giurisprudenza costituzionale in termini di laicità e pluralismo, reciprocamente implicantisi”.

Se così è, afferma il Tribunale di Modena,

«nessuna attitudine offensiva può avere l’attribuzione, sia pure falsa, di una condotta che esprime una così alta istanza di tutela, volta, secondo la Corte di Cassazione, ad affermare “il pluralismo garantito dal supremo principio di laicità dello stato, che induce a preservare lo spazio “pubblico” della formazione e della decisione dalla presenza, e quindi dal messaggio sia pure a livello subliminale, di immagini simboliche di una sola religione [...] ad esclusione delle altre”»²²¹.

Con questa decisione, dunque, si opera correttamente una distinzione rispetto a *Lautsi c. Italia* e ci si allinea alla dottrina della Suprema Corte di Cassazione che in materia sembra decisamente orientata nel senso di ritenere incostituzionale l’esposizione obbligatoria del solo crocifisso²²².

5 - Conclusioni

Come si è visto, la decisione della Grande Camera *Lautsi c. Italia* del 2011 ha cominciato a circolare, quanto meno a livello di menzione, nelle decisioni dei giudici interni.

La prima impressione è che si tratti di un precedente scarsamente significativo, nei confronti del quale sia molto semplice operare con la tecnica della distinzione, confinandone la portata nella maniera in ultima analisi suggerita dalla stessa Corte EDU. L’operazione motivazionale del Tribunale di Modena dimostra come ciò sia non solo possibile, ma anche tecnicamente corretto.

È ovviamente possibile che la decisione venga invocata “politicamente”, in maniera non pertinente e strumentale, come nel caso della sentenza del T.A.R. Sardegna analizzata in questo lavoro. Peraltro la decisione è stata impugnata e dunque potremo verificare dinanzi al Consiglio di Stato se il giudice amministrativo ha o meno intenzione di continuare a utilizzarla in questa maniera tecnicamente poco giustificabile per perpetuare nella propria linea giurisprudenziale tesa a evitare di dichiarare illegittimo costituzionalmente l’obbligo di esposizione del crocifisso.

²²¹ Tribunale di Modena, p. 7.

²²² Vedi, *retro*, in nota, le decisioni della Corte di cassazione che recano nei passi motivazionali affermazioni nel senso indicato nel testo.



La decisione del giudice modenese, pur proveniente da un Tribunale di primo grado, per la solidità dell'argomentazione, rafforza ulteriormente, richiamandola, la persuasività di quella che sembra essere la dottrina del giudice della nomofilachia, pienamente armonica con quanto statuito ad altri fini dal giudice costituzionale: laicità nel nostro ordinamento significa equidistanza, imparzialità e distinzione degli ordini²²³, con la conseguenza che l'obbligo di esposizione di un simbolo religioso di parte e di maggioranza (e che il crocifisso sia tale è stato riconosciuto esplicitamente anche dalla Grande Camera) non può che alterare quella equidistanza e imparzialità, finendo dunque per essere necessariamente contrario al principio di laicità dello Stato e, dunque, incostituzionale.

²²³ Esemplare in questo senso la sentenza n. 334 del 1996, quasi sempre richiamata nelle successive: «All'anzidetta configurazione costituzionale del diritto individuale di libertà di coscienza nell'ambito della religione e alla distinzione dell'„ordine“ delle questioni civili da quello dell'esperienza religiosa corrisponde poi, rispetto all'ordinamento giuridico dello Stato e delle sue istituzioni, il divieto di ricorrere a obbligazioni di ordine religioso per rafforzare l'efficacia dei propri precetti. Quella distinzione tra "ordini" distinti, che caratterizza nell'essenziale il fondamentale o "supremo" principio costituzionale di laicità o non confessionalità dello Stato, quale configurato numerose volte nella giurisprudenza di questa Corte (sentenze n. 203 del 1989 e n. 195 del 1993), significa che la religione e gli obblighi morali che ne derivano non possono essere imposti come mezzo al fine dello Stato».



Lucia Giannuzzo

(già assegnista di ricerca presso l'Università degli Studi del Salento, Dipartimento di Scienze Giuridiche)

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

*The “multi-colored” secularism and the “revanche” of the individual and collective *suitas*, in the jurisprudence of Strasbourg Court regarding to religious symbols: hypotheses of reflection*

ABSTRACT: The present paper deals with some reflections about the development of the jurisprudence of Strasbourg Court regarding to religious symbols. As a consequence of a certain and prevented attitude towards religious symbology and according to the judgment of the Grand Chamber in Lautsi's case, we would like to think that the religious symbology has given way to a "modus operandi" much more careful to the individual and collective "*suitas*".

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. La Convenzione e la *variopinta* realtà europea tra ricorso a espressioni generiche e margine di apprezzamento - 3. La giurisprudenza della CEDU "ante Lautsi II" e l'atteggiamento idiosincratico nei confronti della simbologia religiosa - 4. Il giro di boa: la rivalutazione della *suitas* nella sentenza della Grande Chambre sul caso Lautsi - 5. Conclusioni.

1 - Introduzione

La gestione della simbologia religiosa ha da sempre rappresentato una questione particolarmente delicata, che, specialmente negli ultimi anni, ha messo a dura prova gli Stati e le modalità del loro relazionarsi con la fenomenologia coscienziale-religiosa, coinvolgendo - in alcuni casi mettendo in crisi - le concezioni di laicità, democrazia, pluralismo e libertà di espressione.

Affrontando tale tematica attraverso il prisma della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (da qui in avanti semplicemente Corte o CEDU) - peraltro, "fonte di ispirazione" per la Corte di Giustizia, in un crescente e auspicato dialogo tra Corti-, si può constatare un certo



cambiamento di atteggiamento in merito, riflesso anche di un mutato sentire dei tempi.

Innanzitutto, c'è un dato da non sottovalutare: la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (d'ora in poi Convenzione), sottoscritta a Roma il 4 novembre 1950 su iniziativa del Consiglio d'Europa, sembra manifestare un particolare interesse e una speciale premura nei confronti della "diversità", a tal punto che quest'ultima può essere definita, a buon diritto, come un suo valore "basilare".

Una "diversità", quella di cui si discorre, intesa nell'accezione più ampia possibile, declinata sia in una dimensione individuale (quale potenzialità del singolo di estrinsecare la propria personalità, senza subire troppo invalidanti e mortificanti restrizioni), sia in una dimensione collettiva (nell'accezione di attenzione e, al contempo, preservazione delle note tradizionali del contesto di riferimento).

D'altronde un alto tasso di "alterità" è presente nella Convenzione sin dal suo momento costitutivo, finanche nel suo patrimonio genetico:

"Il principio europeo è dato dall'origine nell'unità del molteplice, nella relazione dei contrari, nel rapporto dei diversi; il logos europeo è dalla sua origine greca implicato nella tensione che i termini indicati portano dentro di sé, in una *armonia* che è conflitto, contraddizione, contrasto e insieme relazione, connessione, unità"²²⁴.

In questo suo essere ineluttabilmente "*unitas multiplex*"²²⁵, l'identità europea, per non tradire la sua "*problematica*" intima natura, non può che farsi, al di fuori di sé,

«attitudine all'apertura e al dialogo: pluralità di storie eppure rigenerazione e rifondazione continua, capacità di interrogare le proprie culture abbattendo le frontiere dei localismi regionali, delle piccoli patrie e dei nazionalismi ottusi e di unificarsi, dunque, intorno alle "grandi idee", [...] ponendosi come "laboratorio [...] intellettuale al servizio dell'umanità"»²²⁶.

Per tale ragione, «rifiutandosi all'Altro l'Europa rifiuta se stessa, quella dose di alterità che è nella sua stessa identità, e che la costituisce come

²²⁴ B. DE GIOVANNI, *L'ambigua potenza dell'Europa*, Guida editori, Napoli, 2002, p. 257.

²²⁵ E. MORIN, *Pensare l'Europa*, Feltrinelli, Milano, 1988, p. 24.

²²⁶ K. CASTALDO, F.M. ÁVILA HERNÁNDEZ, *Le fonti del sistema comunitario di protezione dei diritti dell'uomo*, in *Boletín mexicano de Derecho Comparado*, 42(124), enero-abril 2009, p. 143 (reperibile su www.juridicas.unam.mx).



[...] “poliidentità”»²²⁷. Ed è proprio per la sua profonda inclinazione (e aspirazione) dialogica che l’Europa propende per una “combinazione delle differenze senza la loro omogeneizzazione, facendo di questo atteggiamento verso la differenza l’espressione dell’unità”²²⁸.

Il nemico, dunque, non sarebbe più l’“*alter*” in sé e per sé considerato, con la sua carica di specificità dai potenziali effetti destabilizzanti, bensì “l’omogeneizzazione che distrugge [...] le molteplici particolarità, culturali e politiche. Il nemico assume il suo viso nella congiunzione di egemonia, omogeneizzazione, totalitarismo”²²⁹.

Ma affinché il tutto non si risolva in un proliferare di “eterotopie di crisi e di deviazione” di foucaultiana memoria, nelle quali releggere il “diverso” (quali potrebbero diventare, ad esempio, le periferie), o peggio ancora in una “*orcorum tenebrarum confusio*”, dove a spadroneggiare sono paura e sospetto, è indispensabile “far ritorno in sé”²³⁰. Osserva Cacciari: “Se non conosceremo il nostro nome il procedere dell’altro ci sopraffarà [...]. Bisogna definirsi: afferrare il proprio carattere, stabilirne la ‘divina’ saldezza”²³¹.

2 - La Convenzione e la *variopinta* realtà europea, tra ricorso a espressioni generiche e margine di apprezzamento

Di ciò troviamo riscontro nella Convenzione, nella quale non si esita a rifuggire da ogni forma di meccanismo che, omologando, “monocromatizzando” la *variopinta* realtà europea, possa in qualche modo pregiudicare la *suitas* individuale e collettiva, *ut supra* intesa.

Con riguardo alla gestione della religiosità, pensiamo, ad esempio, alla formulazione dell’art. 9, rubricato “*Libertà di pensiero, di coscienza e di religione*”²³², nel quale è palese il ricorso a espressioni generiche e dalla

²²⁷ M. IIRITANO, *Utopia del tramonto. Identità e crisi della coscienza europea*, Edizioni Dedalo, Bari, 2004, p. 42. Cfr. sul tema E. MORIN, *Pensare l’Europa*, cit., p. 151 ss.

²²⁸ M. SASSATELLI, *Identità, cultura, Europa. Le «Città europee della cultura»*, FrancoAngeli, Milano, 2005, p. 59.

²²⁹ E. MORIN, *Pensare l’Europa*, cit., p. 133. Scrive Sassatelli: “Il nemico è il non saper accogliere l’altro, non l’altro. Ossia non saper accogliere l’altro in quanto tale, senza intento di renderlo omogeneo, assimilarlo. O ancora, continuare a pensare che sia altro, mentre è interno, e che essere altro sia male, senza poter fare a meno di costruire se stessi su tale convinzione” (M. SASSATELLI, *Identità, cultura, Europa*, cit., p. 61).

²³⁰ M. CACCIARI, *Geo-filosofia dell’Europa*, Adelphi, Milano, 1994, p. 16.

²³¹ M. CACCIARI, *Geo-filosofia dell’Europa*, cit., p. 16.

²³² L’articolo così recita: “1. Ogni persona ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza



portata concettuale ampia, come “*pubblica sicurezza*”, “*ordine pubblico*”, “*morale pubblica*”.

Ciò trova la sua ragion d’essere - in una prospettiva “*soggettiva*” - nella volontà delle Alte Parti contraenti di apprestare la più estesa garanzia possibile al diritto di libertà religiosa, di coscienza e di pensiero, senza porre, a monte, limitazioni che potrebbero derivare, in via interpretativa, da concetti più circoscritti e definiti²³³.

E ancora - sotto il profilo “*collettivo*” - preso atto della varietà - e in alcuni casi profonda diversità - di approcci alla fenomenologia coscienziale e religiosa presente tra i Paesi membri del Consiglio d’Europa, tale scelta testimonia la volontà di non escludere nessuna di esse, purché rientrante nella tradizione democratica occidentale. In altri termini, si è rinunciato alla pretesa di uno “*sterile*” livellamento europeo delle modalità di gestione della sfera intellettivo-coscienziale, a tutto vantaggio di una variegata realtà europea, rispettosa delle singole tradizioni nazionali.

Stessa logica che presiede al ricorso, da parte della Corte di Strasburgo, al criterio del margine di apprezzamento. Accantonando le difficoltà in ordine alla sua collocazione e qualificazione giuridica²³⁴, il margine di discrezionalità riconosciuto in favore degli Stati contraenti può essere inteso quale corollario o, ancor meglio, quale specificazione di quella sussidiarietà che innerva e anima l’intero assetto convenzionale.

Entrambi si fondano sul presupposto che i singoli Paesi siano dotati, nell’ambito della tutela e della gerenza dei diritti fondamentali, di una più acuta *sensibilità* rispetto a un organo sovranazionale, data dalla loro maggiore *prossimità*²³⁵ al contesto di riferimento. Questa renderebbe gli stessi capaci di farsi i migliori interpreti possibili degli interessi e delle

e di religione; tale diritto include la libertà di cambiare religione o credo, così come la libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l’insegnamento, le pratiche e l’osservanza dei riti. 2. La libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla pubblica sicurezza, alla protezione dell’ordine, della salute o della morale pubblica, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui”.

²³³ Cfr. **M. PERTILE**, *Libertà di pensiero, di coscienza e di religione*, in L. Pineschi (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 414 ss.

²³⁴ Al riguardo mi permetto di rinviare al mio *Laicità europea e libertà religiosa alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in tema di simboli religiosi: ipotesi ricostruttive*, Libellula Edizioni, Tricase, 2017, p. 37 ss.

²³⁵ Cfr. **M.R. MORELLI**, *Sussidiarietà e margine di apprezzamento nella giurisprudenza delle Corti europee e della Corte costituzionale*, in www.cortecostituzionale.it, 20 settembre 2013, p. 2 ss.



necessità delle rispettive collettività, forniti quali sono di un punto di osservazione del tutto privilegiato²³⁶.

Per la sua applicazione, presupposti indispensabili sono la presenza nel dettato convenzionale di "espressioni giuridiche indeterminate", che per loro natura rimandano a «valori sociali che non potranno che essere quelli del sistema "ordinamento statale - società statale"»²³⁷; nonché l'assenza di una visione comune nelle Alte Parti contraenti nell'interpretazione di quella data normativa convenzionale o di quella determinata problematica. E, nella logica di un rapporto inversamente proporzionale, quanto più ridotto sarà il comune sentire, tanto più le Parti potranno dar corso a una propria prospettazione, che meglio interpreti le necessità domestiche. D'altronde, tra le finalità della Convenzione vi è quello di garantire il rispetto dei diritti dell'uomo e non - come dicevamo poc'anzi - di omogeneizzare la loro tutela attraverso un'applicazione letterale e indiscriminata della Carta convenzionale.

"La definizione dei diritti umani come universali e fondamentali - infatti - non può condurre alla immediata conseguenza che questi debbano essere protetti e applicati alla stessa maniera in ogni società. Per universalità deve intendersi la condivisione di un obiettivo comune che è la tutela della dignità umana"²³⁸.

Alla luce di ciò, la Corte, in più occasioni, si è dimostrata, mediante l'applicazione del margine di apprezzamento, particolarmente accorta a non intaccare la "meravigliosa ricchezza della diversità"²³⁹ europea, adottando decisioni il meno invasive possibili.

²³⁶ Cfr. **M. LUGATO**, *The "margin of appreciation" and freedom of religion: between treaty interpretation and subsidiarity*, in *Journal of catholic legal studies*, 2013, vol. LII, p. 65 ss.; **V. SCIARABBA**, *Tra fonti e corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Cedam, Padova, 2008, p. 275 ss.; **O. BAKIRCIOLU**, *The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases*, in *German Law Journal*, 2007, vol. VIII, n. 7, p. 711 ss.

²³⁷ **R. SAPIENZA**, *L'interpretazione della Convenzione tra margine d'apprezzamento statale e vincolo di interpretazione conforme. Profili sistematici*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il giudice italiano*, a cura di F. Salerno, R. Sapienza, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 171-172.

²³⁸ **P. TANZARELLA**, *Il margine di apprezzamento*, in *I diritti in azione. Universalità e pluralismo nei diritti fondamentali nelle Corti europee*, a cura di M. Cartabia, il Mulino, Bologna, 2007, p. 179.

²³⁹ **P. MAHONEY**, *Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism?*, in *HRLJ*, 19 (1998), p. 3, citato da **A. SCERBO**, *Simboli religiosi e laicità a partire dal caso Lautsi v. Italy*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 2010, p. 5. Cfr. **E. BREMS**, *Human Rights: Universality and Diversity*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2001, p. 362 ss.



3 - La giurisprudenza della CEDU “ante Lautsi II” e l’atteggiamento idiosincratico nei confronti della simbologia religiosa

Concentriamo ora l’attenzione sulla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di simbologia religiosa²⁴⁰, senza dubbio uno dei risvolti della libertà religiosa di più recente emersione e crescente interesse, a causa del consolidamento e dell’irreversibilità della connotazione multiculturale della nostra società.

L’Occidente, infatti, negli ultimi decenni del secolo scorso, ha assistito a una vera e propria metamorfosi del suo tradizionale “habitus”: l’originario monismo “simbolico” ha dovuto lasciare il passo a un continuo proliferare di “icone”, rinvianti alle più disparate concezioni e modalità del vivere. Questo, in non pochi contesti, ha creato, in un crescendo rossiniano, sorpresa, sospetto, paura, senso di smarrimento, ricorso ad azioni di “autodifesa”, finanche di ordine “autoimmune”.

Ebbene, a caratterizzare inizialmente le pronunce della Corte sul tema è stata proprio una sorta di “diffidenza” verso i simboli religiosamente connotati e connotanti: in non pochi casi il simbolo religioso è stato proposto *a priori* e a dispetto della sua connaturale polisemia, come un qualcosa dalla carica ontologicamente negativa, nonché dagli effetti incontenibilmente deleteri per la *pax socialis* e l’ordine pubblico. In altre parole, un vero e proprio *morbo* da debellare o, quantomeno, da releggare, il più possibile, nei lazzaretti coscienziali delle mura domestiche per contenerne gli effetti nocivi.

E detta rappresentazione veniva generalmente effettuata in maniera avulsa dalle sfaccettature del singolo caso di specie, in forza di un *modus operandi*, che, partendo dall’assioma dell’intrinseca pericolosità dei simboli di appartenenza confessionale, procedeva astrattamente, senza dare il giusto peso a dati fattuali, quali, ad esempio, l’atteggiamento socialmente innocuo, perché frutto di un forte convincimento interiore, di colui che ne

²⁴⁰ “I simboli religiosi possono essere definiti come rappresentazioni iconografiche che consentono di comunicare agli uomini, sotto una forma oggettivizzata e immediatamente riconoscibile: a) la fede in un valore, in un dogma o in un evento propri di un determinato credo (si pensi alla croce che per i cristiani è rappresentazione iconografica della morte di Gesù Cristo per la salvezza degli uomini e della sua risurrezione); b) una determinata appartenenza confessionale (si pensi alla circoncisione, che per gli ebrei è segno di appartenenza al popolo di Israele); c) un determinato *status* all’interno della confessione religiosa di appartenenza (si pensi a determinate forme di abbigliamento che consentono ai cattolici di distinguere i fedeli laici dai fedeli chierici)” (**V. PACILLO, J. PASQUALI CERIOLI**, *I simboli religiosi. Profili di diritto ecclesiastico italiano e comparato*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 1).



faceva uso, ovvero l'assenza di intenti proselitistici, o di rimostranze da parte degli altri consociati, o ancora il contesto di riferimento.

Paradigmatica la pronuncia del 15 febbraio 2001²⁴¹, con la quale la Corte dichiarava irricevibile il ricorso presentato da Lucia Dahlab, insegnante svizzera presso una scuola primaria statale del cantone di Ginevra, licenziata perché decisa a indossare il *foulard*²⁴² anche sul posto di lavoro; nonché quella della *Grande Chambre* sul caso Leyla Şahin c. Turchia²⁴³.

Nella prima, i giudici di Strasburgo additano il *foulard* come un "simbolo esteriore forte", capace di turbare la sensibilità degli alunni; ontologicamente incompatibile con i principi di uguaglianza dei sessi e di non discriminazione, che devono essere impartiti in una società democratica; strumento di un proselitismo religioso che avrebbe minacciato la neutralità degli spazi scolastici e dell'insegnamento.

Nella seconda, il velo islamico finisce per trasformarsi in vero e proprio strumento di battaglia politica, veicolo di rivendicazioni dalle tinte fondamentaliste e forma di un proselitismo "aggressivo"²⁴⁴ per la democrazia. A essere gravemente in pericolo sarebbe stato il principio di laicità ("laiklik")²⁴⁵, al quale la Turchia tradizionalmente riconosceva una preminenza valoriale tale da individuare in esso il presidio per antonomasia dei valori democratici.

²⁴¹ CORTE EDU, Deuxième Section, Lucia Dahlab c. Suisse, requête n° 42393/98, décision sur la recevabilité 15 février 2001 (sito web www.hudoc.echr.coe.int).

²⁴² Esistono diverse tipologie di velo islamico: il "*foulard*", che copre solo il capo senza nascondere il volto; l'"*hijab*", che lascia scoperto il volto, ma ricopre le spalle e i capelli; il "*chador*", manto che nasconde il capo, le spalle e quasi interamente il volto; il "*niqab*", velo integrale che lascia scoperti unicamente gli occhi; il "*burqa*", che occulta per intero la figura, consentendo la vista solo tramite una retina. Per le diverse tipologie di velo si rimanda a N. ZATTI, "Ho un cervello sotto il velo!" Il punto di vista delle donne musulmane, Cavinato Editore International, Brescia, 2013; C. CAMPIGLIO, Parigi e Strasburgo ancora a confronto con veli e turbanti, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, vol. V, n. 1, p. 149; S. CATALÁ, *Libertad religiosa de la mujer musulmana en el Islam y uso del velo*, in *El pañuelo islámico en Europa*, coord. A. Motilla, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 45 ss.; G. VERCELLIN, *Tra veli e turbanti. Rituali sociali e vita privata nei mondi dell'Islam*, Marsilio, Venezia, 2000, p. 107 ss., citato da M. CIRAVEGNA, *Abbigliamento religioso, tutela dell'identità ed ordine pubblico*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2010, 1, p. 285, nota 1.

²⁴³ CORTE EDU, Grande Chambre, Leyla Şahin c. Turquie (requête n° 44774/98), arrêt 10 novembre 2005 (sito web www.hudoc.echr.coe.int).

²⁴⁴ P. CAVANA, *I simboli religiosi nello spazio pubblico nella recente esperienza europea*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 28 del 2012, p. 12.

²⁴⁵ Cfr. A. ZANCA, *Né guelfi né ghibellini. Laicità e libertà religiosa*, XL edizioni, Roma, 2013, p. 89 ss.; R. BOTTONI, *Il principio di laicità in Turchia. Profili storici e giuridici*, Vita e pensiero, Milano, 2012.



L'apparato argomentativo elaborato fino a questo punto dalla Corte verrà riproposto, senza correttivi né varianti, in un corposo gruppo di decisioni successive²⁴⁶, come quelle sulle vicende Kervanci e Dogru c. Francia²⁴⁷: qui la Corte coglie l'occasione per ricordare che, rappresentando la laicità, in Francia²⁴⁸, come in Turchia e in Svizzera, un principio costituzionale, fondativo della Repubblica, le autorità nazionali, operando nell'ambito del margine di apprezzamento loro riconosciuto, hanno l'onere di vigilare affinché detto principio, nella sua "forte" declinazione transalpina, non subisca alcuna forma di minaccia o lesione.

Dunque, se le pronunce della CEDU ora menzionate si sono rivelate particolarmente propense a mantenere i contesti di riferimento "*incontaminati*" da presenze simboliche mediante l'impiego della - finora - indispensabile discrezionalità statuale, qualcosa di anomalo accadrà con la prima pronuncia sul caso Lautsi c. Italia²⁴⁹.

Nella nota vicenda che vede protagonisti la signora Lautsi e i figli Dataico e Sami Albertin, oggetto del contendere è la presenza del crocifisso nelle aule scolastiche. La Seconda Sezione della Corte, nella pronuncia del 3 novembre 2009, non esita a qualificare il crocifisso come "segno esteriore forte"²⁵⁰, "emotivamente perturbante per gli allievi di altre religioni o per coloro che non professano nessuna religione"²⁵¹, consacrando, così, quell'atteggiamento idiosincratico nei confronti della simbologia religiosa, emerso nella pregressa giurisprudenza. Il crocifisso avrebbe in sé una

²⁴⁶ Cfr. CORTE EDU, Deuxième Section, Şevgi Kurtulmus c. Turquie (requête n° 65500/2001), décision sur la recevabilité 24 janvier 2006; CORTE EDU, Deuxième Section, Şefika Köse et 93 autres requérants c. Turquie (requête n° 26625/2002), décision sur la recevabilité 24 janvier 2006; CORTE EDU, Cinquième Section, Shingara Mann Singh c. France (requête n° 24479/2007), décision sur la recevabilité 13 novembre 2008; CORTE EDU, Cinquième Section, Jasvir Singh c. France (requête n° 25463/2008), décision sur la recevabilité 30 juin 2009; CORTE EDU, Cinquième Section, Ranjit Singh c. France (requête n° 27561/2008), décision sur la recevabilité 30 juin 2009. Tutte le sentenze sono reperibili sul sito web www.hudoc.echr.coe.int.

²⁴⁷ CORTE EDU, Cinquième Section, Affaire Kervanci c. France (requête n° 31645/2004), arrêt 04 décembre 2008; CORTE EDU, Cinquième Section, Affaire Dogru c. France (requête n° 27058/2005), arrêt 04 décembre 2008. Il testo di entrambe è rinvenibile sul sito www.hudoc.echr.coe.int.

²⁴⁸ Cfr. P. CAVANA, *Interpretazioni della laicità. Esperienza francese ed esperienza italiana a confronto*, AVE, Roma, 1998.

²⁴⁹ CORTE EDU, Seconda Sezione, Lautsi c. Italia (ricorso n° 30814/2006), sentenza 3 novembre 2009, sito web www.hudoc.echr.coe.int.

²⁵⁰ CORTE EDU, Seconda Sezione, Lautsi c. Italia, § 54.

²⁵¹ CORTE EDU, Seconda Sezione, Lautsi c. Italia, § 55.



inevitabile carica negativa, capace di scombussolare la sfera emozionale di chi si trova a incrociarlo anche con il solo sguardo.

Ciò che colpisce è, altresì, l'assenza di richiami alla dottrina del margine di apprezzamento, che, nell'ipotesi contraria, avrebbe reso fortemente contraddittorie le determinazioni finali. Infatti, il contesto di riferimento non sarebbe stato più quello francese, dalla connotazione laicista, o quello turco, dal "secolarismo assertivo"²⁵², ma quello italiano, molto meno diffidente nei confronti del fattore religioso e delle relative esternazioni, con uno storico e innegabile legame con la Chiesa cattolica.

Dall'esame della citata giurisprudenza emerge chiaramente una visione della laicità dai tratti decisi, che molto aveva mutuato dall'esperienza francese e turca e dalla loro elaborazione di una variante "de combat", e che molto lasciava (e perdonava) alle iniziative (restrittive) statali, soprattutto in tema di manifestazioni esteriori del sentire religioso, ricorrendo, in alcuni casi, a un ampliamento - forse eccessivo - del margine di apprezzamento nazionale, in altri, a una temporanea dimenticanza dello stesso.

Una visione della laicità, quella di matrice franco-turca, in cui le proiezioni esterne della propria identità religiosa e valoriale attraverso i relativi simboli vengono censurate come presagio di sciagure, indipendentemente da una accertata e attuale pericolosità, ma in virtù di una futura - e scontata - nocività; una laicità "sulle difensive"²⁵³, dunque, che preferisce uno spazio pubblico completamente asettico, immune dal religioso, e che, per far ciò, non esita ad adottare "forme sempre più accentuate di intervento e di compressione della sfera privata dell'individuo"²⁵⁴.

Ma anche una laicità tendenzialmente "*abulica*", poiché disposta a rinunciare *a priori* alla bellezza del pluralismo coscienziale e identitario, pur di non faticare nel ricercare, di volta in volta, la soluzione migliore per

²⁵² A.T. KURU, *Secularism and State Policies toward Religion. The United States, France and Turkey*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 161, citato da A. MADERA, N. MARCHEI, *Simboli religiosi "sul corpo" e ordine pubblico nel sistema giuridico turco: la sentenza "Ahmet Arslan e altri c. Turchia" e i confini del principio di laicità*, in *Diritto e religione in Europa. Rapporto sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di libertà religiosa*, a cura di R. Mazzola, il Mulino, Bologna, 2012, p. 119.

²⁵³ Cfr. G. CAROBENE, *Laicità e libertà religiosa: prospettive dell'attuale 'diritto delle religioni'*, in *Diritti e religione. L'evoluzione di un settore della scienza giuridica attraverso il confronto fra quattro libri*, Atti del seminario di studio organizzato dalla Facoltà di Scienze Politiche dell'Università degli Studi di Salerno e della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Pisa (Pisa, 30 marzo 2012), a cura di G. Macrì, M. Parisi, V. Tozzi, Plectica, Salerno, 2012, p. 392.

²⁵⁴ G. CAROBENE, *Laicità e libertà religiosa*, cit., p. 392.



conciliare le difficoltà di un mondo “al plurale” con il mantenimento della pace sociale e dell’ordine pubblico.

Le ragioni più *intime* di un simile approccio devono, molto probabilmente, essere ricercate in un particolare sentire dei tempi, fatto di sospetto per l’*“altro”* e paura per il *“diverso”*; nella fine del bipolarismo Est-Ovest; nella contestuale emersione di diversità per lungo tempo anestetizzate; nelle *“angosce identitarie”*²⁵⁵ prodotte dall’esponenziale processo di globalizzazione; nell’inarrestabile flusso migratorio che ha coinvolto l’Occidente, mettendo in crisi le sue certezze etno-identitarie; nel rifugio in ciò che solo poteva dar sicurezza, ovvero le riscoperte radici culturali e religiose.

4 - Il giro di boa: la rivalutazione della *suitas* nella sentenza della *Grande Chambre* sul caso Lautsi

Detto impianto, tuttavia, inizierà a scricchiolare con la sentenza della *Grande Chambre* che, in data 18 marzo 2011, porrà fine alla tanto chiacchierata vicenda Lautsi: la Corte, spogliatasi di ogni preconcetto nei confronti delle rappresentazioni *simboliche* religiose, da qui innanzi, non si pronuncerà più senza aver prima scandagliato ogni variante dei fatti in causa, *in primis* il contesto storico-culturale nel quale la vicenda si svolge.

Più specificamente, la suprema assise di Strasburgo derubrica il crocifisso a *“simbolo essenzialmente passivo”*²⁵⁶, che nulla pretende, nulla impone. Un simbolo, però, non *“muto”*, che lascia, cioè, indifferenti gli spettatori, ma un simbolo che, non prescrivendo alcuna azione coercitiva, è idoneo a *“richiamare o stimolare la discussione e uno scambio aperto dei punti di vista”*²⁵⁷, incrementando, quel clima di apertura dialogica sintomatica di un contesto *al plurale*.

Icasticità, quella del crocifisso nelle aule scolastiche, che è oltremodo attenuata dal contesto in cui si colloca, connotato da un pluralismo di fatto, in cui

«agli alunni non è vietato portare il velo islamico e altri simboli e indumenti aventi una connotazione religiosa, sono previste soluzioni

²⁵⁵ Cfr. S. FERRARI, *Individual Religious Freedom and National Security in Europe after September 11*, in *Brigham Young University Law Review*, 2004, 2, p. 357.

²⁵⁶ CORTE EDU, Grande Camera, Causa Lautsi e altri c. Italia (ricorso n° 30814/06), decisione 18 marzo 2011 (www.giustizia.it), § 72.

²⁵⁷ CORTE EDU, Grande Camera, Causa Lautsi e altri c. Italia, cit., opinione concordante del giudice Power.



alternative per facilitare la conciliazione della frequenza scolastica con le pratiche religiose minoritarie, l'inizio e la fine del Ramadan sono "spesso festeggiati" nelle scuole e negli istituti può essere istituito un insegnamento religioso facoltativo per "ogni confessione religiosa riconosciuta"»²⁵⁸.

Altro passaggio cruciale è rappresentato dal ritorno *in auge*, dopo un periodo di "assenza ingiustificata"²⁵⁹, del criterio del margine di apprezzamento. I giudici, infatti, nel riformare la pronuncia della Seconda Sezione, non hanno potuto non tener conto di un dato di fatto incontrovertibile, quale l'assenza di "un consenso europeo sulla questione della presenza dei simboli religiosi nelle scuole pubbliche"²⁶⁰. L'inesistenza di un comune sentire degli Stati europei fa sì che, nel decidere su questioni quali la sistemazione dell'ambiente scolastico, la definizione e la pianificazione dei programmi di studio, la Corte debba riconoscere agli Stati un certo "margine di valutazione"²⁶¹, rispettando, di conseguenza, le loro scelte, "ivi compreso il ruolo che essi danno alla religione"²⁶².

D'altronde, come sottolineato dal giudice Bonello, la Corte "non può lasciarsi contagiare da un Alzheimer storico".

«Essa [prosegue] non ha il diritto di disconoscere la continuità culturale del percorso di una nazione attraverso il tempo, né di trascurare quello che nel corso dei secoli ha contribuito a modellare e definire il profilo di un popolo. Nessun tribunale sopranazionale deve sostituire i propri modelli etici alle qualità che la storia ha impresso all'identità nazionale. Una corte dei diritti dell'uomo ha il ruolo di proteggere i diritti fondamentali, ma senza mai perdere di vista che: "i costumi non sono capricci che passano. Essi evolvono con il tempo, si consolidano attraverso la storia per formare un cemento culturale. Divengono simboli estremamente importanti che definiscono l'identità delle nazioni, delle tribù, delle religioni, degli individui". Una corte europea non deve essere invitata a rovinare secoli di tradizione europea. Nessun tribunale, e certamente neanche questa Corte, deve rubare agli italiani una parte della loro personalità culturale»²⁶³.

²⁵⁸ CORTE EDU, Grande Camera, Causa Lautsi e altri c. Italia, cit., § 74.

²⁵⁹ V. FIORILLO, *Il crocefisso a Strasburgo: l'Italia non è la Francia*, in *Quaderni costituzionali*, 2010, n. 1, p. 145.

²⁶⁰ CORTE EDU, Grande Camera, Causa Lautsi e altri c. Italia, cit., § 70.

²⁶¹ CORTE EDU, Grande Camera, Causa Lautsi e altri c. Italia, cit., § 69.

²⁶² CORTE EDU, Grande Camera, Causa Lautsi e altri c. Italia, cit., § 69.

²⁶³ CORTE EDU, Grande Camera, Causa Lautsi e altri c. Italia, cit., opinione concordante del giudice Bonello, 1.1, 1.2.



Le sentenze del periodo “*pre-Lautsi II*” ci avevano abituati a osservare la laicità attraverso il vetrino di una neutralità “militante”²⁶⁴, che con il suo spazio vuoto, risultava, agli occhi dei giudici di Strasburgo, *più neutrale* (e quindi preferibile) rispetto a una neutralità *additiva*²⁶⁵. Una visione, questa, che, nonostante gli intenti di senso opposto, non riusciva a sottrarsi a un certo cortocircuito logico: lo spazio pubblico doveva necessariamente e indipendentemente dal contesto di riferimento presentarsi diafano (si pensi, a tal riguardo, alla pretesa che le pareti delle aule scolastiche italiane fossero del tutto bianche²⁶⁶); i soggetti erano costretti, a prescindere dalla tradizione “identitaria” del Paese in cui vivevano, a spogliarsi di ogni loro individualità assiologica, mediante la rinuncia forzosa alle rappresentazioni simboliche dei loro convincimenti religiosi, per mimetizzarsi al resto della collettività²⁶⁷ e costringere, così, la naturale “fluidità della soggettività individuale”²⁶⁸.

E se tale presa di posizione era in qualche modo giustificata, in un primo momento, dal ricorso al criterio del margine di apprezzamento, per di più in contesti adusi a una laicità “*de combat*”, *smaterializzato* quest’ultimo con la prima pronuncia sulla vicenda Lautsi, si è avuto sentore che la Corte abbia voluto imporre assertivamente una propria concezione di neutralità, soprassedendo al sacrosanto principio di sussidiarietà.

È stata, dunque, la Grande Camera, con la seconda sentenza Lautsi, a ritornare a dare il giusto peso alla “ricchezza culturale delle tradizioni giuridiche presenti in Europa”²⁶⁹, destituendo di legittimità ogni forma di

²⁶⁴ **L.P. VANONI**, *Laicità e libertà di educazione. Il crocifisso nelle aule scolastiche in Italia e in Europa*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 142.

²⁶⁵ Puppinck ritiene che ciò sia da imputare a un inganno dello spirito umano, che “sembra in effetti configurato per pensare che il vuoto sia più neutro del pieno” (**G. PUPPINCK**, *Il caso Lautsi contro l’Italia*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., 2012, p. 17).

²⁶⁶ Per Rossi «in presenza di una situazione nella quale i simboli siano di fatto utilizzati e presenti negli spazi pubblici, la loro rimozione non sarebbe neutrale e “rispettosa per tutti”, in quanto con essa si occulterebbe il pluralismo, “relegandolo nella sfera privata e di fatto imponendo una visione atea delle istituzioni”, con la conseguente affermazione nello Stato di una concezione di laicità antireligiosa che non ci appartiene» (**E. ROSSI**, *Laicità e simboli religiosi*, in *Archivio Rivista AIC*, 2007, p. 362).

²⁶⁷ Chiosa Weiler: “Ma nella contemporaneità, lo spazio pubblico senza simboli, un muro bianco nella scuola [...] non è certo più neutrale che avere un crocifisso sul muro. È uno scaltro inganno della laicità, l’opposto esatto del pluralismo” (**J.H.H. WEILER**, *Il crocifisso a Strasburgo: una decisione “imbarazzante”*, in *Quaderni costituzionali*, 2010, 1, p. 151).

²⁶⁸ **M. GIANNI**, *Riflessioni su multiculturalismo, democrazia e cittadinanza*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2000, 1, p. 16.

²⁶⁹ **L.P. VANONI**, *Laicità e libertà di educazione*, cit., p. 211.



esportazione coatta, anche in contesti non storicamente e culturalmente idonei, di un'unica visione di laicità.

Questo nuovo scenario pare aver inaugurato l'epoca del riconoscimento della compatibilità con il dettato convenzionale non solo della laicità militante, ma anche di quella "multicolore", che consente a tutti di presentarsi nell'agone pubblico (almeno in quei contesti statuali inclini all'apertura verso il diverso) per quello che sono, con tutte le loro connotazioni e senza dover temere alcun pregiudizio per detta loro scelta. "Ovviamente sempre nel rispetto del quadro dei principi costituzionali, ossia dell'unica forma di verità concepibile all'interno di un sistema democratico costituzionale".²⁷⁰

5 - Conclusioni

È la rivincita della *suitas*, dell'attenzione alle reali intenzioni del singolo e della possibilità di questo di manifestarsi per quello che è. Le rappresentazioni simbolico-religiose, private della superfetazione negativa attribuita loro dalla pregressa giurisprudenza, assurgono, ora, in quei contesti a loro adusi, a "ierofanie", a manifestazioni privilegiate delle più disparate declinazioni dell'individualità.

Una *suitas*, che si proietta anche in una dimensione collettiva, con il ritorno del margine di valutazione statuale nell'opera di bilanciamento della Corte e dell'attenzione al contesto di riferimento, tributo indispensabile alla "pluralità e ricchezza delle tradizioni dei singoli Stati membri del Consiglio d'Europa"²⁷¹. Tutto ciò, infatti, dovrebbe andare di

²⁷⁰ A. MORELLI, A. PORCIELLO, *Verità, potere e simboli religiosi*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2008, in www.forumcostituzionale.it, p. 8.

²⁷¹ V. TURCHI, *La pronuncia della Grande Chambre della Corte di Strasburgo sul caso Lautsi C. Italia: post nubila Phoebus*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., 2011, p. 3. A provarlo le successive pronunce. Pensiamo alla sentenza sull'*Affaire S.A.S. c. France* (CORTE EDU, Grande Chambre requête n° 43835/11, arrêt 01 juillet 2014, sito web www.hudoc.echr.coe.int), nella quale la Corte riconosce alla Francia la facoltà di interdire la dissimulazione del volto nei luoghi pubblici, al fine di preservare una "peculiare" visione del vivere la socialità (il c.d. "*vivre ensemble*"), fondata, in nome del principio costituzionale di "*fraternité*", sull'interazione degli individui a volto scoperto; o ancora quella sul caso *Ebrahimian c. France* (CORTE EDU, Cinquième Section, requête n° 64846/11, arrêt 26 novembre 2015, sito web www.hudoc.echr.coe.int), in cui i giudici di Strasburgo ritengono legittimo che in un contesto, quale quello della laicità francese, si impedisca ad un "portatore sano di statualità", come un'assistente sociale, l'indosso del velo sul posto di lavoro. In ultimo, ricordiamo le sentenze sull'*Affaire Dakir c. Belgique* (CORTE EDU, Deuxième Section, requête n° 4619/2012, arrêt 11 juillet 2017, sito web www.hudoc.echr.coe.int) e sull'*Affaire Belcacemi et Oussar c. Belgique* (CORTE EDU,



pari passo con una certa “*sensibilità*” per i “patrimoni culturali e spirituali presenti a livello sub o infra nazionale”²⁷², perché espressione, anch’essi, di un “*sentire*” meritevole di tutela convenzionale.

E se quanto detto si attesta su un livello meramente formal-procedurale, sotto un profilo più intimo esso potrebbe essere accompagnato - si auspica - da un mutato approccio nei confronti dell’*alter*, una volta preso atto che quest’ultimo non è ontologicamente di segno negativo²⁷³, bensì portatore di una carica positiva non solo in sé e per sé, ma anche in funzione del contesto in cui esso va a inserirsi.

La bellezza della diversità, dunque, sarebbe la chiave di volta del nostro discorso, che, come visto, anima e la cui tutela ispira la Convenzione. Alla crisi identitaria dalla portata globale, di cui abbiamo parlato innanzi, una soluzione potrebbe giungere proprio da ciò che fino a poco tempo fa veniva additato, senza mezzi termini, come la causa prima di ogni male. Il diverso, infatti, “si annuncia necessario all’emergenza della mia identità”²⁷⁴, perché questa

«si costituisce solo in rapporto a quella dell’altro e “sono le asimmetrie tra ciò che noi crediamo o sentiamo e ciò che gli altri credono o sentono a renderci possibile localizzare dove noi siamo ora”, sono cioè “i divari tra me e coloro che pensano in modo differente da me [...] che definiscono i reali confini del sé”»²⁷⁵.

È nel DNA di ognuno la ricerca di una interazione dialogica con l’altro, la possibilità di scoprire se stessi e fortificare le proprie scelte di vita con il confronto con il diverso; al contrario, la propria identità non può che

Deuxième Section, requête n° 37798/2013, arrêt 11 juillet 2017, sito web www.hudoc.echr.coe.int), che, ricalcando, in molti punti, quella sul caso S.A.S. c. France, ritengono conforme alla Convenzione l’art. 536bis del codice penale belga, che sanziona coloro che accedono a luoghi aperti al pubblico con il volto coperto, poiché conforme ad un peculiare modo di concepire il vivere le relazioni sociali.

²⁷² F. FRENI, *Soft law e sistema delle fonti del diritto ecclesiastico italiano*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., 2009, p. 34.

²⁷³ Anche perché, come osserva Göle, “Rendere l’altro ancora più diverso per creare la propria identità è un modo per rendersi ciechi fissando l’immagine riflessa dell’altro, di cadere in preda alle illusioni e di distruggere ogni possibilità di trovare un terreno comune, di costruire un legame tra il sé e l’altro” (N. GÖLE, *L’Islam e l’Europa. Interpenetrazioni*, Armando, Roma, 2013, p. 34).

²⁷⁴ Afferma C. DI MARTINO, *La convivenza tra culture*, che cita a sua volta Geertz, in *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, a cura di M. Cartabia, il Mulino, Bologna, 2007, p. 497.

²⁷⁵ C. DI MARTINO, *La convivenza tra culture*, cit., p. 496.



diventare più vulnerabile, perché corroborata da una sempre deleteria diffidenza, in un contesto fatto di cloni.

Antidoto al senso di smarrimento identitario che pare aver contraddiristinto il nascere del nuovo millennio non può essere la paura, rimedio che ha palesato non solo tutta la sua inattitudine a risolvere la problematica in questione, ma di essere a sua volta matrice di altri mali (incomunicabilità culturale, “invisibilità pubblica”²⁷⁶, ghettizzazione, monadizzazione delle prospettazioni cultural-coscientiali, diffusione e radicalizzazione dei fondamentalismi religiosi), esasperando il clima di tensione già in atto. Ma una via che, a questo punto, si potrebbe tentare di percorrere sarebbe - almeno in quei contesti storicamente e culturalmente predisposti all’apertura - quella dell’inclusione (mai dell’omogenizzazione) nel riconoscimento e nell’accettazione delle reciproche specificità, un’inclusione, cioè, “sensibile alle differenze”²⁷⁷.

La depravazione sociale e pubblica delle connotazioni coscientiali, religiose e più in generale culturali, infatti, benché animata da un legittimo intento, quale potrebbe essere il perseguitamento di una effettiva uguaglianza, nel lungo periodo rischia di degenerare in forzoso livellamento, in rifiuto del riconoscimento dell’alloctono²⁷⁸.

Venire spogliati di una connotazione, seppur simbolica, della propria identità nello spazio pubblico, inteso quale «“spazio della presenza” che fornisce la “pubblicità” necessaria per la conferma delle identità»²⁷⁹, inevitabilmente può essere percepito come tacita valutazione negativa dell’intero essere e l’inconscia maturazione di un senso di non accettazione. Al contrario, l’accoglimento delle diverse rappresentazioni valoriali costituirebbe il primo passo verso una buona disposizione d’animo di tutti gli attori che operano nello spazio pubblico e i simboli coscientiali diventerebbero un motivo ulteriore per incentivare l’interazione dialogica, linfa vitale per una “crescita identitaria” e un pacifico mondo al plurale.

²⁷⁶ **B. PASTORE**, *Pluralismo, Fiducia, solidarietà. Questioni di filosofia del diritto*, Carocci, Roma, 2007, p. 27.

²⁷⁷ **J. HABERMAS**, *Nazione, Stato di diritto, democrazia*, in *Identità e politica*, a cura di F. Cerutti, Laterza, Roma-Bari, 1996, p. 201.

²⁷⁸ “Il rispetto per la diversità non si costruisce con l’appiattimento delle differenze e con il vagheggiamento d’un’uguaglianza astratta, in cui l’identità di ognuno si annulla e si confonde con quella dell’altro. L’opposto della prevaricazione non è la rinuncia, ma la condivisione. E condividere significa mettere faticosamente insieme delle specificità, non annullare se stessi” (**S. BONINO**, *Vagheggiando l’uguaglianza*, in *Psicologia contemporanea*, 2002, p. 12, citato in **F. FEDE, S. TESTA BAPPENHEIM**, *Dalla laicité di Parigi alla nominatio Dei di Berlino, passando per Roma*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 131-132).

²⁷⁹ **B. PASTORE**, *Pluralismo, Fiducia, solidarietà*, cit., p. 53.



Ma a quanto sin d'ora esposto è altresì necessario aggiungere un ulteriore sforzo: affinché tutto questo sia fecondo e costruttivo è indispensabile che il confronto avvenga avendo ben contezza della "propria tradizione, bisogna, cioè anzitutto essere eredi, avere un volto"²⁸⁰.

Se dimentichiamo il nostro substrato storico, "possiamo solo - come accade oggi sempre più vistosamente - dibatterci tra debolezza e aggressività, cedimento e irrigidimento irrazionale, paura, presagio di conflitto"²⁸¹.

Ebbene, pare proprio questa la strada intrapresa dalla Corte di Strasburgo con la sentenza definitiva sul caso Lautsi, dove si è premiata la tendenziale apertura dello Stato italiano verso chi ha posizioni e prospettazioni diverse da quelle della maggioranza, accompagnata, però, dal rispetto e dalla preservazione delle proprie tradizioni, rappresentate nel caso di specie dalla presenza del crocifisso nelle aule scolastiche.

Sarebbe quella *suitas* collettiva alla quale facevamo cenno all'inizio delle nostre riflessioni: le collettività si sono riappropriate della propria storia, della propria tradizione, sia che sia votata a una neutralità *stricto sensu* (come per la Francia) sia che invece abbia un approccio più benevolo e aperto nei confronti del numinoso.

²⁸⁰ C. DI MARTINO, *La convivenza tra culture*, cit., p. 504.

²⁸¹ C. DI MARTINO, *La convivenza tra culture*, cit., p. 504. Per Di Martino la sfida che ci si prospetta è "riscoprire chi siamo, ridiventare eredi e perciò capaci di futuro. E l'incontro con l'altro, con l'arrivante, con tutto ciò che comporta, ce ne dà l'occasione indifferibile e gravida di destino" (*ivi*, p. 506).



Sina Haydn-Quindeau

(Research fellow in Ecclesiastical Law, Constitutional Law and Administrative Law, Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg, School of Law)

Religious symbols in public space: the German way

ABSTRACT: This paper should draw a picture of the German constitutional system of the relationship between state and religion, on the examples of the most discussed religious symbols in public space: Islamic headscarf and Christian cross. German constitutional law includes the rules about the relationship between state and religious communities. It is based on three principles: neutrality, tolerance and parity. According to that, there is no state church. As well the state is not allowed to identify with one particular religious community. On the other hand, the constitution asks the German state to encourage religious life. Therefore, the protection of freedom of religion is understood in an ample way. The religious communities have more rights than other registered societies. All this is distilled in the term 'positive neutrality of religion'.

SUMMARY: 1. Situation today - 2. Historical outline - 2.1. Reformation - 2.2. 19th Century: Freedom of Religion and Independence of the Churches - 2.3. The cultural compromise of Weimar - 3. German constitutional law about state and religion - 3.1. Freedom of religion - 3.2. Neutrality - 4. Religious symbols in public space as touchstones - 4.1. Islamic headscarf - 4.2. Cross - 4.3. Summary - 5. Conclusion.

1 - Situation today

For decades now, people in Germany have been debating the issue of religious symbols in public space. However, in the past few years new challenges have appeared which have altered the character of this discussion. Whereas in the past 25 years the supposed privileges of religious organisations like the Protestant Church and the Roman Catholic Church were criticised, in the last few years many people, although not all of them supporters of the churches, at least seem to consider it appropriate that Christianity and the Christian churches as part of Western Europe cultural heritage should get a preferential treatment or that the Islam should not be treated in the same way as Christianity and Christian churches. Nevertheless, German Constitution does not allow preferring a specific religious creed or community, as I will analyse. This change of attitude may



be linked to a severe change in adherence to religious traditions in society and a fear of losing what is familiar.

Beginning in the year 1950, by far the most part of German society, more than 90%, has been a member of one of the Christian churches. Nearly half were Roman-Catholic, the other half Protestant, which means that they belong to a Lutheran or a Calvinist parish. In the last decades, this situation was object to a profound transformation. In 2011²⁸², the members of Christian Churches dropped to less than 60% on average, while the numbers of church members are still equally split between Roman-Catholic and Protestant. On average, the major group in Germany are now people without religious memberships (34%). There are great differences between the regions in Germany. In the south and west of Germany, a major part of society, about 70%, is still member in one of the Christian churches, whereas in eastern Germany it is the opposite with about 20% to 30% Church members. This difference is important to know for the inner-German dialogue. It has its cause in the Dictatorship in the former GDR where religion was suppressed. Whereas membership in the big Christian churches is falling, there has been a continuous growth in numbers of Muslims, by now about 5% of the population adhere to the Islam²⁸³.

Since the migration in 2015, the voice of people strengthened, who are afraid of foreign infiltration (dt. 'Überfremdung'). That part of domestic population needs self-reassurance and help for their cultural identity. In the last years, there has been a heated debate about defining the 'leading culture' (dt. 'Leitkultur') and respective symbols. As an answer, the Bavarian government stated in April 2018 that the symbol of Bavarian culture and tradition was the cross. Accordingly, by law a cross needs to be erected in the entrance area of every public building except schools, universities and town halls.

This leads to the question of this contribution, whether the state is allowed by constitution to use religious symbols in public space. To answer it from a legal point of view, it is important to distinguish. There is a

²⁸² See the facts of the German Federal Statistical Office (<https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Bevoelkerung/Bevoelkerungsstand/Tabellen/AltersgruppenFamilienstandZensus.html>); and the research data centres of the statistical offices of the Federation and the Länder (<https://www.statistikportal.de/de/bevoelkerung/ergebnisse-des-zensus-2011/zugehoerigkeit-zu-einer-religionsgemeinschaft>) both last visited on 08.08.2018.

²⁸³ To achieve reliable numbers is nearly impossible, for there is no statistic on the members of the Islamic communities. There was an optional mention at the census 2011, where 1,9 % did member themselves to an Islamic organisation. The real figure is estimated to amount up to 5-7 %.



difference between religion and culture. Western European culture is in many ways influence by religion. However, individual (or collective) religious practice, which is supported by constitutions and the ECHR, is different from a culture that developed out of a religious heritage. For an analysis of the (German) constitution, I can say nothing about cultural influence but only about the individual freedom of religion and other basic legal principles.

As I will relate the constitutional situation in Germany, which is only to understand with the background of its special development, I will give a short overview over the history of the separation of the Churches from the state in Germany since the Reformation (II). After that, I want to outline the basic principles of German Constitutional Law of state/church relation (III.) and then analyse how German law deals with religious symbols in public space, especially Muslim headscarf and Christian cross (IV.), before I venture to describe the most urging questions about handling religious pluralism in secular states (V.).

2 - Historical outline

2.1 - Reformation

The Reformation in the 1520es did not only lead to a religious schism but also to a crisis of the political constitution of the Empire. This was solved by the Augsburger Religionsfrieden of 1555 and the Treaty of Westphalia (Westfälischer Frieden) of 1648, which guaranteed equality of Catholics and Lutherans and Calvinists on the level of the Reich²⁸⁴. On the other hand the rulers of the single territories of the Empire, mostly princes, were given the ‘ius reformandi’, the right to determine the denomination of their subjects. Thus, different types of state churches were established in the territories.

2.2 - 19th Century: Freedom of Religion and Independence of the Churches

²⁸⁴ Short historical overview in English: **G. ROBBERS**, *State and Church in Germany*, in *State and Church in the European Union*, edited by G. Robbers, Nomos, Baden-Baden, 2005, pp. 77, 78. In German: **A. VON CAMPENHAUSEN, H. DE WALL**, *Staatskirchenrecht*, C.H. Beck, München, 2006, p. 9 ff.; **M. HECKEL**, *Zur Entwicklung des deutschen Staatskirchenrechts von der Reformation bis zur Schwelle der Weimarer Verfassung*, in *Gesammelte Schriften. Staat Kirche Recht*, edited by K. Schlaich, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1989, pp. 366, 375 ff.; in detail **C. LINK**, *Kirchliche Rechtsgeschichte*, C.H. Beck, München, 2017, p. 80 ff.



The end of the Holy Roman Empire in 1806 led to a process of emancipation of the churches from the state²⁸⁵. The territories of the prince-bishops were secularised. Thus, the phenomenon of bishops and other higher clerics being political sovereigns ended.

Together with a movement of spiritual revival this led to an increasing independence of the Catholic church, a strengthening of the universal church and papacy. The 'landesherrliche Kirchenregiment' (territorial church government) of the Protestant churches was kept up during the nineteenth century. Nevertheless, the Protestant churches also gained increasing independence from the government and achieved a state of autonomy as well as constitutions of their own²⁸⁶. The church authorities were separated from the political ones. The emancipation of the churches in the 19th century is part of a general tendency of secularisation of the state. It is closely connected with the common plead for freedom and human rights, especially the freedom of religion. The principles of religious freedom and equality of denominations were of special importance for a number of German states. They had gained large territories with populations of different denominations during the 18th and especially at the beginning of the 19th century, and so their population was no longer religiously uniform. The integration of the new subjects with different denominations made it necessary to respect their religion and to treat their churches equally with the respective state church. This led to the granting of freedom of religion and the parity of the Roman Catholic and the Protestant churches in most of the German particular states. A system of various degrees of privileged churches was established, which has been called 'graded parity' (gestufte Parität), and in which the Roman Catholic and the Protestant Church were privileged in many ways compared to smaller religious communities.

2.3 - The cultural compromise of Weimar

After the First World War, not only monarchy in Germany was abolished but also with it the landesherrliche Kirchenregiment (territorial church government) of the Protestant churches. The Reich guaranteed freedom of religion and the end of state churches was ordered. The churches were

²⁸⁵ C. LINK, *Kirchliche*, cit., p. 150 ff.

²⁸⁶ H. DE WALL, *Die Verselbständigung der evangelischen Konsistorien in Preußen und Bayern im 19. Jahrhundert als Schritt zu kirchlicher Unabhängigkeit*, in *Staat und Kirchen in Westeuropa in verwaltungshistorischer Perspektive*, edited by J. Raadschelders, Nomos, Baden-Baden, 2002, ff. 151, 164 ff.; H. OELKE, *Kirche und Staat. Kirchengeschichtlich. Neuzeit in Religion in Geschichte und Gegenwart (RGG⁴)*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 2008, vol. IV, p. 1042.



given the right to govern their own affairs autonomously within the limits of the law. Some leftist politicians and parties proposed that the churches should be kept out of the public sphere completely. However, they had no success. The so-called Weimarer Kulturkompromiss (Weimar cultural compromise) is a compromise between the concept of a full separation of state and church and a restoration of the status quo ante. The characteristic of this compromise²⁸⁷ demonstrate that the separation of state and churches was not meant as a measure against the churches but in favour of their freedom of religion even in public life.

Our constitution, especially its Articles on the relation of state and churches, is a result of the special historical development of religious freedom and church autonomy in Germany. That cultural compromise of Weimar was transferred in the Basic Law 1949, which is the actual constitution. As far as religion and religious communities are concerned, the key issue of the constitution today is the freedom of religion.

3 - German constitutional law about state and religion

In this chapter, first there will be an outline provided of the constitutional rules and principles in the Church/State relationship.

3.1 - Freedom of religion

The key issue of the constitutional law of religion is the freedom of religion²⁸⁸. Article 4 Basic Law (GG) states: "Freedom of faith and of conscience, and freedom to profess a religious or philosophical creed, shall be inviolable. The undisturbed practice of religion shall be guaranteed." This is understood in a broad way:

"Religious freedom includes the right to have a religious faith (Glaubensfreiheit), to profess this faith privately or publicly (Bekenntnisfreiheit), to exercise one's religion publicly (Kultusfreiheit), and to join with others to form a religious group (religiöse Vereinigungsfreiheit). These rights also include the rights to abstain from doing the listed conduct"²⁸⁹.

²⁸⁷ Which are the status of the churches as Körperschaften des öffentlichen Rechtes (corporations under public law), the opportunity of religious activities and spiritual welfare in public institutions, as hospitals, prisons and the army, as well as the guarantee of religious instruction at state schools.

²⁸⁸ See **M. GERMANI**, Art. 4, in BeckOK, GG (Basic Law), C.H. Beck, München, 2018.

²⁸⁹ **E.W. BÖCKENFÖRDE**, *Bekenntnisfreiheit in einer pluralen Gesellschaft und die* 105



That means that every person has the right to align his whole life with the rules of his religion. That implies rules for eating, drinking, clothing as well as the fundamental values for educating.

In German law there are three steps of consideration whether a fundamental right is violated. First step will be asking if the behaviour is granted by freedom of religion, that is whether it has a religious reason. Next step is asking, whether there is an interference through state action. Third, whether this action is supported by a constitutional value that weighs in that special case more than the freedom of religion.

An example, that had been widely discussed, is the Muslim or Jewish circumcision of boys. In 2012 a District Court surprised in sentencing a doctor for bodily harm who practised a circumcision on a Muslim 4 year old boy²⁹⁰. Suddenly, the question arose whether a religiously motivated circumcision is considered a bodily injury. Usually, the parents can give their consent to a surgical intervention. The District Court stated that the circumcision was undertaken "without any indication of medical necessity"²⁹¹. Therefore, the consent of the parents could not be valid, because it was not within the interest of the child. In consequence, the court stated that the circumcision was illegal.

From the view of constitutional law follows as a first result that circumcision is religiously motivated and therefore supported by freedom of religion. If the physician is sentenced for doing so, there is an interference with this behaviour. As a next step the question must be asked, whether the religious freedom of the parents is in conflict with the state's task to protect the child's physical integrity. The general belief was, that if this case would have been decided by the Constitutional Court, the Court would have given more weight to religious freedom. It never came to this decision, for the German Parliament (Deutscher Bundestag) established circumcision as a legal undertaking by inserting the following article in the German Civil Code:

"(1) The care for the person of the child includes the right to give consent to the medically unnecessary circumcision of a male child who

Neutralitätspflicht des Staates, in Kirche und christlicher Glaube in den Herausforderungen der Zeit, LIT Verlag, Münster 2007, 2^a ed., pp. 439, 442, quoted from **U. SACKSOF SKY**, Ernst-Wolfgang Bockenforde's *Oeuvre on Religious Freedom Applied to Recent Decisions of the European Court of Human Rights*, in *German Law Journal*, vol. 19, No. 2, 2018.

²⁹⁰ See on that topic **D. ABRAHAM**, *Circumcision: Immigration, Religion, History, and Constitutional Identity in Germany and the U.S.*, in *German Law Journal*, vol. 18, No. 7, 2017, p. 1745.

²⁹¹ LG Köln, Urt. v. 7. May 2012- 151Ns 169/11.



is not capable of reasoning and forming a judgment, if this is to be carried out in accordance with the rules of medical practice. This does not apply if the circumcision, even considering its purpose, jeopardises the best interests of the child”²⁹².

So the legislator overruled the Court decision. Such exemptions for special cases appear to be a pragmatic way to deal with religious pluralism in a secular state.

As we have seen, the freedom of religion is interpreted broadly. Nearly every behaviour could be supported by it. If a value, which is stated in the basic law, supports a legal rule, with which the religious behaviour is in conflict, it will be possible to abridge freedom of religion. There is a danger in supporting absolute religious freedom. In a secular state based on Christian roots and Enlightenment, alignment on religious rules for daily life could sometimes be in conflict with legal rules. It is a pragmatic way to find sensible exemptions that consider the value of religious freedom as well the reason of the legal rule.

The reverse of undisturbed practice of religion is a so-called negative side of religious freedom, which is being protected against being brought by state in a situation where a religious statement is required. This is important for handling with symbols in public space, as we will see.

3.2 - Neutrality

Neutrality is the second principle to describe the relation between state and religion. The Basic Law not explicitly mentions that principle. The Constitutional Court derived it from a number of provisions in the Basic Law, such as the principle of religious equality (Article 3 (3) GG), the separation of Church and State (Article 137 (1) WRV) and the principle of freedom of religion (Article 4 GG, Article 136 WRV)²⁹³. What does ‘neutrality’ mean in this context?

a) *Separation of state and church*

One reason for the misunderstanding of our law on religion and religious communities is the term “separation of state and church”. It cannot be found in our basic law, which in its Art. 140 refers to Art. 137 of the Weimar Constitution from 1919. This Article states that there is no state church. The problem with the separation of state and church is that people have different ideas of what this means. The law only states that there is no state

²⁹² § 1631d BGB.

²⁹³ Established jurisprudence, e.g. BVerfGE 108, 282 (299).



church, so it is not allowed to mix religious institutions with public ones. It also forbids a personal union of cleric and public office holders. There are sharp divisions over the question whether Art. 137 (1) WRV demands neutrality of state organs in religious matters as well. In my opinion, it is important to think the separation of church and state together with the stipulation of equality to form the demand on neutrality.

b) Equality

That refers to the second topic: equality. No one should be treated differently because of his or her religion, states Art. 3 GG. Several special rights in the constitution prohibit discrimination against religious minorities, for example Article 33 (3) GG:

“Neither the enjoyment of civil and political rights, nor eligibility for public office, nor rights acquired in the public service shall be dependent upon religious affiliation. No one may be disadvantaged by reason of adherence or non-adherence to a particular religious denomination or philosophical creed”.

That stipulates that the state is not allowed to judge individuals on their creeds. Individuals as well as religious communities have the right to be treated equally. It is possible to constitute an exception for the purpose of factual reasons.

c) Neutrality and Non-Identification

Both constitutional rules - prohibition of a state church and religious equality - form the basic principle of Neutrality as the Constitutional Court states. There is a debate about this concept²⁹⁴. Some emphasise a literal interpretation of the constitution that merely states an institutional separation of church and state. In that understanding, there is no stipulation for religious neutrality. In consequence, any state action would be within the legal framework that does neither violate freedom of religion and equal rights nor establish a state church.

Others demand an exceeding neutrality in religious affairs. In their opinion the state has to be 'home to all citizens' ("Heimstatt aller Bürger") as the Constitutional Court puts it. It is necessary to have religious neutrality, in order to take the stipulations of separation of state and church and equality of religion seriously. Without neutrality, there can be no equality in dealing with the different denominations.

²⁹⁴ See **K. SCHLAICH**, *Neutralität*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1972; **H.M. HEINIG**, *Verschärfung der oder Abschied von der Neutralität?*, in *JZ*, 2009, p. 1136.



The concept of neutrality is concretised in the term of non-identification. That postulates not only that the State is obliged to treat all religions and creeds equally, but also that the state authorities are not allowed to comment on the truth or value of religions in general. The state must not favour one religion over another, but at the same time is not allowed to favour non-religious citizens either.

d) Cooperation between State and religious communities ('friendly neutrality')

However, religious neutrality does not mean that the State ought to ignore religion or that religion has to be kept out of the public sphere and state schools. This would severely harm religious communities since they appear in public and define themselves as important actors of public life. Like political parties and other organizations, churches and religious communities take part in the public debate over social and political issues. Therefore, state religious neutrality in the German sense does not entail keeping religion out of the public sphere.

In the Basic Law there are several offers to religious communities, such as a special legal form, which simplifies organisation for the need of religious communities (*Körperschaften des öffentlichen Rechts*), or religious instruction in public schools as well as the protection of Sunday as a work-free day and (religious) holidays and spiritual welfare in public institutions. The reason for this cooperation between state and religious communities is the perception that people need religion in their lives and need something to help them understand the world and the position of human being in it. Moreover, the state is dependent on a moral foundation²⁹⁵. However, this is nothing that a state is able to define, only religious communities can. Therefore, the state supports religious life and respective communities without commenting on the beliefs of the different religions.

This is the main difference between the original French idea of laïcité, according to which religion must be kept out of the public sphere including state schools, and the German concept of neutrality. In the German view, laïcité leads to a denigration of religion, which is incompatible with state neutrality. Religion ought not to be ignored or restrained, but every religious belief must be treated equally and can be encouraged on an equal basis.

²⁹⁵ E.W. BÖCKENFÖRDE, *Der Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation*, in *Recht, Staat, Freiheit*, Suhrkamp, Frankfurt, 1991, pp. 92, 112.



d) *Summary*

Summarizing the German relation between state and religious communities, I quote a decision of the Constitutional Court of the Year 2014²⁹⁶:

"The Basic Law establishes an obligation for the state, as the home of all its citizens, to maintain religious and ideological [...] It prohibits the introduction of any legal entity of the nature of a state church and bars privileging any particular denomination, or excluding persons of other faiths [...]. The state must ensure that the treatment of the various religious and ideological communities is guided by the principle of equality [...], and must not identify itself with a particular religious community [...]. The free state under the Basic Law is characterised by openness to the diversity of religious and ideological convictions.

The religious and ideological neutrality required of the state is not to be understood as a distancing attitude in the sense of a strict separation of state and church, but as an open and comprehensive one, encouraging freedom of faith equally for all beliefs. [...] [The religious freedom] also requires the state, in the positive sense, to ensure that there is room for an active exercise of religious convictions and a realisation of one's autonomous personality in the religious and ideological sphere [...]. The state is only barred from exerting a targeted influence in the service of a specific political, ideological or philosophical direction, or, through measures originating from the state or being attributable to it, from identifying itself with a specific faith or a specific ideology and thus on its own initiative endangering religious peace in a society [...] The principle of religious and ideological neutrality also prohibits the state from judging the faith and doctrine of a religious community as such [...]".

4 - Religious symbols in public space as touchstones

With this concept of friendly neutrality in mind, it is time to analyse the two most present and disputed religious symbols in public space: The Islamic headscarf and the Christian cross.

4.1 - Islamic headscarf

The Islamic headscarf has been the issue of several court decisions. Especially as far as state schools are concerned, where the demands of

²⁹⁶ BVerfG, Order of the First Senate of 27 January 2015 - 1 BvR 471/10 - paras. (1-31) Rn. 109f.



education in a community are focused, you can find heated debates about it. It is incontestable that to ban headscarves among pupils would be a violation of religious freedom and neutrality unless there are just reasons for banning them (as well as other religious clothing) such as safety reasons²⁹⁷.

It is far more difficult to solve the problem whether a teacher is allowed to wear a religious headscarf. In Germany, most teachers are permanent officials or employees in public service. In this position, the teacher is a state's actor and is required to act neutral. Therefore, religious neutrality of the state and the personal religious freedom of the teacher are in conflict. The German Constitutional Court decided twice in proceedings about teachers who were not allowed to wear their headscarf in class²⁹⁸. In both cases, - with different argumentation²⁹⁹ - this prohibition was acknowledged as a breach of freedom of religion. It is thus permissible for a teacher to wear a headscarf in German state schools. The Constitutional Court gave more weight to individual right than to state's neutrality or the religious feelings of pupils and parents. If there is the need to ban the headscarf, it is only allowed when there is a safety reason (for example peace in school and a safe and undisturbed learning environment) and parity between the different religious denominations.

This problem is similar to cases in which somebody wants to wear a headscarf in court. For the individual person (may it be the accused or parties of civil actions) the same facts apply as for the pupils in school. They could appeal to religious freedom.

Whether a judge or a prosecutor is free to wear a headscarf is again more difficult. At the moment, there are court proceedings about this questions. The Constitutional Court did not yet decide finally³⁰⁰.

²⁹⁷ See as well EGMR 10 november 2005 - 44774/98 Leyla Sahin/Türkei which supported banishing the Islamic headscarf in a university.

²⁹⁸ BVerfG, Urteil v. 24. September 2003 - 2 BvR 1436/02, in English available at https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2003/09/rs20030924_2bvr143602en.html, commented by **K. KÄSTNER**, in JZ, 2003, p. 1164; BVerfG, Beschluss vom 27. January 2015 - 1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10 (in English available at https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2015/01/rs20150127_1bvr0471_10en.html) both last visited on 08.08.2018.

²⁹⁹ In the first decision in 2003 the legislator was blamed for not having set a legal rule that would have justified the interference with religious freedom. In the second decision 2015 the Court went farther with determining that even if such a legal rule existed, it would be a breach of religious freedom. In the course of that 12 years freedom of religion acquired more weight.

³⁰⁰ See only the request for urgent court decision BVerfG (1. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. v. 27. June 2017 - 2 BvR 1333/17.



Nevertheless, it is expected that the Court differentiates between the position of a judge and the position of teacher. A judge or a public prosecutor requires more appearance of neutrality than a teacher at school. The teacher is not only a neutral representative of the state, but as an individual pedagogical person responsible to establish a relationship with the pupils. In contrast, a judge needs to appear and act neutrally. Therefore, a ban of headscarves for public court staff would be permissible. This shows that it is necessary to distinguish different public places, in that case school and court, respectively teacher and judge.

In the headscarf cases, the individual freedom of religion is in conflict with religious neutrality of the state. It becomes apparent that it must be balanced in individual cases which value weighs most.

4.2 - Cross

The Cross is the other religious symbol that excites frequent discussions³⁰¹. There have been several decision of the German Constitutional Court about crosses in schools and in court buildings³⁰². The main problem was the question about negative religious freedom. Is it an interference with religious freedom, when an individual is forced to stay in a public room, where there is a cross? One argument against it is that the state forces nobody to a religious statement, when there is a cross in the room. Therefore, it would be no violation of religious freedom.

The focus of the Court decisions lies on respective the situation, in which the person is. The German Constitutional Court stated that the situation in class is a special one. Pupils are forced (compulsory school attendance) to be at school at least several hours per day. Especially young persons are not yet matured in personality; hence the cross in the classroom could influence the pupil. Therefore learning 'under the cross' could violate negative religious freedom. The judges attributed more weight to the individual freedom of religion than to the constitutional value of educational mission. A similar chain of arguments has been used in the case of a Jewish attorney who opposed a cross at court.

³⁰¹ Just see the latest discussion to put on a cross at every public office in Bavaria commented by **F. LUTZ**, *Über Kreuz mit der Verfassung?*, in NVwZ, 2018, p. 1007; **L. GARG, E. ROM**, *Of Christian Crosses and Hindu Prayers: Religious Neutrality in the Age of Rising Hyper-Nationalism*, in JuWissBlog, Nr. 77/2018, 10 September 2018 (<https://www.juwiss.de/77-2018/>).

³⁰² BVerfG, Beschluss vom 16. May 1995 - 1 BvR 1087/91; BVerfG, Beschluss vom 17. 7. 1973 - 1 BvR 308/69 (not available in English).



In both cases, the result had been that crosses could violate the negative side of religious freedom, especially when the sight of the cross is inescapable and not only for a short time. In practice, there are still crosses at some courts and in some classrooms. The legal rule states, that the cross is to put down if somebody declares credibly that it violates his or her religious feelings.

Whether crosses are constitutionally allowed in the entrance area of public offices, is a difficult one to answer. Transferring the argumentation above, can lead to some results: there is usually a short stay for citizens as well as no ‘sentencing/learning under the cross’ as it is in class or at court. It would be difficult to undertake to claim such intense religious feelings that it would be impossible for the person to stay in a public office because there is a cross at the entrance. Consequently, there is no violation of (negative) religious freedom in cases, where there is a cross in the entrance area of public offices.

Therefore, religious neutrality is the important value in this context. The Constitutional Court did not refer to this principle in its previous decisions about crosses, because the Court was able to solve the legal question with reference only to religious freedom. Religious neutrality according to the view presented here has one big drawback: It is not an individual right, so it is hard to be claimed before a court under the German procedural codes. Nevertheless, it must be asked whether the principle of neutrality stays against placing crosses at state offices. As mentioned before, the stipulation of neutrality implies the non-identification with a specific religion. Here it is important to consider two points:

Firstly, it is important to figure out whether a symbol is religious or cultural. German court decisions argued that crosses are mainly religious symbols, others (as the Bavarian state government) claim that it is only (or mainly) a symbol of the cultural heritage. To solve the conflict some voices focus on an objective observer, others want to distinguish between different individual observers depending on whether they are religious or non-religious. Placing a cross in public rooms is a general act and affects all citizens; only the focus on an objective observer could solve this question.

Christianity has a long tradition in Western Europe and is intertwined with culture, so it is not possible to separate traditional culture and Christianity. Therefore, an objective observer sees at least both semantic contents, culture and religion. The question is whether the state is allowed to use a symbol that is at least also a religious symbol.

To answer that, it is, secondly, important to distinguish between offering a symbol for major population groups or to identify with the respective religion. Offering a religious symbol is allowed for the purpose of supporting religious life in accordance to the concept of friendly



neutrality. One good example is the cross in public hospitals. There patients are in often life-threatening or at least disturbing situations. The state is not competent to console them with statements about death and life-after-death or other metaphysical and transcendental statements. Therefore, the state supports the religious feelings of the major population group by placing a cross at the wall. Here one has to consider the equality of religions, so there are meanwhile prayer rooms in hospitals that are equipped in such a way that people of different denominations could use it.

A distinction must be made to cases when the state no longer tries to offer support to religious feelings but mainly emphasises its attachment to a special religion. Then there is an identification with the values and belief of a certain religion, which is against the concept of neutrality.

A cross in the entrance of a public office is no offer but shows mainly that the state prefers (the values of) Christianity. The constitution does not allow that identification.

4.3 - Summary

The important principles are freedom of religion and neutrality, interpreted as an appeal to non-identification. As we have seen it is very hard to keep the balance between being 'neutral' and being 'friendly'. It is important to distinguish firstly between religion and culture and secondly between estimation of a specific religious creed and offering a support to religious life. In cases of the Islamic headscarf, religious neutrality and religious freedom must be weighed with each other in the individual case. The cross is not allowed when there is an estimation and identification of the state with Christianity.

Friendly neutrality requires case by case decisions. The benefit of such decisions is a balance between the different values in the concrete case. The disadvantage is a vague line as legal result, which is hard to communicate. I am sure it is worth the effort to preserve the system of friendly neutrality where individual right is supported but not to the detriment of state's authority.

5 - Conclusion

One of the great questions of our time is how to deal with religious and cultural pluralism. In this complex field, I tried to outline the German constitutional frame. Out of the angel of constitutional law there appear several questions, which each country must answer for itself in accordance with the individual development of the relation of state and religion. But



there are manifold tasks in this context, so that we need experts out of other subjects as well as out of different countries to develop solutions. The questions that can be sketched out of the standpoint of German constitutional law are firstly: How far should religious freedom reach? Where must be boundaries in favour of a homogeneous living together? Secondly, how strict must neutrality in pluralistic states be interpreted or how 'friendly' a state can afford to be? Is there a need for more laicism? Moreover, where is the boundary between friendly supporting religious communities (as German constitution stipulates) and identification with the religion of mainstream society?

Religious symbols in public space may arise in different variants, which must be kept asunder. One is the personal religious symbol, as the headscarf, that is worn by a person with a public function. Here, religious freedom of the individual is the decisive factor, which is to be weighed with the respective concept of neutrality. The second variation is a symbol that is used by the state, which can have religious content. There each country must decide how far the state should encourage religious life with offers or how strict it will ban religion out of the public sphere. Here it is important to analyse the different possibilities: could an objective viewer see that symbol without religious connotation? moreover, what is the plausible intention in using that symbol?

The German way is to interpret religious freedom in a broad way. In addition, there is the way of 'friendly' neutrality and supporting religious communities in many ways. It is important to shape precisely where boundaries are and what it is everybody can rely on. That is a positive but neutral way in dealing with religious communities. A neutral state is incompetent to explain the meaning of life, but people and society need thoughts about that. That is the reason why the state should support religious activities. Nevertheless, it must be careful not to support only those religious communities and activities that have a long tradition in the respective country. In order to achieve this, there has to start an open communication about the way of the basic law with its friendly neutrality. The 'naked wall' is not always the only answer to the challenge of religious pluralism in a secular state. A friendly neutrality is free to support religious life and can make offers. It is important that there is parity in offering and no suspicion of identification. It is however important for the future acceptance of these rules that they are not handled restrictively, but with generosity. They should not and must not be used as a means to suppress other religions but to support them in their freedom of religion. Then it is a fair way in a religious pluralism to be a "home to all citizens" where religious life is possible.



Corinne Maioni

(dottoranda in Diritto ecclesiastico nell'Università degli Studi di Milano-Bicocca, Scuola di Giurisprudenza)

I simboli religiosi nella giurisprudenza europea tra libertà religiosa e libertà di impresa

Religious symbols in European case-law: limits to religious freedom in workplace

ABSTRACT: The Achbita case represents the first ruling of the Court of Justice on the issue of the use of religious symbols in workplace. This case offers opportunity to compare Luxembourg's approach to the ECtHR's one. The basis for this comparison is the Eweida case, concerning legitimacy of a restriction on the use of religious symbols imposed by a private company on its employees. The article examines the above-mentioned judgment from the point of view of the ECHR case-law on the different subject of public use of religious symbols. This points out the different relevance conferred by the Strasbourg judges to the principle of neutrality in the public and in the private space. The Court of Justice, although referring to the ECHR case-law, seems to ignore this diversity. The enterprise freedom of adopting a policy of neutrality, which in Strasbourg's ruling only represents a desire, becomes a fundamental and absolute right in the ECJ case-law. After a comparison of the two Courts rulings, the article underlines the implication stemming from the two meanings of neutrality of private space.

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. La giurisprudenza CEDU in materia di simboli religiosi e il caso *Eweida* - 3. Il caso *Achbita* - 4. Riflessioni conclusive.

1 - Premessa

La multiculturalità, tratto caratterizzante l'attuale società, ha determinato la crisi del modello occidentale di tutela della libertà religiosa.

L'idea che storicamente pervade la cultura istituzionale occidentale è che la libertà religiosa sia una questione strettamente privata e personale. Conseguenza diretta di tale convincimento è l'interiorizzazione della nozione di libertà religiosa, il cui nucleo essenziale viene individuato nella libertà di coscienza. Alla centralità della sfera interiore del singolo, oggetto



di particolare considerazione da parte della normativa, fa da contraltare la trascurabilità delle manifestazioni della fede³⁰³.

Il risultato è un sistema di tutela della libertà religiosa fondato sulla distinzione tra foro interno, oggetto del diritto assoluto del singolo di formare liberamente il proprio pensiero in merito alle questioni spirituali, e foro esterno, comprendente il diritto passibile di limitazioni di manifestare il proprio credo. Si tratta di un modello che pone attenzione alla intangibilità della coscienza dell'individuo, lasciando in secondo piano la dimensione esterna della esperienza religiosa.

La tenuta di tale modello è stata favorita anche dal fatto che gli Stati europei si sono sempre rapportati con religioni di tradizione ebraico-cristiana, profondamente radicate nel contesto sociale tanto che i principi da queste professati sono da molti considerati parte integrante del bagaglio storico - culturale dell'occidente. In un simile contesto non si è mai posta l'esigenza di disciplinare le manifestazioni pubbliche dei convincimenti religiosi, talvolta intese come comportamenti culturalmente orientati e come tali accettate dalla società.

La comparsa di nuovi movimenti religiosi ha però incrinato la concezione della religione come "affare privato"³⁰⁴ e posto gli Stati di fronte alle questioni legate alla esteriorizzazione dei convincimenti personali.

In particolare, la diversità culturale dei credi di recente insediamento ha reso problematica la tenuta di comportamenti religiosamente motivati. Le manifestazioni pubbliche delle nuove religioni sono state interpretate quali indebite ingerenze nella sfera interiore del singolo, in ragione della eterodossia dei principi di cui sono espressione. Ciò ha prodotto una tensione tra la libertà di agire secondo i dettami della propria fede e la libertà di non subire alcun atteggiamento religioso.

In questo contesto è stata messa in dubbio l'adeguatezza del modello occidentale di tutela della libertà religiosa³⁰⁵.

³⁰³ **S. FERRARI**, *Società civile, laicità dello Stato e libertà di religione*, in *La rivista del Clero italiano*, n. 1 del 2014, pp. 20-21. L'Autore percorre l'evoluzione storica del concetto di libertà religiosa, individuando i fattori che hanno progressivamente condotto a una privatizzazione della religione.

³⁰⁴ **C. CARDIA**, *Libertà religiosa e multiculturalismo*, in *Stato, chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), maggio 2008, p. 2.

³⁰⁵ **S. FERRARI**, *Società civile*, cit., p. 25. L'A. ritiene che di fronte all'affermarsi di un nuovo modo di intendere la religione, non più come esperienza strettamente privata ma come fenomeno che comprende riti e pratiche, sia opportuno chiedersi se "il modello occidentale di libertà religiosa, che protegge adeguatamente le dimensioni di coscienza e di scelta personale sottese all'esperienza religiosa, è in grado di tutelarne ugualmente bene le altre dimensioni".



I conflitti più accesi si sono posti in materia di simboli religiosi.

I segni distintivi dell'appartenenza religiosa, tipici dei nuovi movimenti, sono fin da subito apparsi come potenti mezzi di propaganda in grado di veicolare idee e messaggi³⁰⁶. Conseguentemente il loro uso pubblico è stato percepito come limitazione della libertà di coloro che vi entrano in contatto, i quali subiscono non solo le scelte simboliche altrui ma la propaganda degli stessi convincimenti religiosi legati a tali scelte³⁰⁷.

Il corretto bilanciamento tra queste due libertà, la libertà del singolo di manifestare i propri principi religiosi e la libertà altrui di non subire alcuna pressione in materia, è al centro del dibattito sul tema a livello nazionale e sovranazionale. In particolare, su quest'ultimo piano protagonista è la Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha ampiamente affrontato la questione della legittimità della restrizione dell'uso di simboli religiosi.

Solo in tempi recenti è intervenuta anche la Corte di Giustizia. L'occasione è stata offerta dalle pronunce *Achbita c. G4 S Secure Solution NV* e *Bougnaouoi c. Micropole SA*, con le quali i giudici di Lussemburgo si sono espressi sulla legittimità del divieto di indossare segni visibili delle convinzioni religiose all'interno di ambienti di lavoro di natura privata.

Le due pronunce offrono l'opportunità di confrontare l'approccio della Corte di Giustizia con quello della Corte EDU e verificare se tali organi si siano svincolati dalla inclinazione alla privatizzazione del fenomeno religioso, conferendo il giusto peso alle traduzioni esterne della fede.

2 - La giurisprudenza CEDU in materia di simboli religiosi e il caso *Eweida*

³⁰⁶ **M. GATTI**, *Laicità e simboli religiosi*, in *Diritti fondamentali in Europa: un casebook*, a cura di P. Manzini, A. Lollini, il Mulino, Bologna, 2015, p. 99.

³⁰⁷ **M. CANONICO**, *Esposizione di simboli e libertà religiosa: il caso del crocifisso nelle aule scolastiche*, in www.diritti-cedu.unipg.it, marzo 2010. Secondo l'A. la materia dei simboli religiosi richiede attenzione in quanto "se da un lato appare logico e doveroso riconoscere a chiunque il diritto di comportarsi secondo i dettami della propria coscienza, e dunque consentire in linea generale di indossare gli abiti e gli accessori o i simboli che il soggetto preferisce e ritiene utili e confacenti alle proprie esigenze, dall'altro ci si preoccupa di rispettare e tutelare anche la libertà di coloro che, entrando in contatto con i primi, possono essere per certi versi costretti a subire, o quanto meno tollerare, le scelte e manifestazioni simboliche e rituali altrui".

Da tali considerazioni discende l'individuazione della categoria dei cd simboli "forti" il cui carattere invasivo "fonda la presunzione che i diritti e le libertà di coloro che entrano in contatto" con essi "possano subirne delle limitazioni": **M. TOSCANO**, *Il fattore religioso nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Itinerari giurisprudenziali*, Edizioni TS, Pisa, 2018, p. 226.



Il naturale termine di paragone delle sentenze della Corte di Giustizia è costituito dal caso *Eweida c. Regno Unito*.

È opportuno contestualizzare tale pronuncia all'interno della copiosa giurisprudenza della Corte EDU intervenuta sulla questione dell'impiego di indumenti religiosi.

La Corte ha principalmente affrontato il tema dei simboli religiosi in relazione al loro uso all'interno dello spazio pubblico.

Va innanzitutto rilevato che nella materia de quo i giudici di Strasburgo hanno riconosciuto agli Stati un ampio margine di apprezzamento.

Tale circostanza è dovuta in primo luogo all'assenza di un modello univoco di rapporti Stato - confessioni religiose. L'impatto che l'uso di simboli religiosi ha sui fruitori dello spazio pubblico conseguentemente varia nei diversi contesti nazionali.³⁰⁸ In questa prospettiva è chiaro che le autorità interne, a stretto contatto con le forze sociali dell'ordinamento e "profonde conoscitrici" dei valori nazionali, si trovano in una posizione migliore rispetto alla Corte per stabilire il più opportuno assetto di interessi in materia³⁰⁹.

Si registra anche la mancanza di un consenso europeo, un comune approccio degli Stati alla questione dell'impiego di simboli religiosi, che nella maggior parte dei casi non è oggetto di una specifica disciplina³¹⁰.

³⁰⁸ Si veda la sentenza Leyla Sahin c. Turchia, Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande camera, 10 novembre 2005, paragrafo 109, la Corte afferma che "It is not possible to discern throughout Europe a uniform conception of the significance of religion in society and the meaning or impact of the public expression a religious belief will differ according to time and context". Su questa vicenda **D. TEGA**, *La Corte di Strasburgo torna a pronunciarsi sul velo islamico. Il caso Sahin c. Turchia*, in *Quaderni Costituzionali*, 4, 2004, p. 846 ss., ed **EAD.**, *La laicità turca alla prova di Strasburgo*, in *Dir. Pubbl. comp. Eur.*, 1, 2005, p. 289 ss.

³⁰⁹ **P. TANZARELLA**, *Il margine di apprezzamento*, in *I diritti in azione: universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, a cura di M. Cartabia, il Mulino, Bologna, 2007, p. 162. Si vedano anche: **S. MANCINI**, *La supervisione europea presa sul serio: la controversia sul crocifisso tra margine di apprezzamento e ruolo contro-maggioritario delle Corti*, in AIC, gennaio 2010; **F. DONATI, P. MILAZZO**, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, a cura di P. Falzea, A. Spadaro, L. Ventura, Giappichelli, Torino, 2003, p. 65 ss.; **L. OLIVIERI**, *La dottrina del margine di apprezzamento tra sindacato giurisdizionale e giustizia politica*, in *La Corte costituzionale*, cit., p. 413 ss.; **D.U. GALLETTA**, *Il principio di proporzionalità nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, fra principio di necessarietà e dottrina del margine di apprezzamento statale: riflessioni su contenuti e rilevanza effettiva del principio*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. com.*, 3-4, 1999, p. 749 ss.

³¹⁰ **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. 28 del 2014, p. 5. L'Autore rileva in termini generali come l'uso dello



Il margine di discrezionalità riconosciuto alle autorità statuali non è tuttavia illimitato, ma “procede parallelamente a un controllo europeo”³¹¹. La Corte mantiene difatti il compito di verificare la compatibilità con la Convenzione delle decisioni assunte a livello nazionale.

È proprio facendo leva su tale ruolo che i giudici di Strasburgo hanno delimitato l’ambito di operatività del principio di neutralità, puntualmente invocato dagli Stati per giustificare l’esclusione dallo spazio pubblico di simboli religiosi dal carattere manifesto e ostentatorio.

La Corte europea è giunta ad affermare che il dovere di neutralità posto in capo allo Stato, fondamentale al fine di “garantire l’ordine pubblico, la pace religiosa e la tolleranza all’interno di una società democratica”³¹², non sia tale da legittimare un divieto indiscriminato dell’uso pubblico di simboli religiosi.

Una simile misura, secondo i giudici di Strasburgo, è giustificata solo all’interno di luoghi pubblici strettamente intesi, vale a dire i luoghi ove vengono erogati servizi pubblici. Più precisamente, secondo la Corte EDU il porto di indumenti religiosi non è incompatibile con la neutralità dello spazio pubblico, nei limiti tuttavia in cui questo comportamento non si tramuti in atto di proselitismo tale da costituire un elemento di indebita pressione sulla libertà degli altri fruitori del pubblico servizio³¹³.

strumento del margine di apprezzamento sia modulato in rapporto alla rilevazione di un consenso comune tra gli Stati europei in ordine alla trattazione di una determinata questione.

³¹¹ Sentenza Leyla Sahin c. Turchia, cit., paragrafo 110.

³¹² Sentenza Ebrahimian c. Francia, Corte europea dei diritti dell’uomo, V sezione, 26 novembre 2015, paragrafo 55: il ruolo dello Stato come organizzatore neutrale “contribue à assurer l’ordre public, la paix religieuse et la tolérance dans une société démocratique”.

³¹³ La Corte ha precisato tale principio oltre che nella già citata sentenza Leyla Sahin c. Turchia, cit., anche nelle sentenze Dogru c. Francia, Corte europea dei diritti dell’uomo, sez. V, 4 dicembre 2008; Kervanci c. Francia, Corte europea dei diritti dell’uomo, sez. V, 4 dicembre 2008; Ahmet Arslan e altri c. Turchia, Corte europea dei diritti dell’uomo, sez. XII, 23 febbraio 2010. In particolare, in quest’ultima pronuncia i giudici affermano chiaramente che “dans des établissements publics [...] le respect de la neutralité à l’égard de croyances peut primer sur le libre exercice du droit de manifester sa religion” (paragrafo 49). Il caso aveva riguardato semplici cittadini che indossavano il costume tipico del gruppo religioso di appartenenza per le pubbliche vie di una città turca, nel tragitto verso la moschea. Proprio in virtù del fatto che il contesto nel quale la limitazione era stata inflitta fosse privo del carattere istituzionale, la Corte EDU riconobbe la violazione della libertà religiosa. Sulla pronuncia si veda A. MADERA, N. MARCHEI, *Simboli religiosi “sul corpo” e ordine pubblico nel sistema giuridico turco: la sentenza “Ahmet Arslan e altri c. Turchia” e i confini del principio di laicità*, in *Diritto e religione in Europa. Rapporto sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo in materia di libertà religiosa*, a cura di R. Mazzolla, il Mulino, Bologna, 2012, p. 117 ss.



In questa prospettiva il fine ultimo del divieto di simboli religiosi risulta essere la tutela dell’altrui diritto, compresa tra gli scopi che ai sensi del secondo paragrafo dell’art 9 CEDU giustificano limitazioni alla libertà di manifestare la propria fede religiosa³¹⁴.

La Corte EDU ha poi legittimato il divieto di uso di simboli religiosi nelle fattispecie in cui il carattere della pubblicità connotava, oltre al luogo, le funzioni esercitate dal soggetto limitato nella sua libertà. Tali pronunce sono di rilevante interesse ai fini di un confronto con la sentenza *Eweida*.

In questi casi il ragionamento della CEDU prende le mosse dal presupposto che la condotta dei pubblici dipendenti, i quali agiscono come rappresentanti dell’autorità nazionale, sia imputabile a quest’ultima³¹⁵. L’obbligo di neutralità posto in capo allo Stato graverebbe di conseguenza anche sui suoi dipendenti³¹⁶, con evidenti ripercussioni sull’ampiezza della libertà di manifestare il proprio credo nell’esercizio delle funzioni. Nei contesti in cui i rapporti tra Stato e confessioni religiose si fondano su un rigido separatismo, le autorità nazionali sono difatti legittimate a imporre ai propri dipendenti un obbligo di discrezione nell’espressione dei propri convincimenti religiosi³¹⁷, al fine di evitare che la condotta dei pubblici funzionali suggerisca una identificazione dello Stato con talune religioni³¹⁸.

³¹⁴ M. TOSCANO, *Il fattore religioso*, cit., p. 222, sottolinea come in materia di simboli religiosi la Corte EDU abbia stemperato il rigore con cui ha sempre inteso l’elencazione tassativa delle ragioni che giustificano la limitazione della libertà religiosa contenuta nell’art 9.2 CEDU, attraverso il riferimento conclusivo dei “diritti e libertà altrui”. Sembra che tale elemento «possa essere ampliato a ricoprendere quasi ogni contenuto purché espressivo della “sostanza democratica”» che deve caratterizzare lo spazio pubblico strettamente inteso.

³¹⁵ N. NATHWANI, *Islamic Headscarves and Human Rights: a critical analysis of the relevant case law of the European Court of Human Rights*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 25, n. 2, 2007, p. 230. L’A. afferma che “the islamic headscarf worn by a teacher who is a civil servant can be attributed to the State under certain conditions unde the international law doctrine of State responsibility”.

³¹⁶ Sentenza Kurtulmus c. Turchia, Corte europea dei diritti dell’uomo, sez. II, 24 gennaio 2006, pag. 5.

³¹⁷ L. SALVADEGO, *Il divieto per i dipendenti del pubblico impiego di esibire simboli religiosi in Francia all’esame dei giudici di Strasburgo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2, 2016, p. 466.

³¹⁸ Sentenza Dahlab c. Svizzera, Corte europea dei diritti dell’uomo, sez. II, 15 febbraio 2001, p. 9.

Interessante sul punto è F. MINUTOLI, *L’abbigliamento indossato in conformità a precetti religiosi nei luoghi pubblici*, in *Diritti e religione in Italia. Rapporto nazionale sulla salvaguardia della libertà religiosa in regime di pluralismo confessionale e culturale*, a cura di S. Domianello, il Mulino, Bologna, 2012, p. 233 ss. L’A. in particolare sottolinea come “esigere dal pubblico dipendente, in nome della laicità dell’istituzione in cui questi è organicamente



È stato così legittimato il divieto imposto ai pubblici dipendenti di indossare simboli religiosi “forti” che, intesi come “potentissimo anche se silente veicolo di idee, principi, dogmi, concezioni della vita e del mondo”, costituiscono una evidente manifestazione di proselitismo come tale contrastante con il principio di neutralità³¹⁹.

Diversa è invece la posizione assunta dalla Corte EDU di fronte a limitazioni dell’uso di simboli religiosi da parte di dipendenti privati, questione al centro della pronuncia *Eweida*. Il caso in oggetto prende le mosse dal divieto di indossare una catenina con la croce, imposto a una hostess di terra dipendente della British Airways a seguito dell’introduzione di una nuova uniforme e di un nuovo regolamento.

La sentenza in questione riveste una particolare importanza all’interno della giurisprudenza della Corte di Strasburgo poiché costituisce la prima e unica ipotesi di conflitto relativo all’uso di indumenti religiosi all’interno di uno spazio di lavoro di natura privata. Non solo, con tale pronuncia la Corte di Strasburgo rivede la teoria del freedom to resign, fino a quel momento utilizzata nelle controversie riguardanti limitazioni di diritti fondamentali imposte nell’ambito di rapporti di lavoro privatistici.

Occorre preliminarmente rilevare che nell’ambito in questione l’ingerenza nell’esercizio delle libertà fondamentali non è direttamente imputabile alle autorità nazionali. Vengono dunque in rilievo non già gli obblighi dello Stato di astenersi da illegittime ingerenze nei diritti fondamentali, ma i suoi obblighi positivi in forza dei quali le autorità nazionali sono tenute a garantire l’esercizio delle libertà tutelate dalla Convenzione. In questa prospettiva lo Stato può essere ritenuto responsabile solo nei limiti in cui tale esercizio non risulti adeguatamente assicurato dalla normativa interna.

Secondo la teoria della libertà di dimissioni, cui prima si è accennato, i diritti del lavoratore possono considerarsi sufficientemente tutelati ove questi abbia la libertà di rescindere il contratto di lavoro e conseguentemente di sottrarsi alle limitazioni imposte dal datore³²⁰.

immedesimato, una neutralità religiosa che si traducesse nel divieto assoluto di fare uso di segni religiosi, diffusamente percepibili come tali, rischierebbe con molta probabilità di sottovalutare il carattere personalissimo dell’opzione individuale in questione”, che non implicherebbe una conseguente immedesimazione dello Stato con la confessione religiosa rappresentata dal simbolo stesso. Critica è anche **S. DOMIANELLO**, *La rappresentazione di valori nei simboli: un’illusione che alimenta ipocrisia e fanatismo*, in *Olr*, aprile 2005, p. 25, che parla di “sterilizzazione religiosa”.

³¹⁹ **N. MARCHEI**, *Ebrahimian c. Francia: una nuova vittoria per il principio di neutralità dello Stato*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2016, p. 144.

³²⁰ **E. SORDA**, *Lavoro e fede nella Corte di Strasburgo. Note a margine della sentenza Eweida*



Facendo leva su tale argomentazione i giudici di Strasburgo hanno a lungo negato la sussistenza di lesioni delle libertà fondamentali del lavoratore, ivi compresa la libertà religiosa. Si è così venuta a creare un'area impregiudicata dall'applicazione dei diritti stabiliti dalla CEDU, rimessa alla libertà contrattuale delle parti³²¹.

Nella pronuncia *Eweida* la Corte EDU tempera il rigore di tale principio, giungendo a ritenere che la libertà del lavoratore di scindere il rapporto di lavoro costituisca uno dei fattori da tenere in considerazione al fine di valutare la proporzionalità della limitazione imposta alla libertà di religione, ma non possa considerarsi tale da escludere di per sé una violazione dell'art 9 CEDU³²².

I giudici di Strasburgo si spingono dunque a valutare concretamente la sufficienza delle garanzie offerte dall'ordinamento interno all'esercizio della libertà religiosa da parte dei dipendenti.

Su questo fronte la Corte rileva la mancanza di una normativa specifica disciplinante l'uso di simboli religiosi sul luogo di lavoro. I giudici di Strasburgo osservano tuttavia come tale assenza non abbia impedito alla ricorrente di adire le autorità nazionali, invocando in particolare la violazione del divieto di discriminazione sancito dall'*Employment Equality Regulations 2003*, né abbia precluso ai giudici nazionali di esaminare il caso nel dettaglio³²³.

e altri c Regno Unito, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, Rivista telematica (www.forumcostituzionale.it), 14 novembre 2013, p. 3.

³²¹ M. BIDDULPH, D. NEWMAN, *Eweida v. United Kingdom*, in *Australian International Law Journal*, vol. 20, n. 1, 2013, p. 186. Gli autori, in relazione alla libertà religiosa, rilevano come a seguito della sentenza *Eweida* "Freedom of religion in the workplace appears to be treated now as a clash of rights between the employer and employee, rather than as a zone free from the application of art 9 with protection only via the contractual freedom of both parties". Sul punto si veda anche E. SORDA, *Lavoro e fede*, cit., pp. 7-11, che ricostruisce la giurisprudenza in materia di esercizio della libertà religiosa in ambito lavorativo.

³²² Sentenza *Eweida* e altri c. Regno Unito, Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. IV, 15 gennaio 2013, paragrafo 83.

³²³ Occorre rilevare come sia frequente in materia di simboli religiosi il richiamo al principio di non discriminazione, non solo da parte delle corti nazionali. Difatti uno degli approcci alla tematica adottato dalla Corte EDU assume come parametri valutativi l'art 9 e l'art 14 CEDU, letti in maniera congiunta. Sul punto si veda S. TARANTO, *Il simbolismo religioso sul luogo di lavoro nella più recente giurisprudenza europea*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 1 del 2014, p. 7. L'Autore richiama sull'argomento, tra gli altri, J. PASQUALI CERIOLI, *La tutela della libertà religiosa nella Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., gennaio 2011; R. MAZZOLA, *Diritto e religione in Europa: rapporto sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di libertà religiosa*, il Mulino, Bologna, 2012; D. TEGA, *Cercando un significato europeo di laicità : la libertà religiosa nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti*, in *Quaderni*

123



Non si può dunque ritenere che l'esercizio della libertà di manifestare i propri convincimenti religiosi mediante l'uso di simboli non fosse sufficientemente tutelata dall'ordinamento interno³²⁴.

Le argomentazioni dei giudici di Strasburgo si concentrano quindi sul bilanciamento degli interessi in gioco operato dai giudici nazionali, altro elemento sulla base del quale valutare il rispetto da parte dello Stato degli obblighi postivi derivanti dall'art 9 CEDU³²⁵.

Notevole rilevanza ha l'individuazione operata dalla Corte delle contrapposte esigenze oggetto di bilanciamento.

Secondo la Corte EDU:

"On one side of the scales was Ms Eweida's desire to manifest her religious belief. As previously noted, this is a fundamental right: because a healthy democratic society needs to tolerate and sustain pluralism and diversity; but also because of the value to an individual who has made religion a central tenet of his or her life to be able to communicate that belief to others. On the other side of the scales was the employer's wish to project a certain corporate image"³²⁶.

Dunque, da un lato vi è il diritto fondamentale della ricorrente di manifestare i propri convincimenti religiosi; dall'altro lato il mero desiderio legittimo del datore di lavoro di preservare una certa immagine di neutralità dell'azienda.

La terminologia utilizzata dalla Corte è volta a comunicare il diverso rilievo attribuito ai due valori posti a confronto³²⁷. Il principio di neutralità, che nell'ambito dei rapporti dipendenti pubblici-Stato è ritenuto valore fondamentale, in relazione al rapporto di lavoro di natura privata degrada a mero volere legittimo del datore.

I giudici di Strasburgo osservano ulteriormente che nel caso de quo il perseguitamento di una politica di neutralità non rivestiva un'importanza cruciale per la società, come dimostrato dalla condotta tenuta dalla stessa compagnia aerea. A pochi mesi di distanza dal caso Eweida, che aveva suscitato un certo clamore mediatico, la British Airways aveva infatti modificato il codice vestiario interno, ammettendo l'utilizzo di simboli religiosi previa autorizzazione. Non solo, ma la stessa compagnia già in

costituzionali, 4, 2010, pp. 799-813.

³²⁴ Sentenza Eweida e altri c. Regno Unito, cit., paragrafo 92.

³²⁵ Sentenza Eweida e altri c. Regno Unito, cit., paragrafo 91.

³²⁶ Sentenza Eweida e altri c. Regno Unito, cit., paragrafo 94.

³²⁷ **T. PAGOTTO, E. ERVAS**, *Achbita v. Eweida: libertà di impresa e libertà religiosa a confronto*, in *federalismi.it*, Rivista telematica (www.federalismi.it), 28 luglio 2017, p. 7.



passato aveva autorizzato il porto di simboli religiosi, anche meno discreti rispetto alla croce indossata dalla ricorrente³²⁸.

In questo contesto non sembra pertanto dimostrato che l'uso di simboli religiosi da parte dei dipendenti potesse danneggiare la società e pregiudicarne l'immagine, così da giustificare una compressione della libertà religiosa come quella imposta alla ricorrente³²⁹. Conseguentemente il desiderio della compagnia aerea non costituirebbe una motivazione legittima, atta a giustificare limitazioni della libertà religiosa³³⁰.

Alla luce di tali considerazioni i giudici di Strasburgo giungono ad affermare che il bilanciamento tra gli interessi in conflitto non sia stato eseguito correttamente dalle autorità giudiziarie nazionali, le quali hanno conferito un peso eccessivo all'interesse della compagnia aerea di perseguire una politica aziendale di neutralità.

3 - Il caso Achbita

Con sentenze rese il 14 marzo 2017, concernenti la causa C-157/15 Samira Achbita c. G4S Secure Solution NV e la causa C-188/15 Asma Bougnaoui c. Micropole SA, la Corte di Giustizia si è espressa per la prima volta sulla tematica dell'uso di simboli religiosi sul luogo di lavoro.

Le pronunce riguardano due distinti rinvii pregiudiziali, rispettivamente provenienti dal Belgio e dalla Francia, entrambi riguardanti divieti di indossare simboli religiosi imposti ai dipendenti in forza di una policy di neutralità adottata dall'impresa datrice.

Il caso Achbita prende le mosse dal licenziamento di una receptionist, giustificato dal rifiuto opposto da quest'ultima alla richiesta di togliere il velo durante le ore di lavoro, comportamento ritenuto lesivo della

³²⁸ In particolare, la British Airways aveva autorizzato l'utilizzo del turbante Sikh e dell'hijab musulmano. La differenza rispetto al trattamento riservato alla ricorrente era giustificata sulla base della considerazione che l'uso della croce non fosse un comportamento dovuto e imposto dalla religione di appartenenza della sig.ra Eweida. Tale argomentazione ricorre anche nelle considerazioni delle autorità giudiziarie nazionali. In particolare, l'Employment Tribunal osserva che "the visible wearing of a cross was not a mandatory requirement of the Christian faith but Ms Eweida's personal choice".

³²⁹ S. RIGGINS, *Limitations on the right to manifest religion in European Private Companies: Achbita c. G4S Secur Solution NV under article 9 of the ECHR and article 18 of the ICCPR*, in *America University International Law Review*, vol. 33, n. 4, 2018, p. 996.

³³⁰ S. TARANTO, *Il simbolismo religioso*, cit., p. 10. Si veda anche E. SORDA, *Eweida and Others v. The United Kingdom*, ovvero quando fede e lavoro non vanno d'accordo e il "margine di apprezzamento" non aiuta a chiarire le cose, in *Diritti comparati*, Rivista telematica (www.diritticomparati.it), 3 marzo 2013.



regola prevista dal regolamento interno la quale vietava ai dipendenti di “indossare sul luogo di lavoro segni visibili delle loro convinzioni politiche, filosofiche o religiose”³³¹.

La sussistenza di una simile norma interna distingue tale fattispecie da quella oggetto del rinvio pregiudiziale della Francia, riguardante il licenziamento di un ingegnere progettista, predisposto dall’impresa a fronte delle lamentele sollevate da un cliente per il fatto che la dipendente indossasse il velo durante gli incontri lavorativi.

Stante la particolarità di questa seconda vicenda, l’analisi si concentrerà sulla sola sentenza *Achbita*, che maggiormente si presta a un confronto con la pronuncia *Eweida*.

Anche in questo caso la fattispecie viene analizzata dalla Corte di Giustizia alla luce della normativa antidiscriminatoria, dettata dalla direttiva 2000/78.

Più precisamente il quesito sollevato dalla Corte di Cassazione belga attiene la possibilità che la predisposizione a opera di un’impresa privata di una norma che vieti in via generale di indossare segni rivelatori dei convincimenti personali del dipendente, siano essi religiosi, politici o filosofici, integri una discriminazione diretta ai sensi dell’art 2, paragrafo 2, lettera a, della suddetta direttiva.

Le argomentazioni dei giudici di Lussemburgo prendono le mosse dalla definizione della nozione di religione, la quale può costituire fattore di discriminazione.

Il diritto di libertà religiosa è tutelato dall’art 10 della Carta dei diritti fondamentali. Come emerge dalle spiegazioni correlate alla Carta, tale diritto corrisponde a quello garantito dall’art 9 della CEDU, espressamente richiamata al considerando 1 della direttiva 2000/78 unitamente alle tradizioni costituzionali degli Stati membri.

La Corte di Giustizia ne ricava che anche nell’ambito della normativa antidiscriminatoria il Legislatore europeo abbia voluto tener ferma la nozione di religione elaborata dalla Corte EDU, atta dunque a ricomprendere non solo il foro interno della libertà di coscienza dell’individuo, ma anche il foro esterno riguardante gli atti di manifestazione della fede religiosa.

Conseguentemente una norma che disciplini l’uso di simboli religiosi può assurgere alla qualifica di disposizione discriminatoria.

La Corte esclude tuttavia la sussistenza di una discriminazione diretta, la quale ricorre nelle ipotesi in cui il singolo, in ragione di un fattore

³³¹ Sentenza Achbita c. G4S Secure Solution NV, causa C-157/15, Corte di Giustizia, Grande Camera, 14 marzo 2017, paragrafo 15.



di discriminazione, sia trattato meno favorevolmente di quanto sia, sia stato o sarebbe trattato un altro in una situazione analoga³³².

La norma interna prevista dall'azienda, vietando l'uso di segni visibili di convinzioni politiche, filosofiche o religiose, riguarda qualsiasi manifestazione di ideologie personali. Come tale "tratta in maniera identica tutti i dipendenti dell'impresa, imponendo loro in maniera generale e indiscriminata una neutralità di abbigliamento"³³³.

La valutazione dei giudici di Strasburgo non si arresta alla questione pregiudiziale posta dall'organo giudiziario. Secondo costante giurisprudenza l'esame della Corte può andare oltre la formulazione della questione, al fine di fornire al giudice di rinvio "tutti gli elementi di interpretazione che possano essere utili alla decisione della causa di cui è investito"³³⁴.

In questa prospettiva la Corte di Giustizia valuta la possibilità che una norma come quella adottata dall'impresa possa integrare gli estremi di una discriminazione indiretta, la quale sussiste quando una disposizione, apparentemente neutra, collochi in una posizione di particolare svantaggio una determinata categoria di soggetti, individuabile sulla base di uno dei fattori di discriminazione.

I giudici di Lussemburgo ritengono non possa escludersi che la disposizione interna di cui al procedimento principale istituisca una disparità di trattamento indirettamente fondata sull'elemento religioso.

Tuttavia, come statuito dalla direttiva 2000/78, una simile disparità non costituisce discriminazione indiretta ove la disposizione risulti oggettivamente giustificata da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari³³⁵.

Rimettendo al giudice nazionale la valutazione dei fatti e l'esame della sussistenza nel caso oggetto di procedimento principale di tali requisiti, la Corte di Giustizia fornisce alcune indicazioni utili a orientare la decisione della Corte Belga.

In questa parte della pronuncia i giudici di Lussemburgo richiamano espressamente a sostegno delle proprie argomentazioni la pronuncia *Eweida*, da cui tuttavia si discostano notevolmente³³⁶.

³³² Art 2, paragrafo 2, lettera a), direttiva 2000/78.

³³³ Sentenza Achbita c. G4S Secure Solution NV, cit., paragrafo 31.

³³⁴ Sentenza Achbita c. G4S Secure Solution NV, cit., paragrafo 33. È questa la parte della pronuncia che ha suscitato maggior interesse. Sul punto si veda N. COLAIANNI, *Il velo delle donne mussulmane tra libertà di religione e libertà di impresa*, in *Questione giustizia*, disponibile al link <http://www.questionejustizia.it/stampa.php?id=1264>.

³³⁵ Art 2, paragrafo 2, lettera b), i), direttiva 2000/78.

³³⁶ E. PALICI DI SUNI, *Simboli religiosi e laicità: aperture e chiusure in alcune recenti*



Quanto all'esistenza di una finalità legittima, la Corte afferma in modo tranciante che la volontà del datore di lavoro di perseguire una politica di neutralità deve essere considerata legittima.

I giudici di Lussemburgo giungono a tale conclusione ricomprensendo la libertà del datore di promuovere un'immagine di neutralità dell'azienda nella ben più ampia libertà di impresa, cui deve essere attribuito un peso non trascurabile³³⁷. Tale libertà ricopre difatti un ruolo rilevante nel sistema dell'Unione Europea. Considerata già in passato principio generale dell'Unione, essa è espressamente garantita dall'art 16 della Carta dei diritti fondamentali³³⁸.

La facoltà dell'impresa di adottare una policy di neutralità, ricompresa in tale disposizione, assurge così al grado di diritto fondamentale.

La Corte di Giustizia non svolge dunque alcun bilanciamento tra libertà religiosa e libertà di impresa, ritenendo che il perseguimento di una neutralità aziendale integri sempre una finalità legittima³³⁹.

I giudici di Strasburgo delimitano la libertà di adottare una policy di neutralità solo in un secondo momento, sul versante della proporzionalità e necessità dei mezzi.

In particolare, la Corte precisa che il divieto di indossare segni evidenti delle proprie convinzioni può considerarsi strumento idoneo a garantire la neutralità aziendale a condizione che tale politica sia perseguita in modo coerente e sistematico³⁴⁰. Tale divieto deve poi limitarsi allo stretto necessario e coinvolgere i soli dipendenti che abbiano rapporti con i clienti³⁴¹.

Nonostante l'ottica utilitaristica con cui tipicamente viene intesa la libertà di impresa, i giudici di Strasburgo, diversamente da quanto affermato dalla Corte EDU, non richiedono che l'impresa provi che l'uso di simboli religiosi possa recar danno all'immagine della società³⁴².

pronunce, in *Rivista di diritti comparati*, n. 1/2017, p.4.

³³⁷ Sentenza Achbita c. G4S Secure Solution NV, cit., paragrafo 38.

³³⁸ **T. PAGOTTO, E. ERVAS**, *Achbita v. Eweida*, cit., p. 6.

³³⁹ **B. PROFUMO**, *Libertà religiosa e di impresa: la CGUE detta i criteri per il bilanciamento*, in *DPCE ONLINE*, Rivista telematica (www.dpceonline.it), n. 3, ottobre 2017, p. 754.

³⁴⁰ Sentenza Achbita c. G4S Secure Solution NV, cit., paragrafo 40.

³⁴¹ Sentenza Achbita c. G4S Secure Solution NV, cit., paragrafo 42.

³⁴² L'impresa nel caso Achbita non ha dimostrato di aver subito un danno effettivo alla propria immagine a causa della condotta della dipendente. Si veda **S. RIGGINS**, *Limitations*, cit., p. 1010. Secondo l'A. tale elemento avrebbe dovuto indurre la Corte di Giustizia a seguire il ragionamento sviluppato dalla Corte EDU.



4 - Riflessioni conclusive

La differenza sostanziale tra i due approcci giurisprudenziali risiede nel diverso grado di rilevanza attribuito alla neutralità aziendale.

Per la CEDU l'adozione di una politica aziendale di neutralità è oggetto di un mero desiderio legittimo del datore di lavoro soggetto a limitazioni particolarmente stringenti nel momento in cui entra in contrasto con il diritto fondamentale alla libertà religiosa.

In questa prospettiva i giudici di Strasburgo operano il bilanciamento tra gli interessi in gioco, collocati evidentemente su piani diversi, al fine di accertare la legittimità di una compressione della libertà di manifestare i convincimenti religiosi nel luogo di lavoro motivata dalla policy di neutralità perseguita dall'azienda.

Diversamente, nel sistema della Corte di Giustizia la neutralità aziendale diviene oggetto di una facoltà compresa nella ben più ampia libertà di impresa, fulcro delle libertà economiche dell'Unione Europea, avente carattere fondamentale.

Il peso rivestito dalla libertà di impresa induce la Corte di Giustizia a qualificare la neutralità aziendale quale fine legittimo, idoneo a giustificare limitazioni della libertà religiosa, senza svolgere alcun preventivo bilanciamento.

In estrema sintesi i giudici di Lussemburgo ritengono che, al fine di salvaguardare la sensibilità dei clienti e di evitare che l'immagine dell'azienda venga identificata con determinate confessioni religiose, il datore di lavoro possa imporre ai propri dipendenti, che nell'esercizio delle loro mansioni lo rappresentano, una discrezione nell'espressione dei convincimenti personali.

Il ragionamento sembra essere il medesimo impiegato dalla Corte EDU con riferimento ai pubblici funzionari. La neutralità aziendale assurge quindi al medesimo grado del principio di neutralità dello Stato.

Tale equiparazione non tiene conto del fatto che la tutela della neutralità dello Stato si rende necessaria al fine di salvaguardare la tenuta del sistema interno di rapporti Stato-confessioni e di garanzia della stessa libertà religiosa. Non dimentichiamo difatti che il principio di neutralità ha ormai assunto il rango di tratto fondamentale caratterizzante la figura dello Stato-tipo rispettoso della libertà religiosa delineata dalla stessa Corte di Strasburgo³⁴³.

Tale stretta connessione con il sistema di tutela della libertà religiosa non si ravvisa invece nel caso della neutralità di impresa, ove non vengono

³⁴³ M. TOSCANO, *Il fattore religioso*, cit., pp. 130-132.



in rilievo interessi collettivi di carattere generale, ma interessi individuali di carattere economico.

Il ragionamento condotto dalla Corte di Giustizia fa dunque venir meno il discriminio caratterizzante invece la giurisprudenza di Strasburgo tra ambito pubblico e ambito privato, con evidente eccessiva compressione del foro esterno della libertà religiosa.

Alla base di un simile ragionamento sembra esservi ancora una volta la convinzione che la tutela della libertà religiosa possa considerarsi sufficiente ove sia garantito in maniera piena la possibilità di un suo esercizio nella sfera strettamente privata, e che diversamente il foro esterno possa essere variamente compreso.

In questa ottica si giustifica una certa compressione della sfera religiosa dell'individuo, mentre pare che gli altri tratti distintivi del singolo che possono assurgere a fattori discriminatori richiedano una garanzia assoluta. Ciò emerge dalle parole dell'Avvocato generale Kokott, secondo il quale la religione rappresenta una parte importante della identità individuale,

«Tuttavia, mentre un lavoratore non può “mettere nell’armadietto” il proprio sesso, il colore della pelle, la propria origine etnica, il proprio orientamento sessuale, la propria età o il proprio handicap non appena entra nei locali del proprio datore di lavoro, dallo stesso lavoratore può essere invece pretesa una certa riservatezza per quanto attiene all’esercizio della religione sul luogo di lavoro»³⁴⁴.

³⁴⁴ Conclusioni dell'Avvocato generale nella causa C-157/15.



Francesca Mauri

(dottoranda di ricerca in Public, European and international law nell'Università degli Studi di Milano-Bicocca, Dipartimento di Giurisprudenza)

Il principio di non discriminazione e il riconoscimento giuridico delle comunità religiose e di pensiero: la legislazione armena al vaglio della Commissione di Venezia

The Principle of Non-Discrimination and the Recognition of Religious Organizations: the Armenian Legislation through the Lenses of the Venice Commission

ABSTRACT: The recognition of a legal personality is fundamental for the full enjoyment of freedom of religion by religious organizations. Their activity would be complex without a legal personality. Its absence would constrict fundamental aspects for the exercise of this freedom. Consequently, the denial of a similar attribution to a religious community must be justified and limited to residual hypotheses. The Venice Commission has prepared the "Joint Guidelines on the legal personality of religious or belief communities", paying attention to the regulation of the manifestation of religious belief in public contexts and to the internal organization of religious communities and their recognition within the state. Starting from the recent Joint Opinion n. 909/2017, adopted by the Venice Commission on March 17th 2018, the paper will analyze the practical implications of these Guidelines with regard to the Armenian law on freedom of conscience and religious organizations. Through a comparison of the potential discriminations in the procedure of registration of religious organizations with international standards on the subject, it will study the Commission's approach first in identifying and delineating these standards and, secondly, according to them, in amending the current legislation. This analysis, both on the general question and on the specific case of Armenia, will lead through an investigation of the role of the Venice Commission and its position at international level.

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. Il quadro normativo armeno in materia di rapporti tra Stato e confessioni religiose - 3. Il riconoscimento della personalità giuridica delle confessioni religiose - 4. Il progetto di legge armeno su libertà di coscienza e organizzazioni religiose - 5. Il parere della Commissione di Venezia - 6. Conclusioni.



1 - Introduzione

Il caso della legislazione armena in materia di riconoscimento giuridico delle comunità religiose e di pensiero merita attenzione in quanto utile ad affrontare almeno due questioni di notevole interesse giuridico. Se da un lato, guardando al caso di specie, emerge l'argomento della tutela del principio di non discriminazione con riferimento alle manifestazioni collettive della libertà religiosa, dall'altro, traslando il punto d'osservazione verso un'ottica più generale, esso, essendo stato oggetto di un recente parere della Commissione di Venezia, permette di considerare il valore dell'operato della Commissione nella creazione e diffusione di standard di protezione minimi mediante l'utilizzo, nella sua applicazione pratica, dello strumento delle linee guida.

Ed è proprio quest'ultimo punto che, alla luce del caso scelto, si cercherà di approfondire nel presente paper. La Commissione di Venezia, organo consultivo del Consiglio d'Europa in materia costituzionale, ha assunto, negli anni, un ruolo fondamentale nella creazione e diffusione di standard internazionali in materia di democrazia, diritti umani e Rule of Law. Istituita a seguito del crollo del muro di Berlino per sostenere la formazione delle nuove democrazie costituzionali emergenti in Est Europa, con il tempo, la Commissione si è ritagliata un ruolo sempre più rilevante per la promozione e la diffusione dei valori democratici e delle tradizioni costituzionali europee. I suoi pareri, pur non avendo valore vincolante, hanno così assunto un certo spessore nell'ambito del costituzionalismo internazionale, divenendo strumenti fondamentali per lo sviluppo della democrazia e per la gestione e prevenzione dei conflitti³⁴⁵.

Nel corso degli anni, accanto ai pareri, utilizzati per indirizzare l'attività legislativa del singolo stato destinatario, la Commissione ha sviluppato lo strumento più generale delle linee guida. Come avremo modo di osservare nel prosieguo, assumendo ad esempio fra tutte le *"Linee Guida sulla Personalità giuridica delle Comunità religiose e di pensiero"*³⁴⁶ (di seguito "Linee Guida"), esse assumono un ruolo fondamentale nel rendere sempre più accessibili e fruibili da parte degli Stati membri gli standard comuni elaborati in determinate materie di particolare interesse o la cui trattazione risulta particolarmente complessa.

³⁴⁵ S. BARTOLE, *International Constitutionalism and Conditionality. The experience of the Venice Commission*, in *Rivista AIC*, 2014, 4.

³⁴⁶ Venice Commission and OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights, *Joint Guidelines on the Legal personality of Religious or Belief Communities*, CDL-AD(2014)023, 2014 ([https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2014\)023-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2014)023-e)).



Venendo ora alla questione specifica, nella presente dissertazione, non potendo trattare di tutti i casi in cui la Commissione di Venezia ha dato applicazione alle citate Linee Guida, si è scelto di fare riferimento alla vicenda armena, sia perché rappresenta il più recente caso di utilizzo delle stesse da parte della Commissione, sia perché costituisce un caso di studio di particolare interesse per via della peculiare cornice normativa che, negli anni, ha regolamentato le relazioni tra lo Stato armeno e le varie confessioni religiose presenti sul territorio.

2. Il quadro normativo armeno in materia di rapporti tra Stato e confessioni religiose

Prima di procedere con l'analisi del parere, pare opportuno soffermarsi brevemente sulla legislazione armena in materia di rapporti tra stato e confessioni religiose. La Costituzione della Repubblica Armena del 5 giugno 1995, emendata nel 2005, garantisce a chiunque all'art. 41 il diritto alla libertà di pensiero, coscienza e religione specificando che

"le manifestazioni della libertà di espressione, coscienza e religione possono subire restrizioni solamente se previsto dalla legge per ragioni di sicurezza dello stato, tutela dell'ordine pubblico, della salute e della morale o dei diritti e delle libertà fondamentali altrui"³⁴⁷.

Al quarto comma esso prevede, inoltre, che tutte le organizzazioni religiose debbano godere di eguali diritti e debbano essere autonome, sebbene la procedura per il loro riconoscimento debba essere prevista dalla legge³⁴⁸.

Se, dunque, da un lato, il dettato costituzionale sembra enunciare un principio di eguale trattamento tra le varie confessioni religiose dinanzi allo stato e, conseguentemente, un principio di separazione tra le organizzazioni religiose e lo stato stesso, dall'altro esso riconosce uno status del tutto particolare alla Chiesa Apostolica Armena. L'articolo 18 della

³⁴⁷ Art. 41.1 Armenian Constitution (traduzione inglese non ufficiale: <http://www.parliament.am/parliament.php?id=constitution&lang=eng#1>), "Everyone shall have the right to freedom of thought, conscience and religion. This right shall include the freedom to change religion or belief and, either alone or in community with others and in public or in private, the freedom to manifest them in preaching, church ceremonies, other rites of worship or in other forms".

³⁴⁸ Art. 41.4 Armenian Constitution, "Religious organisations shall enjoy legal equality and shall be vested with autonomy. The procedure for the establishment and operation of religious organisations shall be prescribed by law".



Costituzione³⁴⁹ e la legge del 2007³⁵⁰ sulle Relazioni tra la Repubblica di Armenia e la Chiesa Apostolica Armena, infatti, attribuiscono a quest'ultima, che rappresenta la confessione religiosa maggiormente diffusa sul territorio nazionale, un "mandato eccezionale, in quanto chiesa nazionale, nella vita spirituale dei cittadini armeni, nello sviluppo della loro cultura nazionale e nella preservazione della loro identità nazionale". Essa viene riconosciuta come religione di stato e, in quanto tale, viene regolamentata da una legge esclusiva e diversa da quella che gestisce i rapporti tra lo stato e tutte le altre confessioni religiose. Le relazioni fra queste ultime e la Repubblica di Armenia, invero, sono soggette alla legge sulla Libertà di coscienza e sulle Organizzazioni religiose risalente al 1991³⁵¹.

La legge suddetta, già modificata nel 2011, è stata oggetto, nel corso degli anni, di diversi tentativi di adeguamento agli standard internazionali in materia di libertà di religione, alcuni dei quali anche molto recenti. La Commissione europea per la Democrazia attraverso il Diritto (meglio conosciuta come "Commissione di Venezia"), in collaborazione con l'Organizzazione per la Sicurezza e la Cooperazione in Europa (OSCE), ha affiancato il Legislatore armeno nel processo di progressivo emendamento della legislazione in materia. Già oggetto di due pareri rispettivamente nel 2009³⁵² e nel 2011³⁵³, il progetto, sottoposto a un'ulteriore modifica nel 2017, è stato nuovamente sottoposto all'attenzione della Commissione di Venezia nel 2018³⁵⁴.

³⁴⁹ Art. 18 Armenian Constitution, "The Republic of Armenia shall recognise the exclusive mission of the Armenian Apostolic Holy Church, as a national church, in the spiritual life of the Armenian people, in the development of their national culture and preservation of their national identity".

³⁵⁰ *Law of the Republic of Armenia Regarding the Relationship between the Republic of Armenia and the Holy Apostolic Armenian Church*, 5 maggio 2007 (traduzione inglese non ufficiale: <https://www.legislationline.org/legislation/section/legislation/country/45/topic/78>).

³⁵¹ *Law of the Republic of Armenia on the Freedom of Conscience and Religious Organizations*, 17 giugno 1991 (traduzione inglese non ufficiale: <https://www.legislationline.org/legislation/section/legislation/country/45/topic/78>).

³⁵² OSCE/ODIHR – Venice Commission, *Joint Opinion on the Law on Making Amendments and Addenda to the Law on the Freedom of Conscience and on Religious Organizations and on the Law Amending the Criminal Code of Armenia*, CDL-AD(2009)036, 23 June 2009.

³⁵³ OSCE/ODIHR – Venice Commission, *Interim Joint Opinion on the Law on Making Amendments and Supplements to the Law on Freedom of Conscience and Religious Organisations and on the Laws Amending the Criminal Code, the Administrative Offences Code and the Law on Charity of the Republic of Armenia*, CDL-AD(2010)054.

³⁵⁴ Venice Commission and OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights, *Joint Opinion on Armenia on the Draft Law Amending the Law on freedom of Conscience and*



3 - Il riconoscimento della personalità giuridica delle confessioni religiose

Il parere della Commissione di Venezia acquisisce particolare rilievo nell'ambito della presente dissertazione in quanto rappresenta il più recente caso di applicazione delle *"Linee Guida sulla personalità giuridica delle Comunità religiose o di credo"*³⁵⁵, elaborate proprio dalla Commissione di Venezia in collaborazione con l'OSCE nel 2014.

Le suddette Linee Guida, risultanti da un lungo lavoro della Commissione e dell'OSCE in consultazione con la società civile e i rappresentanti dei governi degli Stati Membri, sono state sviluppate con la finalità di fornire un aiuto a coloro che sono coinvolti nell'elaborazione e nell'applicazione delle leggi in materia di libertà di religione e pensiero. Esse, mediante l'individuazione di standard internazionali comuni, concorrono a delineare una cornice legale entro la quale assicurare a tutte le comunità religiose e di pensiero un eguale trattamento nell'acquisizione di una personalità giuridica e garantire che i principi in materia di libertà di religione siano applicati secondo modalità non discriminatorie.

È, infatti, la stessa Commissione a ribadire, all'interno delle Linee Guida, che il diritto ad acquisire una personalità giuridica rappresenta un elemento vitale per la piena realizzazione della libertà di religione, sostanziandosi in una serie di attività fondamentali per l'ordinaria gestione di una comunità religiosa³⁵⁶ e, pertanto, necessita di un'accurata regolamentazione che ne garantisca un'applicazione eguale e non discriminatoria a tutte le confessioni religiose presenti sul territorio nazionale.

Il diritto internazionale garantisce la protezione delle comunità religiose indipendentemente dal fatto che esse godano o meno di una personalità giuridica. Si tratta, invero, di una scelta della comunità religiosa stessa, che può decidere di predisporre un'organizzazione religiosa che la renda capace di agire in ambito legale³⁵⁷ oppure rimanere al di fuori dell'organizzazione statale e agire unicamente quale mero organismo di culto.

Religious Organizations, CDL-AD(2018)002, Venice, 16-17 March 2018.

³⁵⁵ Venice Commission and OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights, *Joint Guidelines on the Legal personality of Religious or Belief Communities*, CDL-AD(2014)023, 2014 ([https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2014\)023-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2014)023-e)).

³⁵⁶ Venice Commission and OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights, *Joint Guidelines*, cit., par. 20.

³⁵⁷ Venice Commission and OSCE/ODHIR Advisory Council on Freedom of Religion and Belief, *Joint Opinion*, cit., par. 26.



Gli stati, dal canto loro, hanno l'obbligo, derivante dall'adesione ai trattati internazionali, di assicurare a tutte le comunità religiose la possibilità di acquisire la personalità giuridica³⁵⁸. Allo stesso modo, essi dovranno garantire che l'acquisto della personalità giuridica da parte delle comunità religiose non sia più gravoso rispetto a quanto lo sia per tutte le altre tipologie di gruppi e comunità riconosciuti all'interno della società³⁵⁹.

Il diritto ad acquisire la personalità giuridica rappresenta una componente sostanziale del diritto alla libertà di religione e credo, che gioca un ruolo essenziale nell'effettiva protezione della sua dimensione collettiva. In molti casi, infatti, il riconoscimento giuridico delle comunità rappresenta proprio una precondizione per il godimento di alcuni diritti e per lo svolgimento di determinate attività esplicative dell'esercizio del diritto alla libertà di religione e credo³⁶⁰.

Acquisendo la personalità giuridica, infatti, le comunità religiose ottengono la possibilità di agire come un corpo organizzato e composito e guadagnano una capacità giuridica che consente loro di godere direttamente dei propri diritti, di assumere obbligazioni proprie e di stare autonomamente in giudizio.

Rappresentando la personalità giuridica il prerequisito per il beneficio di tali prerogative, appare chiaro come la sua accessibilità costituisca, altresì, una forma di possibile restrizione, a livello nazionale, del godimento della libertà di religione e di culto, nonché un potenziale strumento di discriminazione su base religiosa.

Infatti, nel loro ruolo regolamentare, gli stati godono di un ampio potere discrezionale nella determinazione delle modalità di acquisizione della personalità giuridica da parte delle confessioni religiose e, in tal modo, nella definizione dei mezzi, della capacità e delle forme attraverso cui le stesse intrattengono relazioni con le varie istituzioni.

³⁵⁸ Venice Commission, *Opinion on the draft law on amendments and supplementation of law no. 02/L-31 on freedom of religion of Kosovo*, CDL-AD(2014)012, par. 48: "Any religious group must have access to legal personality status if it wishes to avail of it".

³⁵⁹ Venice Commission, *Opinion on Act CCVI of 2011 on the Right to Freedom of Conscience and Religion and the Legal Status of Churches, Denominations and Religious Communities of Hungary*, CDL-AD(2012)004, par. 38: "Moreover, according to the European Court of Human Rights, in order to allow a religious group to obtain the legal personality, the State must be careful to maintain a position of strict neutrality and be able to demonstrate it has proper grounds for refusing recognition".

³⁶⁰ Si tratta, ad esempio, della realizzazione di edifici di culto, e del loro mantenimento, dell'intrattenimento di rapporti finanziari con privati e istituzioni, della predisposizione di luoghi e mezzi per l'istruzione dei membri.



Ne deriva, dunque, che la personalità giuridica rappresenta un elemento cruciale per il pieno godimento dei diritti collettivi garantiti dalle norme in materia di libertà di religione. La mancanza di personalità giuridica, infatti, impedisce una qualsiasi forma di manifestazione collettiva della libertà di religione.

4 - Il progetto di legge armeno su libertà di coscienza e organizzazioni religiose

A questo punto, prima di passare all'analisi dell'applicazione pratica delle citate Linee Guida, al fine di una più chiara comprensione dell'*iter* logico condotto dalla Commissione di Venezia, pare opportuno accennare brevemente al contenuto del progetto di legge oggetto del parere.

L'ultimo progetto di emendamento alla legge sulla libertà di pensiero e organizzazioni religiose, portato a termine nel 2017, definisce un'organizzazione religiosa quale una

"naturale associazione di persone stabilita con il proposito di professare e disseminare il credo religioso dei partecipanti, così come soddisfare le altre esigenze religiose dei partecipanti all'associazione, che sia registrata come una persona legale ai sensi della legge"³⁶¹.

Il dato letterale della norma chiarisce, dunque, fin dall'inizio che la precondizione per poter essere qualificati "organizzazione religiosa" ai sensi della legislazione armena risiede proprio nell'avere la personalità giuridica. In tal modo, il Legislatore armeno, aderendo a una concezione restrittiva del principio di autonomia delle confessioni religiose, appare legare inscindibilmente l'esercizio della tutela della libertà di religione e credo all'ottenimento della personalità giuridica, ovviamente secondo il procedimento e con le limitazioni prescritte dalla legge.

³⁶¹ Draft Law Making Amendment to the Law on Freedom of Conscience and Religious Organisations, CDL-REF(2018)006, 2017, "Article 5. Religious organisations 1. Everyone shall have the right to establish religious organisations with other persons for the purpose of manifesting the freedom of conscience and religion. 2. A religious organisation is an association of natural persons which is established for the purpose of jointly professing and disseminating the religious belief of the participants, as well as fulfilling other religious demands of the participants of the association, and which is registered as a legal person as prescribed by law. 3. The religious organisations are the following: church communities and religious communities, dioceses, monasteries, religious congregations and other religious associations. 4. The religious organisations operating in the Republic of Armenia are the Holy Apostolic Church of Armenia with its traditional organisations, and other religious organisations. 5. A religious organisation shall have the status of a non-commercial legal person."



Nel delineare, dunque, da un punto di vista pratico, il processo di formazione di un'organizzazione religiosa, la normativa pone una serie di criteri vincolanti per il riconoscimento di una personalità giuridica quali, ad esempio, avere un numero minimo di 100 membri adulti, avere un culto basato su un testo sacro canonizzato o, ancora, godere di una certa notorietà a livello internazionale³⁶².

5 - Il parere della Commissione di Venezia

Proprio su questi criteri, in quanto elementi fondamentali per garantire, in ottemperanza al principio di non discriminazione, l'ammissione a godere di una personalità giuridica e, conseguentemente, un eguale trattamento a tutte le confessioni religiose dinanzi alla legge, si è concentrata la Commissione di Venezia nel parere pubblicato il 20 marzo 2018.

Nel condurre un'attenta analisi dell'inquadramento legale predisposto dalla legislazione armena in materia di riconoscimento della personalità giuridica alle confessioni religiose diverse dalla Chiesa Apostolica Armena, la Commissione di Venezia e l'OSCE sembrano applicare, passo dopo passo, quasi utilizzandole come una sorta di checklist, le Linee Guida predisposte nel 2014.

Per prima cosa, avendo riguardo alle precondizioni necessarie per essere ammessi alla possibilità di ottenere un riconoscimento legale, la Commissione di Venezia evidenzia come l'apposizione di un numero minimo di 100 membri adulti possa risultare un criterio preselettivo discriminatorio e sproporzionato³⁶³. Invero, come sottolineato nelle Linee Guida, l'apposizione di un numero minimo di partecipanti elevato ostacolerebbe il diritto a un riconoscimento legale delle comunità religiose e di culto più piccole e limiterebbe la possibilità di espansione alle comunità di nuova formazione³⁶⁴. Una soluzione più appropriata e conforme al

³⁶² Draft Law Making Amendment to the Law on Freedom of Conscience and Religious Organisations, CDL-REF(2018)006, 2017, "Article 8. Establishment of a religious organisation 1. A group of persons may register as a religious organisation where it has at least 100 adult founders and where its activities: (1) do not contradict Article 4 of this Law; (2) are directed towards religious spheres; (3) are not aimed at receiving material benefits; (4) are based on a historically canonised holy book; (5) along with its faith is part of the system of world's contemporary religious communities."

³⁶³ Venice Commission and OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights, *Joint Opinion on Armenia on the Draft Law Amending the Law on freedom of Conscience and Religious Organizations*, CDL-AD(2018)002, par. 53.

³⁶⁴ Venice Commission and OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights, *Joint Guidelines on the Legal personality of Religious or Belief Communities*, CDL-AD(2014)023,



principio di non discriminazione sarebbe, secondo quanto affermato dalle stesse Linee Guida, quella adottata, ad esempio, dall'Estonia, che richiede solamente un numero minimo di due persone oppure, ancora, quella individuata dall'Albania, che non prevede alcun numero minimo di partecipanti alla comunità per il riconoscimento della personalità giuridica³⁶⁵.

Un'ulteriore precondizione per l'accesso alla personalità giuridica, prevista dal progetto di legge armeno, si sostanzia nella prescrizione che le attività della comunità siano basate su un testo sacro storicamente canonizzato. Una simile limitazione, non certo sconosciuta alla giurisprudenza europea in materia di protezione della libertà di religione, che attiene direttamente all'oggetto del culto, ha sollevato notevoli interrogativi sul concetto di religione e sul ruolo delle sacre scritture nella sua definizione. La stessa Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, pronunciando alcune storiche sentenze su movimenti religiosi di recente formazione privi di riferimenti a sacre scritture, come Scientology³⁶⁶, Moon Sect³⁶⁷, Divine Light Zentrum³⁶⁸ e gli insegnamenti di Osho³⁶⁹, ha riconosciuto loro protezione entro lo spettro dell'art. 9 della CEDU, ritenendo il parametro del testo sacro insufficiente a determinare da solo la sussistenza o meno di una confessione religiosa. Invero, tale criterio risulterebbe, a parere della Commissione, assolutamente discriminatorio e ingiustificato, poggiandosi sull'infondata ed erronea convinzione secondo cui tutte le confessioni religiose, per essere riconosciute come tali, debbano necessariamente fare riferimento a un testo sacro.

Al pari, l'ulteriore criterio esaminato dalla Commissione, che fa dipendere l'attribuzione della personalità giuridica a una comunità religiosa dal suo riconoscimento a livello internazionale, richiedendo che la sua fede sia parte del sistema mondiale delle comunità religiose contemporanee, viene interpretato quale strumento di discriminazione delle comunità religiose non tradizionali o di nuova formazione a vantaggio

par. 27.

³⁶⁵ Venice Commission and OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights, *Joint Guidelines on the Legal personality of Religious or Belief Communities*, par. 28.

³⁶⁶ EComHR, *X and Church of Scientology v. Sweden* (Application no. 7805/77, Decision of 5 May 1979).

³⁶⁷ EComHR, *X v. Austria* (Application no. 8652/79, decision of 15 October 1981).

³⁶⁸ EComHR, *Omkarananda and the Divine Light of Zentrum v. Switzerland* (Application no. 8118/77, Decision of 19 March 1981).

³⁶⁹ ECtHR, *Leela Förderekreis E.V. and Others v. Germany* (Application no. 58911/00, Judgement of 6 November 2008).



di quelle più tradizionali e istituzionalizzate³⁷⁰. Per tali ragioni, nel parere si raccomanda di eliminare completamente entrambe le previsioni dal progetto di legge.

Necessiterebbe, invece, di una maggiore specificazione la previsione secondo cui, al termine della procedura di riconoscimento della personalità giuridica, l'effettiva registrazione della confessione religiosa sarebbe soggetta al parere di un esperto in merito alla sussistenza di tutte le precondizioni prescritte all'art. 8, paragrafo 1, del progetto di legge³⁷¹. A parere della Commissione, infatti, non risultando chiaro quale soggetto sarebbe responsabile di una simile valutazione, la discrezionalità nella sua identificazione potrebbe condurre a una discriminazione di alcune comunità religiose rispetto ad altre³⁷². Invero, come affermato dalle Linee Guida, una simile attribuzione non può essere conferita ad alcun esponente di comunità religiose o di credo in quanto, in tal modo, verrebbe compromessa la neutralità e l'imparzialità della sua opinione, sottoponendo il contenuto del culto al vaglio di un soggetto che, in virtù della propria appartenenza religiosa, potrebbe condurre un'analisi soggettiva e condizionata³⁷³. Il parere, dunque, invita il Legislatore armeno a specificare l'identità di tale soggetto esaminatore, precisando che lo stesso dovrà essere terzo e imparziale rispetto a tutte le comunità religiose presenti sul territorio nazionale.

Infine, con riguardo al requisito che richiede la sussistenza di una struttura organizzata, suddivisa in organi con precisi poteri e con specifiche procedure per l'adozione di decisioni, la Commissione di Venezia, ponendo l'accento sul principio di autonomia delle comunità religiose e di pensiero, suggerisce un alleggerimento della legislazione sul punto³⁷⁴. Invero,

³⁷⁰ Venice Commission and OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights, *Joint Opinion on Armenia on the Draft Law Amending the Law on freedom of Conscience and Religious Organizations*, CDL-AD(2018)002, par. 58.

³⁷¹ *Draft Law on making amendments to the Law on Freedom of Conscience and on Religious Organisations*, Art. 8 para. 1: “A group of persons may register as a religious organisation where it has at least 100 adult founders and where its activities: (1) do not contradict Article 4 of this Law; (2) are directed towards religious spheres; (3) are not aimed at receiving material benefits; (4) are based on a historically canonised holy book; (5) along with its faith is part of the system of world's contemporary religious communities”.

³⁷² Venice Commission and OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights, *Joint Opinion on Armenia on the Draft Law Amending the Law on freedom of Conscience and Religious Organizations*, CDL-AD(2018)002, par. 59.

³⁷³ Venice Commission and OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights, *Joint Guidelines on the Legal personality of Religious or Belief Communities*, CDL-AD(2014)023, par. 30.

³⁷⁴ Venice Commission and OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights,



conformemente a quanto affermato dalle Linee Guida, gli stati, al fine di tutelare l'autonomia delle varie confessioni religiose, dovrebbero assicurare loro un ampio spazio di manovra nel determinare la propria leadership, la regolamentazione interna, il contenuto e l'obiettivo della comunità, la sua struttura e le modalità di nomina dei suoi esponenti, nonché il nome e i simboli³⁷⁵. Pertanto, considerata l'ampia varietà di combinazione tra i citati elementi e l'altrettanto complessa eterogeneità delle risultanze, la legislazione nazionale in materia dovrebbe risultare il più possibile generica e flessibile³⁷⁶.

6 - Conclusioni

In conclusione, dunque, la Commissione e l'OSCE, pur apprezzando i notevoli passi avanti fatti dal Legislatore armeno nell'elaborazione di una disciplina della registrazione delle comunità religiose e di pensiero più conforme agli standard internazionali rispetto ai precedenti progetti già oggetto di analisi in due pareri rispettivamente del 2009³⁷⁷ e del 2011³⁷⁸, ha evidenziato l'esigenza di apporre alcune rilevanti modifiche per rendere il testo pienamente conforme agli standard internazionali contenuti nelle Linee Guida e, conseguentemente, più attento alla tutela del diritto alla libertà di religione e pensiero da potenziali discriminazioni e diseguaglianze.

Come emerge dall'analisi sin qui condotta, infatti, le modifiche suggerite dalla Commissione appaiono tutte volte a individuare un quadro normativo che riconosca eguale trattamento a tutte le confessioni religiose determinate a ottenere un riconoscimento legale bilanciando, in una

Joint Opinion on Armenia on the Draft Law Amending the Law on freedom of Conscience and Religious Organizations, CDL-AD(2018)002, par. 60.

³⁷⁵ Venice Commission and OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights, *Joint Guidelines on the Legal personality of Religious or Belief Communities*, CDL-AD(2014)023, par. 31.

³⁷⁶ Venice Commission, *Opinion on Act CCVI of 2011 on the Right to Freedom of Conscience and Religion and the Legal Status of Churches, Denominations and Religious Communities of Hungary*, CDL-AD(2012)004, par. 39.

³⁷⁷ OSCE/ODIHR – Venice Commission, *Joint Opinion on the Law on Making Amendments and Addenda to the Law on the Freedom of Conscience and on Religious Organizations and on the Law Amending the Criminal Code of Armenia*, CDL-AD(2009)036, 23 June 2009.

³⁷⁸ OSCE/ODIHR – Venice Commission, *Interim Joint Opinion on the Law on Making Amendments and Supplements to the Law on Freedom of Conscience and Religious Organisations and on the Laws Amending the Criminal Code, the Administrative Offences Code and the Law on Charity of the Republic of Armenia*, CDL-AD(2010)054.



costante ottica di tutela del principio di non discriminazione, il principio di autonomia delle confessioni religiose con l'interesse dello stato a regolamentarne la formazione e il funzionamento.

Dalle modalità mediante le quali la Commissione di Venezia ha condotto l'analisi sul progetto di legge armena emerge con chiarezza un approccio case by case di applicazione delle Linee Guida alla legislazione nazionale, tenendo conto, al fine di verificarne eventuali difformità in relazione agli standard internazionali individuati, delle peculiarità dell'ordinamento interno e del lavoro già condotto dal Legislatore.

Ne deriva, dunque, che le Linee Guida, frutto di un accurato e attento lavoro di individuazione degli standard internazionali, volto a identificare gli elementi fondamentali e rilevanti nella disciplina dell'acquisizione della personalità giuridica, divengono, per quegli stati che richiedono l'intervento della Commissione, esse stesse parametro di riferimento nell'elaborazione di un testo di legge conforme al principio di non discriminazione e di autonomia delle comunità religiose e di pensiero.

Nel fare ciò, la Commissione non si limita a verificare la compatibilità o meno della disciplina nazionale con le Linee Guida ma, vestendo i panni di organo consultivo in materia costituzionale, propone direttamente dei correttivi i quali, se applicati a una normativa potenzialmente discriminatoria o parziale, sono in grado di renderla conforme agli standard internazionali in materia.

Risulta, dunque, evidente come, senza mutare il tradizionale *modus operandi* della Commissione³⁷⁹, le Linee Guida rappresentino un mezzo utile a semplificare e rendere più agevole la valutazione della conformità di una determinata previsione normativa agli standard in esse contemplati. Esse, invero, risultano uno strumento particolarmente utilizzato dalla Commissione, soprattutto con riferimento a tematiche ricorrenti o particolarmente complesse³⁸⁰, per le quali appare opportuno operare una

³⁷⁹ In genere, i pareri della Commissione, quando non si basano sulla diretta applicazione di linee guida o studi già elaborati, prima di procedere alla valutazione della legislazione sulla quale sono chiamati a esprimersi, predispongono una ricostruzione degli standard comuni europei rilevanti per la questione di specie. Si vedano, ad esempio, *Opinion on Kosovo on the "Draft Law on Amending and Supplementing the Law no. 03/l-174 on the Financing of Political Entities (amended and supplemented by the law no. 04/l-058 and the law no. 04/l-122) and the Law no. 003/l-073 on General Elections (amended and supplemented by the law no. 03/l-256)"*, CDL-AD(2018)016, par. 15 ss., oppure, ancora, *Opinion on Spain on the "Law of 16 October 2015 amending the Organic Law No. 2/1979 on the Constitutional Court"*, CDL-AD(2017)003, par. 15 ss.

³⁸⁰ Ne sono un esempio, tra le altre, le Linee Guida elaborate dalla Commissione di Venezia in materia di Rule of Law (711/2013), Partiti politici (881/2017), Libertà di associazione (706/2012).



tantum una ricostruzione degli standard rilevanti a livello internazionale, in modo da renderli più uniformi e da garantirne un più agevole utilizzo senza procedere, di volta in volta, a una ricostruzione completa delle tradizioni costituzionali comuni in materia.

A ogni modo, appare opportuno puntualizzare che destinatari delle Linee Guida non sono solamente gli esperti della Commissione di Venezia e dell'OSCE, ma anche gli stessi Stati membri, i quali dovrebbero tenerle in debita considerazione nella predisposizione di progetti di legge fin dall'inizio conformi agli standard internazionali delineati. È questo, invero, che si legge tra le righe del parere qui in analisi, ovvero un invito, da parte della Commissione e dell'OSCE, a rendere le Linee Guida uno strumento di lavoro concreto, utile, in primo luogo, agli stessi operatori di diritto impegnati nella redazione del progetto di legge in oggetto.

Ed è proprio questa stessa accessibilità delle Linee Guida, predisposte per un ampio panorama di utenti, a partire da coloro che sono coinvolti nella redazione e applicazione delle leggi fino ad arrivare ai rappresentanti della società civile, a segnare un ulteriore passo avanti nel progetto promosso dalla Commissione di Venezia di diffusione e consolidamento di una tradizione costituzionale comune che si spinge ben oltre i confini dell'Europa continentale³⁸¹.

³⁸¹ Oltre alla Repubblica di Armenia, la Commissione ha avuto modo, negli anni, di applicare i propri standard in materia di libertà di religione e pensiero in altri pareri che hanno coinvolto il Kosovo (CDL-AD(2014)012), la Tunisia (CDL-AD(2013)032), la Turchia (CDL-AD(2010)005), l'Ungheria (CDL-AD(2012)004), l'Azerbaijan (CDL-AD(2012)022), la Romania (CDL-AD(2005)037), l'Ucraina (CDL-AD(2006)030).



Joshua Moir, Julia Wagner

(Research associate and PhD candidate in Public law, Comparative law and religion and Public international law, University of Trier)

The idea of religious neutrality and the cooperation model compared in Germany, Austria and Italy

ABSTRACT: In recent years, Europe has experienced a move towards religious diversity and pluralism, which is especially caused by the lasting wave of migrants fleeing conflicts in primarily Muslim countries. Even if this scenario does not materialise the European Union and its member states, they will be confronted more and more frequently with new challenges to the law regulating the relations between the state and religious organisations and currently unknown religious conflicts. Although many of these problems have been the subject of debate within German higher court, federal administrative, and constitutional court cases, particular decisions as the headscarf ban for teachers or the crucifix ruling show that the judicial recognized idea of neutrality between state and religion is characterised by inconsistent results and rules. The German Grundgesetz follows the so called hybrid or cooperation model, which is characterised by a basic separation of state and religion, simultaneously the state is responsible for maintaining religious freedom, diversity and plurality. Particularly also our immediate European neighbours Austria and Italy follow this long-lasting cooperation-based tradition. Key objective of our contribution is to examine whether our neighbours are facing similar problems to those we have in Germany. In particular, we will focus our attention on the missing legal certainty and clarity with regard to the - positive and negative - freedom of religion.

SUMMARY: 1. Introduction - 2. The sources and systems of religion law - 2.1. The sources - 2.2. The systems - 3. Germany - 3.1. Historic overview and present religious situation - 3.2. Constitutional Law and Legal Framework - 4. Characterization of the German State-Church Law - 4.1. Introduction - 4.2. Neutrality in legal theory - 4.3. Neutrality in legal practice - 4.4. Conclusion - 5. Austria - 5.1. Historic overview and present religious situation - 5.2. Constitutional Law and Legal Framework - 5.3. Neutrality in legal theory - 5.4. Neutrality in legal practice - 5.5. Conclusion - 6. Italy - 6.1. Historic overview and present religious situation - 6.2. Constitutional Law and the characteristics of the Italian neutrality - 6.3. Religious neutrality in legal practice - 6.4. Conclusion - 7. Resumé.



1. Introduction

The European (legal) history is inseparably linked with religion and religious history. Especially Christian faiths have shaped - at latest since the adoption of Christianity as state religion in the Roman Empire by Emperor Constantine - the history of Europe. Whilst the medieval age was characterized by various religious conflicts, culminating in the Protestant revolution in the sixteenth century, during the last centuries the idea of religious toleration and freedom emerged, and states started to regulate religion. These century long developments laid the foundations for our current understanding towards religious freedom and neutrality.

Today, especially caused by the lasting wave of migrants fleeing conflicts in primarily Muslim countries, Europe have experienced a move towards religious diversity and pluralism and new unknown religious conflicts are enjoying a boom. Disputes over religious symbols in the public sphere like the Christian crucifix, the Jewish mezuzah or the Muslim headscarf, burka and niqab worn by teachers, police women or judges and controversies concerning religious practices in schools and universities - the list is almost endless - are only a few examples impressively demonstrating this.

The paper would like to take this opportunity to examine the legal situation in Austria, Italy and Germany by analyzing the relevant constitutional provisions, particular laws and jurisdiction, to investigate what is different and what is common in these European states and how the three countries solve current conflicts.

2 - The sources and systems of religion law

2.1 - The sources

In principle, each state in Europe uses two formal sources to regulate religion: national domestic and international laws. Key sources are still national laws and instruments like constitutions, sub-constitutional laws, case-law and agreements between states and religious organizations³⁸². Historical, political, social and religious experiences have shaped differences and similarities between national laws throughout Europe in

³⁸² N. DOE, *Law and Religion in Europe: A Comparative Introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 15.



one way or another³⁸³. This is evident not least from the different terminology used to characterise the laws which states adopt to regulate religion: ecclesiastical law, church law, confessional law and the law of church and State seems to be the most common denotations³⁸⁴. Which national legal rules are currently in force Austria, Germany and Italy in detail will be discussed later in this paper.

Besides, there are international sources of religion law. In Particular, the treaties of the European Union, the European Convention on Human Rights (ECHR) and global instruments of the United Nations³⁸⁵ contain provisions towards religion. In recent years, the EU's law related to religion has changed³⁸⁶. For the first time Article 17 of the Treaty on the Functioning of the EU (TFEU) safeguards the status of churches and religious associations or communities. While Paragraph 3 provides the grassroots for an open, transparent and regular dialogue between the EU institutions and churches and religious organisations. Scholars have tried to identify fundamental and characteristic principles of the European law on religion including regionality, neutrality, equality, autonomy and cooperation³⁸⁷.

In addition, the European Convention on Human Rights protects religious freedom, while the Strasbourg jurisprudence has shaped the development of religious liberty in Europe in a number of significant cases. Remarkable judgments were related to religious symbols in State-school classrooms³⁸⁸, the wearing of religious symbols or clothing at State institutions³⁸⁹, at work³⁹⁰ and in the public sphere³⁹¹.

2.2 - The systems

³⁸³ N. DOE, *Law and Religion in Europe*, cit., p. 2.

³⁸⁴ N. DOE, *Law and Religion in Europe*, cit., p. 14; e.g., in Austria and Germany *Staatskirchenrecht* is used, in Italy the law, which deals with religion, is called *diritto ecclesiastico*.

³⁸⁵ E.g., Art. 18 of Universal Declaration of Human Rights 1948 and Art. 18 of the International Convention on Civil and Political Rights 1966 protects religious freedom. Besides UNDID 1981 and the CRC 1989 deals with religious freedom and discrimination.

³⁸⁶ G. ROBBERS, *Book Review*, in *Eccl. L. J.*, 2013, p. 313.

³⁸⁷ G. ROBBERS, *Book Review*, cit.; N. DOE, *Law and Religion in Europe*, cit., p. 237.

³⁸⁸ Lautsi and Others v. Italy, 18/3/2011, no. 30814/06.

³⁸⁹ Dahlab v. Switzerland, 15/2/2001, no. 42393/98; Leyla Şahin v. Turkey, 10/11/2005, no. 44774/98.

³⁹⁰ Eweida and Chaplin v. the United Kingdom, 15/1/2013, nos. 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10.

³⁹¹ S.A.S. v. France, 1/7/14, no. 43835/11; Dakir v. Belgium, 11/7/2017, no. 4619/12.



Traditionally there are three different models of state-religion relations within Europe. Traditionally we know state church systems like in England, Denmark or Greece, separation systems like in France or Ireland and hybrid or cooperation systems like in Germany, Austria or Italy³⁹². Nonetheless, there is not a single system which is similar to another³⁹³. Maybe “the presence of history” can be seen in this field of life and science more clearly than in others³⁹⁴.

While state church systems are characterized by a close relationship between the State and a particular (Christian) church, separation systems are characterized by a secular nature of the State. France is considered as a prime example of the separation model. However, the *Laïcité* or secularism of the State - enshrined in French law since 1905³⁹⁵ - generated political interference in the field of religion and cooperation between the State and churches³⁹⁶.

The hybrid or cooperation system - the middle of the road approach between an established church system and secularity - is the most prevalent model in Europe (especially in the Catholic South and central-eastern Europe)³⁹⁷. It's characterized by guaranteeing cooperation between the church and the state³⁹⁸.

Lastly, these models are merely an attempt to categorize the approach of States towards religion - and maybe they become less important³⁹⁹ - and cannot obscure the fact that there is a huge variety of state-church relations within Europe⁴⁰⁰. Nevertheless, it seems to be necessary not to forget what is in common between the European states, because this is the only way to face similar problems. Key objective of our paper is to examine how Austria, Italy and Germany - “follower” of the

³⁹² G. ROBBERS, *State and Church in the European Union*, Nomos, Baden-Baden, 2005, p. 577.

³⁹³ G. ROBBERS, *Book Review*, cit.

³⁹⁴ G. ROBBERS, *Book Review*, cit.

³⁹⁵ Loi de la Séparation: Art. 1: La République assure la liberté de conscience. Elle garantit le libre exercice des cultes sous les seules restrictions édictées ci-après dans l'intérêt de l'ordre public.

³⁹⁶ R. LIOGIER, *Laïcité on the Edge in France: Between the Theory of Church-State Separation and the Praxis of State-Church Confusion*, in *Macquarie L. J.*, 2009, p. 25.

³⁹⁷ In Austria, Belgium, Cyprus, the Czech Republic, Estonia, Germany, Hungary, Italy, Latvia, Lithuania, Luxembourg, Poland, Portugal, Romania, Slovakia, Slovenia, Spain corporation forms can be found.

³⁹⁸ N. DOE, *Law and Religion in Europe*, cit., p. 35.

³⁹⁹ G. ROBBERS, *Book Review*, cit., p. 313.

⁴⁰⁰ N. DOE, *Law and Religion in Europe*, cit., p. 38.



cooperation model - regulates religion and to evaluate how these countries faces today's challenges towards religion.

3 - Germany

3.1 - Historic overview and present religious situation

The religious situation in Germany is strongly linked to the events during and after the Reformation (1517-1555). As a result of the Peace of Augsburg, which officially ended the dispute between Lutheran and Roman Catholic princes within the Holy Roman Empire, the rulers were allowed to choose the official confession of their state and their people. However, they could only choose between the Lutheran and the Roman Catholic denomination (*cuius regio, eius religio*). Calvinism was not allowed until the Peace of Westphalia (1648). As an outcome of the Peace of Augsburg and the variety of theological orientations, most princes gained supremacy over the churches in their territories. In the Habsburg territories this lead to the so called Josephinism (see p. 9)⁴⁰¹. In Protestant states, the ruling princes were considered not only as terrestrial sovereign but also as head and patron of the particular national or established church⁴⁰².

Even though the revolutionary German Constitution of 1848, intended to provide a full freedom of belief to the people and the freedom of each religious association to regulate and administer their affairs independently, the influence of the state, now ruled by the German Emperor, remained intact, primarily on the Evangelical denomination, until the post-war revolution of 1918⁴⁰³. Besides the end of the state's supremacy of the churches and the full destablishment, the Weimar Constitution provided religious freedom for all individuals and religious organizations. However this freedom practically only lasted for about 15 years as National-Socialism brought a complete "moral and legal breakdown"⁴⁰⁴ over Germany. It is argued that the anti-religious policy of the National-Socialist regime was a reason for the far-reaching guarantee of freedom of religion and belief in the present German constitution (*Basic Law, Grundgesetz*).

⁴⁰¹ **G. ROBBERS**, *Religion and Law in Germany*, Wolters Kluwer Law & Business, Alphen aan den Rijn, 2010, p. 40.

⁴⁰² **P. UNRUH**, *Religionsverfassungsrecht*, Nomos, Tübingen, 2015, p. 34 ff.

⁴⁰³ **G. ROBBERS**, *Religion and Law in Germany*, cit., p. 42 ff.

⁴⁰⁴ **G. ROBBERS**, *Religion and Law in Germany*, cit.



Today, Germany takes its way to a more and more religious diverse country. The above mentioned law of *cuius regio, eius religio* left marks to a diverging religious affiliation of the modern German states (*Länder*; e.g. Bavaria). While the north, especially the north-west of Germany was and is predominantly Protestant, the southern part (especially the south-eastern part) was and is predominantly Roman Catholic⁴⁰⁵. Besides there are parts of Germany where the majority of people, as a result of the anti-religious socialist government of the German Democratic Republic, do not have any religious affiliation⁴⁰⁶. Next to about 23 million members of the Roman Catholic Church and 22 million members of Protestant Churches, there are about 4,5 million Muslims that live in Germany⁴⁰⁷.

3.2 - Constitutional Law and Legal Framework

As mentioned before the freedom of religion and belief is presently statuted in the German Basic Law (art. 4 BL). The freedom of religion is extensively guaranteed and implemented by the constitution and the Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*)⁴⁰⁸. The laws of the Weimar Constitution that are related to the relation between state and religion and the rights of religious organization (art. 140 BL in conjunction with art. 136-141 WRV), are fully applicable constitutional law. Besides, state and religious relations are structured by bilateral contracts (such as concordats) between the Federal State or the *Länder* with particular religious societies. Furthermore, there are simple laws that are related to religious motivated behaviour. A special feature about German legislation is the distinction between Federal laws and laws by the single German states, which leads to different rules within the country.

4 - Characterization of the German State-Church Law

4.1 - Introduction

⁴⁰⁵ G. ROBBERS, *Religion and Law in Germany*, cit., p. 26.

⁴⁰⁶ G. ROBBERS, *Religion and Law in Germany*, cit.

⁴⁰⁷ Anzahl der Mitglieder in Religionsgemeinschaften in Deutschland (Stand variiert von 2005 bis 2017; in Millionen) available online: de.statista.com/statistik/daten/studie/37028/umfrage/mitglieder-in-religionsgemeinschaften-in-deutschland/ (last reviewed - such as the following- on 24th August 2018).

⁴⁰⁸ P. UNRUH, *Religionsverfassungsrecht*, Nomos, Tübingen, 2015, p. 58f.



The system of German religion-state law is mainly characterized by the laws of the Weimar Constitution that implements first of all the separation between church and state (art. 137 (1) WRV) and the right to self-determination (art. 137 (3) WRV) for religious communities. Linked to the separation between state and church or state and religion and the right to self-determination, one can read out of art. 4 BL in connection with art. 140 BL, art. 136 (1), (4), 137 WRV the legal rule of neutrality (see below)⁴⁰⁹. Despite that church and state are separated, the cooperation between state and churches and other religious societies is not only possible but even desirable, as the rules concerning the *res mixtae* show. The constitutional provisions, for e.g. art. 141 WRV make clear that the state is dependent on the cooperation with the church and other denominations, in this specific case on the sending of pastoral workers for public institutions. This cooperation status shaped the term of the friendly separation⁴¹⁰.

4.2 - Neutrality in legal theory

The religious-ideological neutrality (art. 4 BL in connection with art. 140 BL, art. 136 (1), (4), 137 WRV) is one of the basic principles of the constitutional system and generally applies to every public authority. Until today, the Constitutional Court dealt with many cases concerning the questions of the extent of stately neutrality. Most recognized are the judgments on teachers wearing headscarf in schools, nurseries or within the legal clerkship. Moreover there are older decisions concerning the affixing of crucifixes in classrooms⁴¹¹ or the legitimacy of school prayers⁴¹².

The principle was then described as supporting neutrality that does not prevent the state to work together with religious denominations or integration of religious elements into public life⁴¹³. However the state is responsible to guarantee an equal treatment of the denominations and is prohibited from exercising deliberate influence in the service of a particular political or ideological tendency or expressly or impliedly identifying itself by way of measures originated by it or attributable to it with a particular belief or a particular ideology and in this way itself endangering religious

⁴⁰⁹ P. UNRUH, *Religionsverfassungsrecht*, cit., p. 65.

⁴¹⁰ H. JARASS, *Art. 140, par 2, in VV. AA., Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar*, H. Jarass, B. Pieroth edition, Beck, Munich, 2016.

⁴¹¹ BVerfG, Judgment of the First Senate of 16 May 1995 - 1 BvR 1087/91 - para (27ff).

⁴¹² BVerfG, Judgment of the First Senate of 16 October 1979 - 1 BvR 647/70.

⁴¹³ BVerfG, Judgment of the Second Senate of 24 September 2003 - 2 BvR 1436/02 - para (10).



peace in a society⁴¹⁴. The principle also prohibits the state from evaluating the faith and doctrine of a religious group⁴¹⁵. In 2011 the constitutional court ruled that the principle of neutrality could not be violated by private individuals that are not affiliated with an official function, such as a Muslim student who prayed in public during his school break⁴¹⁶.

4.3 - Neutrality in legal practice

a) Headscarf debate

The headscarf debate is constantly present in legal science and within jurisdiction since more than 20 years. While the first cases before the courts dealt with the allowableness of headscarf bans for teachers⁴¹⁷, the debate extended to the whole educational sector⁴¹⁸, the public sector⁴¹⁹ as such and also has an impact on private employment relations⁴²⁰.

In its last headscarf-judgement the Constitutional Court ruled that the protection afforded by the freedom of faith guarantees educational staff at interdenominational public schools the freedom to cover their head in compliance with a rule perceived as imperative for religious reasons and that a statutory prohibition on expressing religious beliefs at the *Land* level (in this case North Rhine-Westphalia) is unlawful if it is only based on the mere abstract potential to endanger the peace at school or the neutrality of the state⁴²¹. Special about this law was that under § 58 sentence 2 SchulG presenting Christian and occidental educational and cultural values or traditions do not contradict the prohibition.

⁴¹⁴ BVerfG, Judgment of the Second Senate of 24 September 2003 - 2 BvR 1436/02 - para (43); BVerfG, Judgment of the First Senat of 18 October 2016 - 1 BvR 354/11 - para (67f).

⁴¹⁵ *Ibidem*.

⁴¹⁶ BVerwG, Judgment of 30 November 2011 - 6 C 20.10 - para (27).

⁴¹⁷ BVerfG, Judgment of the Second Senate of 24 September 2003 - 2 BvR 1436 (*Headscarf I*; the first instance ruled in 2000, however the complainant Mrs. Feresthta Ludin requested her recruitment in the educational service of Baden-Wuerttemberg since 1998); BVerfG, Judgment of the First Senate of 27 January 2015 - 1 BvR 571/10 - 1 BvR 1181/10 (*Headscarf II*) for a full presentation of the beginning of the debate see D. McGOLDRICK, *Human Rights and Religion. The Islamic Headscarf Debate in Europe*, Oxford University Press Oxford 2006, pp. 110-118.

⁴¹⁸ BVerfG, Judgment of the First Senate of 18 October 2016 - 1 BvR 354.

⁴¹⁹ BVerfG, Judgment of the Second Senate of 27 June 2017 - 2 BvR 1333/17.

⁴²⁰ BAG, Judgment of 10 October 2002 - 2 AZR 472/01.

⁴²¹ BVerfG, Order of the First Senate of 27 January 2015 - 1 BvR 471/10 - guiding principles.



It could be expected that similar or comparable laws that generally ban headscarves for teachers in other states should have changed. This is not the case. While half of the German states prohibit appellative religious expressions if there is a concrete endanger of the peace of schools, the corresponding law in Berlin⁴²² (so-called *Neutralitätsgesetz*)⁴²³ still generally forbids all religious symbols and expressions by officials. Cases of concerned teachers that were rejected or being affected by these rule - not only Muslim teachers - were made public⁴²⁴. In consequence the jurisdiction of the Constitutional Court on the matter of banning individual religious symbols is not implemented nationwide. Actually there are still rules that are unconstitutional but are practiced.

b) Crucifix debate

The discussion about crosses and crucifixes in public spaces, especially in schools and court rooms, began with the complaint against the Bavarian education act that stated that every primary school room must have an affixed crucifix. In 1995, the Constitutional Court decided that the provision violates the freedom of religion under art. 4 BL. The court stated that there is an appellative effect from a cross⁴²⁵. The symbol could not be viewed at without its religious impact⁴²⁶. The new, constitutional adjusted rule now proposes the affixed crucifix, however exemptions are provided if parents of concerned pupils have "comprehensible objections"⁴²⁷. In reality the cross therefore is still part of the interior decoration of the most Bavarian elementary-schools classrooms.

Besides that, crosses and crucifixes are affixed in some of the regional and higher-courts courtrooms in Germany. While the Constitutional Court early ruled that the obligated hearing of a party to the court proceeding, constitutes a violation of the freedom of religion⁴²⁸, the cross basically still is present. However, there is the possibility of an objection for parties to the

⁴²² Berlin is not only the largest German city, it also is one of Germanys 16 states.

⁴²³ Par. 2 of the „Gesetz zu Artikel 29 der Verfassung von Berlin vom 27. Januar 2005“ (*Neutralitätsgesetz*).

⁴²⁴ See at last i.a. ArbG Berlin, Order of 9 May 2018 - 60 Ca 8090/17 and the case of a female teacher wearing a cross chain, **J. WEISS**, *Lehrerin darf keine Kette mit Kreuz tragen* (available in www.tagesspiegel.de), 11 April 2017.

⁴²⁵ BVerfG, Judgment of the 16 May 1995 - 1 BvR 1087/91 - para 46.

⁴²⁶ BVerfG, Judgment of the 16 May 1995 - 1 BvR 1087/91 - para 44.

⁴²⁷ See art. 7 (4) BayEUG.

⁴²⁸ BVerfG, Judgment of the First Senate of 17 July 1973 - 1 BvR 308/69 - para 23.



proceedings because of personal religious matters. The legal practice shows that the remaining of religious symbols in the courtroom depends - besides the possible objections - on the will of the particular judge in charge⁴²⁹. Moreover in Bavaria there supposed to be a guideline or decree from the ministry of justice including a guideline on how a courtroom should be equipped, that also includes the cross or crucifixes⁴³⁰. Although the attachment is recommended, there are no procedural laws that would make a cross in the courtroom necessary. This leads to the paradox situation that in the same country Christian crucifixes are (predominantly) allowed in the public space (for e.g. in schools and court rooms), if there is no serious objection by an involved individual⁴³¹, whereas on the other hand it is strictly prohibited for Muslim teachers or legal clerks to wear a headscarf (for e.g. in schools and court rooms).

4.4 - Conclusion

In summary, it can be determined that the German system of religious neutrality consist of a comprehensive jurisdiction that defines the understanding of neutrality that the German constitutional law follows. Meanwhile the legal practice in the single German *Länder* follow own interpretations of the religious neutrality and varies from states like Berlin where the government tries to apply a more laical than “neutral” religion-state relationship or like Bavaria where, Christian religious symbols in the public space are allowed under reservation while other religious symbols, especially Islamic headscarves, even if they are not placed in a way where they could be associated with official institution as such, are forbidden. Challenging about the German system therefore must be its federalism while the main reasons for inconsistent legal practice can be found in the common disregarding of the constitutional jurisdiction and the toleration of unequal treatment of the religious believes by some of the federal legislators.

⁴²⁹ Welt, 23 January 2018, Richter entfernt Kruzifix dauerhaft aus seinem Gerichtssaal (available at: www.welt.de/politik/deutschland/article172745863/Bayern-Richter-entfernt-Kruzifix-fuer-immer-aus-seinem-Gerichtssaal.html).

⁴³⁰ R. KLEIM, Richter muss Kreuz wieder aufhängen (in www.tegernseerstimme.de), 1st February 2018.

⁴³¹ See i.a. § 7 (4) BayEUG.



5 - Austria

5.1 - Historic overview and present religious situation

The medieval empire was dominated by the unity of the religious and political order (*Reichskirche*). With the Protestant Reformation in the sixteenth century this unity disintegrated⁴³². However, in the territorial states, which have risen to political independence, the interlocking of state and religion remained⁴³³. In the thirties of the sixteenth century the Protestantism spreads in certain regions of Austria⁴³⁴. Hence in the mid-sixteenth century the Catholic Habsburgs, the Austrian sovereign, pursued a politically motivated Counter-Reformation to reconvert the Protestant regions to Catholicism⁴³⁵. After the religious violence and the reformatory attempts of the previous century comprehensive legislation concerning the state-church relations commenced⁴³⁶ and the Catholic Church becomes state church⁴³⁷.

The post-Reformation era culminates during the reign of Maria Theresa (1740-1780) and Joseph II (1780-1790) in the so called Josephinism. This epoch is marked by a far-reaching paternalism of the church, which is taken into service by the Austrian state. The Josephinian state church is characterized by the fact that religion and church are mainly seen as useful and beneficial for the nation and its people⁴³⁸.

For the first time with the Imperial Patent of 4 March 1849 the dominant position of the Catholic Church was rebutted. Besides the guarantee of individual religious freedom and worship now other churches and religious communities are equally recognized and gain the right to practice religion collectively and publicly (*Korporationsgarantie*)⁴³⁹. In 1855 a Concordat between the Catholic Church and the Austro-Hungarian Empire

⁴³² H. SCHWENDENWEIN, *Österreichisches Staatskirchrecht*, Ludgerus, Essen, 1992, p. 13.

⁴³³ H. PREE, *Österreichisches Staatskirchenrecht*, Springers Kurzlehrbücher der Rechtswissenschaft, Wien, 1984, p. 5.

⁴³⁴ H. SCHWENDENWEIN, *Österreichisches Staatskirchrecht*, cit., p. 15.

⁴³⁵ H. PREE, *Österreichisches Staatskirchenrecht*, cit., p. 5.

⁴³⁶ E.g., the *Tractus de iuribus incorporalibus* (Leopold I., 1679).

⁴³⁷ H. VON BALTL & G. KOCHER, *Österreichische Rechtsgeschichte: von den Anfängen bis zur Gegenwart*, Leykam, Graz, 1979, p. 199.

⁴³⁸ H. PREE, *Österreichisches Staatskirchenrecht*, cit., p. 6.

⁴³⁹ H. SCHWENDENWEIN, *Österreichisches Staatskirchrecht*, cit., p. 27.



was concluded. Six years later in 1861 also the Protestants were granted freedom of confession (*Protestantenpatent*)⁴⁴⁰.

In 1867, the Basic Law on the General Rights of Nationals (*Staatsgrundgesetz*, *Basic Law*), which is still in force today, was established⁴⁴¹. The Basic Law provides everyone's right to freedom of religion (art. 14 BL), while art. 15 BL guarantees the corporative religious freedom and the right to self-determination of churches and religious communities. The Federal Constitutional Act (*Bundes-Verfassungsgesetz*, *B-VG*) 1920 adopted the Basic Law of 1867 (BL), as a consensus could not be reached on a new catalogue of fundamental rights⁴⁴². When the Austrian Republic was re-established in 1945, no new constitution was adopted. The Federal Constitutional Act (B-VG) - in the 1929 version - was re-enforced⁴⁴³. Thus, Austria today has a constitutional order, which guarantees individual and corporative religions freedom.

5.2 - Constitutional Law and Legal Framework

The Austrian state church system is characterized by the separation of church and state and therefore, like Germany and Italy, it can be allocated to the corporation or coordination system⁴⁴⁴. The Austrian religion law is composed of norms from various eras - from Joseph II. to the second Republic. These provisions are scattered across all areas of law and can be found at all legal levels (constitution, federal and provincial laws, treaties). The following observation is limited to the constitutional norms.

It is characteristic that on the one hand the individual and on the other hand the churches and religions communities are subject to specific safeguards. Art. 14 BL guarantees the complete freedom of conscience and creed, while art. 15 BL provides the corporative religious freedom: Every Church and religious society recognized by the law has the right to joint public religious practice, arranges and administers its internal affairs autonomously (...). Individual and corporative religious freedom must comply with the constitutional principle of equality. The individual enjoys without distinction, regardless of the (non-)membership in a particular

⁴⁴⁰ H. PREE, *Österreichisches Staatskirchenrecht*, cit., p. 8.

⁴⁴¹ R. POTZ, *Staat und Kirche in Österreich*, in VV. AA., *Staat und Kirche in der Europäischen Union*, edition G. Robbers, Nomos, Baden-Baden, 2005, p. 426.

⁴⁴² H. PREE, *Österreichisches Staatskirchenrecht*, cit., p. 9; R. POTZ, *Staat und Kirche in Österreich*, cit., p. 426.

⁴⁴³ H. SCHWENDENWEIN, *Österreichisches Staatskirchrecht*, cit. p. 47.

⁴⁴⁴ N. DOE, *Law and Religion in Europe*, cit., pp. 35-36.



religious group or belief the fundamental right of religious freedom. Equally, religious communities - once certain minimum conditions have been satisfied and they are legally recognized - enjoy the same constitutionally protected rights.

Pree has tried to reduce the entire Austrian state church law to one core principle: the principle of equal recognition (*Prinzip der paritätischen Anerkennung*)⁴⁴⁵. The underlying idea is that the constitution guarantees a core element of religious freedom for individuals and religious communities, which meet at least a minimum standard. The recognition is equally because it applies indiscriminately to all⁴⁴⁶.

5.3 - Neutrality in legal theory

Not least, the principle of religious neutrality is one of the fundamental principles of the Austrian state-church law. It is not enshrined in the Austrian constitution, but it follows from the comprehensive recognition of the freedom of religion in art. 14, 15 BL and is regarded as a legal principle with constitutional nature⁴⁴⁷. It prohibits any public identification with a particular religion or belief. The state shall refrain from any partisanship and should treat all religions, churches and communities of faith and conviction equally. Beyond a state church is excluded. Even desired is the state support of churches and religious communities as meaningful and value imparting authority in a plural society⁴⁴⁸. However, the public support must be equally accessible to all and characterized by openness towards all religions, churches and communities of faith and conviction.

The Austrian Constitutional Court has shaped the principle of religious neutrality in several proceedings and increased its effectiveness. Path breaking is a 2011 decision which dealt with the attachment of crucifixes in a public kindergarten⁴⁴⁹. According to the Austrian Constitutional Court, the attachment of crucifixes "does not constitute a state preference for a particular religion or belief"⁴⁵⁰. It is doubtless a symbol

⁴⁴⁵ H. PREE, *Österreichisches Staatskirchenrecht*, cit., p. 10.

⁴⁴⁶ H. PREE, *Österreichisches Staatskirchenrecht*, cit.

⁴⁴⁷ H. KALB, R. POTZ, B. SCHINKELE, *Das Kreuz im Klassenzimmer und Gerichtssaal*, Plöchl-Druck, Freistadt, 1996, p. 37.

⁴⁴⁸ H. PREE, *Österreichisches Staatskirchenrecht*, cit., p. 11.

⁴⁴⁹ VfGH, Judgment of 9 March 2011 September 2003, 19349/2011, AT:VFGH:2011:G287.2009.

⁴⁵⁰ VfGH, Judgment of 9 March 2011 September 2003, 19349/2011, AT:VFGH:2011:G287.2009, para. V. 2.4.



of the western cultural and intellectual history⁴⁵¹. Besides the Court found that, even assuming that the attachment of crucifixes could interfere with the right of (negative) religious freedom, this interference is not disproportionate⁴⁵².

5.4 - Neutrality in legal practice

a) Crucifix debate

Whether and where in Austria crucifixes may - or must - hang is laid down in very different, partly country- and institution-specific rules. According to § 2 of the religious education act (*Religionsunterrichtsgesetz, RUG*) in Austrian compulsory schools crucifixes are mandatory if the majority of pupils belonging to a Christian faith. Besides some Austrian provinces⁴⁵³ have an absolute obligation to attach crucifixes in classrooms. The Concordat between the Austrian Republic and the Holy See⁴⁵⁴ concerning the education system also contains a passage dedicated to the crucifix in the classroom. One notes that in schools crucifixes may be affixed if the majority of pupils are Christians and that a modification cannot be made without the approval of the Holy See⁴⁵⁵.

In contrast, there is no existing law that requires crucifixes in courtrooms. But the oath act (*Eidgesetz*) of 1868 provides a so called "Schwurgarnitur" for the administration of oath. The "Schwurgarnitur" consists of two candles and a crucifix screwed on the judge's table⁴⁵⁶. Thus, the crucifix still has its place in the courtroom.

If we transpose the case law of the Austrian Constitutional Court concerning the attachment of crucifixes in a public kindergarten⁴⁵⁷, at first glance the provisions seem to be unproblematic. Consequently, if the Court's argument is followed the crucifix can be seen as a symbol of the

⁴⁵¹ VfGH, Judgment of 9 March 2011 September 2003, 19349/2011, AT:VFGH:2011:G287.2009, para. V. 2.4.4.

⁴⁵² VfGH, Judgment of 9 March 2011 September 2003, 19349/2011, AT:VFGH:2011:G287.2009, para. V. 2.6.

⁴⁵³ Namely Salzburg, Upper Austria, Tirol, Vorarlberg und Burgenland.

⁴⁵⁴ The Concordat was signed on 5 June 1933 and entered into force on 1 May 1934. His maintenance was confirmed after the resurrection of the Austrian Republic (1957).

⁴⁵⁵ Concordat between the Holy See and the Republic of Austria together with protocol, *BGBI* (Austrian Federal Gazette), II, No. 2/1934.

⁴⁵⁶ Many judges no longer use the "Schwurgarnitur", but the legal rule is still in force.

⁴⁵⁷ See above; VfGH, Judgment of 9 March 2011 September 2003, 19349/2011, AT:VFGH:2011:G287.2009.



occidental cultural history and can therefore be maintained in the public space.

But it appears problematic that pupils - required to attend school - and parties involved in the process cannot escape such a demonstration of religious symbolism⁴⁵⁸. Moreover, there is a risk of identification with a particular religion or belief. This must be avoided, because of the constitutional principle of neutrality which follows art. 14, 15 BL and which makes it necessary to ensure that the state and his servants take a neutral stance in religious matters⁴⁵⁹.

Therefore, it can be questioned whether in a country where state and church are clearly separated from each other crucifixes in classrooms or courtrooms still (should) have a place⁴⁶⁰.

b) Headscarf debate

In spring 2017, the Austrian government planned the adoption of a law addressing the requirement of neutrality concerning judges, prosecutors and constables. At the end, it was concluded that there is no need to act. The reason given was that the gown regulation (*Talarverordnung*⁴⁶¹) already includes sufficient requirements to restrict or prohibit the wearing of religious symbols and clothing. In contrast, the judiciary wishes a legal reorganisation⁴⁶². § 57 para. 1 of the Judges and Public Prosecutors Services Act (*Richter- und Staatsanwaltschaftsdienstgesetz, RStDG*)⁴⁶³ and § 43 para. 1 of the Public Servants Services Act (*Beamten-Dienstrechtsgegesetz, BDG*)⁴⁶⁴

⁴⁵⁸ cf. BVerfGE 93, 1

⁴⁵⁹ **M. KOGELNIK**, *Das Kreuz bleibt in Gerichten und Schulen* (in www.derstandard.at), 2 January 2012.

⁴⁶⁰ The last Austrian Government (SPÖ-ÖVP) has also discussed whether crucifixes should be removed from courtrooms. However no agreement has been reached.

⁴⁶¹ Verordnung des Bundesministeriums für Justiz vom 9. Mai 1962 über die Beschaffenheit, das Tragen und die Tragdauer des Amtskleides der Richter, *BGBL*. Nr. 133/1962.

⁴⁶² Forderungspapier der Vereinigung der Österreichischen Richterinnen und Richter, der Gewerkschaft Öffentlicher Dienst und Dienstleistungen (GÖD) und der Vereinigung Österreichischer Staatsanwältinnen und Staatsanwälte zu justizpolitischen Themen (available at: richtervereinigung.at/wp-content/uploads/delightful-downloads/2017/11/2017_Forderungspapier.pdf).

⁴⁶³ Bundesgesetz über das Dienstverhältnis der Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte und Richteramtsanwärterinnen und Richteramtsanwärter, *BGBL*. Nr. 305/1961.

⁴⁶⁴ Bundesgesetz vom 27. Juni 1979 über das Dienstrecht der Beamten, *BGBL*. Nr. 333/1979.



contain the obligation of judicial independence. The existing gown regulation (§ 1 Abs. 5 AmtskleidVO) does not include a reference to *female* judges and is not intended to allow or to prohibit the wearing of religious symbols and clothing⁴⁶⁵. On the contrary, a rigorous requirement of neutrality is needed. A judge must avoid even the appearance of possible (religious) bias⁴⁶⁶: "Not only must Justice be done, it must also seen to be done"⁴⁶⁷.

In the school education sector no new provision are currently planned. However, a headscarf ban for girls in kindergartens and elementary schools is still in planning⁴⁶⁸. Under constitutional law, this proposal involves some problems because it is demonstrating prejudice against Islam.

In autumn 2017, the previous coalition (SPÖ-ÖVP) adopted the so-called *Anti-Gesichtsverhüllungsgesetz*⁴⁶⁹ - a law concerning a ban on face covering. Originally planned was a burqa ban. In addition, now also scarves, which cover faces, and mouth masks are banned because an exclusive burqa ban constitutes discriminatory treatment. This Austrian ban on face covering is likely to be consistent with the recent case law of the European Court of Human Rights. In the case of S.A.S. v. France⁴⁷⁰ the ECHR held that the French ban on the wearing in public of clothing designed to conceal one's face does not breach the Convention. The Court considered that a ban is only proportionate in a context where public safety is threatened. It emphasised that the ban could be regarded proportionate to the preservation of the conditions of living together⁴⁷¹ and France had a wide margin of appreciation because of the lack of common ground between the European States⁴⁷². Also Austria should probably enjoy a broad margin of discretion in these matters. Therefore, the ban on face covering should be consistent with the European Convention on Human Rights.

⁴⁶⁵ S. MÜLLER, *Das Tragen religiöser Bekleidungsstücke und Symbole durch Richter/innen - ein Widerspruch?*, in RZ, 2016, pp. 236-237.

⁴⁶⁶ S. MÜLLER, *Das Tragen religiöser Bekleidungsstücke*, cit.

⁴⁶⁷ The King v. Sussex Justices. Ex parte McCarthy [1924] 1 KB 256, [1923] All ER Rep 233.

⁴⁶⁸ Der Standard, 4 April 2018, Kopftuchverbot kommt durch "Kinderschutzgesetz" (available at: derstandard.at/2000077291163/Ministerrat-beraet-Kopftuchverbot-in-Kinder-garten-und-Volksschule).

⁴⁶⁹ Bundesgesetz über das Verbot der Verhüllung des Gesichts in der Öffentlichkeit, BGBl. I Nr. 68/2017.

⁴⁷⁰ S.A.S. v. France, no. 43835/11, 1 July 2014.

⁴⁷¹ S.A.S. v. France, no. 43835/11, 1 July 2014, para. 121-122, 140-157.

⁴⁷² S.A.S. v. France, no. 43835/11, 1 July 2014, para. 154-155.



5.5 - Conclusion

Nonetheless, there is a great difference between the law in the books and the law in practice. It should be noted that there is a one-sided preferential treatment of Christian beliefs: Crucifixes in kindergartens, schools and courtrooms, without the clarified option of raising an objection, no clear policy on whether state employees may wear religious clothing and symbols. Besides, current debates concerning e.g. a headscarf ban for pupils affects unilateral Muslim girls.

6. Italy

6.1 - Historic overview and present religious situation

Like in Germany and Austria, there is not only one history of church/religion and state relationship, as the first Italian State as such, at the time the Kingdom of Italy, was proclaimed in 1861. However, the freedom of religion in Italy can look back on a more than 150 years lasting history. The freedom of religion first applied after the *Statuto Albertino* in 1848. King Carlo Alberto Amadeo of Sardinia established the Roman Catholic denomination as state religion, but tolerated other cults.

More than the history and the laws in the later called German and Austrian States, the Italian constitutional law is strongly linked to the Roman Catholic Church and the papal state. The time of the unification of Italy (*Risortigimento*) in 1840-1870 is characterized on the one hand by the first Vatican Council (1869-70) in which the papal spiritual prerogatives of primacy and infallibility were defined and on the other hand by the loss of worldly sovereignty of the Church which finally had weakened the pope's political power. This first episode of secularization was formed by different reforms in the public sector, such as the introduction of the obligational civil marriage in 1865 or the regulation of the activity of the Catholic Church in Schools, led into the invasion of Rome in September 1870⁴⁷³.

The loss of power was followed by a period of approximation that culminated in the treaty of Lateran, which restored some rights and privileges of the church and settled the "Roman Question". Only after the Second World War there was a second, period of secularization that resulted in the promulgation of the Italian Constitution from 1948 and

⁴⁷³ **S. FERRARI**, *Staat und Kirche in Italien*, in **VV. AA.**, *Staat und Kirche in der Europäischen Union*, G. Robbers edition, Nomos, Baden-Baden, 2005, p. 230.



finally abolished those bonds between church and state that were least compatible with the constitutional principles of equality in religious matters⁴⁷⁴. However, the full reform was not realized before the last years of the 20th century, after legislative and social changes such as the legalization of abortion and divorcing⁴⁷⁵.

By today, the Roman Catholic Church still has a particular position in a more heterogeneous Italian society. In 2018 about 85 percent of the population are members of the Roman Catholic Church, 1,3 million people are Muslims and there at least five notable other denominations and undenominational groups⁴⁷⁶.

6.2 - Constitutional Law and the characteristics of the Italian neutrality

As mentioned before the main constitutional document of Italy is the constitution of 1948. It provides the individual, collective and corporative freedom of religion in art. 7, 8 and 19. All religious denominations are equal before the law, as art. 8 of constitution states. Even if the constitution in art. 7 clearly states that church and state are separated⁴⁷⁷, there are fields of cooperation in which the treaty of Lateran was replaced by bilateral agreements and concordats between the Italian state and the churches in fields such as religious education or financing, which characterizes the Italian state church relation as a cooperation model⁴⁷⁸. The principle of neutrality can be derived from art. 2, 3, 7, 8, 19 and 20 of the constitution and is seen as one of the highest constitutional precepts of the modern Italian state that also ensures the protection of the freedom of religion⁴⁷⁹. Contrary to the German or Austrian constitutional approach the Italian operational system follows a three-part structure. The relation between the state and the Roman Catholic Church is secured by the treaty of Villa Madama⁴⁸⁰, which was seen as an assurance of a guideline authority for the

⁴⁷⁴ S. FERRARI, *Staat und Kirche in Italien*, cit., p. 231, cf. 31.

⁴⁷⁵ S. FERRARI, *Staat und Kirche in Italien*, cit.

⁴⁷⁶ Auswärtiges Amt, Landesübersicht Italien, June 2018 (available at: www.auswaertiges-amt.de/de/aussenpolitik/laender/italien-node/italien/211320).

⁴⁷⁷ A. ZIEGLER, *Das Verhältnis von Kirche und Staat in Europa*, Manz, Munich, 1974, p. 115.

⁴⁷⁸ S. FERRARI, *Staat und Kirche in Italien*, cit., p. 231 ff.

⁴⁷⁹ L. MANNEFELD, *Verfassungsrechtliche Vorgaben für die europäische Integration*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017, p. 194.

⁴⁸⁰ S. FERRARI, *Staat und Kirche in Italien*, cit., p. 231 ff.



church⁴⁸¹. Besides the Italian state closed several agreements with other Christian denominations, these treaties can be seen as the second layer. Beyond there are still religious organizations that fall under the 1929 treaty of Lateran⁴⁸². Thus Ferarri describes this Italian way of neutrality as system of equal freedom⁴⁸³ which confronts the state with the question of what should be regulated by law - which should cause equality - and what can be arranged by bilateral agreements.

6.3 - Religious neutrality in legal practice

a) Crucifix debate

There has been a major debate over the hanging of crucifixes in classrooms in Italy, starting within the early years of the 21st century. The law determining that crosses shall be placed in classrooms dates back to royal decrees from 1924 and 1928, however the actual decision on the crucifix, in practice, is left to the headmaster⁴⁸⁴. By today, there are various public cases in which parents or religious organizations took the question of the legitimacy of crosses in schools to court⁴⁸⁵. In the well-known and multiple commented case of *Lautsi* the constitutional court, as well as the European Court of Human Right afterwards, ruled that the 1928 regulation is constitutional and there is no violation of the freedom of religion as there is no law - which means no obligation - for the placing of crucifixes in the public area⁴⁸⁶. However, the court saw the point that if there was an obligation for crosses in schools, this would violate the neutrality of the state⁴⁸⁷. Besides, the cross is present in Italian courtrooms as it is regularly hanged on the wall behind the judge's bench. Also in police stations,

⁴⁸¹ H. ULRICH, *Die politische System Italiens*, in VV. AA., *Die politischen Systeme Westeuropas*, edition W. Ismayr, Springer, Heidelberg, 2009, p. 686.

⁴⁸² S. FERRARI, *Staat und Kirche in Italien*, cit., p. 233.

⁴⁸³ S. FERRARI, *Staat und Kirche in Italien*, cit.

⁴⁸⁴ D. McGOLDRICK, *Human Rights and Religion: The Islamic Headscarf Debate in Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 207.

⁴⁸⁵ D. McGOLDRICK, *Human Rights and Religion*, cit.

⁴⁸⁶ D. McGOLDRICK, *Human Rights and Religion*, cit., p. 209.

⁴⁸⁷ D. McGOLDRICK, *Human Rights and Religion*, cit. It must be noted that the judgment of the Grand Chamber was preceded by the decision of the Second Chamber in 2009 in which the involved judges decided that the refusal of the Italian government to remove the cross from the classroom violates the rights of the appellant to education and the freedom of religion under art. 2 (1) Pro-ECHR art. 9 ECHR (*Lautsi v. Italy*, no. 30814/06, 3 November 2009).



nurseries, political offices or public museums the crucifix is present⁴⁸⁸. In the past there has been the case of a judge who refused to hear cases underneath the cross in his courtroom, arguing that there is no place for religious symbols in court. The judge was sentenced to jail as he failed to carry out his official duties in 2005⁴⁸⁹. In the same year the complaint of an Islamic association, who tried to ban a cross from a local polling station was rejected⁴⁹⁰. In this regard, it seems problematic that - similar to Germany in some ways - there is a lack of clear rules that deal with the use of religious symbols in the public space. Comparable to the arguments used in Germany, Italian officials often refer to the crucifix or cross as a national or cultural symbol that is strongly linked to the Italian history. This view seems to be shared by the public majority⁴⁹¹, but creates legal uncertainty.

Therefore, the announced draft law by the government that provides a duty on every public institution to attach crucifixes in their facilities could be highly relevant⁴⁹².

b) Headscarf debate

Before the 21th century, Islamic life was hardly observable in Italy. Some authors even state Islam officially did not exist as it was not formally recognized⁴⁹³. Since 1999, the Muslim population has doubled to more than 1,4 million members⁴⁹⁴. Reasons for this increasing number are both immigration and conversion⁴⁹⁵. Today Islam is the second-largest religion in Italy. As a result of the Italian *Laicità*, Muslim women are generally free to wear the hijab headscarf in the public sphere⁴⁹⁶. Certainly this only means, that there are no national laws that forbids the wearing of hijabs in

⁴⁸⁸ T. MIGGE, Warum das Kruzifix für viele Italiener dazugehört (in www.deutschlandfunk.de), in 8th May 2018.

⁴⁸⁹ D. McGOLDRICK, *Human Rights and Religion*, cit., p. 209.

⁴⁹⁰ D. McGOLDRICK, *Human Rights and Religion*, cit.

⁴⁹¹ T. MIGGE, Warum das Kruzifix für viele Italiener dazugehört (in www.deutschlandfunk.de) in 8th May 2018.

⁴⁹² Italiens Lega will Kreuze in allen öffentlichen Räumen, FAZ 25th July 2018 (online verfügbar unter: www.faz.net/aktuell/politik/ausland/italiens-lega-will-kreuze-in-allen-oeffentlichen-raeumen-15707533.html).

⁴⁹³ A. MOMIGLIANO, *In Italy, Islam doesn't officially exist. Here is what Muslims must accept to change that* (in www.washingtonpost.com), 7 July 2017.

⁴⁹⁴ G. FALANGA, *Italien: Ein Länderreport*, Links Verlag, Berlin, 2016, p. 206.

⁴⁹⁵ A. PIN, *The Legal Treatment of Muslim Minorities in Italy: Islam and the Neutral State*, Routledge, New York, 2016, p. 61.

⁴⁹⁶ D. McGOLDRICK, *Human Rights and Religion*, cit., p. 208.



public offices, schools or universities for both servants and users. The veiling of the entire body by wearing a burqa however is forbidden by a general veiling and covering law, and besides some local authorities also banned the so-called burquinis (Islamic swimsuit)⁴⁹⁷. Moreover there are no internationally recognized debates about the wearing of religious clothing and symbols in public as in Austria or Germany.

6.4 - Conclusion

The Italian system of religion and law can be characterized as system of equal neutrality under different conditions. There are strong ties between the state and the Catholic Church that are strengthened not only through the shared history but also through the distinct concordats or treaties. With regard to the question of the legitimacy of crosses and crucifixes in the public sphere there is a need for clarifying rules of procedure. The question of how to cooperate with the Muslim community now rises as there is an increasing religious diversity within the Italian society. However, the religious heterogeneity is not as pronounced as in Austria and Germany. Therefore, the needs and conflicts in the field of individual practice of religion did not erupt as in the other named countries.

7 - Resumé

Germany, Austria and Italy are connected by the idea of neutrality concerning the relation between state, church and other religious denominations. In comparison, they show how different the understanding of neutrality and equality between the religious associations can be. At the same time they demonstrate that most of the problems related to the implementation are common to the States: Religious neutrality in Germany is widely defined by constitutional law and the jurisdiction of the Constitutional Court. However, there is still a lack of full implementation of this provisions and jurisdiction. Particularly noticeable is the divergent practice regarding religious symbols as headscarves and crucifixes in the public sphere. Austria as Germany have clear constitutional laws regulating the state- religion relationship and compared to Germany and Italy the longest tradition with regard to the integration of Non-Christians into society. Nonetheless, it has not yet been finally clarified whether the idea of

⁴⁹⁷ *The Islamic veil across Europe*, in BBC News Online, 31st May 2018 (available at www.bbc.com/news/world-europe-13038095).



neutrality is to be understood as an integrating or a distancing attitude towards religion. Besides the Austrian Constitutional Court interpreted the religious neutrality under the reservation of the special historical and cultural meaning of Christianity. This view is shared and often promoted both by national officials and the courts⁴⁹⁸. The Italian history and constitutional system is influenced by the stable majority of the catholic population. Noticeable religious diversity and plurality is a relatively new phenomenon in Italy which leads to upcoming conflicts regarding the practice on religious symbols in the public sphere.

Common to all States are the difficulties in dealing with Islam and Muslim population. Whilst wearing a headscarf in the public is viewed very critically, visible manifestations of Christian faith seems to be less problematic. These privileges are often justified on grounds relating to occidental culture and Europe's Judaeo-Christian roots. The need for action is obvious and it seems to be important to find appropriate solutions, which are equally applicable to all religious convictions and strengthen the cohesive, not divisive role of religion in society.

⁴⁹⁸ Such as the Italian Administrative Court (see Lautsi v. Italy, no. 30814/06, 3 November 2009, para. 13) or the German Constitutional Court (see BVerfG, Judgment of the First Senate of 16 May 1995 - 1 BvR 1087/91 - para 71).



Stefano Montesano

(dottore di ricerca in Teoria del Diritto e Ordine Giuridico Europeo
nell'Università degli Studi "Magna Græcia" di Catanzaro)

**La deroga al divieto di discriminazione per motivi religiosi
nelle organizzazioni di tendenza. Riflessioni a margine
della pronuncia della Corte di Giustizia U.E. (Causa C- 414/2016)**

*The Derogation of Prohibition against Religious Discrimination
in the Ideologically Orientated Organisations. Some considerations
on the Judgement of the Court of Justice of the EU (C-414/16)*

ABSTRACT: This essay concerns an important judgement of the Court of Justice of the EU concerning the derogation of Prohibition against Religious Discrimination in the Ideologically Orientated Organisations according to European legislations foreseen in the Dir. 2000/78/CE on equal treatment in employment and working conditions.

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. La vicenda - 3. Le questioni sollevate dal giudice del rinvio - 4. La decisione della Corte di Giustizia tra estensioni e riduzioni - 5. Brevi riflessioni in merito alla pronuncia. Luci e ombre di un approccio *work in progress*.

1 - Premessa

Il presente contributo si pone l'obiettivo di approfondire una recente pronuncia della Corte di Giustizia dell'UE in materia di deroghe al principio di parità di trattamento nei rapporti di lavoro⁴⁹⁹. L'importanza della pronuncia in questione è data dalla circostanza che per la prima volta la Corte di Giustizia si è trovata ad affrontare il complesso tema legato alla legittimità delle deroghe al principio di parità di trattamento nei rapporti di lavoro, così come disciplinati dalla direttiva 2000/78/CE⁵⁰⁰. La causa C-414,

⁴⁹⁹ Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, sentenza del 17 aprile 2018, causa C-414/16. Il testo della sentenza è consultabile sul sito della Corte di Giustizia (<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=201148&doclang=IT>).

⁵⁰⁰ La direttiva stabilisce un quadro generale di regolamentazione per la parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro. Sul punto cfr. AA. VV, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro nazionale e comunitario*, a cura di M. Barbera, Giuffrè, Milano, 2007; più recentemente, M. RANIERI, *Identità, organizzazioni, rapporti di*



si presenta, dunque, come una fattispecie giuridica particolarmente importante, poiché destinata a delineare quei tratti (fondamentali) del diritto (vivente) comunitario⁵⁰¹ in una materia tradizionalmente foriera di una difformità di fondo degli aspetti giuridico-normativi disciplinanti le questioni anzidette.

2 - La vicenda

Nel novembre del 2012, l'*Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung* (Chiesa evangelica della Germania), ha pubblicato un'offerta di lavoro, a tempo determinato, per un progetto relativo alla stesura di una relazione in merito all'osservanza, da parte della Germania, della convenzione internazionale delle Nazioni Unite sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale. Nell'ambito di tale offerta, rientravano, tra le attività professionali richieste, l'accompagnamento del processo di stesura delle relazioni redatte dagli Stati (sulla base della stessa convenzione) nel periodo compreso tra il 2012 e il 2014, nonché la rappresentanza, nell'ambito del progetto, della Diaconia tedesca nei confronti del mondo politico, del pubblico e delle organizzazioni di difesa dei diritti umani.

Tra i requisiti richiesti nell'offerta vi era l'appartenenza a una Chiesa evangelica, oppure a una Chiesa rientrante nell'Associazione delle Chiese cristiane in Germania, nonché *l'identificazione con la missione assistenziale-caritatevole della Diaconia*, con l'ulteriore specificazione che nel *curriculum* doveva essere indicata la confessione religiosa di appartenenza. La signora Egenberger, non appartenente ad alcuna confessione religiosa, dopo essersi candidata per la posizione in questione, non veniva convocata per il colloquio previsto dall'*iter* di assunzione. La mancata convocazione ha fatto ritenere alla stessa candidata come la sua esclusione fosse dovuta al fatto di non appartenere ad alcuna confessione religiosa; conseguentemente, ritenutasi vittima di una forma di discriminazione, ha proposto ricorso dinanzi all'*Arbeitsgericht Berlin* (Tribunale del lavoro di Berlino, Germania) per chiedere la condanna dell'*Evangelisches Werk* al pagamento di una somma a titolo di risarcimento, in base a quanto stabilito dall'art. 15 dell'*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* (di seguito AGG, la legge generale

lavoro, Cedam-W.K.I., Milano, 2017, p. 119 ss.

⁵⁰¹ Per alcune considerazioni sull'importanza del controllo giurisprudenziale nell'ambito del funzionamento del sistema comunitario, si veda G. TESAURO, *Alcune riflessioni sul ruolo della Corte di giustizia nell'evoluzione dell'Unione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 2013, p. 485 ss.



sulla parità di trattamento, attuativa della direttiva 2000/78/CE per quello che concerne l'ordinamento tedesco), che riconosce in capo al datore di lavoro che ha violato il divieto di discriminazione, l'obbligo di "riparare il danno che ne risulta", con la contestuale previsione di un "adeguato risarcimento pecuniario" in favore del lavoratore vittima della discriminazione⁵⁰².

Contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente, davanti all'*Arbeitsgericht* di Berlino, l'*Evangelisches Werk* indicava la legittimità della sua condotta in relazione a quanto affermato nell'art. 9 dell'AGG, che tutela l'organizzazione di tendenza, prevedendo la legittimità di una differenza di trattamento basata sulla religione o sulle convinzioni personali nel rapporto di impiego con la stessa comunità, quando la religione o le convinzioni personali, costituiscano, considerati una serie di fattori, requisito giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa⁵⁰³.

La decisione del Tribunale del lavoro adito dalla signora Egenberger, pur riconoscendo che la ricorrente era stata vittima di discriminazione, ha accolto (soltanto) parzialmente il ricorso, limitando l'importo dovuto a titolo di risarcimento, decisione poi confermata anche in appello dal *Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg* (Tribunale Superiore del lavoro del Land, Berlino-Brandeburgo). In ultima istanza, la signora Egenberger ha proposto ricorso davanti al Tribunale del lavoro, al fine di ottenere il pagamento di quanto richiesto in prima istanza. Il *Bundesarbeitsgericht*

⁵⁰² L'articolo 15 dell'*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* così stabilisce: "1. In caso di violazione del divieto di discriminazione, il datore di lavoro è tenuto a riparare il danno che ne risulta. Tale norma non si applica qualora il datore di lavoro non sia responsabile della violazione di detto obbligo. 2. Per quanto riguarda il danno non patrimoniale, il lavoratore ha diritto ad un adeguato risarcimento pecuniario. In caso di mancata assunzione, il risarcimento non può eccedere tre stipendi mensili qualora il lavoratore non sarebbe stato assunto nemmeno in caso di selezione non discriminatoria".

⁵⁰³ Ai sensi dell'art. 9 dell'AGG, si prevede infatti: "1. Ferme restando le disposizioni dell'articolo 8 [della presente legge], una differenza di trattamento basata sulla religione o sulle convinzioni personali nel rapporto d'impiego con comunità religiose, istituzioni ad esse correlate, a prescindere dalla forma giuridica, o associazioni che coltivano in comune una religione o convinzioni personali, è altresì lecita quando una determinata religione o convinzione personale costituisce, tenuto conto delle regole della coscienza ecclesiale della rispettiva comunità religiosa o associazione sotto il profilo del suo diritto all'autodeterminazione o a seconda della natura della sua attività, un requisito giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa. 2. Il divieto di disparità di trattamento basate sulla religione o sulle convinzioni personali non pregiudica il diritto delle comunità religiose di cui al paragrafo 1, delle istituzioni ad esse correlate, a prescindere dalla forma giuridica, o delle associazioni che coltivano in comune una religione o convinzioni personali, di chiedere ai loro dipendenti un atteggiamento di buona fede e di lealtà ai sensi delle regole della propria coscienza ecclesiale".



(Corte Federale del lavoro), investito della questione, ha ritenuto che l'esito della controversia dipendesse, in sostanza, dall'interpretazione dell'art. 4, paragrafo 2, della direttiva 2000/78/CE, così come introdotto dall'art. 9 dell'AGG nell'ambito dell'ordinamento giuridico tedesco.

3 - Le questioni sollevate dal giudice del rinvio

La prima (I), fondamentale, questione sollevata dal giudice del rinvio riguarda l'interpretazione dell'art. 9 dell'AGG. Si rileva infatti, come la stessa normativa sia stata tradotta e adattata in modo da preservare le disposizioni giuridiche e le prassi in vigore al momento dell'adozione della direttiva. Nello specifico, il giudice *a quo* solleva la questione della sindacabilità dei provvedimenti emanati dalle autorità confessionali da parte dei giudici nazionali, nella considerazione che il *favor* riconosciuto dalla normativa, di cui all'art. 9 dell'AGG, alle confessioni religiose, pone un problema di allineamento interpretativo rispetto ai principi sanciti nella stessa direttiva. La disposizione contenuta nell'art. 9, paragrafo 1, dell'AGG, stabilisce come la differenza di trattamento basata sulla religione, nel rapporto di impiego con le comunità religiose sia lecita

“quando una determinata religione o convinzione personale costituisce, tenuto conto delle regole della coscienza ecclesiale della rispettiva comunità religiosa o associazione sotto il profilo del suo diritto all'autodeterminazione o a seconda della natura della sua attività, un requisito giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa”.

Rispetto a quanto stabilito nell'art. 4, par. 2, della direttiva, ove si afferma che

“una differenza di trattamento basata sulla religione o sulle convinzioni personali non costituisca discriminazione laddove, per la natura di tali attività, o per il contesto in cui vengono espletate, la religione o le convinzioni personali rappresentino un requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa, tenuto conto dell'etica dell'organizzazione”⁵⁰⁴,

⁵⁰⁴ “Gli Stati membri possono mantenere nella legislazione nazionale in vigore alla data di adozione della presente direttiva o prevedere in una futura legislazione che riprenda prassi nazionali vigenti alla data di adozione della presente direttiva, disposizioni in virtù delle quali, nel caso di attività professionali di chiese o di altre organizzazioni pubbliche o private la cui etica è fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, una differenza di trattamento basata sulla religione o sulle convinzioni personali non costituisca discriminazione laddove, per la natura di tali attività, o per il contesto in cui vengono



la normativa (interna) di cui all'art. 9 dell'AGG - come rilevato dal giudice remittente - si caratterizza per un'impostazione concettuale decisamente più "conservatrice", poiché è stata trasposta in modo da non pregiudicare i rapporti giuridico-istituzionali, così come delineati dalla prassi in vigore. Osserva, a tal proposito, il giudice *a quo* come in forza dell'orientamento giurisprudenziale del *Bundesverfassungsgericht* (Corte costituzionale federale della Germania), il legislatore nazionale avrebbe deciso di mantenere il privilegio dell'autodeterminazione delle chiese, riducendo, così, il controllo giurisdizionale sugli atti e sui provvedimenti promananti dalle autorità confessionali a un mero controllo di plausibilità sulla base delle regole della (sola) coscienza ecclesiale. Di conseguenza, sostiene il giudice del rinvio,

«“nel caso in cui le regole della coscienza ecclesiale stabiliscano esse stesse una distinzione tra le attività “che presentano una prossimità” con la proclamazione del messaggio della Chiesa e le attività che “non presentano una prossimità”» con quest’ultima, non si dovrebbe accettare se e in quale misura tale distinzione sia giustificata. Anche se le regole della coscienza ecclesiale dovessero implicare che si deve provvedere a coprire tutti i posti di lavoro, ciò dovrebbe essere accettato senza un approfondito controllo giurisdizionale»⁵⁰⁵.

In sostanza, la prima (e decisiva) questione da decidere riguarda la compatibilità di una suddetta interpretazione con il diritto dell'Unione e, nello specifico, con quanto stabilito dalla direttiva. E in effetti, la contestata trasposizione della direttiva nell'art. 9 dell'AGG, induce a ritenere, secondo il giudice *a quo*, che né dalla formulazione dell'art. 4, paragrafo 2, della direttiva, né dai *considerando* della stessa, si può sostenere come un datore di lavoro possa, esso stesso, in modo definitivo, determinare che la religione costituisca

« [...] indipendentemente dalla natura dell'attività in questione, un requisito giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa, tenuto conto dell'etica di tale datore di lavoro, e che i giudici nazionali possano esercitare, al riguardo, solo un semplice controllo di plausibilità. Al contrario, il riferimento, in tale disposizione, al fatto che la religione debba costituire un”requisito essenziale, legittimo e

espletate, la religione o le convinzioni personali rappresentino un requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa tenuto conto dell'etica dell'organizzazione. Tale differenza di trattamento si applica tenuto conto delle disposizioni e dei principi costituzionali degli Stati membri, nonché dei principi generali del diritto comunitario, e non può giustificare una discriminazione basata su altri motivi”. Così il paragrafo II, art. 4 della Direttiva 2000/78.

⁵⁰⁵ Paragrafo n. 31 della sentenza (causa C-414/2016).



giustificato” per lo svolgimento dell’attività lavorativa, “tenuto conto dell’etica dell’organizzazione” potrebbe deporre a favore di una competenza e di un obbligo di controllo dei giudici nazionali che vadano oltre un semplice controllo di plausibilità»⁵⁰⁶.

Le altre questioni sollevate dal giudice del rinvio mirano, da un lato, a chiarire il rapporto funzionale tra il diritto interno e il diritto comunitario e, dall’altro, a valutare se un giudice nazionale, chiamato a intervenire in una controversia come quella in trattazione, abbia l’obbligo di disapplicare una norma interna qualora non sia possibile procedere a un’interpretazione conforme al diritto dell’Unione nella materie di riferimento (II); infine, valutare quali caratteristiche debbano essere stabilite e se, tenuto conto della natura dell’attività di cui trattasi o nel contesto in cui viene espletata, costituiscono un requisito “essenziale, legittimo e giustificato” per lo svolgimento dell’attività lavorativa ai sensi di quanto affermato nell’art. 4, par. 2, della direttiva (III).

4 - La decisione della Corte tra estensioni e riduzioni

I giudici della Corte di Giustizia chiariscono, in relazione alla prima questione sollevata dal giudice del rinvio, che la *ratio* della direttiva europea si sostanzia nell’operare un rigoroso bilanciamento finalizzato a garantire un giusto equilibrio tra il diritto fondamentale del lavoratore a non essere discriminato (per motivi religiosi) e il diritto all’autonomia delle Chiese e, più in generale, delle organizzazioni di tendenza⁵⁰⁷. Il controllo circa

⁵⁰⁶ Paragrafo n. 32.

⁵⁰⁷ Nel paragrafo n. 51, scrivono i giudici: “L’art. 4, paragrafo 2, della direttiva 2000/78 ha [...] lo scopo di garantire un giusto equilibrio tra, da un lato, il diritto all’autonomia delle Chiese e delle altre organizzazioni a cui etica è fondata sulla religione o sulle convinzioni personali e, dall’altro, il diritto dei lavoratori di non essere oggetto, in particolare al momento della loro assunzione, di una discriminazione fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, in situazioni in cui tali diritti possono essere concorrenti”; nelle successive argomentazioni, osserva la Corte come in questa prospettiva, la disposizione in questione mira a stabilire i criteri da prendere in considerazione nell’ambito del bilanciamento che occorre compiere per garantire un giusto equilibrio tra tali diritti eventualmente concorrenti (par. 52) e che, proprio per tale ragione, in caso di controversia, tale bilanciamento “deve poter essere oggetto, se del caso, di un controllo da parte di un’autorità indipendente e, in ultimo luogo, di un giudice nazionale” (par. 53); a chiusura del ragionamento, si evidenzia, inoltre, che la circostanza che l’art. 4, par. 2 della direttiva, faccia riferimento alle legislazioni nazionali in vigore alla data di adozione della stessa direttiva 2000/78, nonché delle prassi nazionali vigenti “non può essere interpretata nel senso che autorizza gli Stati membri a sottrarre ad un controllo giurisdizionale effettivo il rispetto dei criteri sanciti da tale disposizione” (par. 54).



l'effettivo rispetto dei criteri stabiliti dalla direttiva che legittimano una prassi discriminatoria, non può, chiaramente, spettare alla stessa Chiesa o alla medesima organizzazione, bensì a un'autorità indipendente, quale è il giudice nazionale, al quale è affidato il controllo giurisdizionale effettivo, quanto all'effettivo rispetto dei criteri stabiliti dalla stessa direttiva. Se tale passaggio appare scontato, un aspetto sul quale occorre porre l'attenzione è il richiamo all'art. 17 TFUE. Come noto, la norma è affermativa del principio di neutralità delle istituzioni comunitarie rispetto alle Chiese, sancendo, nello specifico che

"l'Unione rispetta e non pregiudica lo *status* di cui le chiese e le associazioni o comunità religiose godono negli Stati membri in virtù del diritto nazionale" (primo comma) e che "rispetta ugualmente lo *status* di cui godono, in virtù del diritto nazionale, le organizzazioni filosofiche e non confessionali"⁵⁰⁸.

Secondo le argomentazioni sostenute dall'*Evangelisches Werk* (EW), il diritto di imporre l'appartenenza a una Chiesa cristiana rientrerebbe nel diritto di autodeterminazione delle Chiese, diritto che, nell'ambito del profilo assiologico-normativo comunitario, troverebbe la sua specifica conformità proprio in relazione a quanto affermato nell'art. 17 TFUE⁵⁰⁹. Nella

⁵⁰⁸ Sul tema, si vedano, tra gli altri, **A. LICASTRO**, *Unione Europea e "status" delle confessioni religiose. Fra tutela dei diritti umani fondamentali e salvaguardia delle identità costituzionali*, Giuffrè, Milano, 2014; **F. MARGIOTTA BROGLIO**, *Confessioni e comunità religiose o «filosofiche» nel Trattato di Lisbona*, in **AA. VV.** *Le Confessioni religiose nel Diritto dell'Unione Europea*, a cura di L. De Gregorio, il Mulino, Bologna, 2012, pp. 33-48; **N. COLAIANNI**, *Stato e confessioni religiose in Europa tra separazione e cooperazione*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, n. 2/2009, pp. 287-295. Dello stesso Autore, si veda pure *Religioni e ateismo: una complexio oppositorum alla base del neo-separatismo europeo*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), giugno 2011. Più recentemente, **D. DURISOTTO**, *Istituzioni europee e libertà religiosa. Cedu e UE tra processi di integrazione europea e rispetto delle specificità nazionali*, ESI, Napoli, 2016. Per una riflessione più generale sulla nuova dimensione rapportuale tra confessioni religiose e Unione Europea, **R. ASTORRI**, *Lo sfondamento dell'orizzonte tradizionale: dalla prospettiva nazionale a quella globale. Stati e confessioni religiose alla prova. Religione e confessioni nell'Unione europea tra speranze disilluse e problemi emergenti*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 10 del 2014.

⁵⁰⁹ Nel paragrafo 28 della sentenza in esame, i giudici riportano le motivazioni addotte dalla EW che, nel caso di specie, ha fatto valere come la differenza di trattamento basata sulla religione era giustificata ai sensi dell'articolo 9, paragrafo I, dell'AGG, poiché il diritto di imporre l'appartenenza a una Chiesa cristiana rientra, secondo l'EW, nel diritto di autodeterminazione della Chiesa, tutelato dall'articolo 140 del *Grundgesetz* che rinvia agli artt. 136-139 e 141 della *Weimarer Reichsverfassung* (Costituzione di Weimar dell'11 agosto 1919, WRV) e, in particolare, all'art. 137, paragrafo III, che stabilisce come "Ogni associazione religiosa disciplina e gestisce in modo autonomo i propri interessi, nei limiti delle leggi generali. Essa conferisce le proprie cariche senza l'intervento dello Stato o delle autorità locali". Inoltre, tale diritto sarebbe conforme al diritto dell'Unione, secondo l'EW,



fattispecie esaminata i giudici ritengono - a ragione - come l'art. 17 TFUE e il relativo principio di neutralità in esso affermato, non valga, di per sé, a sottrarre a un controllo giurisdizionale effettivo il rispetto dei criteri enunciati all'art. 4, par. II, della direttiva 2000/78. Eppure, appare sin troppo sbrigativo il richiamo dei giudici all'art. 17 TFUE come riferimento normativo per contestare le ragioni a supporto delle tesi dell'EW. Nella sentenza, infatti, i giudici comunitari si limitano ad affermare, genericamente, che l'art. 17 TFUE, pur esprimendo la neutralità dell'Unione nei confronti delle Chiese e delle organizzazioni in generale, non vale a sottrarre a un controllo giurisdizionale effettivo il rispetto dei criteri enunciati all'art. 4, paragrafo II, della direttiva 2000/78⁵¹⁰. Si osserva, a tal riguardo, come i giudici avrebbero dovuto rimarcare l'importanza del principio in questione, specificando come la clausola di salvaguardia in esso contenuta non comporta, di per sé, la neutralizzazione degli effetti del diritto comunitario, rispetto agli obiettivi previsti nei trattati. E, d'altronde, il principio, di cui al terzo comma dell'art. 17 TFUE, che attribuisce all'Unione il compito di mantenere un dialogo aperto, trasparente e regolare con le Chiese e le organizzazioni di cui ai commi precedenti, riconoscendone primariamente il contributo specifico⁵¹¹, è espressivo di una nuova dimensione dell'Unione nelle dinamiche giuridico-relazionali con le singole confessioni religiose, che sembra essere ispirata più da una laicità (cautelativamente) inclusiva che da una separazione ostile.

Tale, nuova, dimensione politico-normativa, pur se priva (attualmente) di efficaci strumenti di attuazione - anche per alcuni,

in relazione a quanto affermato dall'art. 17 TFUE e che la stessa appartenenza religiosa costituirebbe, data la natura dell'attività considerata nell'offerta di lavoro oggetto della questione, un requisito giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa, tenuto conto delle regole della coscienza ecclesiale dell'EW.

⁵¹⁰ Paragrafo n. 58.

⁵¹¹ Così recita il terzo comma dell'art. 17 TFUE: "Riconoscendone l'identità e il contributo specifico, l'Unione mantiene un dialogo aperto, trasparente e regolare con tali chiese e organizzazioni". In merito a questa disposizione, osserva criticamente F. MARGIOTTA BROGLIO, *Confessioni e comunità religiose o «filosofiche» nel Trattato di Lisbona*, cit., pp. 36-37, come pure nella positività del terzo comma dell'art. 17 TFUE, non appare evidente quale potrà essere l'oggetto del dialogo se i commi primo e secondo della medesima disposizione riservano alle legislazioni nazionali la tradizione materia "ecclesiastica" (e filosofica): «la contraddizione con il comma 3 è palese e non sarà facile, all'interno delle competenze che il Trattato riserva all'Unione, individuare le materie "europee" e competenza delle organizzazioni religiose o filosofiche che possano diventare oggetto di un "dialogo regolare". Né può immaginarsi che questioni come l'identità religiosa e culturale o i diritti e le libertà fondamentali possano, in qualche modo, essere "contrattati" con le organizzazioni interessate».



problematici, elementi di *impasse* a livello istituzionale comunitario⁵¹² - non può essere sottostimata nell'ambito dei processi decisionali di matrice comunitaria, che riguardano e/o che coinvolgono i rapporti tra i singoli cittadini e le organizzazioni confessionali e/o etiche e filosofiche. Alla luce di quanto premesso da parte dei giudici - seppur in modo stringato - in riferimento alla portata dell'art. 17 TFUE sul caso in oggetto e ammessa, quindi, la legittimità di un controllo giurisdizionale effettivo finalizzato alla verifica, in concreto, che nei casi di specie siano soddisfatti i criteri di cui all'art. 4, par. II, della direttiva⁵¹³, è nell'esame della terza questione sottoposta alla Corte - che i giudici esaminano in via secondaria - che si determina il profilo più interessante.

Nella terza questione che il giudice del rinvio ha sottoposto alla Corte, infatti, si valuta, sostanzialmente, in base a quali criteri si deve accettare, nei singoli casi, se la religione o le convinzioni personali - tenuto conto dell'etica della Chiesa o dell'organizzazione e in considerazione della natura dell'attività di cui trattasi o del contesto in cui viene espletata - costituiscano un requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa, ai sensi dell'art. 4, par. II, della stessa direttiva (par. 60). Coerentemente a quanto premesso nella genesi della sentenza e, in particolare, nel riferimento al contesto normativo dell'U.E., la Corte chiarisce che il requisito della religione deve essere valutato, in *primis*, in relazione alla "natura" delle attività (lavorative) e al "contesto" in cui vengono espletate, in modo che l'eventuale differenza di trattamento basata sulla religione o sulle convinzioni personali sia subordinata all'„esistenza oggettivamente verificabile di un nesso diretto tra il requisito per lo svolgimento dell'attività lavorativa imposto dal datore di lavoro e l'attività in questione" (par. 63); contestualmente, suddetto requisito deve essere, come stabilito dal paragrafo II, art. 4 della direttiva, "essenziale, legittimo e giustificato", tenuto conto dell'etica della Chiesa e/o dell'organizzazione. Spetta, quindi, ai giudici nazionali determinare se, nel caso specifico, tenuto conto dell'etica propria della Chiesa, i tre criteri siano soddisfatti.

Per quello che concerne l'*essenzialità* del requisito si chiarisce che tale essenzialità deve apparire come necessaria relativamente all'importanza dell'attività professionale di cui trattasi (par. 65); il carattere *legittimo*, invece, deve essere ricondotto all'esigenza di garantire che il requisito di appartenenza alla religione e/o all'organizzazione non venga utilizzato per

⁵¹² Cfr. sul punto **M. TOSCANO**, *La decisione del Mediatore europeo del 25 gennaio 2013: un passo avanti verso un'applicazione efficace dell'art. 17 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., febbraio 2014.

⁵¹³ Paragrafo n. 59.



conseguire un fine estraneo alla stessa matrice etica, o - si badi - al mero "esercizio da parte di tale Chiesa o di tale organizzazione del proprio diritto all'autonomia" (par. 66); il carattere *giustificato* del requisito, che attribuisce alla Chiesa o all'organizzazione l'obbligo di dimostrare che siffatto requisito, alla luce delle circostanze di fatto del caso di specie, sia necessario per prevenire seri e probabili rischi di lesione della sfera legata all'etica delle stessa chiesa o all'esercizio del suo diritto all'autonomia (par. 67). Infine, il principio di proporzionalità di cui all'art. 4, par. I, della direttiva che, secondo i giudici, deve essere interpretato in senso estensivo, tale da uniformare il disposto del par. II - che non fa menzione del suddetto principio - in quanto rientrante tra i principi generali dell'ordinamento comunitario, il quale dispone come qualsiasi differenza di trattamento debba essere proporzionata, rispetto a quanto strettamente necessario, per conseguire gli obiettivi perseguiti (par. 68). L'ultima questione riguarda la presunta obbligatorietà per il giudice nazionale, nell'ambito delle controversie tra privati, di disapplicare una disposizione del diritto interno che non possa essere interpretata in modo conforme all'art. 4, par. II, della direttiva 2000/78.

Relativamente a questo punto i giudici, dopo aver premesso che un "giudice nazionale non può validamente ritenere di trovarsi nell'impossibilità di interpretare una disposizione nazionale conformemente al diritto dell'Unione per il solo fatto che detta disposizione è stata costantemente interpretata in un senso che è incompatibile con tale diritto" (par. 71),

e considerata la diretta invocabilità dei diritti di cui agli artt. 21 e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E. (par. 76-78), affermano come il giudice nazionale sia tenuto ad assicurare, nell'ambito delle sue competenze, la tutela giuridica spettante ai singoli, in forza degli articoli 21 e 47 della Carta, e a garantire la piena efficacia di tali articoli, disapplicando all'occorrenza qualsiasi disposizione nazionale contraria (parr. 80-82)⁵¹⁴. In definitiva, la Corte decide che

⁵¹⁴ In particolare, l'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea afferma: "1. È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale. 2. Nell'ambito d'applicazione dei trattati e fatte salve disposizioni specifiche in essi contenute, è vietata qualsiasi discriminazione in base alla nazionalità". L'art. 47, invece, afferma il principio del "Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale" e prevede, nello specifico: "1) Ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo. 2) Ogni persona ha



1) qualora una Chiesa (o un'altra organizzazione la cui etica è fondata sulla religione o sulle convinzioni personali) alleghi, a sostegno di un atto o di una decisione quale il rigetto di una candidatura a un posto di lavoro al suo interno e che, per la natura delle attività di cui trattasi o per il contesto in cui tali attività devono essere espletate, la religione costituisce un requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa, tenuto conto dell'etica di tale Chiesa (o di tale organizzazione), una siffatta allegazione deve poter essere oggetto di un controllo giurisdizionale effettivo. Il giudice adito deve assicurarsi che, nel caso specifico, siano soddisfatti i criteri che la direttiva stabilisce per il bilanciamento dei diritti eventualmente concorrenti;

2) i giudici nazionali devono verificare se il requisito invocato sia necessario e oggettivamente dettato, tenuto conto dell'etica della Chiesa (o dell'organizzazione), dalla natura o dalle condizioni di esercizio dell'attività professionale in questione. Inoltre, tale requisito deve essere conforme al principio di proporzionalità, ossia deve essere appropriato e non andare al di là di quanto è necessario per conseguire l'obiettivo perseguito;

3) nel caso in cui risulti impossibile interpretare il diritto nazionale vigente (nella fattispecie la legge generale tedesca sulla parità di trattamento) in modo conforme alla direttiva anti-discriminazione come interpretata dalla Corte nella sua odierna sentenza, il giudice nazionale, investito di una controversia tra due privati, deve disapplicare il diritto nazionale, in virtù del fatto che trovano diretta e immediata applicazione gli artt. 21 e 47 della Carta dei diritti fondamentali: sia tale divieto di discriminazione (art. 21) sia il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva (art. 47) sono di per sé sufficienti a conferire ai privati un diritto invocabile in quanto tale nell'ambito di una controversia che li vede opposti a un altro privato in un settore disciplinato dal diritto dell'Unione⁵¹⁵.

diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, preconstituito per legge. Ogni persona ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare. 3) A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato, qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia". Per un approfondimento in materia, si veda **AA. VV.**, *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, a cura di R. Bifulco, M. Cartabia e A. Celotto, il Mulino, Bologna, 2001; **L. TRUCCO**, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea: un'analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Giappichelli, Torino, 2013.

⁵¹⁵ Cfr. paragrafi 1-2-3 della decisione.



5 - Brevi riflessioni sulla pronuncia. Luci e ombre di un approccio *work in progress*

La decisione della Corte di Giustizia si presenta come una fattispecie nuova per il diritto (vivente) comunitario e delinea un profilo giurisprudenziale particolarmente rilevante nel settore riconducibile ai rapporti di lavoro nelle organizzazioni di tendenza⁵¹⁶. Se nell'ambito dell'ordinamento italiano si è delineato un *favor* nei confronti dell'autonomia confessionale, rispetto alle prerogative dei singoli, tale da generare una inaccettabile condizione tecnico-giuridica di rinvio sostanziale a una pronuncia nell'ambito della definizione dei rapporti in questione⁵¹⁷, diverso orientamento si è manifestato a livello sovranazionale, con la Corte EDU che ha parzialmente inciso sulla fisionomia giuridica interna, di per sé particolarmente sbilanciata a favore delle confessioni religiose⁵¹⁸. La pronuncia della Corte di Giustizia, quindi, è da intendersi come il tassello mancante nel quadro giuridico euro-comunitario per quello che concerne il tema dei rapporti di lavoro nelle organizzazioni di tendenza.

L'importanza, già rimarcata, della decisione è innanzitutto dovuta alla circostanza che l'art. 17 TFUE non pregiudica il raggiungimento degli obiettivi di matrice comunitaria, anche in relazione alle dinamiche dei rapporti tra gli Stati e le confessioni religiose. La disposizione, pur delineando un principio di neutralità delle istituzioni comunitarie rispetto alle Chiese e alle organizzazioni filosofiche e non confessionali, implica, di per sé, che il *rispetto* e il *non pregiudizio* che l'Unione s'impegna a osservare

⁵¹⁶ Cfr. sul tema, **C. CARDIA**, *Voci in dialogo: organizzazioni, istituzioni di tendenza religiose e diritti delle parti. Prima voce*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1/2013, p. 212 ss.; **N. COLAIANNI**, *Voci in dialogo: organizzazioni, istituzioni di tendenza religiose e diritti delle parti. Seconda voce*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1/2013, p. 233 ss.; **J. PASQUALI CERIOLI**, *Parità di trattamento e organizzazioni di tendenza religiose nel "nuovo" diritto ecclesiastico europeo*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1/2013, pp. 71-86. Focalizza l'attenzione sulla maggiore flessibilità delle organizzazioni di tendenza a differenziare il trattamento dei lavoratori, **F. ONIDA**, *Il problema delle organizzazioni di tendenza nella direttiva 2000/78/EC attuativa dell'art. 13 del Trattato sull'Unione europea*, in *Dir. eccl.*, 2001, I.

⁵¹⁷ Per una critica in questo senso, **M. TEDESCHI**, *Manuale di diritto ecclesiastico*, 3^a ed., Giappichelli, Torino, 2004, pp. 186-187. **M. CROCE**, *Dal "Caso Cordero" al "Caso Vallauri": nozione di scienza e libertà di insegnamento (discutendo con Michele Massa)*, in *Forum dei Quaderni Costituzionali* (2 marzo 2010).

⁵¹⁸ Il riferimento è ai noti casi *CEDU Pellegrini c. Italia* (20 luglio 2001), e *Lombardi Vallauri c. Italia* (20 ottobre 2009). Per degli approfondimenti recenti sulla casistica giurisprudenziale CEDU, si vedano i contributi di **G. D'ANGELO**, *Ordinamenti giuridici*, cit., p. 167 ss.; **M. TOSCANO**, *Il fattore religioso nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Itinerari giurisprudenziali*, ETS, Pisa, 2018, p. 189 ss.



nei riguardi delle entità confessionali (e non), dev'essere interpretato nell'ambito della complessiva dimensione valoriale dell'ordine giuridico comunitario. In questo senso, quindi, vi è l'enucleazione di un principio nuovo che, come tale, è destinato a integrarsi e a bilanciarsi non soltanto con gli altri principi affermati in sede comunitaria, ma anche con le estensioni previste nell'art. 6 TUE, nonché con i principi generali affermativi, in particolare, della nuova dimensione *personalista* a livello europeo⁵¹⁹. Il rispetto e il non pregiudizio dello *status* diventano, in questo ambito, un'affermazione di *relativa competenza*, in grado di delineare un profilo di cognizione della materia ecclesiastica⁵²⁰ la quale, si badi, non è distinta dalla libertà religiosa,

“ma solo dai profili più strettamente inerenti al nucleo *fondamentale* di tale libertà, rispetto ai quali le esigenze di uniforme tutela dei diritti umani non possono tollerare alcun divieto di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri”⁵²¹.

L'Unione, quindi, si pone con *rispetto*, nei confronti del contesto politico e giuridico in cui si determina la disciplina dei rapporti a livello nazionale; al contempo, il *non pregiudizio* vuole esprimere, se interpretato sistematicamente con gli obiettivi comunitari nei settori affini al religioso, che l'Unione intende salvaguardare la condizione esistente negli

⁵¹⁹ Cfr. sul punto **M. CARTABIA**, *I «nuovi» diritti*, in *Le confessioni religiose nel diritto dell'Unione europea*, cit., pp. 95-117. Per un approfondimento sistematico in materia di diritti fondamentali tra ordinamenti nazionali e sovranazionali, cfr. **E. CANNIZZARO**, *Diritti “diretti” e diritti “indiretti”: i diritti fondamentali tra Unione, CEDU e Costituzione italiana*, in *Dir. Un. Eur.*, 2012, 1.

⁵²⁰ Sul punto, appaiono particolarmente interessanti le considerazioni di **I.C. IBÁN**, *Europa, Diritto, Religione*, il Mulino, Bologna, 2010, p. 129 ss. che, seppur riferibili alla Dichiarazione n. 11 annessa al trattato di Amsterdam, delineano un quadro decisamente “progressista” del diritto comunitario, poiché, secondo l'A., la stessa vocazione espansiva del diritto dell'U.E. è tale da portarlo a disciplinare le questioni afferenti al diritto ecclesiastico: “In definitiva, così come non credo che nello specifico campo del diritto ecclesiastico la Dichiarazione n. 11 del Trattato di Amsterdam costituisca una barriera contro il sorgere di un diritto ecclesiastico comunitario, tantomeno credo che il principio di sussidiarietà costituisca un freno sufficiente alla tendenza espansiva di qualunque diritto, e in questo caso, di quello comunitario” (p. 268). Più incline a una tendenza interpretativa maggiormente conservatrice, **M. LUGATO**, *L'Unione europea e le Chiese: l'art. 17 TFUE nella prospettiva del principio di attribuzione, del rispetto delle identità nazionali e della libertà religiosa*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2014, p. 307 ss. Di disegno “protezionista” dell'art. 17 TFUE, parla **M. VENTURA**, *Conclusioni. La virtù della giurisdizione europea sui conflitti religiosi*, in **AA. VV.**, *Diritto e Religione in Europa. Rapporto sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di libertà religiosa*, a cura di R. Mazzola, il Mulino, Bologna, 2012, p. 356.

⁵²¹ Così **A. LICASTRO**, *Unione Europea e “status” delle confessioni religiose*, cit., p. 213.



ordinamenti nazionali, con il riconoscimento di un notevole margine di apprezzamento politico in capo ai Governi⁵²², ma parallelamente punta alla salvaguardia di quei principi che connotano la sua stessa identità politica⁵²³. Vi è, quindi, all'interno della disposizione, una *duplice clausola di salvaguardia*: una indirizzata ai singoli Stati, originata dalle pressioni delle Chiese stabilmente presenti e/o dominanti nei singoli ordinamenti; l'altra è una clausola di (auto)salvaguardia dell'identità *ecclesiastica europea* che viene ad assumere una connotazione giuridica in grado di incidere - seppur cautelativamente - sulla definizione dei diritti ecclesiastici nazionali.

Tale doppia clausola di salvaguardia prevista nella disposizione e, soprattutto, il profilo assiologico-normativo che emerge dagli artt. 21 e 47 della Carta, hanno legittimato un'operazione ermeneutica volta a ristabilire la primazia del diritto comunitario⁵²⁴, anche in un settore tradizionalmente ancorato ai paradigmi giuridici e (storico-)politici nazionali. In *primis*, si è ribadita la portata normativa dell'art. 4, par. II della direttiva, secondo la *ratio letterale*, che consente un trattamento differenziato, basato sull'etica dell'organizzazione, purché il requisito richiesto che legittima una forma di

⁵²² Cfr. sul punto **A. FABBRI**, *Unione Europea e fenomeno religioso. Alcune valutazioni di principio*, Giappichelli, Torino 2012, p. 140 ss.

⁵²³ Sul punto, osserva **M. VENTURA**, *La laicità dell'Unione Europea. Diritti, mercato, religione*, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 187-188, che se è vero che «gli Stati non hanno esplicitamente delegato un'azione generale dell'Unione in vista di una riforma dei diritti ecclesiastici nazionali, è anche vero che essi non possono ritenere limitata l'azione dell'Unione nel proprio terreno di competenza per il fatto che manchi una (indeterminabile e dunque impossibile) "materia religiosa" tra le materie formalmente attribuite in competenza»; in tale assetto, spiega l'A., «il fenomeno religioso emerge nelle competenze comunitarie ponendo questioni sui limiti d'azione dell'Unione, sul raccordo tra identità comunitaria e identità nazionali [...]», chiarendo come anche se gli Stati tendono a difendere i diversi sistemi nazionali, la presunta difesa dello *status quo* diviene assai relativa, principalmente per i poteri che vengono attribuiti dai trattati alle autorità dell'Unione, sia per le politiche di salvaguardia dei diritti fondamentali e della tutela del principio di non discriminazione, sia per quelle relative «all'esercizio delle attribuzioni comunitarie nelle materia di competenza».

⁵²⁴ In merito a questo aspetto, rileva **M. RANIERI**, *Il primo incontro della Corte di Giustizia con le organizzazioni orientate: tra slanci e qualche timidezza*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2018 (in corso di pubblicazione), come l'interposizione dei giudici nazionali nel processo di affermazione e radicamento dei principi generali del diritto comunitario, seppur preziosa, deve essere maneggiata con cura «posto che, soprattutto in assenza di indicazioni chiare ad esempio in tema di bilanciamento, possono riproporsi le problematiche e i rischi connessi all'eccessiva dilatazione del ruolo del giudice»; di conseguenza, secondo l'A., andrebbe evitato il processo che tende a «caricare e scaricare sulle spalle dei giudici decisioni che meriterebbero risposte corali da ricercare, più o meno opportunamente, attraverso una virtuosa interazione, attenta al ruolo e alle competenze di ciascuno, tra i vari protagonisti dell'esperienza giuridica e, prima ancora, politica e sociale».



discriminazione risulti, dopo un effettivo controllo giurisdizionale da parte del giudice nazionale, *essenziale, legittimo e giustificato*, oltre che rispettoso del principio di proporzionalità, quale principio generale del diritto comunitario. L'art. 9 dell'AGG tedesco, invece, si discosta notevolmente rispetto a quanto stabilito dalla direttiva. La traduzione dei principi antidiscriminatori di cui all'art. 4 della direttiva, nell'ambito del diritto interno infatti, si distingue per un eccessivo margine di autonomia riconosciuto alle confessioni religiose, margine che, come è stato messo in evidenza, ha ampliato troppo largamente l'autonomia delle organizzazioni religiose sì da non realizzare il risultato voluto dalla stessa direttiva:

“dei tre caratteri del requisito religioso nella legge tedesca s’è omesso di trasporre la necessità e la legittimità, lasciando solo la *gustificatezza*, che però, saltato anche il riferimento all’etica dell’organizzazione [...] è priva di parametri legislativi che non siano quelli del diritto (non statuale, ma) confessionale⁵²⁵”.

In sostanza, la sentenza ha il merito di riabilitare la *ratio* della direttiva, riconducendo la normativa interna dei singoli Stati al parametro di compatibilità con il diritto dell’Unione.

E in effetti, come già evidenziato, nell'art. 9 dell'AGG, i riferimenti alla coscienza ecclesiale e all'autodeterminazione delle chiese e/o dell'organizzazione, vengono assunti come parametri preminenti per la determinazione della (para-)legittimità del requisito (etico) richiesto, requisito che trova nel paradigma della *giustificatezza* l'unico termine di (contro -) bilanciamento normativo previsto dalla disposizione. Da ciò, l'importanza della pronuncia poiché, pur nel rispetto e nel non pregiudizio di cui all'art. 17 TFUE, non ridimensiona l'agire comunitario anche in un settore “protetto”, quale è quello relativo al rapporto tra stati e confessioni religiose. E, in effetti, su questo versante, la sentenza ha il merito di ricondurre la differenza di trattamento basata sulla religione o sulle convinzioni personali al diritto comune delle organizzazioni di tendenza, poiché incide sulla materia in questione, stabilendo come il nesso tra il requisito etico/religioso e l'attività professionale richiesta dal datore di lavoro, nel contesto dello scopo generale perseguito dall'organizzazione, sia diretto e oggettivamente verificabile⁵²⁶.

⁵²⁵ Così N. COLAIANNI, *Divieto di discriminazione religiosa sul lavoro e organizzazioni religiose*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 18 del 2018, p. 5.

Segnala le criticità relative all’attuazione della direttiva 2000/78 nell’ordinamento tedesco, A. BETTETINI, *Identità religiosa del datore di lavoro e licenziamento ideologico nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti umani*, in *Dir. umani dir. int.*, 2011, 2, p. 339 ss.

⁵²⁶ N. COLAIANNI, *Divieto di discriminazione religiosa*, cit., p. 6.



In merito a quest'ultimo aspetto segnalato, infatti, i giudici del Lussemburgo procedono, seppur brevemente, a una opportuna esemplificazione circa il riconoscimento "legittimo" del nesso tra requisito e attività, chiarendo come, ad esempio, un tale nesso potrebbe derivare sia dalla natura dell'attività svolta, qualora "comporti di partecipare alla determinazione dell'etica della Chiesa o dell'organizzazione in questione, o di collaborare alla sua missione di proclamazione", ma valutando, altresì, le "condizioni in cui tale attività deve essere espletata, come la necessità di garantire una rappresentanza credibile della Chiesa o dell'organizzazione all'esterno della stessa"⁵²⁷. Se per l'attività di studio richiesta su un tema non di natura religiosa e/o ecclesiologica (come, nel caso, lo studio del razzismo) l'estraneità rispetto alla missione della Chiesa sembra pacifica, diverso discorso riguarda il contesto, poiché tra i compiti assegnati, l'attività di "rappresentanza" della Diaconia tedesca nei confronti del mondo politico, della società civile e presso le organizzazioni a difesa dei diritti umani, potrebbe riferirsi ai canoni dell'adesione ideologica del lavoratore alla tendenza dell'organizzazione⁵²⁸, in quanto si tratterebbe di un'attività che, seppur circoscritta ai soli fini progettuali, coinciderebbe con la rappresentanza della EW presso ambienti esterni a essa. Si è rilevato, tuttavia, come pur nell'importanza dell'esemplificazione compiuta, la Corte abbia perso una preziosa occasione per individuare, nell'ambito dell'interpretazione della fattispecie, i soggetti e i relativi fattori identitari che dovrebbero caratterizzare la stessa fattispecie, di cui all'art. 4, secondo comma, della direttiva⁵²⁹.

L'approccio cauto nella definizione delle circostanze fattuali testé richiamate, comunque, viene in parte compensato dallo slancio estensivo volto ad attribuire alla Carta dei diritti fondamentali una centralità (persino) determinante nell'*iter* argomentativo seguito dai giudici, per quello che concerne la decisione finale. E in effetti, nella ricostruzione assiologica effettuata dalla Corte, viene in rilevanza il costante riferimento agli artt. 21 e 47 della Carta dei diritti fondamentali che, in combinato disposto con l'art. 17 TFUE, delineano la cornice normativa e valoriale in grado di giustificare l'adozione di quegli atti e/o provvedimenti che, anche qualora

⁵²⁷ Paragrafo n. 63.

⁵²⁸ Cfr. sul punto, J. PASQUALI CERIOLI, *Il lavoro*, in AA. VV., *Nozioni di diritto ecclesiastico*, a cura di G. Casuscelli, 5^a ed., Giappichelli, Torino, 2015, pp. 184-187.

⁵²⁹ Cfr. M. RANIERI, *Il primo incontro*, cit., che afferma come sarebbe stato auspicabile per la Corte, un "maggiore sforzo interpretativo o, in altre parole, l'iterazione, in chiave sperimentale su una disposizione discussa e discutibile come l'art. 4.2, di quella creatività giurisprudenziale che tanto cammino ha fatto percorrere al diritto europeo, non solo antidiscriminatorio".



direttamente e/o indirettamente incidenti nell'ambito relazionale tra Stato e confessioni religiose, sono diretta espressione dell'identità politica e giuridica comunitaria, così come definita nei Trattati attualmente in vigore. L'estensione del principio di proporzionalità, dal primo paragrafo dell'art. 4 della direttiva, al secondo paragrafo del medesimo articolo, non fa che confermare l'orientamento "attivo" della Corte che, in questa fattispecie, non si è limitata a prendere atto della legittima autonomia delle confessioni religiose e delle organizzazioni di tendenza a perseguire gli scopi di cui sono portatrici anche mediante le deroghe al principio di non discriminazione, ma ha, altresì effettuato un'operazione ermeneutica di bilanciamento dello stesso principio, rievocando la categoria dei principi generali del diritto dell'Unione e, tra questi, il principio di proporzionalità⁵³⁰, il quale assume particolare importanza poiché affermativo, in combinato disposto con l'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali, dello *standard* giuridico antidiscriminatorio comunitario⁵³¹.

In realtà, a una lettura più attenta della pronuncia, si evidenzia come più che di combinato disposto (in senso tecnico) tra l'art. 21 della Carta e il principio di proporzionalità, è quest'ultimo che sembra ergersi come vero e proprio paradigma decisivo della controversia poiché, nella ricostruzione seguita dai giudici, tale principio viene ad assumere una preminenza funzionale all'affermazione degli stessi diritti cui agli artt. 21 e 47 della Carta e tale da consentire ai giudici di valutare (e, quindi, giudicare) la controversia in senso coerente al nucleo dei valori identificativi dell'Unione

⁵³⁰ In questo senso, si superano i limiti insiti nella clausola letterale della direttiva, che aveva indotto attenta dottrina a ritenere che la mancata menzione del principio di proporzionalità nel secondo paragrafo dell'art. 4 dovesse essere intesa come un sacrificio (eccessivo) imposto nei confronti delle esigenze del lavoratore, incrementando ulteriormente il *favor* nei confronti delle organizzazioni di tendenza. Cfr. sul punto, V. PACILLO, *Contributo allo studio del diritto di libertà religiosa nel rapporto di lavoro subordinato*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 293 ss.; M. CORTI, *Profili laburistici*, in *Le confessioni religiose nel diritto dell'Unione Europea*, cit., pp. 151-154; M.P. AIMO, *Le discriminazioni basate sulla religione*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., p. 65 ss.; A. VISCOMI, *Organizzazioni eticamente fondate e rapporti di lavoro*, in *Diritti lavori mercati*, 2009, p. 380 ss.

⁵³¹ Come sottolinea N. COLAIANNI, *Divieto di discriminazione religiosa*, cit., p. 6, nella sentenza vi è un particolare argomentare che colpisce, ed è dato dal costante riferimento all'art. 21 della Carta: «una Carta che si apre con l'affermazione della dignità umana e, quindi, dà linfa a quel che viene definito il "nuovo" diritto antidiscriminatorio. Il quale, operando, come nel caso, nel campo dei diritti costituzionalmente garantiti, alla valutazione comparativa, propria del giudizio antidiscriminatorio, assegna come termine di paragone non il trattamento riservato ad altri rispetto ad un determinato standard ma, in assoluto, il trattamento di giustizia o di congruità ipoteticamente dedotto e deducibile dalla Carta e dalla Costituzione, come il nostro art. 3 cpv.: cioè un diritto assoluto a non essere "svantaggiati" e non solo "più svantaggiati"».



nel settore di riferimento. E, allora, più che di *plus-valenza* della Carta - benché abbia lo stesso valore giuridico dei trattati, come sancito dall'art. 6 TUE - o di riordino gerarchico dei criteri assiologici *tra* le Carte (costituzionali e sovranazionali) in vigore negli Stati europei, è al principio generale della proporzionalità che occorre guardare come paradigma funzionale all'attuazione (giurisprudenziale) delle tutele previste nell'ambito dei Trattati UE in materia di diritti e di libertà fondamentali.

In definitiva, la pronuncia, benché non risolutiva in senso stretto⁵³², offre una chiave di lettura destinata, verosimilmente, a incidere nel nuovo corso delle relazioni politiche e giuridiche tra stati afferenti all'U.E. e le stesse confessioni religiose. C'è da rilevare, infatti, come a differenza dei noto caso *Lombardi Vallauri*, deciso dalla Corte EDU, in cui i giudici di Strasburgo focalizzavano l'attenzione sugli aspetti procedurali, circa il rispetto delle garanzie di cui all'art. 6 CEDU (sul diritto a un equo processo)⁵³³, nella sentenza in esame vi è un approccio sistematico, che pur riconoscendo la legittima autonomia delle organizzazioni di tendenza, di cui all'art. 17 TFUE, non compromette gli scopi generali definiti nell'ambito dei Trattati⁵³⁴; tra questi, il diritto antidiscriminatorio, formulato nella

⁵³² Si ricorda, infatti, come chiarito nel comunicato stampa, che il rinvio pregiudiziale consente ai giudici degli Stati membri, nell'ambito di una controversia della quale sono investiti, di interpellare la Corte in merito all'interpretazione del diritto dell'Unione o alla validità di un atto dell'Unione. La Corte non risolve la controversia nazionale. Spetta al giudice nazionale risolvere la causa conformemente alla decisione della Corte. Tale decisione vincola egualmente gli altri giudici nazionali ai quali venga sottoposto un problema simile.

⁵³³ Per un approfondimento critico in questo senso, cfr. **S. COGLIEVINA, M.C. RUSCAZIO**, *Libertà d'insegnamento nelle università di tendenza: una singolare lettura della Corte, tra ragioni procedurali e diritti sostanziali. Il caso «Lombardi Vallauri c. Italia»*, in *Diritto e religione in Europa*, cit., pp. 195-224; **D. DURISOTTO**, *Istituzioni europee e libertà religiosa*, cit., pp. 235-237; **M. TOSCANO**, *Nuovi segnali di crisi: i casi Lombardi Vallauri e Lautsi davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., maggio 2010; **M. CROCE**, *Il "Caso Lombardi Vallauri" dinanzi alla C.e.d.u.: una riscossa della libertà nella scuola?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., ottobre 2010.

⁵³⁴ Su questo aspetto rileva **M. RANIERI**, *Il primo incontro*, cit., come la Corte, con la sentenza in esame, compie un «ulteriore passo in avanti assicurando in termini esplicativi e perentori la natura imperativa del divieto di discriminazione fondato (anche) sulla religione o sulle convinzioni personali (quale principio generale del diritto europeo) e precisando, altresì, che il divieto ex art. 21 è sufficiente ad accordare ai singoli "un diritto invocabile in quanto tale nell'ambito di una controversia che li vede opposti in un settore disciplinato dal diritto dell'Unione"»; tuttavia, sottolinea l'A., nonostante la centralità argomentativa della Carta, accreditata all'art. 21 - che confermerebbe quella lettura che attribuisce alla stessa il ruolo di "strumento potente" destinato ad assumere una rilevanza maggiore rispetto ai Trattati - la potenziale efficacia espansiva della Carta troverebbe "un ostacolo di non poco conto nella sua stessa struttura, stante l'assenza di una gerarchia tra



direttiva 2000/78, pur avendo ricevuto nei singoli Stati traduzioni interne ondivaghe, con differenti enucleazioni di principio rispetto al tenore letterale della direttiva stessa⁵³⁵, rimane un costante parametro di commisurazione del grado di compatibilità delle normative pattizie e, in generale, delle fisionomie politiche e giuridiche che caratterizzano i rapporti tra gli ordinamenti interni e le singole confessioni, rispetto ai principi generali (e alle loro specificazioni settoriali) riconducibili al diritto comunitario⁵³⁶. In questo senso, la soluzione adottata in occasione dell'accordo di revisione del concordato tra Stato italiano e Chiesa cattolica, formalizzata nell'art. 6 del Protocollo addizionale⁵³⁷, che rinvia - seppure per uno specifico ente, l'Università Cattolica del Sacro Cuore⁵³⁸ - alla

principi e valori”.

⁵³⁵ Anche il D.lgs n. 216/2003, attuativo della direttiva 2000/78/CE, ha ampliato le deroghe alla parità di trattamento. Cfr. sul punto **J. PASQUALI CERIOLI**, *Il lavoro*, in *Nozioni di diritto ecclesiastico*, cit., p. 187; **V. PACILLO**, *Contributo allo studio*, cit., p. 301.

⁵³⁶ Osserva al riguardo **M. RANIERI**, *Il primo incontro*, cit., che la sentenza in questione “sembra confermare la proposta teorica che individua nel principio di uguaglianza e non discriminazione un limite generale ordinamentale e di chiusura del sfruttando i pertugi interpretativi offerti dall'art. 4.2 - e primo fra tutti il richiamo ivi contenuto al rispetto dei principi generali del diritto dell'Unione - nonché, la funzione e il ruolo accordati a detto principio nella dimensione europea”.

⁵³⁷ Come noto, l'art. 6 del Protocollo Addizionale del Nuovo Accordo del 1984 (ratificato con legge n. 121 del 1985), rimanda alla sentenza n. 195 del 1972 (caso “Cordero”) nell'interpretazione dell'art. 10 dello stesso accordo del 1984, il quale prevede, al terzo comma, che «Le nomine dei docenti dell'Università Cattolica del Sacro Cuore e dei dipendenti istituti sono subordinate al gradimento, sotto il profilo religioso, della competente autorità ecclesiastica». Sul punto, osserva **F. FINOCCHIARO**, *Diritto ecclesiastico*, 11^a ed., Zanichelli, Bologna, 2012, pp. 301-302, come la tesi per la quale mancherebbe un collegamento logico tra l'art. 10.3 dell'Accordo e il canone 810 (I) del c.j.c. poiché la previsione concordataria prevede soltanto il gradimento dell'autorità ecclesiastica alla nomina del docente, solo sotto il profilo religioso e non anche di quello morale, non è da considerarsi conforme alla legge, poiché, spiega l'A. “[...]la valutazione di un docente, che si dica cattolico e sia chiamato a operare in una scuola cattolica, non può prescindere dall'esame del profilo morale avendo il rispetto dell'etica cattolica una parte non trascurabile nel giudizio di conformità del comportamento ai precetti religiosi”, aggiungendo, inoltre come lo stesso art. 6 del Protocollo addizionale dichiarando che l'art. 10.3 dell'Accordo non è innovativo nei confronti dell'art. 38 del Concordato del 1929, non fa che confermare tale disposizione, che, ai fini del rilascio del nullaosta da parte dell'autorità ecclesiastica, lega il giudizio morale a quello religioso.

⁵³⁸ Sul tema, **A. MANTINEO**, *Le Università cattoliche nel diritto della Chiesa e dello Stato*, Giuffrè, Milano, 1995. Per una prospettiva comparata, **AA. VV.**, *Organizzazioni di tendenza e formazione universitaria. Esperienze europee e mediterranee a confronto*, a cura di A.G. Chizzoniti, il Mulino, Bologna, 2006.



sentenza n. 195 del 1972⁵³⁹, diviene ancora più critico ove si consideri che nel quadro sovra-ordinamentale euro-comunitario vi è un indirizzo volto a salvaguardare, da un lato, quel margine di autonomia delle organizzazioni di tendenza, ma, dall'altro lato, specifica la tutela dei profili individuali dei singoli che, sia nell'operato CEDU che in quello della Corte di Giustizia, trovano importanti riferimenti di principio, sussumibili nell'alveo dei valori fondanti gli stessi ordinamenti profani.

In definitiva, il caso *Lombardi Vallauri*, affrontato in sede Cedu, e la sentenza in oggetto emanata dalla Corte di Giustizia, rappresentano due segnali particolarmente importanti poiché, seppur nella differenza dei meccanismi decisionali a livello giurisprudenziale, i due orientamenti denotano una tendenziale relativizzazione del *favor* nei confronti dell'autonomia confessionale⁵⁴⁰ che, lungi dall'essersi (concretamente) ridimensionato, sembra assestarsi su di una, quanto mai opportuna, prospettiva di bilanciamento valoriale, specificativa di un riposizionamento ermeneutico in grado di equilibrare, coerentemente, le diverse pretese in capo ai soggetti coinvolti.

⁵³⁹ Per un approfondimento sul caso, si veda **M. CROCE**, *La libertà religiosa nell'ordinamento costituzionale italiano*, ETS, Pisa, 2012, pp.165-169.

⁵⁴⁰ Secondo **G. D'ANGELO**, *Ordinamenti giuridici*, cit., p. 212, la decisione sul caso *Lombardi Vallauri*, rientra tra le decisioni della Corte che "maggiormente anticipano il suo tentativo di andare oltre i compiti che per essa sono stati inizialmente delineati dalla Convenzione, precostituendosi una strada per incidere in maniera più significativa sul terreno della discrezionalità nazionale".



Costanza Nardocci

(Post-Doc Research Fellow in Constitutional Law, Department of Italian and
Supranational Public Law, University of Milan)

**Equality & Non-discrimination between the European Court of Justice
and the European Court of Human Rights.
Challenges and Perspectives in the Religious Discourse**

ABSTRACT: Whereas gender, race and ethnicity have been placed at the very center of the rediscovery of European anti-discrimination law in the last decades, religion seems to stand in the backyard of European Agenda. Despite the increasing relevance of religion in the societal and public debate, Europe seems to barely consider religion in legislation and jurisprudence. No surprise therefore if the European Court of Justice delivered no case before 2017 and only two cases in 2017, the European Court of Human Rights rarely found violations of Article 9 ECHR compared to other conventional rights violations and both Courts have scarcely devoted the deserved attention to the discriminatory implications of the scrutinized cases. Moving ahead and beyond the legal background and given the cross-borders resonance of issues pertaining to human rights, the paper discusses and compares the European Union Court of Justice and the European Court of Human Rights approaches towards discrimination claims on religious ground, by highlighting weaknesses and challenges faced by the principle of equality and non-discrimination on account of religious belief at the European level. The parallel and combined investigation will thus offer an insight into the unsolved questions behind the understanding and the legal awareness towards religious discrimination.

SUMMARY: 1. Preliminary Remarks - *Part One: Setting the Stage: Theory and Rationale* - 2. The Notion of Religion: Where to Situate Manifestations of Religious Beliefs - 3. Direct & Indirect Discrimination under the EU and the ECHR system - 4. Balancing Freedom of Religion: the Proportionality Test in the Light of States' Margin of Appreciation - *Part Two: Highlights Stemming from the ECtHR & the EU CJ Case-Law* - 5. Introduction - 6. Religion: a Sidelined Factor of Discrimination? - 7. Direct or Indirect Discrimination. When the Comparator Makes the Difference - 8. Judiciary Self-Restraint and States' Discretion in Religion-Based Discrimination Claims - 9. Concluding Remarks. Beyond the Counter-Majoritarian Dilemma: Religious Minorities in the European Multicultural Era.



1 - Preliminary Remarks

Whereas gender, race and ethnicity have been placed at the very center of the rediscovery of European anti-discrimination law in the last decades, religion seems to stand in the backyard of European Agenda.

Despite the increasing relevance of religion in the societal and public debate, Europe seems to barely consider religion in legislation and jurisprudence.

No surprise therefore if the European Court of Justice delivered no case before 2017 and only two cases in 2017, the European Court of Human Rights rarely found violations of Article 9 ECHR compared to other conventional rights violations and both Courts have scarcely devoted the deserved attention to the discriminatory implications of the scrutinized cases.

Be it for its contentious linkage with the concepts of "choice and immutability"⁵⁴¹, efforts to tackle discriminations on religious belief have not yet invested all areas of EU anti-discrimination law, whose preference has been progressively devoted to other factors, even by leaving religion aside from the material scope of the *Race Directive* 43/2000/CE. The *Employment Equality Directive*, in fact, only prohibits discriminations on religious grounds in the fields of employment and occupation, vocational training, membership of employer and employee organizations, though refraining from following the *Race Directive* approach as to the width of protection.

Freedom of religion within the EU is then enshrined under Article 10, *Freedom of thought, conscience and religion*, of the EU Charter of Fundamental Rights together with the general guarantee of non-discrimination (Article 21) and that of cultural religious and linguistic diversity (Article 22).

On the Council of Europe side, the European Convention - through Article 9, 14 and, to some extent, 1, Protocol no. 12 - and the European Court of Human Rights (ECtHR) have instead played a prominent role in addressing issues pertaining to freedom of religion, though generally disregarding the discriminatory implications of the scrutinized cases and giving precedence to the safeguard of States' demand of neutrality in the public sphere⁵⁴².

⁵⁴¹ On this, arguably, ECJ, *Achbita v. G4S Secure Solutions NV*, AG KOKOTT, § 45 and § 116.

⁵⁴² On this, see J. RINGELHEIM, *Rights, Religion and the Public Sphere: the European Court of Human Rights in Search of a Theory?*, in C. Ungureanu, L. Zucca (editors), *Law, State and Religion in the New Europe. Debates and Dilemma*, Cambridge University Press, 2012, p. 283



Moving ahead and beyond the legal background and given the cross-borders resonance of issues pertaining to human rights, the paper intends to discuss and compare the European Union Court of Justice (ECJ) and the European Court of Human Rights (ECtHR) approaches towards discrimination claims on religious ground, by highlighting weaknesses and challenges faced by the principle of equality and non-discrimination on account of religious belief at the European level.

The parallel and combined investigation will thus offer an insight into the unsolved questions behind the understanding and the legal awareness towards religious discrimination.

In following this path, a specific focus will be devoted to the adequacy of approaching anti-discrimination claims by interlacing religion and ethnicity, as to avoid an unequal or “levelling down” treatment among grounds of discrimination, as well as to the challenges surrounding supranational Courts’ dependence on the comparator methodology.

As to its structure, part one presents a theoretical analysis of the existing safeguards towards discrimination on religious ground whereas part two investigates the ECtHR’s and the ECJ’s approaches in examining religious claims by focusing on the comparable and diverse system and mechanisms of anti-discrimination protection.

Ultimately, the paper will pave the way to the ECtHR and ECJ responses to the unavoidable question of “how much difference and diversity an open and pluralistic European society must tolerate within its borders and, conversely, [of] how much assimilation it is permitted to require from certain minorities”⁵⁴³ through the lens of the principle of equality and non-discrimination.

Part One

Setting the Stage: Theory and *Rationale*

2 - The Notion of Religion: Where to Situate Manifestations of Religious Beliefs

Reluctance from defining religion continues to play a role in the case-law of the ECtHR and the ECJ.

ss.

⁵⁴³ *Achbita v. G4S Secure Solutions NV, AG KOKOTT*, § 3.



Not only do Courts refrain from clarifying the notion of religion, but, even before its increasing impact in shaping societies and individuals' ways of life, the consistent case-law is likely to choose not to interfere with States' preferences as to the relationship between religious faith and national order.

Since EU law reflects the ECtHR's developments in the interpretation of the guarantees set forth under Article 9 of the ECHR⁵⁴⁴, it is worth framing the analysis within the fences of the Conventional system.

Even in the absence of a stark definition and partly because of that, the ECtHR embraces a broad definition of religious belief.

The ECtHR has in fact progressively recognized an open-ended list of religious beliefs and convictions protected under Article 9⁵⁴⁵, following the "loose and ill-defined"⁵⁴⁶ criteria suggested in *Campbell and Cosans v. United Kingdom*, where it spoke of "views that attain a certain level of cogency, seriousness, cohesion and importance"⁵⁴⁷.

⁵⁴⁴ See ECJ, *Asma Bougnaoui, Association de défense des droits de l'homme (ADDH) v. Micropole SA*, "[i]n accordance with that provision, that right includes freedom to change religion or belief and freedom, either alone or in community with others and in public or in private, to manifest religion or belief, in worship, teaching, practice and observance. As is apparent from the explanations relating to the Charter of Fundamental Rights (OJ 2007 C 303, p. 17), the right guaranteed in Article 10(1) of the Charter corresponds to the right guaranteed in Article 9 of the ECHR and, in accordance with Article 52(3) of the Charter, has the same meaning and scope. In so far as the ECHR and, subsequently, the Charter use the term 'religion' in a broad sense, in that they include in it the freedom of persons to manifest their religion, the EU legislature must be considered to have intended to take the same approach when adopting Directive 2000/78, and therefore the concept of 'religion' in Article 1 of that directive should be interpreted as covering both the forum internum, that is the fact of having a belief, and the forum externum, that is the manifestation of religious faith in public", §§ 29, 30.

⁵⁴⁵ See, § 36. On this, see **F.J. JACOBS, R. WHITE, C. OVEY**, *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2012. Among others, see ECtHR, *Jakobsky v. Poland* (Buddhism); *Genov v. Bulgaria* (Hinduism); *W. v. United Kingdom* (veganism); *Jehovah's Witnesses of Moscow and Others v. Russia* (The Jehovah's Witnesses); *Izzetin Dogan v. Turkey* (Alevism); *Francesco Sessa v. Italy* (Judaism); *Leyla Sahin v. Turkey* (Islam);

⁵⁴⁶ **F.J. JACOBS, R. WHITE, C. OVEY**, *The European Convention on Human Rights*, cit., p. 403.

⁵⁴⁷ A more elaborated reflection of what constitutes a religious belief can be found in *Eweida and Others v. UK*, where the ECtHR argued that "[e]ven where the belief in question attains the required level of cogency and importance, it cannot be said that every act which is in some way inspired, motivated or influenced by it constitutes a 'manifestation' of the belief. Thus, for example, acts or omissions which do not directly express the belief concerned or which are only remotely connected to a precept of faith fall outside the protection of Article 9 § 1[...]. In order to count as a 'manifestation' within the meaning of Article 9, the act in question must be intimately linked to the religion or belief", § 82. By



Since the *Kokkinakis v. Greece* case and in the light of § 2, the ECtHR has also expanded Article 9's protection to the so-called *forum externum* admitting that, alongside "matter[s] of individual conscience"⁵⁴⁸ dealing with the *forum internum* aspect, religious freedom "implies [...] freedom to 'manifest [one's] religion'", meaning "freedom to hold or not to hold religious beliefs and to practice or not to practice a religion"⁵⁴⁹ in fields such as employment or education.

The dual dimension of the protection - in terms of its private and public aspect together with its individual and collective resonance⁵⁵⁰ - echoes the prominent place of Article 9 within the Convention system as it represents, as the Court suggested, "one of the most vital elements that go to make up the identity of believers and their conception of life [...], a precious asset for atheists, agnostics, sceptics and the unconcerned"⁵⁵¹ as well as one of the foundations of a democratic society due to its linkage with pluralism, tolerance and broadmindedness⁵⁵².

Whereas freedom of religion (*forum internum*) is an absolute right with no restrictions, freedom to manifest religious beliefs clearly illustrates the challenges faced by multiethnic and multi-religious societies in accommodating religious diversity within national borders or, conversely, in preserving a policy of State neutrality.

contrast, a detailed indication of cases where the ECtHR refused to apply Article 9, § 1, can be found in *Guide on Article 9 of the European Convention on Human Rights*, 2018, p. 13 ss.

⁵⁴⁸ ECtHR, *Kokkinakis v. Greece*, § 31.

⁵⁴⁹ ECtHR, *Leyla Sahin v. Turkey*, § 104.

⁵⁵⁰ In Article 9's perspective, the community element "goes beyond the mere coming together of individuals in the collective enjoyment of their individual freedom and extends to the recognition of an associative life which is to be protected as a necessary expression of that freedom. Within that religious associative life, individuals will be bound by its rules and the primary protection for their right to freedom of thought, conscience and religion lies in their being able to leave and disassociate themselves from the community. The state is to avoid entering into religious or doctrinal questions within that associative life, other than to test them for compatibility with the foundational convention values of democratic governance, pluralism and tolerance. It is not for the Court to comment on the practices of the religious community, although they may of course be limited in accordance with Article 9(2)", **M.D. EVANS**, *Manual on the Wearing of Religious Symbols in Public Areas*, Council of Europe Publishing, 2009, p. 34. In the case-law, see ECtHR, *Metropolitan Church of Bessarabia and Others v. Moldova*, § 118; *Izzetin Dogan and others v. Turkey*; *Moscow Branch of the Salvation Army v. Russia*.

⁵⁵¹ ECtHR, *Kokkinakis v. Greece*, § 31.

⁵⁵² For an in-depth investigation, see **J. RINGELHEIM**, *Diversité culturelle et droits de l'homme. La protection des minorités par la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylants, Bruxelles, 2006.



It is therefore subjected to the limitations set forth under Article 9, § 2, keeping in mind the principles outlined in the ECtHR's case law: the preservation of a sentiment of "mutual tolerance between opposing groups"⁵⁵³; the safeguard of pluralism⁵⁵⁴; the necessity to strike a balance among opposite interests acknowledging the individual and collective dimension of the claims in a non-majoritarian perspective.

Irrespectively on the model of society adopted by the Contracting States, the ECtHR has thus provided some, although poor, guidance to the question of what constitutes manifestation of religion or belief.

Moving beyond the adamant dichotomy between conducts that are "motivated or influenced by a religion or belief"⁵⁵⁵ and the relevant conduct required by Article 9 § 1 as being a manifestation of the belief in "practice"⁵⁵⁶, in *Jakòbski v. Poland* the Court began to suggest a softer approach qualifying, in that case, as a religious practice a meat-free dietary request. Without so much delving into its qualification as an act motivated by religion or as a pure manifestation of religion, the Court simply argued that

"without deciding whether such decisions are taken in every case to fulfil(sic) a religious duty [...] the Court considers that the applicant's decision to adhere to a vegetarian diet can be regarded as motivated or inspired by a religion and was not unreasonable"⁵⁵⁷.

Similarly, overturning *Dahlab v. Switzerland* where it was described as a "powerful external symbol" not protected under Article 9, the consistent ECtHR's case-law now plainly qualifies the Islamic headscarf as a religious protected under Article 9 of the European Convention⁵⁵⁸.

Notwithstanding the wider approach reached by the more recent case-law as to enlargement of the notion of religious manifestations, the ECtHR has though not yet provided sufficient guidance as to the definition of religion within the meaning of Article 9 and, mostly, with respect to the admitted restrictions, especially when minorities are concerned.

Despite lack of clarity in defining grounds of discrimination recurs in almost any branch of anti-discrimination law, the presumed non inherent nature of religion, as a chosen rather than intrinsic human trait such as

⁵⁵³ *Inter alia*, ECtHR, *Metropolitan Church of Bessarabia and Others v. Moldavia*, § 123.

⁵⁵⁴ ECtHR, *Serif v. Greece*, § 53.

⁵⁵⁵ ECtHR, *Pretty v. United Kingdom*, § 123.

⁵⁵⁶ See on this the strict approach endorsed by the Commission in *Arrowsmith v. United Kingdom*.

⁵⁵⁷ ECtHR, *Jakòbski v. Poland*, § 45.

⁵⁵⁸ The reference here is specifically to *S.a.s. v. France*.



gender, sex or race - so greatly emphasized in the AG opinions in *Achbita* and *Bouagnoui* as it will be further discussed -, seems to trigger the risk of hierarchical approaches to religion-based discrimination claims⁵⁵⁹.

As to the *status* of religion confronted with other grounds of discrimination, at least in one case the ECtHR has pooled religion with ethnicity.

From this angle, a point worth mentioning revolves around the relationship between religion and ethnicity due to the relationship entertained by the latter with the notion of race.

Do ethnicity and religion complement each other or do they always consist in two separate grounds of discrimination, entailing separate reviews?

Neither the Strasbourg Court or EU law offer responses, but a suggestion in the direction of a joint consideration of ethnicity and religion was prompted by the ECtHR in *Timishev v. Russia*.

In the attempt to make a distinction between race and ethnicity, the Court held that

“[e]thnicity and race are related and overlapping concepts. Whereas the notion of race is rooted in the idea of biological classification of human beings into subspecies according to morphological features such as skin color or facial characteristics, *ethnicity has its origin in the idea of societal groups marked by common nationality, tribal affiliation, religious faith, shared language, or cultural and traditional origins and backgrounds*”.

However, the established connection between religion and ethnicity, as intertwined factors⁵⁶⁰, leaves the door open to the treatment reserved to the latter in the ECtHR case-law.

Whilst discriminations based on ethnicity require very weighty or compelling reasons to be justified under the Convention⁵⁶¹, in that echoing the safeguard afforded to race, even after *Vojnity v. Hungary*⁵⁶² in which for

⁵⁵⁹ The topic will be further discussed under Part Two.

⁵⁶⁰ See, ECtHR, *Milanovic v. Serbia* (no. 7) § 97.

⁵⁶¹ For an analysis of the ECtHR's case-law on racial and ethnic discrimination, see C. NARDOCCI, *Razza e etnia. La discriminazione tra individuo e gruppo nella dimensione costituzionale e sovranazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016.

⁵⁶² ECtHR, *Vojnity v. Hungary*, where the Court argued, for the very first time, that “in the light of the importance of the rights enshrined in Article 9 of the Convention in guaranteeing the individual's self-fulfilment, such a treatment will only be compatible with the Convention if very weighty reasons exist”, § 36. For a more detailed analysis of the rationale upheld in the case, see J. GERARDS, *The Margin of Appreciation Doctrine, the Very Weighty Reasons Test and Grounds of Discrimination*, in M. Balboni (ed), *The principle of*



the very first time the ECtHR spoke of religion as a suspected ground, scrutiny on religion-based discriminations continues to rest on the wide margin of appreciation afforded to the Contracting States and on a slightly lenient review⁵⁶³.

3 - Direct & Indirect Discrimination under the EU and the ECHR system

Another facet warrant a preliminary reflection deals with the direct and indirect forms of discrimination from their theorization to their concrete application.

The European Convention and EU law recognize the multidimensional nature of discrimination, sanctioning conducts that imply differences in treatment based on suspected grounds and practices that, although couched in neutral terms, cause disadvantages on a group.

How these notions of discrimination have been interpreted and applied in the case-law on religious freedom will be further analyzed.

The purpose here is to briefly highlight the ongoing challenges encountered by Courts in verifying the recurrence of either a direct or indirect forms of discrimination in order to better investigate the case-law analysis proposed in Part Two.

To begin with, the first one concerns the identification of the *tertium comparationis*, be it the individual or the group, and its nature, be it concrete or hypothetical.

In the former, dependent on the individual or group based approach is the interpretation of the act at issue as direct or indirect discrimination, which might be contested over trials due to the absolute prohibition of direct discriminations versus the possible reasonable and objective justification underneath a disparate impact or a particular disadvantage suffered by the group.

discrimination and the European Convention of Human Rights, Editoriale Scientifica, Napoli; **L. PERONI**, "Very Weighty Reasons" for Religion: *Vojnity v. Hungary*, in *StrasbourgObserver.com*; **K. HENRARD**, Duties of Reasonable Accommodation. In Relation to Religion and The European Court of Human Rights: a Closer Look At The Prohibition of Discrimination, the Freedom of Religion and Related Duties of State Neutrality, in *Erasmus Law Review*, 2012, p. 59.

⁵⁶³ On this, see **S. FREDMAN**, *Emerging from the Shadows: Substantive Equality and Article 14 of the European Convention on Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, in *Human Rights Law Review*, 2016, p. 273 ss.; **O. ARNARDOTTIR**, Vulnerability under Article 14 of the European Convention on Human Rights Innovation or Business as Usual?, in *Oslo Law Review*, p. 150 ss. In the ECtHR case-law, see *Lautsi and Others v. Italy*, and *S.A.S. v. France*.



In the latter, the path from the traditional antidiscrimination model centered on a merely comparative approach to the so-called substantive rights model, endorsed by EU law, has brought about an extension of the antidiscrimination principle in terms of its capability to intercept discriminatory behaviors even when a concrete comparator is lacking.

This is especially true for EU law and for the suggested definition of direct and indirect discrimination that came with the Race Directive 2000/43 and the Framework Directive 2000/78.

As to indirect discrimination, EU law does not require anymore the proof of a disparate impact supported by a comparative analysis, but merely the hypothetical feasibility of a particular disadvantage that might occur on a disadvantaged social group⁵⁶⁴.

With respect to direct discrimination, following the *Feryn* case⁵⁶⁵, on the interpretation of certain provisions of the Race Directive, the ECJ has paved the way to a new approach to direct discrimination, unleashing the causal link between the conduct and the quest for a concrete detrimental effect: in other words “the comparator need not ‘exist’; establishment of the probability of ‘his’ or ‘her’ better treatment will be enough”⁵⁶⁶.

Before the ECtHR however contours appear blurred.

Article 14’s weakness has largely impacted on the scarce implementation of antidiscrimination cases together with the habit of the ECtHR to neglect investigation over alleged violations of Article 14. This results in few violations of Article 14 and in a less detailed theoretical approach as to the distinction between direct and indirect discrimination - the former is never explicitly mentioned in the case-law as such - and to the role of the comparator methodology.

⁵⁶⁴ On this, EU law shows to follow the ECJ’s approach explained in the *O’Flynn* case where the ECJ stated that: “unless objectively justified and proportionate to its aim, a provision of national law must be regarded as indirectly discriminatory if it is intrinsically able to affect migrant workers more than national workers and if there is a consequent risk that it will place the former at a particular disadvantage. It is not necessary in this respect to find that the provision in question does in practice affect a substantially higher proportion of migrant workers. It is sufficient that it is liable to have such an effect. Further, the reasons why a migrant worker chooses to make use of his freedom of movement within the Community are not to be taken into account in assessing whether a national provision is discriminatory. The possibility of exercising so fundamental a freedom as the freedom of movement of persons cannot be limited by such considerations, which are purely subjective”, § 20.

⁵⁶⁵ ECJ, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contro Firma Feryn NV.*

⁵⁶⁶ E. HOLZLEITHNER, *Mainstreaming Equality: Dis/Entangling Grounds of Discrimination*, in *Transnat'l L. & Contemp. Probs.*, 2005, p. 934.



Whereas the consistent interpretation of Article 14 has been developed since the well-known *Belgian Linguistic* case on the criteria revealing discrimination on suspected grounds, the very first case the ECtHR found the recurrence of an indirect discrimination is fairly recent and dates back in 2007 with the *D.H. & Others* case, where the Strasbourg Court held that "a difference in treatment may take the form of disproportionately prejudicial effects of a general policy or measure which, though couched in neutral terms, discriminates against a group"⁵⁶⁷.

Secondly, another difficulty might arise in the identification of the "correct" or "true" comparator. As it will be further discussed, a wrongful comparison might be sometimes used by Courts in the attempt to dismiss cases or merely to deny the recurrence of a directly discriminatory behavior⁵⁶⁸.

A third argument that can possibly affect the choice of the comparator regards the establishment of the individual's membership or affiliation to the targeted group.

To this regard, both systems openly recognize the possibility to sanction discriminatory conducts even without a deep rooted investigation on the victim's affiliation and merely looking at his or hers presumed or perceived characteristics (the so-called discrimination by association). This is of crucial importance for a claim to be successful in cases covering inherent individual traits such as gender, race, ethnicity and religion as well⁵⁶⁹, where the lack of definitions and of universally accepted criteria establishing membership may impede Courts' finding of alleged violations.

Beyond the implications surrounding the identification of the *tertium comparationis*, stands the role of Courts in rooting out discriminatory conducts. The extent to which Courts afford discretion in ascertaining who is the comparator - the individual or the group - and from which perspective - the concrete or the hypothetical one - may in fact very much affect the qualification of a behavior as directly or indirectly discriminatory, the subsequent severity of the scrutiny and eventually the outcome of the case.

Moving on from this line of reasoning, the group concept featuring indirect discriminations impacts on a fourth challenge that involves procedural issues in anti-discrimination law and, more specifically, the gathering evidence process.

⁵⁶⁷ See, also, ECtHR, *Biao v. Denmark*, § 107.

⁵⁶⁸ See, **S. HAVERKORT**, p. 208, and Part Two.

⁵⁶⁹ See, ECJ, *S. Coleman v. Attridge Law and Steve Law*; ECtHR, *Škorjanec v. Croatia*.



As to the evidence, since *D.H. and Others v. Czech Republic*, the ECtHR has firmly established statistics as admitted evidence of indirect discrimination and same is for the ECJ.

Difficulties for both forms of discrimination might though remain in cases of conducts lacking data or whose not reliance on a normative legal basis makes it complex to verify their concrete, and likely discriminatory, realization.

Alongside statistics, another challenge has to do with the rules on the burden of proof that might be sometimes shared between the complainant and the respondent, meaning shifted from the former to the latter, as it has been admittedly held by the ECtHR in hate-crime cases⁵⁷⁰.

To sum up, the unbinding interlace between substantial and procedural aspects encompasses both systems of anti-discrimination strategy. What may make the difference is the supranational Courts' tendency to avoid or, conversely, tackle discriminatory behaviors as the jurisprudence on religious discrimination will reveal.

4 - Balancing Freedom of Religion: the Proportionality Test in the Light of States' Margin of Appreciation

How Courts verify the recurrence of a violation of the principle of equality and non-discrimination and the weight attached to the so-called proportionality test also warrants reflection.

Both the ECJ and the ECtHR require that a fair balance among competing interests, that of the individual and that of the community, needs to be struck in order to reject a presumption of discrimination.

A three step analysis where appropriateness, necessity and the so-called "proportionality *strictu sensu*" - in that it has to be established a proportionality between "the aim(s) of the measure and the interest(s) harmed" - or, in the case of the ECtHR, a more loose and sometimes lenient scrutiny of reasonableness, need to be judicially ascertained.

It is beyond the scope of this paper to fully examine the ways in which the ECJ and the ECtHR undertake this test⁵⁷¹. These mechanisms nevertheless call into question Courts' assessment of proportionality, meaning the intensity of the review and the elements that come into play.

⁵⁷⁰ See ECtHR, *Nachova and Others v. Bulgaria*.

⁵⁷¹ *Inter alia*, S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylants, Bruxelles, 2001.



Firstly, the intensity of the proportionality test varies and performs differently on account of the wide or *viceversa* narrow margin of appreciation afforded to national States⁵⁷². This means that the strictness of the review largely depends on the width of control Courts accept to exercise towards national States.

As it will be outlined below, in religion-based discriminatory claims, the ECJ's and the ECtHR's stance appears that of softening the proportionality test by giving precedence to States' margin of discretion, therefore avoiding a thoroughly investigation on the invoked violation of the non-discrimination principle. Be it for the assumed better placed position enjoyed by national States, where ethics and moral have a say, or for the lacking political representation affecting both Courts, when religious discrimination enters the scene hardly Courts end up with the finding of violations.

Secondly, though there is no explicit hierarchy among factors of discrimination⁵⁷³, the case-law on religion-based discrimination claims reveals, in the writer's perspective, a marked tendency in making use of the margin of appreciation doctrine in cases involving religious freedom through references to the lacking consensus among the member States.

Thirdly, the increasing "popularity" of secularism in deciding claims - especially when conceived as implying the neutrality of public spaces - has greatly affected the reasoning underling the proportionality test⁵⁷⁴. The Strasbourg Court, in particular, has shown a preference to surrender proportionality to secularism by interpreting it as an objective justification of interferences with religious manifestations.

All these three aspects will be jointly considered in the light of the selected case-law in Part two of the paper.

⁵⁷² See, for an insight into the implication surrounding the margin of appreciation doctrine, **G. LETSAS**, *A theory of interpretation of the European Convention of Human rights*, Oxford University Press, 2007; **E. BENVENISTI**, *Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards*, in *International Law and Politics*, p. 843 ss.; **E. BREMS**, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights*, in *Journal of international law*, 1996, p. 240 ss.

⁵⁷³ For the European Union, see EU Commission, Communication, *Non-Discrimination and Equal Opportunities: A Renewed Commitment*, 2008, 420 final, p. 4.

⁵⁷⁴ An example of this might be that of ECtHR's *Ebrahimian v. France* with a specific reference to the partially concurring opinion of Judge **O'LEARY** and to the dissenting opinion of Judge **DE GAETANO**. See, likewise, ECtHRS.*a.s. v. France*.



Part Two

Highlights Stemming from the ECtHR & the EUCJ Case-Law

5 - Introduction

The diverse nature of the ECJ and the ECtHR in handling human rights claims results in a quantitative and qualitative diversity of the respective case-law on religion-based discriminations.

Despite the non-extensive ECtHR's jurisprudence on Article 9 taken alone and in conjunction with Article 14 compared to other conventional rights violations, the ECtHR has nevertheless intervened in a variety of sectors from education to employment, from religious minorities' recognition to the status of Churches within the contracting States.

The ECJ has instead only in 2017 delivered its very first two cases on religious manifestations in the private employment sector⁵⁷⁵, therefore suggesting to confine the here proposed comparative analysis within the narrower borders of religion discrimination in the employment sector. The choice won't nevertheless limit the enrichment of the reasoning through references to the overall ECtHR's case-law on Article 9 and 14 of the European Convention.

In the following section, the purpose is to closely compare ECJ's *Achbita* and *Bougnaoui* cases to the Strasbourg Court's relevant jurisprudence with a specific focus on *Eweida & Others v. UK*⁵⁷⁶ and *Ebrahimian v. France*⁵⁷⁷.

In doing so, three points will be addressed: the seemingly deficiency of religion as ground of discrimination juxtaposed to its increasing relevance in the societal debate and to other factors of inequalities; the

⁵⁷⁵ Following *Achbita* and *Bougnaoui*, the ECJ decided two other cases on the implementation on the Employment Equality Directive: *Vera Egenberger versus Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e.V* on the interpretation of Article 4(2) with regard to the so-called autonomy rights of religious organizations versus the rights of their employees to not be discriminated on the ground of religion (17th April 2018).

⁵⁷⁶ For a comment, see, *inter alia*, **M. PEARSON**, *Article 9 at a Crossroads: Interference before and after Eweida [notes]. Recent Developments*, in *Human Rights Law Review*, 2013, p. 580 ss.

⁵⁷⁷ *Inter alia*, see, **N. MARCHEI**, *Ebrahimian c. Francia: una nuova vittoria per il principio di neutralità dello Stato*, in *Quaderni Costituzionali*, 2016, p. 143 ss.; **L. VICKERS**, *Freedom of Religion or Belief and Employment Law*, in *Religion & Human Rights: An International Journal*, 2017), p. 164 ss.



misleading consequences ensuing the choice of the comparator and Courts' failure to adequately address religious discriminations; Courts' tendency to refrain from assessing religion-based discriminations, disregarding the proportionality test, in the attempt to safeguard States' margin of appreciation and the principle of secularism.

Before delving into these arguments, the facts at issue warrant a preliminary examination.

Both *Achbita* and *Bougnaoui* concern the legal question as to whether a private employer can prohibit the wearing of religious symbols at work in the pursuit of a policy of neutrality within the framework of the Employment Equality Directive.

In the first one, *Achbita*, a receptionist, after years of employment, was notified that the workplace regulation would have no more consented the wearing of any visible signs at work. Her refusal to comply with such regulation was at the core of her dismissal, later on brought before the ECJ. The preliminary question invested Article 2(2)(a) of Directive 2000/78 as the referring Court asked whether the above mentioned provision

"must be interpreted as meaning that the prohibition on wearing an Islamic headscarf, which arises from an internal rule of a private undertaking imposing a blanket ban on the visible wearing of any political, philosophical or religious sign in the workplace, constitutes direct discrimination that is prohibited by that directive".

Conversely, in *Bougnaoui*, the ban of wearing the Islamic headscarf was put forward at the very beginning of the recruitment process, having the private undertaking Micropole notified Ms *Bougnaoui* that "the wearing of an Islamic headscarf might pose a problem when she was in contact with customers of the company"⁵⁷⁸. Despite Ms *Bougnaoui*'s option of wearing the Islamic headscarf during the internship, Micropole first employed her as a design engineer and later on dismissed her on account of the complaints alleged by some company's customers' towards her meeting them veiled. The preliminary question here was different in as much as it concerned the exception to the prohibition of discrimination set forth under Article 4(1)⁵⁷⁹.

⁵⁷⁸ ECJ, *Asma Bougnaoui, Association de défense des droits de l'homme (ADDH) v. Micropole SA*, § 13.

⁵⁷⁹ Article 4(1): "Notwithstanding Article 2(1) and (2), Member States may provide that a difference of treatment which is based on a characteristic related to any of the grounds referred to in Article 1 shall not constitute discrimination where, by reason of the nature of the particular occupational activities concerned or of the context in which they are carried out, such a characteristic constitutes a genuine and determining occupational requirement, provided that the objective is legitimate and the requirement is proportionate".



Eweida and Others v. the United Kingdom and *Ebrahimian v. France* hinged instead upon the restrictions placed on the applicants' wearing religious symbols at work - a British Airways employee, a geriatrics nurse and a hospital social worker - and their compatibility with Article 9 of the European Convention, alone and in conjunction with Article 14.

6 - Religion: a Sidelined Factor of Discrimination?

"What is different about religion? Has anti-religious sentiment become so normalized in Europe, that it has become invisible - the new normal?"⁵⁸⁰.

The above comment may be similarly paraphrased questioning what is wrong with religion in the human rights realm.

Although the *status* of religion in international human rights law goes well beyond the scope of the paper, yet the arena where the ECJ and the ECtHR operate may provide some food for thoughts on this point.

In fact, ECJ's cases on religious discrimination in the workplace sharply brought about the question as to whether religion may need to be placed on an equal footing with other grounds of discrimination. Dismissing *Chacón Navas*'s rationale, as all grounds of discrimination require equal treatment before the law, the interpretation suggested in *Achbita* seems hardly consistent with that precedent.

On the opposite, the ECtHR has only recently overcome, at least theoretically, its dubious approach naming religion as a suspected ground of discrimination subjected to the so-called very weighty reasons test within the meaning of Article 14. Nevertheless, arguably, assessments of Article 14 violations keeps on being a rare outcome, suggesting that religion may not be so suspect as formally stated in *Vojnity v. Hungary*.

The purpose here is to list, in their essence, the arguments that support the rationale of religion as being neglected as a suspected ground in the European jurisprudence and, conversely, to advocate for the equal treatment of religion-based discriminations.

Firstly, when religion is at stake, Courts appear to rely on a "structural" or "ontological" argument, in as much as religion is perceived as being inherently bonded with choice and personal autonomy.

⁵⁸⁰ E. BREMS, *Analysis: European Court of Justice Allows Bans on Religious Dress in the Workplace*, in *Blog of the IACL*, AIDC 2017 (<https://iacl-aidc-blog.org/2017/03/25/analysis-european-court-of-justice-allows-bans-on-religious-dress-in-the-workplace>). Talks about freedom of religion as a human right "under pressure", H. BIELEFELDT, *Freedom of Religion or Belief. A Human Right under Pressure*, in *Oxford Journal of Law and Religion*, 2012, p. 15 ss.



The idea is that no one is born with a religious faith - that is something that is believed as nursing across everyone's life experiences and education -, whereas all human beings may be somewhat classified depending on their sex or race. The former may be gauged and tempered, the latter don't, affording them with higher protection.

To smooth the approach, Courts have dwelled on the dichotomy *forum internum/forum externum*, suggesting that, when such a difference applies, as long as manifestations of religious freedom is a matter of choice, restrictions may be legitimate when justified under the proportionality test⁵⁸¹.

This line of reasoning has been explicitly advanced by AG Kokott in *Achbita*, where she admitted that

"[w]hat constitutes 'religion' is an inherently complex matter in which objective factors combine with elements of each individual's subjective convictions", arguing that "unlike sex, skin colour, ethnic origin, sexual orientation, age or a person's disability, the practice of religion is not so much an unalterable fact as an aspect of an individual's private life, and one, moreover, over which the employees concerned can choose to exert an influence. While an employee cannot 'leave' his sex, skin colour, ethnicity, sexual orientation, age or disability 'at the door' upon entering his employer's premises, he may be expected to moderate the exercise of his religion in the workplace".

Despite the arguable equation - in that exterior manifestations of individual affiliation may similarly take place with respect to cultural or ethnic membership or even with sexual orientation - the statement is debatable. As AG Sharpston in *Bougnaoui* pointed out

"to someone who is an observant member of a faith, religious identity is an integral part of that person's very being. Of course, depending on the particular rules of the religion in question and the particular individual's level of observance, this or that element may be non-compulsory for that individual and therefore negotiable. But it would be entirely wrong to suppose that, whereas one's sex and skin colour accompany one everywhere, somehow one's religion does not".

Thus, in connecting religion with personal identity, the question appears no more than that of interpreting religion as an immutable or a chosen factor in itself routinely banned from the proportionality analysis, but rather that of whether religious manifestations may be balanced with other

⁵⁸¹ Examples of this trend, although the ECtHR is not very consistent in undertaking the proportionality analysis, may be found extensively in its case-law: see, *inter alia*, *S.a.s. v. France*; *Leyla Shain v. Turkey*; *Mann Singh v. France*; *Phull v. France*; *El Morsli v. France*; *Ebrahimian v. France*.



competing interests in the justification test⁵⁸² and, most importantly, through which reasonable accommodation strategies⁵⁸³.

In *Achbita*, the ECJ has steadily followed AG Kokott's view as its contentious theorization of direct discrimination, that "exists only when a measure targets a single religion or a selection of religions, but not when a measure targets all religions and beliefs"⁵⁸⁴, plainly shows⁵⁸⁵.

To sum up on this first aspect, it emerges from the case-law: a trend to isolate religion in reviewing discrimination claims, together with "a failure to engage with the intersection of gender, religion and ethnicity"⁵⁸⁶; subsequently, a likelihood that the protection afforded to it would be insufficient as manifestations of religious freedom are often prevented from being fairly balanced with their competing interests.

A further argument that buttresses the thesis of religion as a separate ground arises out from the strictness of the review on alleged Article 14's breaches with respect to the "very weighty reasons test"⁵⁸⁷.

Although the ECtHR's case-law is consistent in formally including religion within the suspect grounds list, it nevertheless scarcely draws the consequences from it, as the "very weighty reasons test" rarely applies.

One reason for it may be that the ECtHR highly relies on the margin of appreciation doctrine and on its corollaries of subsidiarity and consensus.

Well-known is the key role of the margin of appreciation doctrine towards suspect discrimination grounds, in that the more suspect the ground is, the narrower the margin will be and *viceversa*. Yet, despite the suspectness of religion, the ECtHR has still not often taken a coherent approach when religion was involved.

An explanation to this may be found in the "common ground approach" that calls for a widened margin of discretion when uniform standards across the member States are lacking. The weight attributed to the consensus argument is transparent in the ECtHR's case-law on the

⁵⁸² See, on this, **L. VICKERS**, *ECJ headscarf series (2): the role of choice; and the margin of appreciation* (in www.strasbourgobserver.it).

⁵⁸³ On this, see **K. HENRARD**, *Duties of Reasonable Accommodation*, cit. With regard to the UK's developments on this issue following the *Eweida and Others* case, see **E. GRIFFITHS**, *The 'reasonable accommodation' of religion. Is this a better way of advancing equality in cases of religious discrimination?*, in *International Journal of Discrimination and the Law*, 2016, p. 161 ss.

⁵⁸⁴ **E. BREMS**, *Analysis*, cit.

⁵⁸⁵ On this, see paragraph 5.

⁵⁸⁶ **M. BELL**, *Leaving Religion at the door? The European Court of Justice and Religious Symbols in the Workplace*, in *Human Rights Law Review*, 2017, p. 791.

⁵⁸⁷ On this, for further analysis, **J. GERARDS**, *The Margin of Appreciation Doctrine*, cit.



display of religious symbols in the public sphere⁵⁸⁸ and, to same extent, even in ECJ's *Achbita*.

With the exceptions of *Eweida v. UK* and *Hamidovic v. Bosnia Erzegovina*⁵⁸⁹, where the ECtHR found a violation of Article 9 taken alone, all other judgements rest in fact on the little common ground argument among the member States to justify the legitimacy of the interference⁵⁹⁰.

Interestingly, *Eweida* and *Hamidovic* contradict the majoritarian approach, since the ECtHR refused to confine Article 9's protection to the *forum internum* limb, admitting that

“[f]reedom 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*”⁵⁹¹.

Beyond this, another reason for the limited applicability of the “very weighty reasons test” lies in the rationale endorsed in *Vojnity v. Hungary*, where the ECtHR stated that

“in the light of the importance of the rights enshrined in Article 9 of the Convention in guaranteeing the individual’s self-fulfilment, such a treatment will only be compatible with the Convention if very weighty reasons exist”.

In connecting religion with the notion of self-fulfilment, the ECtHR has in fact allowed “some room for differentiation, in that the ‘suspectness’ of the discrimination may depend on the severity of the related interference with the freedom of religion”⁵⁹². On this note, the decision upheld in *Chaplin v.*

⁵⁸⁸ With a specific focus on education and religion, see, *inter alia*, E. HOWARD, *Law and the wearing of religious symbols: European bans on the wearing of religious symbols in education*, Routledge, 2013.

⁵⁸⁹ More recently, the ECtHR found another violation of Article 9 taken alone in *Lachiri v. Belgium*, on the prohibition to wear the Islamic headscarf in a courtroom. In the application though there was no reference to an alleged violation of Article 14, read in conjunction with Article 9 of the ECHR, and therefore, despite the agreeable conclusion of the ECtHR, the discriminatory facets of the case at issue again lack the deserved attention. For a comment, see F. CRANMER, *Hijabs again: Lachiri v Belgium* (in *lawandreligionuk.com*).

⁵⁹⁰ ECtHR, *S.a.s. v. France* is a landmark case on this point. See §§ 154 ss.

⁵⁹¹ ECtHR, *Eweida and Others v. United Kingdom*, § 94.

⁵⁹² J. GERARDS, *The Margin of Appreciation Doctrine*, cit., p. 17. The A. concludes on this that “it seems probable that religion is a ‘suspect’ ground justifying a very weighty reasons test only in specific cases, namely if the discrimination is directly and essentially based on religious convictions and application of a strict test is sufficiently supported by European opinions”.



United Kingdom, where the ECtHR considered legitimate the interference within the applicant's right to wear a Christian cross while working as a nurse at a State hospital juxtaposed to that in *Eweida*, collocates quite coherently within this line of reasoning.

A tempered scrutiny in religious discrimination cases may also be found in the ECJ's jurisprudence when comparing *CHEZ* on indirect ethnic discrimination and *Achbita*. The latter shows in fact a weakness in disclosing indirect discriminations since the ECJ denied to investigate, as it conversely did in the former,

"whether the disadvantages caused by the practice at issue [were] disproportionate to the aims"⁵⁹³, meaning to balance "the needs of the corporate policy with the disadvantages imposed on the individual affected"⁵⁹⁴.

The morals facet that engages with religious freedom also plays a role in broadening the margin of discretion, in that it is usually left to the contracting States, better placed, the qualification of what morals is in a democratic society⁵⁹⁵. This leads us to the third argument that rightly lies in the intersection between religion and morals and on their impact in expanding States' margin of appreciation.

As religion is conceived as being filled with ethics and morals and the latters often demand for a deference to the member States, the ECtHR is used to following this approach by widening up the margin of appreciation and abdicating to a stricter review on religion-based discriminations.

That was the case, *inter alia*, of *S.a.s. v. France*⁵⁹⁶ in that the Court pushed back the question of how to shape society before increasing religious and cultural diversity. Although, it might be a welcome response, due to the subsidiary role of the ECtHR and the democratic principle, nonetheless, the departure from the justification test sheds light over the suspected anti-minoritarian sentiment prevailing within the ECtHR⁵⁹⁷.

Ultimately, in the light of the foregoing - the structural difference of religion as a ground of discrimination; the lenient review; the wide margin of appreciation - the impression is that: a) the presumed heterogeneity of

⁵⁹³ ECJ, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD v. Komisia za zashtita ot diskriminatsia*, § 123.

⁵⁹⁴ **M. BELL**, *Leaving Religion at the door?*, cit., p. 794.

⁵⁹⁵ ECtHR, *Handyside v. United Kingdom*, § 48.

⁵⁹⁶ For a comment, see, *inter alia*, **H. YUSUF**, *S.A.S v France. Supporting 'Living Together' or Forced Assimilation?*, in *International Human Rights Law Review*, 2014, p. 277 ss.; **J. MARSHALL**, *S.A.S. v France: Burqa Bans and the Control or Empowerment of Identities*, in *Human Rights Law Review*, 2015, p. 369 ss.

⁵⁹⁷ This point will further addressed in paragraph 6.



religion *vis-a-vis* to other grounds is not justified in that it constitutes an integral part of a person's very being; b) the twofold dimension underlying the difference between the *forum internum* and *externum* would envision a similar approach to ethnicity which may likely present exterior facets colliding with the rights of others; c) the resort to a wide margin of appreciation coupled with the consensus argument might entail risks of disregarding minoritarian positions⁵⁹⁸; d) deference to the member States when it boils down to choices involving religion and morals, without a case-by-case scrutiny on the proportionality of the interference, may result in the abdication of the supervisory function of supranational Courts.

7 - Direct or Indirect Discrimination? When the Comparator Makes the Difference

The concerns noted above regarding the isolation of religion may very well be interfered in the ECJ's and ECtHR's jurisprudence when examining the poor inquiry into alleged violations of the principle of equality and non-discrimination on religious ground.

Notwithstanding both Courts elaborated on the distinction between direct and indirect discrimination, poor signs of such theorization can be traced in the case-law.

It is noteworthy that the ECtHR is consistent in disregarding the notion of indirect discrimination on religious ground, deeming not necessary to investigate invoked non-compliance with Article 14.

Despite the novelty endorsed in *Thlimmenos v. Greece*⁵⁹⁹, in that it was stated that

"[t]he right not to be discriminated against in the enjoyment of the rights guaranteed under the Convention is also violated when States

⁵⁹⁸ See, *inter alia*, E. BENVENISTI, *Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards*, in *International Law and Politics*, 1999, p. 843 ss., who observes that "while resort to the margins doctrine may be justified in certain matters that affect the general population in a given society, the doctrine is inappropriate when conflicts between majorities and minorities are examined. In such conflicts, which typically result in restrictions exclusively or predominantly on the rights of the minorities, no deference to national institutions is called for" (p. 847).

⁵⁹⁹ The case was about a Jehovah's witness complaining about a Greek law excluding persons convicted of a serious crime from appointment to a chartered accountant's post without distinguishing between persons convicted because of their religious beliefs and those convicted on other grounds.



without an objective and reasonable justification fail to treat differently persons whose situations are significantly different”⁶⁰⁰,

the ECtHR has nevertheless ever since denied any recurrence of indirect discriminations, opting for a soft “hands-off” approach⁶⁰¹.

Following this trend, several applications, especially those involving the display of religious symbols in the public sphere, have been declared inadmissible by merely upholding the legitimacy of the aim pursued, usually that of neutrality, and without delving into the proportionality of the scrutinized balance.

In *Mann Sigh v. France*, the ECtHR did not condemn France for requiring the applicant, a practicing Sikh, to compare bareheaded in identity photographs for use on driving licences by stating that the rule responded to the aim of ensuring public safety within the meaning of Article 9 § 2, and therefore it fell within the State’s margin of appreciation.

Other cases have followed the same path. In *Phull v. France*, it has been recognized as falling within the State’s margin of appreciation the choice of whether or not considering mandatory the removal of turbans during airport security checks for public safety reasons; in *El Morsli v. France*, the rationale was very similar, in that the ECtHR interpreted as legitimate the request to have the applicant’s Islamic headscarf removed during a security check at a Consular held by male personnel.

Besides the absence of any investigation on the proportionality of the measures at stake in the light of Article 9, what warrant reflection is the ECtHR’s indifference towards the discriminatory facet of the claims. In *Mann Sigh*, the ECtHR simply stated that it “did not find *any appearance* of a violation of the provision relied on”; in *El Morsli*, it went further even dismissing the applicant’s request of having her veil removed only in the presence of a woman.

Certainly, not every difference of treatment amounts to an illegitimate discrimination. Nonetheless, a deeper evaluation in the light of the notion of indirect discrimination, taking into account the principle of reasonable accommodation, when specifically invoked as it was in *El Morsli*, might very well increase the ECtHR’s capability to eradicate discriminatory behaviors.

It was noted above that the comparator also performs a crucial role in acknowledging direct or indirect discriminations. Whereas the recurrence of a discrimination can be easier to reveal when a concrete comparator

⁶⁰⁰ ECtHR, *Thlimmenos v. Grecia*, § 43.

⁶⁰¹ On this, *inter alia*, **S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY** (editors), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Cedam, Padova, p. 395.



exists, by contrast, obstacles might occur before potential or hypothetical comparators. Therefore, as much as the comparator is concrete, the likelihood discriminatory claims will succeed increases.

Such a conclusion has proved to be of some consistency.

In *Izzetin Dogan and Others v. Turkey*, concerning the status of the Alevi community as being treated less favorably than the Sunni branch of Islam, the ECtHR found a violation of Article 9, taken in conjunction with Article 14, arguing that “the applicants have received less favorable treatment than the beneficiaries of the religious public service despite being in a comparable situation”. This was a classic direct discrimination by comparison case where the finding of a concrete comparison group would not be that difficult. Moreover, not only was the comparator of simple identification (the “other” Islamic group benefiting higher standard benefits), but what’s more it was concrete.

Far from it, stand cases where the comparator demand becomes a barrier. This usually happens with indirect discrimination cases, as those mentioned above, where the disparate impact or the particular disadvantage suffered by the alleged outgroup requires statistics, but even more when the distinction between direct and indirect discrimination slightly fades.

Unfortunately, the first hypothesis did not prove to be problematic in that, as noted, the ECtHR refrains from engaging in the proportionality test in indirect discrimination cases by merely acknowledging the legitimacy of the interference⁶⁰² as it did, among others, in *S.a.s. v. France* holding that,

“while it may be considered that the ban imposed by the Law of 11 October 2010 has specific negative effects on the situation of Muslim women who, for religious reasons, wish to wear the full-face veil in public, this measure has an objective and reasonable justification”⁶⁰³,

meaning the “living together” idea.

The second, instead, takes place when it may be disputable whether the interference is prescribed by the law, as long as the lack of a source of law impacts on the data available on the applicability the policy at stake.

In *Hamidovic v. Bosnia and Herzegovina*, following an internal regulation, a witness in a criminal trial was expelled from a courtroom, convicted and fined for refusing to remove his skullcap. The ECtHR,

⁶⁰² The so-called restrictions-based approach as underlined by AG SHARPSTON in *Bougnaoui*.

⁶⁰³ ECtHR, *S.a.s. v. France*, § 161.



surprisingly⁶⁰⁴, found a breach of Article 9, because the interference was disproportionate, but at the same time argued that there was no need to examine the application under the perspective of Article 14.

This long-standing approach is questionable as it prevented the ECtHR from a careful review on the alleged religion-based discrimination suffered by the applicant. In this case, though, not only was a comparator hard to find, but, even sooner, it was unclear whether the judge's conduct might be interpreted as directly or indirectly discriminatory.

To be interpreted as direct discrimination, the ECtHR would have had to delve into the judge's routinary approach in order to verify whether the applicant's religious affiliation was the sole justification behind the order to remove the skullcap, through the identification of a comparator. By contrast, the qualification of the judge's conduct as indirectly discriminatory without any statistics to rely on would have resulted in a highly problematic search for data based on a non-existing rule of law signaling the particular disadvantage suffered by muslims in comparison with another group in a similar or comparable position. This ambivalence, enhanced by the absence of a clear legal basis underlying the contested obligation, was therefore, from the perspective here endorsed, decisive for the unsuccessful outcome of the discrimination claim.

Moreover, noteworthy is that this case shows how anti-discrimination strategies may be deficient when the difference in treatment is motivated by irrational stereotyping against religious minorities. A trend the ECtHR has slightly begun to nuance with respect to race⁶⁰⁵ and gender⁶⁰⁶, but not when religion is at the core, therefore boosting the thesis that depicts it as an isolated ground.

Difficulties in addressing the difference between direct and indirect discrimination with respect to the quest for the comparator seem to even better feature the ECJ's case-law on religious freedom.

While *Bougnaoui* is in line with the previous ECJ's case-law in that it considered that

"the willingness of an employer to take account of the wishes of a customer no longer to have the services of that employer provided by

⁶⁰⁴ This was the second case, after *Ahmet Arslan and Others v. Turkey*, were a claim puts forward by an applicant of Muslim faith was successful. For a comment, see E. BREMS, *Skullcap in the Courtroom: A rare case of mandatory accommodation of Islamic religious practice* (in www.strasbourgobserver.com).

⁶⁰⁵ See with a specific reference to ethnic minorities, ECtHR, *Chapman v. United Kingdom; Connors v. United Kingdom; Yordanova and Others v. Bulgaria; Winterstein and Others v. France*.

⁶⁰⁶ See, for an example on this, ECtHR, *Talpis v. Italy; Opuz v. Turkey*.



a worker wearing an Islamic headscarf cannot be considered a genuine and determining occupational requirement within the meaning of that provision”,

Achbita offers some hints for reflection on at least two aspects.

The first observation deals with the rationale supporting the finding of the non-existence of a direct discrimination, in that the internal rule, banning all visible wearing of any political, philosophical or religious signs in the workplace, “applies to all visible religious symbols without distinction” therefore avoiding any discrimination between religions⁶⁰⁷.

Besides the fact that it is

“astonishing that, in the eyes of the European Court, direct discrimination on grounds of religion or belief exists only when a measure targets a single religion or a selection of religions, but not when a measure targets all religions and beliefs”⁶⁰⁸,

AG Kokott’s argument, endorsed by the ECJ, may be criticized as much as it relies on a wrong comparison⁶⁰⁹.

By contrast, it has been argued, “a policy barring the headscarf, turban, and kippah is not ‘neutral’ between religions. To the contrary [sic], such a policy disfavors persons whose religious beliefs require an outward manifestation of those beliefs”; in this sense, the true comparator is not to be found in who professes other religious beliefs, but rather in the employee who doesn’t manifest any belief.

What’s more, the circumstance that a rule equally applies to convictions other than religious does not in itself alters the fact that it targets religion in a discriminatory manner, even if jointly considered with other possible grounds of discrimination, such as personal convictions. On the

⁶⁰⁷ See, **AG KOKOTT**, § 49: “the ban at issue applies to all visible religious symbols without distinction. There is therefore no discrimination between religions. In particular, all of the information available to the Court indicates that the measure in question is not one directed specifically against employees of Muslim faith, let alone specifically against female employees of that religion. After all, a company rule such as that operated by G4S could just as easily affect a male employee of Jewish faith who comes to work wearing a kippah, or a Sikh who wishes to perform his duties in a Dastar (turban), or male or female employees of a Christian faith who wish to wear a clearly visible crucifix or a t-shirt bearing the slogan ‘Jesus is great’ to work”.

⁶⁰⁸ **E. BREMS**, *Analysis*, cit.

⁶⁰⁹ **S. OUALD-CHAIB, V. DAVID**, *European Court of Justice keeps the door to religious discrimination in the private workplace opened. The European Court of Human Rights could close it* (www.strasbourgobserver.com).



opposite, the impact of a rule as such might very well be that of causing intersectional or multiple discriminatory effects⁶¹⁰.

Secondly and with respect to the indirect discrimination claim, regretful is the fact that the ECJ renounced to assess the proportionality of the ban, considering that

"[a]n employer's wish to project an image of neutrality towards customers [...] is in principle, legitimate, notably where the employer involves in its pursuit of that aim only those workers who are required to come into contact with the employer's customers" and when "that policy is genuinely pursued in a consistent and systematic manner"⁶¹¹.

In the ECJ's view, the question therefore shifts from that of verifying whether the rule, although couched in neutral terms, imposes a particular disadvantage on a group, to that of "whether the prohibition on the visible wearing of any sign or clothing capable of being associated with a religious faith or a political or philosophical belief covers only G4S workers who interact with customers"⁶¹²; as long as this was the case and since the applicant had been offered a back office position prior to the dismissal, the prohibition must be considered strictly necessary⁶¹³.

Nonetheless, this approach overlooks the harm placed on the side of the applicant, as long as it fails to engage in "any balancing of the needs of the corporate policy with the disadvantages imposed on the individuals affected"⁶¹⁴.

In refraining from an inquiry into the proportionality of the ban, *Achbita* clashes with the ECtHR's finding in *Eweida* where the ECtHR, even acknowledging that the Commission had dismissed cases on account that changing job might be considered "enough" to exclude the interference, recognized that

"[g]iven the importance in a democratic society of freedom of religion [...] where an individual complains of a restriction on freedom of religion in the workplace, rather than holding that the possibility of changing job would negate any interference with the right, the better

⁶¹⁰ **E. SPAVENTA**, *What is the point of minimum harmonization of fundamental rights? Some further reflections on the Achbita case* (in <http://eulawanalysis.blogspot.com>).

⁶¹¹ ECJ, *Samira Achbita, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v G4S Secure Solutions NV*, § 38.

⁶¹² ECJ, *Samira Achbita*, cit., § 42.

⁶¹³ On the risks of neglecting diversity by hiding religious visible minorities, see **K. YOSHINO**, *Covering: The hidden assault on our civil rights*, Random House Trade Paperbacks, 2007, and **S. OUALD-CHAIB, V. DAVID**, *European Court of Justice*, cit.

⁶¹⁴ **M. BELL**, *Leaving Religion at the door?*, cit., p. 794.



approach would be to weigh that possibility in the overall balance when considering whether or not the restriction was proportionate”⁶¹⁵

and this, regrettably, was precisely what was missing in *Achbita*.

Besides the noted incoherence between the judgements and to summarize on this point, the two jurisdictions appears rather consistent in avoiding in-depth investigations into religion-based directly and indirectly discriminatory behaviors.

With regard to direct discrimination, the non-unanimous suspecteness of religion together with the wide margin of appreciation afforded to national States has until now greatly affected the ECtHR’s “very weighty reasons test”, as well as the restrictive and rather insensitive ECJ’s approach, whose unfortunate reliance on the ECtHR’s trend has been extensively confirmed by *Bougnaoui* and *Achbita*.

As to indirect discrimination, while the ECtHR does not even commit into any examination limiting its scope to a non-interferences-based approach, the ECJ has made its first (disappointing) attempt to delve into an invoked indirect discrimination on religious ground.

From the standpoint of *Bougnaoui* and *Achbita*, it may therefore conclusively be interfered that the major challenge in the scrutiny relied in the identification of the true comparator which, in *Achbita* in particular, proves to be fairly confusing. Beyond its deliberate or “naïve” origin, it is unclear whether “the other” to be compared with, had to be found in the group of those who possess different religious belief (a), those who wish to manifest a belief other than religious (b) or, conversely, all the employees who do not share the need to display any individual affiliation (c). In that it constitutes the prior logic to the following analysis, the troubling identification of the comparator had been crucial in undermining the successful assessment of the proportionality test.

8 - Judiciary Self-Restraint and States’ Discretion in Religion-Based Discrimination Claims

The third and last challenge featuring religion-based discriminations covers the leading role played by the margin of appreciation combined with Courts’ tendency to excuse States’ prohibitionist approaches through a blanket reference to the principle of secularism⁶¹⁶.

⁶¹⁵ ECtHR, *Eweida and Others v. United Kingdom*, § 83.

⁶¹⁶ On this and within the Italian literature, see L. VANONI, *Pluralismo religioso e Stato (post) Secolare. Una sfida per la modernità*, Giappichelli, Torino, 2016; ID., *La laicità e libertà di*



What seems to emerge from the ECtHR's case-law in particular is, on the one hand, a preference to let States deal individually with religious manifestations as a way to effectively guarantee specific situations on a national basis; on the other, a blanket use of the principle of secularism which, deprived of its multifaceted dimensions, is proposed or imposed to any Contracting States without the least investigation into its peculiar implications within each State⁶¹⁷.

The two detailed trends should serve each other in as much as the principle of secularism is conceived as being filled with the specificities of each State, acting as the *rationale* of the margin of appreciation doctrine. However, the ECtHR has contained its open interpretation, opting for the endorsement of a strict form of secularism, as Judge Costa positively brought forward in the early 2000⁶¹⁸, though elsewhere referred to as "intolerant"⁶¹⁹, and as Judge Tulkens envisioned in her dissenting opinion in *Leyla Sahin v. Turkey*⁶²⁰.

Whereas the ECtHR has never specified the principle's contents in the light of the Convention⁶²¹, it has nevertheless suggested that not only should it be included within the legitimate aims justifying an interference within manifestations of religious beliefs, but, what's more, it has often interpreted it through the lens of the French *laïcité*.

In taking this path, the principle has therefore been progressively colored by neutrality, in that the case-law on religious symbols proves to

educazione. *Il crocifisso nelle aule scolastiche in Italia e in Europa*, Giuffrè, Milano, 2013. For an insight beyond the legal question surrounding the display of religious symbols in the public sphere, see, also, **L. VIOLINI**, *Bioetica e laicità*, in *Problemi pratici della laicità agli inizi del secolo XXI* (Atti del XXII Convegno nazionale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Napoli, 26-27 ottobre 2007), Cedam, Padova, 2008; Eadem (ed.), *Temi e problemi di diritto pubblico comparato*, Maggioli, Sant'Arcangelo di Romagna, 2014.

⁶¹⁷ On this, see, *inter alia*, **I. RORIVE**, *Religious symbols in the public space: in search of a European answer*, in *Cardozo Law Review*, 2009, p. 2669 ss.

⁶¹⁸ The reference is to the statement by Judge COSTA at the time of France's debate on the Stasi Commission when he admitted that "in the event that such statute was reviewed by our Court, it would be considered as complying with the French model of secularism and, consequently not in breach of the European Convention".

⁶¹⁹ This view is widespread in literature. See, *inter alia*, **Z.R. CALO**, Note, *Pluralism, Secularism and the European Court of Human Rights*, in *J.L. & Religion*, 2010, p. 272; **A.B. KOLENC**, *Religion Lessons from Europe: Intolerant Secularism, Pluralistic Neutrality, and the U.S. Supreme Court*, in *Pace International Law Review*, 2017, p. 43 ss. In the ECtHR's case-law, this trend may be found in *Dahlab v. Switzerland*, but also in *S.a.s. v. France*.

⁶²⁰ See, § 7.

⁶²¹ With the exception of *Lautsi v. Italy* where the ECtHR included secularism within the meaning of "personal convictions", see § 58.



have generally interlaced secularism with States' demand of avoiding religious intrusions in the public domain.

References to such a construction of secularism may be found in *Leyla Sahin v. Turkey*⁶²², where the ECtHR argued that

"it is the principle of secularism, [...] which is the paramount consideration underlying the ban on the wearing of religious symbols in universities. In such a context, [...] it is understandable that the relevant authorities should wish to preserve the secular nature of the institution concerned and so consider it contrary to such values to allow religious attire, including, as in the present case, the Islamic headscarf, to be worn"⁶²³.

Not differently, in *Lautsi v. Italy*⁶²⁴, the Grand Chamber took the view that secularism might be included within the legitimate aim of the "protection of the rights and freedoms of others", within the meaning of Article 9 § 2, and same conclusion was drawn in *Hamidovic v. Bosnia Herzegovina* with no further indications, despite the embraceable remarks highlighted by Judge De Gaetano in its concurring opinion.

The combined effect of these two elements - the wide margin of appreciation and the preference accorded to a strict form of secularism - have eventually greatly affected religious minorities in their attempt to claim for a sensitive approach towards religious diversity.

The resort to a wide margin of appreciation and the application of the neutrality principle have in fact largely contributed to the neglection of the discriminatory facets of the claims, in that: first, by stating that the interference is legitimate in the light of an abstract interpretation of secularism, the ECtHR escapes the further analysis as to whether the interference is "necessary in a democratic society"; second, and though Article 14 might be violated even when no other conventional rights does, dismissing the claim under Article 9 means no room for verifying the compliance with Article 14.

⁶²² On this, see **S. LANGLAUDE**, *Indoctrination, Secularism, Religious Liberty, and the ECHR*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 2006, p. 929 ss.

⁶²³ ECtHR, *Leyla Sahin v. Turkey*, § 116.

⁶²⁴ ECtHR, *Lautsi v. Italy*. On this, see **L. VANONI**, *Laicità e libertà di educazione. Il crocifisso nelle aule scolastiche in Italia e in Europa*, Giuffrè, Milano, 2013; **S. MANCINI**, *La sentenza della Grande Camera sul crocifisso: è corretta solo l'opinione dissidente*, in *Quaderni costituzionali*, 2011, p. 425 ss.; on the Italian case and before the Grand Chamber's judgement, see the analysis offered in **R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI** (editors), *La laicità crocifissa? Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici* (Atti del Seminario, Ferrara, 28 maggio 2004), Giappichelli, Torino, 2004.



In so doing, the ECtHR gave way to a “smooth over approach” towards religion across Europe, shrinking its chances to adequately protect the rights of religious minorities⁶²⁵, and, more generally, neglecting room for protection of the *forum externum*. In this sense, it has been emphasized that “neutrality becomes invisibility and even exclusion”⁶²⁶.

On a last note, it is moreover disputable the argument that lies at the core of the wide margin of appreciation in cases concerning religious symbols, meaning the presumed lack of *consensus* among the member States. On the opposite, this is a far-reaching conclusion when in fact only few countries (Belgium and France) fully regulate on the display of religious symbols in the public space⁶²⁷.

Turning briefly to EU law, it is worth mentioning that discussions on the potential application of the margin of appreciation doctrine have been prompted also within the context of the Employment Equality Directive with contrasting suggestions by AG Kokott in *Achbita* and AG Sharpston in *Bougnaoui*.

It is unclear whether the ECJ will take one side or the other, tying up its case-law to the ECtHR’s or, conversely, releasing it. The hope is that the ECJ will fully recognize the “centrality of the principle of equality”⁶²⁸, rejecting reasonings on abstract principles, nurtured by references to States’ margin of appreciation, and favoring a more balanced and concrete approach through the proportionality analysis⁶²⁹.

⁶²⁵ See, on this, the dissenting opinion of Judges **TULKENS** in *Leyla Shain v. Turkey*.

⁶²⁶ **M. BELL**, *Leaving Religion at the door?*, cit., p. 796.

⁶²⁷ See, the jointly dissenting opinion of Judges **NUSSBERGER** and **JÄDERBLOM** in *S.a.s. v. France*: “it is difficult to understand why the majority are not prepared to accept the existence of a European consensus on the question of banning the full-face veil (see paragraph 156 of the judgment). In the Court’s jurisprudence, three factors are relevant in order to determine the existence of a European consensus: international treaty law, comparative law and international soft law [...]. The fact that forty-five out of forty-seven member States of the Council of Europe, and thus an overwhelming majority, have not deemed it necessary to legislate in this area is a very strong indicator for a European consensus [...]. Even if there might be reform discussions in some of the member States, while in others the practice of wearing full-face veils is non-existent, the status quo is undeniably clear”.

⁶²⁸ **L. VICKERS**, *ECJ headscarf series* (2), cit.

⁶²⁹ **L. VICKERS**, *ECJ headscarf series* (2), cit. See, also, the dissenting opinion of Judge **TULKENS** in *Leyla Shain v. Turkey*, § 2, “the Court’s review must be conducted in *concreto*, in principle by reference to three criteria: firstly, whether the interference, which must be capable of protecting the legitimate interest that has been put at risk, was appropriate; secondly, whether the measure that has been chosen is the measure that is the least restrictive of the right or freedom concerned; and, lastly, whether the measure was



9 - Conclusiding Remarks. Beyond the Counter-Majoritarian Dilemma: Religious Minorities in the European Multicultural Era

Religion appears to badly react with anti-discrimination principles at least in the European scenario.

Although reluctance in taking religion seriously likewise resounds in the lacking protection afforded to religious minorities under international human rights law⁶³⁰, same deference to national States and misconception of direct and indirect discriminations is nowhere to be found.

Despite the problematic coordination between ECJ's *Achbita* and ECtHR's *Eweida*, whose relevance has though been downsized by the following *Ebrahimian v. France* case, both Courts show a poor insight into the notion of direct and indirect discrimination when coupled with manifestations of religious belief. The dichotomy *forum internum/forum externum* has therefore been counterproductive in the safeguard of non-discrimination and religious freedom, in that Courts refrain from examining the reasons justifying interferences, allowing States to get away with a wide margin of discretion and no proportionality assessment.

Nevertheless, and hopefully, this is not a one and only approach.

By contrast, the UN Human Rights Committee has developed a more sensitive approach in religious discrimination cases⁶³¹.

In *Mann Sigh v. France* and *Ranjit Singh v. France*, the Committee overturned the ECtHR' findings, welcoming the application of the reasonable accommodation principle in religious discrimination cases and a concrete proportionality assessment⁶³². Moreover, not only did the HRC probe whether the interference was proportionate, but went on neglecting that secularism might justify it in the first place, narrowing States' margin of appreciation.

proportionate, a question which entails a balancing of the competing interests".

⁶³⁰ See N. GHANEA, *Are Religious Minorities Really Minorities?*, in *Oxford Journal of Law and Religion*, 2012, p. 57 ss.

⁶³¹ See, on this, S.E. BERRY, *A 'good faith' interpretation of the right to manifest religion? The diverging approaches of the European Court of Human Rights and the UN Human Rights Committee*, in *Legal Studies*, 2017, p. 672 ss.

⁶³² See, § 8.4, "the State party has not explained why the wearing of a Sikh turban covering the top of the head and a portion of the forehead but leaving the rest of the face clearly visible would make it more difficult to identify the author than if he were to appear bareheaded, since he wears his turban at all times. Nor has the State party explained how, specifically, identity photographs in which people appear bareheaded help to avert the risk of fraud or falsification of residence permits". See, on this, S. BERRY, *A 'good faith' interpretation*, cit., p. 672 ss.



Similarly, in the two landmark cases delivered on October 22nd 2018 against France⁶³³, the UN Human Rights Committee once again challenged the ECtHR's approach towards States' options to ban the wearing of the Islamic headscarf in public spaces, arguing that the prohibition at issue disproportionately affect the applicants' right to manifest freedom of religion.

Whether the ECtHR and the ECJ will side with the HRC in future cases is hard to say⁶³⁴.

As for now, in religion-based discrimination cases, the ECtHR - and, to some extent, the ECJ - seems to be puzzling over the counter-majoritarian dilemma, limiting its supervisory role to an endorsement of States' (majoritarian) preferences through a massive resort to the margin of appreciation doctrine.

What, conversely, might be advocated here is a case-by-case evaluation of the interferences in those human rights, like religious freedom, which, intrinsically counter-majoritarian, ask, at the very least, for an assessment of their necessity in a democratic and - I would add - multicultural and multi-religious society⁶³⁵.

⁶³³ UN Human Right Committee, *Sonia Yaker v. France* and *Miriana Hebbadjl v. France*.

⁶³⁴ An interesting case that might be investigated in order to unveil possible interactions between the ECtHR and the UN Human Rights Committee is ECtHR, *Lachiri v. Belgium*. More generally, on this subject, see **E. BREMS, C. HERI, S. OUALD CHAIB, L. VERDONCK**, *Head-Covering Bans in Belgian Courtrooms and Beyond: Headscarf Persecution and the Complicity of Supranational Courts*, in *Human Rights Quarterly*, 2017.

⁶³⁵ On the need to undergo a case-by-case analysis when conflicting rights are at stake, see **M. D'AMICO**, *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*, FrancoAngeli, Milano, 2016, and **EAD.**, *Laicità costituzionale e fondamentalismi tra Italia ed Europa: considerazioni a partire da alcune decisioni giurisprudenziali*, in *Rivista AIC*, 2015.



Alessandro Negri

(dottorando in Diritto ecclesiastico e canonico presso l'Università degli Studi di Milano, Dipartimento di Scienze giuridiche "Cesare Beccaria")

**La sentenza *Sahyouni c. Mamisch* della Corte di giustizia UE:
un'occasione per tornare a riflettere sulla portata del principio
di non discriminazione nell'ordinamento dell'Unione europea**

*EU Court of Justice's Sahyouni v. Mamisch judgment:
an opportunity to reflect on the centrality
of the non-discrimination principle in EU law*

ABSTRACT: A recent ruling by EU Court of Justice has clarified the inapplicability of Rome III regulation to proceedings concerning separation and divorce of exclusively religious nature. The ruling has not however dispelled the doubts concerning the possibility of recognizing Islamic repudiation-based divorces within EU legal order. Rome III regulation requires that the foreign law which should apply to a divorce pursuant to other provisions must be replaced by *lex fori*, in the event that the former provides unequal access to the institution, due to the different sex of spouses. What it is not clear is whether this discriminatory effect should be assessed in the abstract or in concrete terms. This paper, starting from the *Sahyouni c. Mamisch* case, analyzes the fundamental right to a non-discriminatory treatment in face of *talaq*, its scope, and the possibilities of guaranteeing its observance, even though in constant application of the principle of conferral that still limits EU activities in the field of fundamental rights. European Union, as known, must necessarily remain neutral in religious matters, in the name of an unavoidable neutrality, due to the reluctance of the member States to renounce to their sovereignty in an area so characterized in the sense of identity.

SOMMARIO: 1. La sentenza *Sahyouni c. Mamisch* e le questioni rimaste irrisolte - 2. Il ripudio nel diritto islamico classico e in Siria - 3. L'art. 10 del regolamento UE n. 1259/2010 - 4. Una prima possibile interpretazione dell'art. 10: effetti discriminatori della legge applicabile da valutarsi in concreto - 5. La seconda possibile interpretazione: la superiorità assiologica del principio di non discriminazione.



1 - La sentenza *Sahyouni c. Mamisch* e le questioni rimaste irrisolte

Con la recente sentenza *Sahyouni c. Mamisch*⁶³⁶, la Corte di giustizia dell'Unione europea si è pronunciata sull'inapplicabilità del regolamento UE n. 1259 del 2010 (c.d. Roma III) ai procedimenti in materia di separazione e divorzio di natura esclusivamente religiosa.

La decisione, emanata in sede di rinvio pregiudiziale, ha, in particolare, risolto la prima delle tre questioni sollevate dal giudice nazionale⁶³⁷: chiarendo che il divorzio islamico risultante da una dichiarazione unilaterale di ripudio di uno dei coniugi davanti a un tribunale religioso non rientrasse nella sfera di applicazione *ratione materiae* del regolamento Roma III, la Corte di Lussemburgo ha, però, lasciato senza risposta gli ulteriori quesiti postile, subordinati all'ipotesi in cui, invece, quella applicabilità fosse stata riconosciuta. In caso di risposta affermativa, infatti, il remittente aveva sollecitato l'intervento del giudice europeo circa l'interpretazione dell'art. 10 del regolamento, che impone di sostituire alla legge straniera, applicabile a un divorzio ai sensi di altre disposizioni della medesima fonte, la *lex fori*, nel caso in cui la prima non preveda il divorzio o conceda ineguali modalità di accesso all'istituto, in ragione del diverso sesso dei coniugi⁶³⁸.

Ciò che l'art. 10 non chiarisce è, appunto, se tale ultimo effetto discriminatorio debba essere valutato in astratto o, invece, in concreto: se, in altre parole, sia sufficiente che la legge estera richiamata, perché possa essere disapplicata, presenti un contenuto di per sé discriminatorio, oppure se sia necessario verificarne l'effettiva portata penalizzante per uno dei coniugi, alla luce del caso di specie. In questa circostanza, poi, sorgerebbe un ulteriore tema, oggetto del terzo quesito posto dal giudice nazionale alla Corte di giustizia UE, inerente alle conseguenze di un'eventuale adesione al divorzio da parte del coniuge discriminato.

Per tentare di fornire una risposta alle questioni, che inevitabilmente chiamano in causa il principio di non discriminazione, nella sua declinazione di fondamentale principio della parità di genere tra coniugi, e la sua portata nell'ordinamento dell'Unione europea, appare opportuno, preliminarmente, soffermarsi brevemente sull'istituto del ripudio islamico

⁶³⁶ Corte di giustizia UE, Sez. I, 20 dicembre 2017, C-372/16, *Sahyouni c. Mamisch*, all'url <https://tinyurl.com/y9hdnd26>.

⁶³⁷ Corte di giustizia UE, C-372/16, cit., par. 25.

⁶³⁸ Regolamento (UE) n. 1259 del 2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale, art. 10, all'url <https://tinyurl.com/yb47fv3c>.



(c.d. *talaq*), in particolare per come disciplinato in Siria, Stato di cittadinanza dei coniugi nel caso di specie, per coglierne il fondamento religioso e le eventuali sfumature discriminatorie a quest'ultimo direttamente legate.

2 - Il ripudio nel diritto islamico classico e in Siria

Tutte le tradizionali scuole giuridiche islamiche, pur ritenendo il *talaq* una condotta *makruh*, riprovevole⁶³⁹, concordano sul fatto che il marito disponga del diritto unilaterale ed esclusivo di ripudiare la moglie e di porre dunque fine al vincolo nuziale senza dover addurre specifiche motivazioni⁶⁴⁰. In sostanza, utilizzando una qualsiasi formula che contenga il termine *talaq* o equivalenti, da cui si possa desumere inequivocabilmente l'intenzione di voler sciogliere un valido contratto matrimoniale precedentemente stipulato⁶⁴¹, l'uomo è in grado anche stragiudizialmente di liberarsi dal legame con la moglie, persino in sua assenza e senza alcun obbligo non solo di ottenerne il consenso, ma persino di informarla dell'avvenuta dichiarazione⁶⁴².

Lo stesso diritto, naturalmente, non è riconosciuto alla donna⁶⁴³, che può avvalersi esclusivamente di altre forme di divorzio, quali il *khul'*, che richiede sempre il consenso del marito⁶⁴⁴, e il *faskh*, lo scioglimento del matrimonio per via giudiziale⁶⁴⁵. Tale evidente disparità trova le sue origini, e al contempo le sue motivazioni, nella stessa concezione islamica della famiglia e nella diversità funzionale attribuita all'interno di questa a marito

⁶³⁹ F. CASTRO, *Il modello islamico*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 52. Vedi anche M. PAPA, L. ASCANIO, *Shari'a*, il Mulino, Bologna, 2014, p. 65, per cui, secondo il Profeta, "tra tutte le cose lecite, il ripudio è la cosa più odiosa al cospetto di Dio".

⁶⁴⁰ S.N. SHAH-KAZEMI, *Untying the Knot: Muslim Women, Divorce and the Shariah*, Nuffield Foundation, Londra, 2001, p. 7.

⁶⁴¹ M. d'ARIENZO, *Diritto di famiglia islamico e ordinamento giuridico italiano*, in *Dir. Fam. Pers.*, n. 1, 2004, p. 203.

⁶⁴² M. PAPA, L. ASCANIO, *Shari'a*, cit., p. 65.

⁶⁴³ F. CASTRO, *Il modello islamico*, cit., p. 52. È solo il marito a poter godere della possibilità di ripudiare, ma egli può anche rinunciare a tale diritto, concedendo alla moglie di pronunciare un *talaq* al verificarsi di determinate condizioni, espressamente previste all'interno del contratto matrimoniale; su tutte, la stipula di nozze poligamiche. Sul punto, vedi D. PEARL, W. MENSKI, *Muslim Family Law*, Sweet & Maxwell, Londra, 1998, p. 283.

⁶⁴⁴ A. MADERA, *Lo scioglimento del matrimonio nei diritti confessionali*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 243-251.

⁶⁴⁵ D. PEARL, W. MENSKI, *Muslim Family Law*, cit., pp. 284-286.



e moglie⁶⁴⁶: ai coniugi, infatti, non spettano eguali diritti e doveri, ma la posizione di naturale superiorità dell'uomo, derivata direttamente dalla volontà divina⁶⁴⁷, conferisce a quest'ultimo una posizione di totale prevalenza nei confronti della donna⁶⁴⁸.

Simile stato di minorità, anche giuridica, della figura femminile si manifesta nella sua interezza proprio nell'istituto del ripudio⁶⁴⁹, concesso solo al marito in quanto unico deputato a provvedere economicamente al mantenimento della famiglia⁶⁵⁰; il diritto islamico classico intendeva, infatti, evitare che la donna, che aveva tratto esclusivamente vantaggi economici dal matrimonio, potesse oltretutto scioglierlo a suo piacimento e senza dover necessariamente addurre specifiche motivazioni⁶⁵¹.

Sul *talaq* classico⁶⁵², gli Stati islamici moderni sono però in vario modo intervenuti, tutti allo scopo di ridurne la natura di atto squisitamente di autonomia privata per assoggettarlo a forme di maggiore controllo giurisdizionale⁶⁵³. Le leggi di statuto personale di Algeria⁶⁵⁴ e Marocco⁶⁵⁵, ad esempio, risalenti rispettivamente al 1984 e al 2004, non hanno abrogato il ripudio, ma ne rappresentano due diversi modelli di ridimensionamento: la prima ha previsto che il *talaq* possa essere stabilito esclusivamente da una sentenza di un tribunale⁶⁵⁶; la seconda ha espressamente richiesto la

⁶⁴⁶ Corano, 4:34.

⁶⁴⁷ E. GIARNIERI, *Matrimonio islamico: caratteri e limiti di compatibilità con l'ordinamento italiano*, in AA. VV., *Comunità islamiche in Italia. Identità e forme giuridiche*, a cura di C. Cardia, G. Dalla Torre, Giappichelli, Torino, 2015, p. 343.

⁶⁴⁸ Corano, 2:228. Vedi anche F. CASTRO, *Il modello islamico*, cit., p. 40.

⁶⁴⁹ R. BENIGNI, *Identità culturale e regolazione dei rapporti di famiglia tra applicazioni giurisprudenziali e dettami normativi*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., novembre 2008, p. 26.

⁶⁵⁰ F. CASTRO, *Il modello islamico*, cit., p. 51.

⁶⁵¹ L.M. MOLLER, *No Fear of Talaq: A Reconsideration of Muslim Divorce Laws in Light of the Rome III Regulation*, in *Journal of Private International Law*, vol. 10, n. 3, dicembre 2014, p. 471.

⁶⁵² Per una più esaurente analisi dell'istituto, e più in generale dell'intero diritto di famiglia islamico, vedi D. PEARL, W. MENSKI, *Muslim Family Law*, cit.

⁶⁵³ A. MADERA, *Lo scioglimento del matrimonio*, cit., p. 237.

⁶⁵⁴ Codice della Famiglia, legge n. 84-11 del 9 giugno 1984, in AA. VV., *Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord-Africa*, a cura di R. Aluffi Beck-Peccoz, Edizioni Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 2004, pp. 35-62.

⁶⁵⁵ *Al-Mudawwana*, Codice di Statuto Personale Marocchino, entrato in vigore il 5 febbraio 2004 (all'url <https://tinyurl.com/yctvs7wzj>).

⁶⁵⁶ Codice della Famiglia (Legge n. 84-11 del 9 giugno 1984), art. 49.



supervisione dello scioglimento del vincolo da parte di un giudice⁶⁵⁷. Entrambe, quindi, hanno eliminato, di fatto, la possibilità di un divorzio interamente stragiudiziale⁶⁵⁸, pur non giungendo alla soluzione estrema, adottata dalla sola Tunisia, di abrogare espressamente il ripudio⁶⁵⁹ e disciplinare unicamente il divorzio quale mezzo di scioglimento del matrimonio⁶⁶⁰.

Le legislazioni moderne dei Paesi islamici, in ogni caso, non sembrano volersi distaccare completamente dal modello patriarcale tradizionale, parificando completamente le posizioni dei due coniugi: piuttosto, loro tratto comune appare l'intenzione di apprestare garanzie minime di tutela alla donna, quale la necessità che la dichiarazione di ripudio, perché produca effetti, debba esserle almeno notificata⁶⁶¹. Le specificità di ogni contesto nazionale⁶⁶², insieme a quella pluralità di interpretazioni delle fonti divine che è tratto caratterizzante dell'esperienza islamica, spiegano, però, le diverse soluzioni adottate; interessante, naturalmente, ai fini di questo contributo, è uno sguardo alla situazione della Siria, Paese di cittadinanza della sig.ra Sahyouni e del sig. Mamisch, in cui questi hanno contratto matrimonio religioso e dove il marito ha poi ottenuto da un tribunale sciaraitico il provvedimento dichiarativo dell'intervenuto scioglimento del vincolo, dopo aver manifestato la propria volontà unilaterale di divorziare⁶⁶³.

Nel codice dello statuto personale siriano, promulgato nel 1953 e poi modificato nel 1975⁶⁶⁴, la coesistenza dialettica del diritto islamico classico

⁶⁵⁷ *Al-Mudawwana*, Codice di Statuto Personale Marocchino, art. 78.

⁶⁵⁸ V.M. DONINI, D. SCOLART, *La sharī'a e il mondo contemporaneo*, Carocci, Roma, 2015, pp. 74-75.

⁶⁵⁹ G. OBERTO, *Matrimoni misti e unioni paramatrimoniali: ordine pubblico e principi sovranazionali*, in *Famiglia e diritto*, n. 1, 2010, p. 80.

⁶⁶⁰ Codice dello Statuto Personale, decreto del 13 agosto 1956, art. 30, in AA. VV., *Le leggi del diritto di famiglia*, cit., p. 188.

⁶⁶¹ A. MADERA, *Lo scioglimento del matrimonio*, cit., pp. 238-239.

⁶⁶² Sulla legislazione in tema di matrimonio in Iraq, Giordania, Libano, Palestina e Siria, vedi G. TABET, *Women in Personal Status laws: Iraq, Jordan, Lebanon, Palestine, Syria*, in *SHS Papers in Women's Studies/Gender Research*, n. 4, luglio 2005.

⁶⁶³ Corte di giustizia UE, 20 dicembre 2017, cit., parr. 17-19.

⁶⁶⁴ Codice dello Statuto Personale Siriano, legge n. 59/1953 modificata dalla legge n. 34/1975. Gli articoli del codice che riguardano specificamente il divorzio sono riassunti, o riportati integralmente, in G. TABET, *Women in Personal Status laws*, cit., pp. 26-27. La prima versione del codice è invece riportata in T. MAHMOOD, *Family Law Reform in the Muslim World*, Indian Law Institute, Nuova Delhi, 1975, pp. 92-98, e analizzata in J.N.D. ANDERSON, *The Syrian Law of Personal Status*, in *Bulletin of the School of Oriental and African*



e di istanze di modernizzazione è particolarmente manifesta. I suoi primissimi articoli, infatti, definiscono il matrimonio secondo i tipici parametri sciaraïtici, ma l'art. 40 prevede, perché le nozze possano essere riconosciute civilmente, il compimento di formalità amministrative sconosciute alla tradizione, quali la produzione di documenti che illustrino lo stato civile delle parti e la registrazione del contratto di matrimonio presso il tribunale religioso⁶⁶⁵.

Circa la poligamia, poi, la legislazione siriana è stata la prima a introdurre una misura volta a limitarla *ex ante*⁶⁶⁶: l'art. 17 del codice, già nella sua formulazione originaria, conferiva al giudice il potere di negare a un uomo sposato l'autorizzazione a contrarre ulteriori nozze, qualora questi non fosse stato in grado di dimostrare di poter provvedere al mantenimento economico di due mogli⁶⁶⁷. La riforma del 1975, poi, ha emendato la disposizione, prevedendo altresì che l'autorità giurisdizionale possa esigere dall'aspirante poligamo una valida giustificazione a contrarre un secondo matrimonio (ad esempio, la sterilità della prima moglie)⁶⁶⁸.

In tema di ripudio, allo stesso modo, il codice siriano ha introdotto una significativa novità: l'art. 117 prevede, infatti, che il giudice, qualora ritenga che il marito abbia ripudiato la moglie senza alcuna ragione legittima e l'abbia posta in uno stato di indigenza, possa ordinare all'uomo di versarle una somma a titolo di compensazione⁶⁶⁹. Simile disposizione, che rappresenta il primo concreto tentativo di un Paese islamico di sottoporre a scrutinio giudiziale le motivazioni di una dichiarazione unilaterale di ripudio⁶⁷⁰, non ha però in alcun modo comportato l'abrogazione del *talaq*: quest'ultimo, infatti, è ancora espressamente previsto, laddove, invece, la donna può accedere esclusivamente ad altre forme di divorzio, assoggettate ad azioni giudiziarie e vincolate a specifiche condizioni, quali la malattia del marito⁶⁷¹. Una evidente discriminazione, legata al sesso dei coniugi e relativa alle modalità di accesso all'istituto,

Studies, University of London, vol. 17, n. 1, 1955, pp. 34-49.

⁶⁶⁵ V.M. DONINI, D. SCOLART, *La shari'a*, cit., p. 146.

⁶⁶⁶ A. MADERA, *Lo scioglimento del matrimonio*, cit., p. 272.

⁶⁶⁷ D. PEARL, W. MENSKI, *Muslim Family Law*, cit., p. 241.

⁶⁶⁸ V.M. DONINI, D. SCOLART, *La shari'a*, cit., p. 146.

⁶⁶⁹ J.J. NASIR, *The Status of Women under Islamic Law and Modern Islamic Legislation*, Brill, Leida, 2009, p. 157.

⁶⁷⁰ N.J. COULSON, *A history of Islamic law*, Edinburgh University Press, Edimburgo, 1964, p. 209.

⁶⁷¹ Codice dello Statuto Personale Siriano, artt. 105-115.



permane, dunque, nell'ordinamento siriano e non potrà essere sottovalutata ai fini di questa analisi.

3 - L'art. 10 del regolamento UE n. 1259/2010

Come è noto, la principale innovazione introdotta dal regolamento Roma III, che ha attuato una cooperazione rafforzata in materia di legge applicabile al divorzio e alla separazione personale⁶⁷², consiste nel ruolo decisivo attribuito alla volontà dei coniugi nella scelta della *lex divortii*⁶⁷³ in tutte quelle "circostanze che comportino un conflitto di leggi"⁶⁷⁴.

Obiettivo capitale del regolamento è la concessione di maggiore autonomia alle parti nell'individuazione della legge da applicarsi al loro divorzio o alla loro separazione, nella convinzione che permettere ai coniugi di raggiungere un accordo su tale questione incoraggi soluzioni amichevoli e rappresenti un importante incentivo all'organizzazione in anticipo delle conseguenze di un'eventuale rottura del rapporto coniugale⁶⁷⁵. Simile scelta, che potrebbe persino riguardare, in nome del carattere universale del regolamento, la normativa di uno Stato membro ma non partecipante alla cooperazione rafforzata o addirittura quella di un Paese non parte dell'Unione⁶⁷⁶, è comunque vincolata. Le leggi individuabili dai coniugi possono, infatti, essere esclusivamente quelle degli Stati con cui questi condividono un legame stretto, "a motivo della loro residenza abituale o della loro ultima residenza abituale comune se uno dei due vi risiede ancora, della cittadinanza di uno dei coniugi, e la legge del foro"⁶⁷⁷.

⁶⁷² Attualmente gli Stati membri che hanno aderito alla cooperazione rafforzata sono diciassette: Austria, Belgio, Bulgaria, Estonia, Francia, Germania, Grecia, Italia, Lettonia, Lituania, Lussemburgo, Malta, Portogallo, Romania, Slovenia, Spagna, Ungheria. Si tratta della prima esperienza nella storia dell'Unione europea di cooperazione rafforzata, istituto per la cui analisi vedi **R. ADAM, A. TIZZANO**, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 52-57.

⁶⁷³ **F. FALCONI**, *Il regolamento (UE) n. 1259/2010 sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale nella recente prassi giurisprudenziale italiana*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, n. 1, marzo 2018, p. 569.

⁶⁷⁴ Regolamento (UE) n. 1259 del 2010, cit., art. 1, par. 1.

⁶⁷⁵ Proposta di Regolamento (UE) del Consiglio, COM (2010) 105 definitivo, 2010/0067 (CNS), 24 marzo 2010, punto 2.2, all'url <https://tinyurl.com/y cylgzmp>.

⁶⁷⁶ Regolamento (UE) n. 1259 del 2010, cit., art. 4.

⁶⁷⁷ Proposta di Regolamento (UE) del Consiglio, cit., punto 6, art. 3.



L'individuazione della normativa da applicarsi, poi, deve essere effettuata dalle parti⁶⁷⁸ di comune accordo e tale unione di intenti deve necessariamente essere redatta in forma scritta, riportando la firma di entrambi i coniugi⁶⁷⁹, di modo da escludere ogni manifestazione solo tacita di volontà e da proteggere al tempo stesso il soggetto più debole. In mancanza di una decisione condivisa, la legge applicabile viene, invece, determinata dal regolamento in base a una serie di criteri di collegamento successivi, che condurranno, nella maggioranza dei casi, all'applicazione della legge dell'autorità giurisdizionale adita⁶⁸⁰.

In ogni caso, l'art. 10 del regolamento impone di sostituire alla normativa in qualunque modo individuata la *lex fori* qualora la prima non preveda il divorzio o non conceda pari condizioni di accesso all'istituto a uno degli sposi, in quanto appartenente all'uno o all'altro sesso⁶⁸¹. In questa circostanza, quindi, il giudice non dovrebbe tenere conto della volontà delle parti, e nemmeno applicare la legge che risulterebbe ai sensi di altre disposizioni dello stesso regolamento: si tratta, appare evidente, di un'ipotesi di ordine pubblico espressamente tipizzata dal legislatore europeo in nome, innanzitutto, della sussistenza di un vero e proprio diritto al divorzio⁶⁸² e, poi, in tema di ineguali possibilità di accedere a quest'ultimo, della necessità di evitare qualunque forma di discriminazione tra coniugi⁶⁸³, come anche illustrato dalla relazione di accompagnamento alla proposta di regolamento⁶⁸⁴.

Mentre rarissimi sono oggi i Paesi che non prevedono l'istituto del divorzio⁶⁸⁵, la seconda parte dell'art. 10 pare essere stata espressamente ideata proprio per porre un argine all'ipotesi di ingresso, negli ordinamenti degli Stati che hanno aderito alla cooperazione rafforzata, di normative che

⁶⁷⁸ Regolamento (UE) n. 1259 del 2010, cit., art. 5.

⁶⁷⁹ Regolamento (UE) n. 1259 del 2010, cit., art. 7.

⁶⁸⁰ Proposta di Regolamento (UE) del Consiglio, cit., punto 6, art. 4.

⁶⁸¹ Regolamento (UE) n. 1259 del 2010, cit., art. 10.

⁶⁸² Analogamente, ai sensi dell'art. 31, secondo comma, della legge di riforma del sistema di diritto internazionale privato italiano, la n. 218 del 1995, "la separazione personale e lo scioglimento del matrimonio, qualora non siano previsti dalla legge straniera applicabile, sono regolati dalla legge italiana"; vedi **M. BLASI, G. SARNARI**, *I matrimoni e le convivenze "internazionali"*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 29.

⁶⁸³ **M.C. BARUFFI**, *La competenza dell'Unione europea in materia di separazione e divorzio, con particolare riferimento alla legge applicabile*, in *Papers di diritto europeo*, n. 2, 2013, p. 27.

⁶⁸⁴ Proposta di Regolamento (UE) del Consiglio, cit., punto 6, art. 5.

⁶⁸⁵ Dopo il referendum maltese del 2011, tutti gli Stati dell'Unione europea hanno introdotto il divorzio nella loro legislazione; a livello mondiale, solo Città del Vaticano e le Filippine non hanno legalizzato la separazione tra coniugi.



variamente disciplinano forme di ripudio unilaterale di derivazione religiosa⁶⁸⁶. Fonte di ispirazione della norma in esame è, infatti, l'art. 107 del codice civile spagnolo⁶⁸⁷, che, in tema di legge applicabile alla nullità, al divorzio e alla separazione, dispone, al secondo comma, l'applicazione della disciplina spagnola ogniqualvolta la legge richiamata "non riconosca la separazione o il divorzio, o lo faccia in forma discriminatoria [...]"⁶⁸⁸; questa previsione, come si evince dalle parole dello stesso legislatore, è espressamente volta a tutelare "*mujeres extrangeras, fundamentalmente de origen musulmán*"⁶⁸⁹.

Ancora, proprio uno dei motivi per cui la proposta di regolamento non incontrò, in sede di discussione, il favore di tutti gli Stati membri fu il fatto che concedere libertà ai coniugi di decidere la legge applicabile avrebbe comunque rischiato, in specie a opinione della Svezia⁶⁹⁰, di produrre risultati discriminatori nei confronti delle donne; la proposta non avrebbe, infatti, nonostante l'art. 10, considerato adeguatamente gli effetti dei recenti flussi migratori, in gran parte provenienti da Paesi in cui il divorzio è disciplinato in modo disomogeneo per marito e moglie.

Sudetta disposizione, peraltro, non è la sola del regolamento espressamente dedicata all'ordine pubblico; l'art.12, infatti, prevede che l'applicazione di una norma della legge designata possa essere esclusa "solo qualora tale applicazione risulti manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico del foro"⁶⁹¹. Questa previsione, diversamente dall'art. 10, del tutto innovativo, riprende in maniera identica uguali disposizioni già presenti

⁶⁸⁶ P. FRANZINA, *The law applicable to divorce and legal separation under Regulation (EU) no. 1259/2010 of 20 December 2010*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, n. 2, ottobre 2011, p. 123.

⁶⁸⁷ L.M. MOLLER, *No Fear of Talaq*, cit., p. 467.

⁶⁸⁸ Código Civil, art. 107, secondo comma.

⁶⁸⁹ Boe 30-09-2003, *Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*, p. 4 (all'url <https://tinyurl.com/y8abfg9e>).

⁶⁹⁰ M. JÄNTERA-JÄREBORG, *Jurisdiction and Applicable Law in Cross-Border Divorce Cases in Europe*, in J. Basedow, H. Baum, Y. Nishitani (a cura di), *Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2008, p. 340.

⁶⁹¹ Regolamento (UE) n. 1259 del 2010, cit., art. 12.



nei regolamenti Roma I⁶⁹² e Roma II⁶⁹³ e, come queste ultime, intende evitare che applicazioni in concreto di norme straniere possano entrare in contrasto con l'ordine pubblico nazionale.

Gli articoli 10 e 12, dunque, condividono quantomeno la *ratio*, ma presentano, sin da una prima lettura, almeno tre marcate differenze. Innanzitutto, l'art. 10 è stato specificamente pensato per salvaguardare principi dall'evidente rilevanza sovranazionale, quali il diritto al divorzio e la non discriminazione, laddove la più generale clausola di ordine pubblico del foro chiama in causa anche fonti di stretto rilievo nazionale, purché naturalmente conformi ai principi dell'Unione europea⁶⁹⁴. In secondo luogo, l'operare dell'art. 10 porta alla necessaria applicazione della legge del foro, mentre l'art. 12 non chiarisce, nel caso di contrasto con l'ordine pubblico, quale normativa debba essere individuata. Infine, e soprattutto, l'art. 10 impone l'obbligo di non rispettare la volontà delle parti né i criteri previsti dal regolamento in caso di mancata loro decisione comune; l'art. 12, invece, prevede solo una facoltà, per gli Stati membri, di disapplicare la legge incompatibile con l'ordine pubblico⁶⁹⁵.

4 - Una prima possibile interpretazione dell'art. 10: effetti discriminatori della legge applicabile da valutarsi in concreto

Tornando al caso di specie, con il secondo quesito, il remittente aveva chiesto alla Corte di giustizia di chiarire la natura del confronto, previsto dall'art. 10, volto ad accertare se la normativa straniera applicabile concedesse eguali possibilità di accesso al divorzio a entrambi i coniugi. Tale analisi, nel silenzio della norma, può avere luogo in astratto, risultando sufficiente, ai fini dell'esclusione della applicabilità della legge estera, che quest'ultima subordini il diritto di accedere al divorzio di un coniuge, in ragione del suo sesso, a condizioni procedurali e sostanziali diverse da quelle previste per l'altro; oppure, può occorrere in concreto, richiedendosi

⁶⁹² Regolamento (UE) n. 593 del 2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2010 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, art. 21 (all'url <https://tinyurl.com/ya7gxnn4>).

⁶⁹³ Regolamento (UE) n. 864 del 2007 del Consiglio del 20 dicembre 2010 dell'11 luglio 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali, art. 26 (all'url <https://tinyurl.com/y8dku4w8>).

⁶⁹⁴ M.C. BARUFFI, *La competenza dell'Unione europea*, cit., p. 28.

⁶⁹⁵ P. FRANZINA, *The law applicable to divorce*, cit., p. 122.



altresì che l'applicazione della normativa straniera produca anche nel singolo caso di specie effetti discriminatori⁶⁹⁶.

Il tema è particolarmente discussio: autorevole dottrina⁶⁹⁷, infatti, ha sostenuto che ritenere bastevole un'analisi in astratto della legge applicabile si ponga in contrasto con la recente tendenza di molti ordinamenti a valorizzare l'autonomia delle parti e l'apporto negoziale dei coniugi anche nella fase di scioglimento del vincolo matrimoniale⁶⁹⁸. Rimarrebbe innegabile, quindi, l'incompatibilità del ripudio unilaterale col principio dell'uguaglianza tra coniugi⁶⁹⁹, ma proprio una tutela sostanziale ed effettiva di quest'ultimo dovrebbe consentire a una donna pienamente consapevole dei suoi diritti la possibilità di accettare liberamente il *talaq*, trasformando così di fatto l'istituto in una sorta di divorzio consensuale⁷⁰⁰. Accordare, invece, una incondizionata preferenza in astratto al limite previsto dall'art. 10 del regolamento finirebbe, di fatto, per penalizzare proprio la parte discriminata che la norma intende tutelare, specialmente nei casi in cui i coniugi avessero compiuto la loro scelta comune in modo informato.

Ancora, una disapplicazione automatica di leggi straniere potrebbe condurre a due ulteriori esiti indesiderabili: innanzitutto, nulla impedirebbe in ogni caso al marito di manifestare a un tribunale sciaratico del suo Paese di provenienza, anche mediante un intermediario, la propria volontà unilaterale di ripudiare la moglie. Ne conseguirebbe lo scioglimento del matrimonio secondo l'ordinamento islamico, e persino secondo quello civile del Paese in cui avesse sede la corte religiosa se lì la stessa fosse equiparata a un tribunale statale, ma non ai sensi della legge

⁶⁹⁶ Corte di giustizia UE, 20 dicembre 2017, cit., par. 25, punto 2).

⁶⁹⁷ A. LICASTRO, *La questione della riconoscibilità civile del divorzio islamico al vaglio della Corte di giustizia dell'Unione europea (a margine della pronuncia del 20 dicembre 2017, C-372/16)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 13 del 2018, pp. 26-34.

⁶⁹⁸ A. LICASTRO, *La questione della riconoscibilità civile*, cit., p. 28, per cui anche il nostro ordinamento non è rimasto estraneo a questi sviluppi, in specie con le novità introdotte dall'art. 12 d. l. n. 132 del 2014 che ha semplificato i procedimenti di separazione personale e divorzio.

⁶⁹⁹ Sull'incompatibilità tra *talaq* e ordine pubblico italiano, tra i tanti, vedi O. VANIN, *Ripudio islamico, principio del contraddittorio e ordine pubblico italiano*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, anno XXXI, n. 11, novembre 2015, pp. 1029-1038; C. CAMPIGLIO, *Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale privato*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 4, 2011, pp. 1029-1064; A. SINAGRA, *Ripudio-divorzio islamico ed ordine pubblico italiano*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2007, pp. 163-168; A. GALOPPINI, *Il ripudio e la sua rilevanza nell'ordinamento italiano*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, n. 3, 2005, pp. 969-989.

⁷⁰⁰ A. LICASTRO, *La questione della riconoscibilità civile*, cit., pp. 33-34.



dello Stato europeo in cui le parti risiedessero. Un evidente caso di *limping marriage*⁷⁰¹, matrimonio zoppicante, che la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo è orientata a condannare in nome del diritto alla continuità degli *status* personali⁷⁰².

Infine, su un piano meno strettamente giuridico, sussiste il dubbio che una così severa presa di posizione nei riguardi delle discipline straniere di ispirazione islamica possa essere considerata discriminatoria dai musulmani residenti in Europa e valutata come una sorta di categorizzazione a priori, una distinzione sommaria tra leggi accettabili e inaccettabili⁷⁰³.

5 - La seconda possibile interpretazione: la superiorità assiologica del principio di non discriminazione

Sostiene posizioni opposte chi ritiene che l'art. 10 del regolamento Roma III vada interpretato nel senso che l'obbligo di applicazione della *lex fori* debba operare allorché la legge straniera richiamata operi una discriminazione in astratto, al di là degli effetti in concreto cui essa darebbe luogo nella circostanza di specie.

Su tutti, l'Avvocato generale nel caso *Sahyouni c. Mamisch*: nelle sue conclusioni⁷⁰⁴, questi ha innanzitutto sottolineato che, se è vero che l'art. 10 non fornisce alcuna precisa indicazione rispetto al modo in cui valutare la portata discriminatoria della normativa straniera, è altrettanto chiaro che la disposizione non contiene alcun elemento da cui sarebbe possibile desumere con certezza la necessità di un vaglio esclusivamente in concreto⁷⁰⁵. D'altronde, il considerando n. 24 del regolamento, che si riferisce all'art. 10, specifica che

⁷⁰¹ La questione dei *limping marriage* è particolarmente trattata in tema di corti islamiche anglosassoni; le *Sharia Court* nascono proprio allo scopo di permettere alle donne musulmane residenti nel Regno Unito, che possono naturalmente divorziare secondo il diritto civile britannico, di farlo anche ai sensi del diritto islamico, non rimanendo così vincolate all'unione contratta religiosamente. Per tutti, **S. BANO**, *An exploratory study of Shariah councils in England with respect to family law*, University of Reading, Reading, 2012, p. 7.

⁷⁰² **C. CAMPIGLIO**, *Identità culturale*, cit., p. 1053.

⁷⁰³ **L.M. MOLLER**, *No Fear of Talaq*, cit., p. 466.

⁷⁰⁴ Conclusioni dell'Avvocato generale Henrik Saugmandsgaard Øe, presentate il 14 settembre 2017 (all'url <https://tinyurl.com/y74xzu4k>).

⁷⁰⁵ Conclusioni, cit., punto 75.



“in certe situazioni, quali quelle in cui la legge applicabile non prevede il divorzio o non concede a uno dei coniugi, perché appartenente all’uno o all’altro sesso, pari condizioni di accesso al divorzio o alla separazione personale, dovrebbe tuttavia applicarsi la legge dell’autorità giurisdizionale adita”⁷⁰⁶.

Sembra, quindi, che la *lex fori* debba prevalere in tutte quelle circostanze descritte dal considerando, indipendentemente dall’esplicazione di effetti discriminatori della legge estera nel caso di specie.

Di più: qualora il legislatore europeo avesse voluto prevedere solo una possibilità di disapplicazione della normativa straniera alla luce della sua efficacia concreta, avrebbe formulato l’art. 10 in termini identici a quelli utilizzati per l’art. 12. Il diretto riferimento di quest’ultimo all’incompatibilità con l’ordine pubblico del foro della “applicazione” della disposizione della legge individuata, e non della disposizione *tout court*, e al fatto che oggetto dell’analisi del giudice debba essere “una norma della legge designata”, e non l’intera legge estera, indicano inequivocabilmente che la valutazione imposta dall’art. 12 non possa prescindere da un esame in concreto degli effetti della disposizione parte della normativa straniera individuata. A confermarlo, il considerando n. 25 del regolamento, secondo cui l’art. 12 attribuisce alle autorità giurisdizionali degli Stati membri la possibilità di disapplicare una disposizione della legge estera “qualora in una data fattispecie sia manifestamente contraria all’ordine pubblico del foro”⁷⁰⁷.

Ebbene, quest’ultimo riferimento alla “data fattispecie” è del tutto assente, come visto, nel considerando n. 24⁷⁰⁸, così come non esistono, nell’art. 10, i riferimenti dell’art. 12 a una singola “norma della legge designata” né a una “applicazione” della stessa. Ciò permette, quindi, di considerare l’art. 10 non quale una variante o una mera specificazione dell’art. 12, ma come una sua deroga⁷⁰⁹.

⁷⁰⁶ Regolamento (UE) n. 1259 del 2010, cit., considerando n. 24.

⁷⁰⁷ Regolamento (UE) n. 1259 del 2010, cit., considerando n. 25.

⁷⁰⁸ Conclusioni, cit., punto 83.

⁷⁰⁹ Conclusioni, cit., punto 82. Secondo l’Avvocato generale, l’art. 10 è formulato in termini più ampi, visto che permette ai giudici nazionali di respingere l’intera legge straniera e non solo una singola disposizione incompatibile con l’ordine pubblico. Inoltre, non consente loro alcun margine discrezionale: non appena questi constatino che la normativa individuata non preveda il divorzio o conceda ineguali modalità di accesso all’istituto, in ragione del diverso sesso dei coniugi, sono tenuti a disapplicarla in maniera automatica.



Oltre alle considerazioni appena esposte, e a ulteriori di ordine funzionale⁷¹⁰, l'Avvocato generale evidenzia, soprattutto, che la risoluzione del quesito posto dal giudice del rinvio non possa prescindere dalla finalità specifica dell'art. 10⁷¹¹: detta disposizione, infatti, è volta a tutelare il diritto di poter divorziare in condizioni paritarie per uomini e donne, tanto fondamentale da non consentire nessuna restrizione o eccezione. Una legge straniera di per sé discriminatoria, dunque, quale quella siriana, non potrebbe in alcun caso produrre i suoi effetti in uno Stato membro, anche qualora non pregiudicasse in concreto l'eguaglianza tra coniugi, o nemmeno qualora fosse stata individuata di comune accordo dagli stessi.

Il principio fondamentale della parità fra coniugi è oggi sancito, infatti, sia dai Trattati fondativi europei (artt. 2 e 3, par. 3, secondo comma, TUE⁷¹², art. 8 TFUE⁷¹³), sia dalla Carta dei diritti fondamentali UE⁷¹⁴ (artt. 21, primo comma, e 23), ormai a essi equiparata quanto a valore giuridico con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona⁷¹⁵. Quest'ultimo ha apportato un decisivo rafforzamento al divieto di discriminazione⁷¹⁶, tanto sancendo la vincolatività della Carta proclamata inizialmente a Nizza nel 2000 quanto modificando le disposizioni dei Trattati istitutivi appena ricordate: l'art. 2 TUE, in particolare, richiama espressamente il valore fondamentale della parità fra donne e uomini, accanto all'uguaglianza e alla non discriminazione⁷¹⁷. A ciò si aggiunga che il nuovo art. 6 TUE ha anche previsto la (futura) adesione dell'Unione alla CEDU, che dunque renderà vincolante a tutti gli effetti nell'ordinamento europeo l'art. 14 della Convenzione⁷¹⁸. Lo stesso art. 6 TUE non menziona i Protocolli aggiuntivi alla CEDU, ritenendosi, quindi, che la decisione di aderirvi debba essere presa eventualmente in seguito⁷¹⁹, ma, anche nell'attesa di simili sviluppi,

⁷¹⁰ Conclusioni, cit., punto 87.

⁷¹¹ Conclusioni, cit., punto 84.

⁷¹² Trattato sull'Unione europea, artt. 2 e 3, par. 3, 2° comma.

⁷¹³ Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, art. 8. Si devono però necessariamente menzionare anche gli artt. 10 e 19 TFUE, relativi all'impegno dell'Unione per rendere effettivo il principio di non discriminazione.

⁷¹⁴ Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, artt. 21, 1° comma e 23.

⁷¹⁵ Trattato sull'Unione europea, art. 6.

⁷¹⁶ **J. PASQUALI CERIOLI**, *Parità di trattamento e organizzazioni di tendenza religiose nel "nuovo" diritto ecclesiastico europeo*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 1, 2013, p. 76.

⁷¹⁷ **A. LICASTRO**, *Unione europea e "status" delle confessioni religiose. Fra tutela dei diritti umani fondamentali e libertà costituzionali*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 111.

⁷¹⁸ Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, art. 14.

⁷¹⁹ **V. ZAGREBELSKY**, *La prevista adesione dell'Unione Europea alla Convenzione dei diritti*

tanto l'art. 14 CEDU quanto l'art. 5 del Protocollo n. 7⁷²⁰ sono da considerarsi parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali, ai sensi dell'art. 6, terzo comma TUE: il primo perché garantito dalla CEDU, il secondo perché proprio delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri.

Il divieto di discriminazione in ragione del sesso, a ben vedere, costituisce da sempre, insieme a quello per motivi di nazionalità, la coppia di assi portanti del sistema di diritto antidiscriminatorio europeo⁷²¹: già l'art. 119 del Trattato di Roma lo sanciva, anche se, naturalmente, limitato all'aspetto retributivo⁷²². L'evoluzione della vocazione della Comunità europea prima, e dell'Unione europea poi, da funzionalizzata a un'integrazione di carattere prevalentemente economica a politica vera e propria, ha portato, però, col tempo, all'estensione degli ambiti tutelati da detto principio, fino a giungere alla sua inclusione tra i valori su cui si fonda l'UE ai sensi dell'art. 2 TUE e alla sua proclamazione in due distinte disposizioni della Carta dei diritti fondamentali.

Proprio all'art. 21 di tale ultimo documento fa espresso riferimento il considerando n. 30 del regolamento Roma III⁷²³, dichiarando l'esplicita volontà di rispettarlo. È la pregnanza assiologica della garanzia della parità tra coniugi, che nel caso di specie si manifesta sotto forma di eguale possibilità di accesso al divorzio, a giustificare, quindi, più di ogni altro argomento l'interpretazione dell'art. 10 del regolamento Roma III sostenuta dall'Avvocato generale. Per questo, quindi, a detta disposizione è stato conferito carattere imperativo, al punto da essere stata collocata dal legislatore "al di fuori della libera disposizione dei loro diritti da parte dei soggetti interessati"⁷²⁴.

L'impossibilità di arretrare rispetto a principi irrinunciabili, parte del patrimonio fondante l'identità giuridica europea, si interseca necessariamente con la ancora vigente incompetenza diretta dell'Unione in

dell'uomo (in www.europeanrights.eu, 19 dicembre 2007).

⁷²⁰ Protocollo n. 7 alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, art. 5.

⁷²¹ C. FAVILLI, *La non discriminazione nell'Unione europea*, il Mulino, Bologna, 2008, p. 18.

⁷²² Trattato CEE, art. 119.

⁷²³ Regolamento (UE) n. 1259 del 2010, cit., considerando n. 30.

⁷²⁴ Conclusioni, cit., punto 103. Sul punto, l'Avvocato ricorda la sentenza CEDU *Markin c. Russia* del 22 marzo 2012, in cui la Corte, al paragrafo 150, ha chiarito che "alla luce dell'importanza fondamentale rivestita dal divieto di discriminazione fondata sul sesso, non si può ammettere la possibilità di rinunciare al diritto a non costituire l'oggetto di una siffatta discriminazione [...]".



materia di diritti fondamentali⁷²⁵. Se il principio delle competenze attribuite ancora limita l'attività dell'UE in tale ambito⁷²⁶, è altrettanto vero che i diritti fondamentali, una volta riconosciuti e, di più, individuati e definiti in una specifica Carta, sono portati, per loro natura, a dirigere la rigidità del sistema in termini di necessaria coerenza assiologica. Proprio alla luce della caratteristica irriducibile di simile tutela di consentire una lettura unitaria anche di situazione giuridiche appartenenti a materie di rigida competenza comunitaria, da quando la Corte di giustizia si è impegnata a garantirne l'osservanza, l'alone parziale rilettura del tradizionale criterio di inflessibile distribuzione di attribuzioni è diventata inevitabile⁷²⁷.

In altri termini, la Carta, elevata al rango dei Trattati fondativi, può costituire uno strumento di interpretazione in chiave teleologica del principio di attribuzione delle competenze⁷²⁸; lungi dall'essere superato, quest'ultimo è però in grado di evolversi, di pari passo con l'espansione dei principi di egualianza e non discriminazione⁷²⁹.

L'Unione Europea - è bene ricordarlo - deve necessariamente mantenersi neutrale in materia religiosa; in nome di una neutralità non originata in termini costituenti, come può essere quella di alcuni ordinamenti nazionali, ma inevitabile a fronte della voluta ritrosia degli Stati membri a rinunciare alla loro sovranità in un ambito tanto connotato in senso identitario.

Ciò non significa, tuttavia, un automatico disinteresse verso il religioso. L'Europa, infatti, "non ha religione. Ma non è contraria alle religioni"⁷³⁰; certamente ne è distinta, ma non le ignora, al punto da mantenere con queste, come con le organizzazioni filosofiche e non confessionali, quel dialogo aperto, trasparente e regolare previsto dal terzo comma dell'art. 17 TFUE⁷³¹.

⁷²⁵ J. PASQUALI CERIOLI, *Parità di trattamento*, cit., p. 70.

⁷²⁶ Il principio non è stato infatti in alcun modo intaccato a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, come precisa l'art. 6 TUE. Sul complesso rapporto tra Carta dei diritti fondamentali UE e principio di attribuzione, vedi A. AGUILAR CALAHORRO, *Il test di applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in Spagna*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 2, 2018.

⁷²⁷ A. LICASTRO, *Unione europea e "status"*, cit., p. 90.

⁷²⁸ A. AGUILAR CALAHORRO, *Il test di applicazione*, cit., p. 5.

⁷²⁹ M. VENTURA, *L'articolo 17 TFUE come fondamento del diritto e della politica ecclesiastica dell'Unione europea*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 2, 2014, p. 301, secondo cui i diritti fondamentali persino "spezzano i confini" delle competenze attribuite.

⁷³⁰ N. COLAIANNI, *Religioni e ateismi: una complexio oppositorum alla base del neoseparatismo europeo*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., giugno 2011, p. 2.

⁷³¹ Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, art. 17, terzo comma.



Si tratta di una neutralità, però, che significa separazione fra politica e religione⁷³²: da intendersi, dunque, nelle perduranti difficoltà di individuazione di un modello europeo di principio di laicità⁷³³, per sua natura caratterizzante una singola forma di Stato, in quanto distinzione degli ordini⁷³⁴ e non identificazione in alcuna visione religiosa.

Tornando alla materia analizzata in questo contributo, dunque, è proprio la neutralità religiosa dell'Unione a legittimare l'applicazione dell'art. 10 del regolamento Roma III suggerita dall'Avvocato generale: la separazione che essa comporta rispetto al fenomeno religioso viene qui rappresentata dalla garanzia della parità tra coniugi, che certo non può soccombere davanti a discriminazioni di genere dall'evidente matrice fideistica. Il filtro dell'art. 10, infatti, non costituisce altro che una manifestazione del principio della distinzione degli ordini, a sua volta dimostrazione della neutralità dell'Unione. In nome di quest'ultima, appunto, sarebbe inaccettabile assicurare, sulla base di norme confessionali, la creazione di "porti franchi"⁷³⁵ in cui valori fondamentali, quali quelli richiamati all'art. 2 TUE, e le garanzie da essi derivanti, possano essere in alcun modo messi in discussione.

⁷³² R. MAZZOLA, *Confessioni, organizzazioni filosofiche e associazioni religiose nell'Unione Europea tra speranze disilluse e problemi emergenti*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 3 del 2014, p. 14.

⁷³³ M. PARISI, *Laicità europea. Riflessioni sull'identità politica dell'Europa nel pluralismo ideale contemporaneo*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 1 del 2018, p. 10, per cui l'impostazione sostanzialmente laica dei Trattati europei va intesa nel senso di una "laicità per astensione o istituzionale".

⁷³⁴ S. MONTESANO, *Brevi riflessioni sull'art. 17 TFUE e sul progetto di Direttiva del Consiglio recante disposizioni in materia di divieto di discriminazione*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 18 del 2015, p. 25. Vedi anche J. PASQUALI CERIOLI, *L'indipendenza dello stato e delle confessioni religiose: contributo allo studio del principio di distinzione degli ordini nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 25, per cui proprio dall'indipendenza tra ordine degli stati e ordine delle confessioni si dovrebbe partire nel percorso di individuazione di un tratto comune europeo del principio di laicità.

⁷³⁵ M. VENTURA, *La laicità dell'Unione Europea*, cit., p. 235.



Marcello Toscano

(professore aggregato di Diritto ecclesiastico nell'Università degli Studi di Milano, Dipartimento di Scienze giuridiche "Cesare Beccaria")

**Perché temere il muro bianco?
Scuola, libera formazione della coscienza e principio di neutralità**

*Why fear an empty wall?
School, freedom of conscience and the principle of State neutrality*

ABSTRACT: In this essay the author deals with the theme concerning the display of religious symbols in public places and, in particular, within institutional premises, with specific regard to public schools classrooms. He remembers, first of all, as in the past the scientific doctrine that has dealt with this theme has sided around the rigid 'crucifix/white wall' alternative. He then suggests, after summarizing the reasons for those who supported the solution of the white wall or the exposure of the crucifix, that it is possible to imagine another solution, which identifies in the recognition by law, to all students, of the right to exhibit a religious, philosophical or non-confessional symbol. Lastly, it deals with the practical ways in which this right could be exercised, imagining a general discipline contained in a State law, accompanied by a wide margin allowed to the school autonomy in order to manage the practical ways of pluralistic confrontation.

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. Vi sono alternative alla soluzione del muro bianco? - 3. Un'ipotesi de iure condendo: esposizione del crocifisso come esercizio del diritto di libertà di coscienza e di religione - 4. Titolari, oggetto, modalità di esercizio - 5. Conclusioni.

1 - Premessa

Tra gli inviti dei colleghi che hanno lanciato la *call for papers* vi era, in relazione a questo secondo *panel*, quello a riflettere sulla delicata tematica del 'muro bianco' e sulla presenza dei simboli religiosi nella sfera pubblica. Ho scelto di occuparmi, in questo breve intervento, della sfera pubblica istituzionale; in particolare, dell'esposizione del crocifisso nelle aule delle scuole pubbliche, in quanto aule scolastiche (non, quindi, quali sedi di seggio elettorale, nonostante siano impiegate anche a questo scopo).

234



Il tema è stato per lungo tempo, forse meritatamente, oggetto di scarsa attenzione⁷³⁶, per poi conoscere grande fortuna a partire dal c.d. ‘caso Montagnana’ e, in seguito, grazie a una serie di controversie giudiziarie intraprese nei primi anni duemila - casi *Lautsi* nel 2002, *Adel Smith* nel 2003, *Tosti* nel 2004, per limitarsi a citarne alcuni tra i più significativi - che hanno goduto anche di ampia risonanza mediatica. Si accendeva così, con toni inauditi, quella che è stata efficacemente chiamata “piccola guerra dei crocifissi”⁷³⁷, cui metteva provvisoriamente fine⁷³⁸, dopo alterne vicende, la sentenza del 2011 della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell’uomo nel caso *Lautsi*⁷³⁹.

Non è mia intenzione, in questa sede, riesaminare il tema nel suo complesso⁷⁴⁰ tornando su vicende note né, di queste ultime, analizzare gli strascichi: il profilo più interessante, quello concernente le ricadute giurisdizionali interne della sentenza ‘*Lautsi II*’, è già stato trattato *ex professo* da Marco Croce. Vorrei invece muovere da una considerazione diffusa

⁷³⁶ G. CASUSCELLI, *Il crocifisso nelle scuole: neutralità dello Stato e “regola della precauzione”*, ne *Il diritto ecclesiastico*, 2005, I, p. 504 ss., specialmente p. 506 s., lo ha paragonato sotto questo profilo a quello della bestemmia, “riservato all’analisi di pochi tecnici e alla disattenzione generale”: in entrambi i casi si tratta di fattispecie dalla modesta portata pratica cui fa però da contraltare un’elevata carica ideologica (che traspare anche dai rispettivi referenti normativi).

⁷³⁷ Così F. MARGIOTTA BROGLIO, *Il fenomeno religioso nel sistema giuridico dell’Unione Europea*, in *Religioni e sistemi giuridici. Introduzione al diritto ecclesiastico comparato*, a cura di F. Margiotta Broglio, C. Mirabelli, F. Onida, Bologna, il Mulino, 1997, p. 87 ss., specialmente p. 229.

⁷³⁸ La questione, infatti, non può considerarsi chiusa né accantonata: rimanendo in metafora bellica, allo scontro campale e - si potrebbe dire - ‘paneuropeo’ cui abbiamo assistito negli anni a cavallo del 2010 hanno fatto seguito piccole battaglie locali, combattute talvolta in sordina; tra queste, meritano di essere ricordate almeno quelle innescate da vari interventi, a livello comunale, a sostegno dell’esposizione del crocifisso (che non sono sfuggite alla dottrina più attenta: vedi per esempio 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*, rivista telematica [www.statoechiese.it], n. 1 del 2018, specialmente p. 4 ss.).

⁷³⁹ Corte europea dei diritti dell’uomo (Grande Camera), *Lautsi e altri c. Italia*, ric. 30814/06, sent. 18 marzo 2011 che, come è noto, fa seguito - rovesciandolo - a un giudizio di prime cure emesso dalla II Sezione della stessa Corte il 3 novembre 2009.

⁷⁴⁰ Di recente, se ne sono occupati in lavori monografici C. CARDIA, *Identità religiosa e culturale europea. La questione del crocifisso*, Torino, Umberto Allemandi & C., 2010; L. P. VANONI, *Laicità e libertà di educazione. Il crocifisso nelle aule scolastiche in Italia e in Europa*, Milano, Giuffrè, 2013 e, da ultimo, L. GIANNUZZO, *Laicità europea e libertà religiosa alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in tema di simboli religiosi: ipotesi ricostruttive*, Tricase, Libellula, 2017.



ricordando come in quegli anni la dottrina, proprio perché sollecitata a esprimersi dalla pendenza di controversie giudiziarie (anche davanti alle massime giurisdizioni), si sia per lo più schierata a sostegno di questa o quella posizione dedotta in giudizio: ciò ha condotto il confronto scientifico di quegli anni - anche, e in misura maggiore, quello politico, che tuttavia non interessa in questa sede - a polarizzarsi intorno all'alternativa radica -e tra rimozione del crocifisso (all'insegna del 'muro bianco') e suo mantenimento (non affiancato da altri simboli religiosi)⁷⁴¹.

Devo ricordare, per onestà intellettuale, come a suo tempo anch'io abbia commesso una sorta di 'peccato d'istinto' - non voglio sostenere che per tutti sia stato tale; per me, credo, lo è stato - e mi sia espresso a favore di una rimozione del crocifisso 'senza se e senza ma', nella convinzione che "nessuna soluzione diversa da una parete bianca è [...] compatibile con il principio di laicità"⁷⁴².

Anche oggi resto dell'idea che, nell'ambito di una controversia giudiziaria con questo oggetto, la decisione del giudice non possa che riposare sulla premessa per cui l'esposizione del crocifisso all'interno di un locale istituzionale configge (quantomeno) con i principi di distinzione degli ordini, di equidistanza e imparzialità, di neutralità dello Stato, che costituiscono altrettanti "riflessi" o "corollari" del principio supremo di laicità⁷⁴³. Tuttavia, negli ultimi anni mi è capitato di riesaminare il tema e in questo breve intervento vorrei provare a dare conto, in sintesi, di una riflessione più articolata, svincolata dalla rigida alternativa crocifisso sì/crocifisso no e orientata *de iure condendo*⁷⁴⁴.

2 - Vi sono alternative alla soluzione del muro bianco?

⁷⁴¹ Non ho intenzione (né avrei il tempo per farlo) di riesaminare le argomentazioni a sostegno delle posizioni emerse in dottrina, che riprenderò in parte solo dove necessario. Mi limito quindi a rinviare, per un quadro d'insieme, ai lavori citati alla nota precedente.

⁷⁴² Cfr. **M. TOSCANO**, *La sentenza Lautsi e altri c. Italia della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., ottobre 2011.

⁷⁴³ Termini ormai ampiamente utilizzati che riprendo, rispettivamente, da Corte cost. sent. n. 508 del 20 novembre 2000 e da **G. CASUSCELLI**, "L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale" in *materia di vilipendio della religione*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2001, 3, p. 1119 ss.

⁷⁴⁴ Accolgo anch'io, in questo senso, l'invito di **S. FERRARI**, *I simboli religiosi nello spazio pubblico*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2012, 1, p. 317 ss., che affermava la necessità di abbandonare la "logica binaria basata sull'alternativa tra eliminazione di tutti i simboli religiosi o esposizione del solo simbolo della religione di maggioranza" e di tentare di "garantire la neutralità dello spazio istituzionale attraverso l'inclusione di una pluralità di simboli religiosi e non religiosi" (p. 328 s.).



Per muoversi in questa direzione è necessario innanzitutto affrontare il problema del metodo d'intervento, per poi occuparsi delle questioni di contenuto, che al primo sono ovviamente collegate.

Quanto al metodo, parto evidentemente dall'assunto che un intervento di portata generale sia quanto mai necessario e che il tema non possa essere abbandonato alla prassi come si è fatto sinora. Conosciamo infatti esperienze in cui, grazie all'iniziativa di alcuni componenti della comunità scolastica, si sono sperimentate soluzioni intelligenti e condivise; tuttavia, gli esiti di questo genere d'operazione sono inevitabilmente molto differenti da caso a caso e restano in fin dei conti affidati alla buona volontà e al buon senso dei singoli, oltre che alla preesistenza di una sostanziale concordia all'interno della comunità scolastica, in assenza della quale è inevitabile il conflitto e, spesso, la conseguente azione giudiziaria⁷⁴⁵.

Al contempo, la casistica ha evidenziato l'inadeguatezza della via giurisprudenziale: si registrano soluzioni ampiamente divergenti sia tra i giudici di merito, sia al livello delle massime giurisdizioni⁷⁴⁶; la Corte costituzionale non si è pronunciata nel merito⁷⁴⁷ e, anche ammesso che lo

⁷⁴⁵ Cfr. per alcuni esempi L.P. VANONI, *Laicità*, cit., p. 120 ss.

⁷⁴⁶ Mi limito a ricordare per esempio come la Corte di cassazione, con la nota sent. n. 439 del 2000 pronunciata nel 'caso Montagnana', abbia mandato esente da ogni addebito penale lo scrutatore di seggio che aveva rifiutato di assumere l'incarico, ritenendo che la condotta, motivata sulla base della presenza del crocifisso all'interno del seggio elettorale, fosse sorretta da un "giustificato motivo" ex art. 108, d.P.R. 30 marzo 1957, n. 361 (in particolare la Corte riconosceva il pericolo di "un grave turbamento di coscienza a causa del conflitto interiore tra il dovere civile di svolgere un ufficio pubblico e il dovere morale di osservare un dettame della propria coscienza sulla necessaria garanzia di laicità e di imparzialità di quell'ufficio"). Dal canto suo il Consiglio di Stato, pronunciatosi con sent. n. 556 del 13 febbraio 2006 (Sez. VI) nell'ambito del caso Lautsi, ha invece ritenuto che la tradizione e i costumi del popolo italiano, riversati nell'ordinamento giuridico, giustifichino l'esposizione del crocifisso, considerato simbolicamente «nel suo orizzonte "laico", diverso da quello religioso che gli è proprio».

⁷⁴⁷ Mi riferisco alla ben nota ordinanza n. 389 del 15 dicembre 2004, avente ad oggetto la legittimità costituzionale delle disposizioni di cui all'art. 118, r.d. 30 aprile 1924, n. 965 ("Ordinamento interno delle giunte e dei regi istituti di istruzione media") e all'art. 119, r.d. 26 aprile 1928, n. 1297 ("Approvazione del regolamento generale sui servizi dell'istruzione elementare"), in combinato disposto con la Tabella C allegata al secondo decreto. In quel caso la Corte, confermando quanto previsto da larga parte della dottrina, dischiarava la manifesta inammissibilità della questione, non ravvisando quel rapporto di necessaria "integrazione e specificazione" tra le norme legislative in materia d'istruzione e le citate disposizioni regolamentari che, esso solo, avrebbe consentito di estendere alle seconde il sindacato (indiretto) di legittimità costituzionale.



faccia in futuro⁷⁴⁸, non potrebbe che farlo con sentenza meramente ablativa⁷⁴⁹.

Per questi (e altri) motivi, da più parti si fa appello alla responsabilità normativa del Parlamento in questa materia e si afferma la necessità di una disciplina legislativa statale⁷⁵⁰ che, tra l'altro, avrebbe il vantaggio di risolvere in via definitiva alcune perduranti incertezze sistematiche⁷⁵¹. Quanto al contenuto di una possibile legge, da tempo qualcuno suggerisce di prendere a modello la soluzione di compromesso adottata nel 1996 dal legislatore bavarese⁷⁵²; ancora di recente, è stata indicata la via della

⁷⁴⁸ Oggetto del giudizio potrebbe essere la legge regionale lombarda n. 18 del 25 novembre 2011 (*Esposizione del crocifisso negli immobili regionali*), ai sensi della quale la Regione “riconosce i valori storico-culturali e sociali delle sue radici giudaico-cristiane” (art. 1) ed “espone il crocifisso nelle sale istituzionali e all'ingresso degli immobili regionali e di quelli in uso all'amministrazione regionale” (art. 2 c. 1).

⁷⁴⁹ S. CECCANTI, *E se la Corte andasse in Baviera?*, in *La laicità crocifissa?. Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici*, a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, Torino, Giappichelli, 2004, p. 1 ss., specialmente p. 21 s., scrivendo alla vigilia della citata ord. n. 389 del 2004, riteneva invece che la Corte potesse procedere con pronuncia additiva, dichiarando l'illegittimità delle conferenti disposizioni nella parte in cui non prevedevano “che, sulla base dell'autonomia scolastica, anche attraverso i regolamenti d'istituto, i presidi o i direttori didattici, in accordo con gli organi collegiali, possano, in seguito alla contestazione del crocifisso ove percepito come simbolo religioso sulla base di convinzioni religiose o filosofiche [...], trovare soluzioni adeguate al caso singolo, dopo un dialogo con lo studente, se maggiorenne, o con i genitori se minorenne” (corsivo dell'A.).

⁷⁵⁰ Cfr. per tutti C. MARTINELLI, *La questione del crocifisso tra esperienza giurisprudenziale e intervento parlamentare*, in *I simboli religiosi tra diritto e culture*, a cura di E. Dieni, A. Ferrari, V. Pacillo, Milano, Giuffrè, 2006, p. 147 ss., specialmente p. 161 s.

⁷⁵¹ In particolare, sulla questione della vigenza delle disposizioni richiamate alla nota 12, vedi per tutti N. MARCHEI, *La vigenza delle norme regolamentari a seguito dell'entrata in vigore della Carta costituzionale*, in *La laicità crocifissa?*, cit., p. 201 ss.

⁷⁵² Come è noto, in quel caso l'intervento del legislatore si rese necessario per rimediare alla dichiarazione d'illegittimità costituzionale della legge che imponeva l'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche: sulla pronuncia del 16 maggio 1995 dell'*Erster Senat* del *Bundesverfassungsgericht* vedi V. PACILLO, J. PASQUALI CERIOLI, *I simboli religiosi. Profili di diritto ecclesiastico italiano e comparato*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 63 ss. La traduzione italiana dell'art. 7.3 della legge bavarese sulle istituzioni dell'educazione e della scuola, come conseguente alla novella resa necessaria dall'intervento della Corte, è riportata da J. LUTHER, *La croce della democrazia (prime riflessioni su una controversia non risolta)*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1996, 3, p. 681 ss., sul punto p. 685: “[v]iste le impronte della storia e della cultura nella Baviera in ogni aula di classe scolastica viene affissa una croce. In tal modo si esprime la volontà di realizzare i supremi obiettivi di educazione della costituzione sulla base di valori cristiani ed occidentali nel rispetto della libertà di fede. Se i titolari del diritto di educazione si oppongono all'affissione della croce per motivi seri e comprensibili inerenti alla fede o a una visione del mondo, il direttore della scuola intraprende un tentativo di conciliazione. Se la conciliazione non riesce egli



mediazione come la più adeguata, osservandosi come quelli sui simboli siano a tutti gli effetti conflitti (anche) culturali e come tali si prestino più a essere composti, piuttosto che risolti in via giudiziaria⁷⁵³.

3 - Un'ipotesi *de iure condendo*: esposizione del crocifisso come esercizio del diritto di libertà di coscienza e di religione

Quella che vado formulando è quindi un'ipotesi *de iure condendo* che prende spunto sia da queste ultime indicazioni, sia dalle opinioni di coloro che hanno voluto leggere nell'esposizione del crocifisso una modalità di tutela del diritto di libertà religiosa (rifiutandone per questo motivo la rimozione), compatibile con il principio supremo di laicità se non addirittura doverosa⁷⁵⁴.

Per quanto concerne quest'ultimo aspetto, mi sentirei di escludere che l'esposizione del simbolo - qualsiasi simbolo - da parte della pubblica amministrazione possa essere considerata oggetto di un diritto soggettivo da parte di chicchessia: chi volesse affrontare la questione in questi termini dovrebbe, credo, abbandonare l'idea di un *diritto a vedere esposto* e ragionare piuttosto, a parità di soggetto titolare (in ipotesi, gli alunni e tutt'al più i loro genitori), circa la configurabilità di un *diritto a esporre*⁷⁵⁵.

adotta, dopo aver informato l'amministrazione scolastica, per il caso singolo una disposizione che rispetta la libertà di fede dell'opponente e opera un bilanciamento equo tra le convinzioni religiose e ideologiche di tutti gli interessati della classe; va rispettata anche la volontà della maggioranza nella misura del possibile”.

⁷⁵³ Su questo tema rinvio, per tutti, a P. CONSORTI, *Conflitti, mediazione e diritto interculturale*, Pisa, Pisa University Press, 2013. Con specifico riguardo al tema dei simboli vedi N. COLAIANNI, *Simboli religiosi e processo di mediazione*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 1 del 2014, specialmente p. 11, laddove afferma che “[i] conflitti interculturali [...] più che giudicati vanno adeguatamente gestiti ad iniziare dal livello della comunicazione, ordinariamente inesistente”.

⁷⁵⁴ Mi sembra che sia questa, per esempio, l'opinione di M. CANONICO, *Il crocifisso nelle aule scolastiche: una questione ancora aperta*, ne *Il diritto ecclesiastico*, 2004, I, p. 259 ss., specialmente p. 284 s.

⁷⁵⁵ Cfr. J. PASQUALI CERIOLI, *Laicità dello Stato ed esposizione del crocifisso nelle strutture pubbliche*, in *I simboli religiosi*, cit., p. 125 ss., su questo punto p. 139, che ritiene ammissibile una soluzione aperta, mirata a salvaguardare la libertà dei discenti; N. COLAIANNI, *Diritto pubblico delle religioni. Eguaglianza e differenze nello Stato costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2012, p. 104 (che suggerisce un sistema in cui sia consentita l'esposizione dei simboli richiesti dagli studenti e in cui, in caso di contestazione, la soluzione sia affidata a un meccanismo conciliativo sul modello bavarese).



In ogni caso, anche questo rovesciamento di prospettiva dovrebbe, innanzitutto, essere vagliato alla luce del principio supremo di laicità.

In quest'ottica, ritengo senz'altro che il crocifisso 'istituzionale' non possa che essere (o essere considerato) rappresentativo dello Stato-persona e che, come tale, la sua esposizione contrasti (quantomeno) con i principi di uguaglianza, equidistanza e imparzialità, distinzione degli ordini.

Al contempo, però, deve essere tenuto in conto che la laicità c.d. 'all'italiana' implica "non indifferenza dello Stato dinanzi alle religioni ma garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione"⁷⁵⁶. Inteso in questa sua accezione, il principio non solo consente ma addirittura impone che l'intervento dei poteri repubblicani si ponga al servizio della libertà di coscienza e di religione, la cui tutela concorre - in uno con quella di tutti gli altri diritti fondamentali - al "*pieno sviluppo della persona umana*" (art. 3.2 Cost.). Volendo intendere *magis ut valeat* la portata del principio ne consegue, sotto questo profilo, che in tutti i casi in cui possano rilevare specifiche modalità di esercizio della libertà di coscienza è dovere della Repubblica garantirne al massimo livello la soddisfazione.

In aggiunta ai limiti generali cui dovrebbe sottostare l'assolvimento da parte dello Stato di questo suo compito - limiti che derivano dal bilanciamento con tutti gli interessi costituzionalmente rilevanti - vi è però almeno un limite specifico e per così dire 'interno', che discende cioè dalla stessa natura composita del principio di laicità (per come definito dal giudice delle leggi), che impone sì una tutela promozionale della libertà di religione, ma la costringe anche entro i vincoli ineludibili di un pluralismo aperto⁷⁵⁷. In altri termini, come ha efficacemente espresso anche la Corte di cassazione nel 'caso Tosti'⁷⁵⁸, è lecita (e doverosa) ogni forma di tutela della

⁷⁵⁶ Corte cost., sent. n. 203 del 1989, § 4. Vedi anche § 7, laddove si legge: "l'attitudine laica dello Stato-comunità [...] risponde non a postulati ideologizzati ed astratti di estraneità, ostilità o confessione dello Stato-persona o dei suoi gruppi dirigenti, rispetto alla religione o ad un particolare credo, ma si pone a servizio di concrete istanze della coscienza civile e religiosa dei cittadini".

⁷⁵⁷ Così, ancora, la citata sentenza n. 203, § 4, che qualifica "confessionale e culturale" il regime di contesto in cui deve operare la tutela del fattore religioso. Lungi dall'essere una semplice clausola stilistica, la connotazione pluralistica deve essere considerata coessenziale allo stesso principio-matrice, al pari della stessa tutela della libertà religiosa: la sua centralità assiologica è testimoniata, da ultimo, dalla sentenza n. 67 del 2017 della Corte costituzionale (in materia di edilizia di culto), che contiene un riferimento al pluralismo religioso non solo come elemento di contesto ma addirittura come oggetto primario della tutela (cfr. § 2.1, laddove la laicità viene appunto definita come "tutela del pluralismo, a sostegno della massima espansione della libertà di tutti, secondo criteri di imparzialità").

⁷⁵⁸ Cfr. Cass. civ., sez. un., sent. n. 5924 del 14 marzo 2011, § 6.6: "[è] vero che sul piano



libertà di coscienza, a condizione che ciò possa essere fatto nel pieno rispetto della cornice pluralistica, che comporta la pari legittimazione di tutte le convinzioni religiose e filosofiche⁷⁵⁹.

Date queste premesse, è necessario allora chiedersi se il ‘muro bianco’ sia l’unica via o se invece ne siano date altre, che realizzino una migliore soddisfazione della libertà di coscienza senza al contempo violare il principio di laicità nella sua connotazione pluralistica⁷⁶⁰: è doveroso porre la questione poiché, se altre vie fossero possibili a queste condizioni, la rinuncia a percorrerle in favore del muro bianco potrebbe essere considerata espressione di illegittima “indifferenza dello Stato davanti alle religioni”⁷⁶¹.

L’unica strada che mi sembra percorribile, sia sul piano della fattibilità pratica sia dal punto di vista della legalità costituzionale, è quella - simile ad altre già sperimentate⁷⁶² - di escludere ogni ostensione

teorico il principio di laicità è compatibile sia con un modello di equiparazione verso l’alto (laicità per addizione) che consenta ad ogni soggetto di vedere rappresentati nei luoghi pubblici i simboli della propria religione, sia con un modello di equiparazione verso il basso (laicità per sottrazione). Tale scelta legislativa, però, presuppone che siano valutati una pluralità di profili, prim[o] tra tutti [...] il bilanciamento tra garanzia del pluralismo e possibili conflitti tra una pluralità di identità religiose tra loro incompatibili”.

⁷⁵⁹ Merita di essere ricordata, ancora, la sentenza di Cassazione n. 439 del 2000, laddove riconosce “l’esistenza di una pluralità di sistemi di senso e di valore, di scelte personali riferibili allo spirito o al pensiero, che sono dotati di pari dignità e, si potrebbe dire, nobiltà”.

⁷⁶⁰ Questa stessa impostazione di metodo si ritrova in **M. RICCA**, *Chi vuole il crocifisso? Domande semplici, democrazia interculturale, fede personale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., novembre 2009, che scrive: “[u]na laicità orientata al silenzio normativo e pedagogico a proposito della religione rispecchierebbe quindi un atteggiamento tutt’altro che neutro rispetto a una lettura del soggetto di diritto rivisto nella sua totalità antropologica”.

⁷⁶¹ Per questo motivo non sono convinto che sul piano giuridico – e al di là di comprensibili considerazioni di ordine sociale e politico: cfr. **N. COLAIANNI**, *Simboli religiosi*, cit., p. 8 s., il quale intuisce che sarebbe tutto più facile se si partisse “da zero”, ragionando di un muro che è sempre stato spoglio – la questione si ponga in termini diversi sol perché, nel caso dell’Italia, il risultato del muro bianco si otterrebbe per la via dell’eliminazione del (solo) crocifisso.

⁷⁶² Penso all’art. 58 c. 2 del d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230, *Regolamento recante norme sull’ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà*, ai sensi del quale “[è] consentito ai detenuti e agli internati che lo desiderino di esporre, nella propria camera individuale o nel proprio spazio di appartenenza nella camera a più posti, immagini e simboli della propria confessione religiosa”. A questo proposito sottolinea giustamente **L.P. VANONI**, *Laicità*, cit., p. 269, che “l’eventuale presenza di tali simboli sulle pareti delle celle carcerarie non manifesta quindi l’identificazione dello Stato-istituzione [...] ma la libera espressione di appartenenza dei singoli detenuti”.



'istituzionale'⁷⁶³ e al contempo riconoscere a tutti il diritto di esporre, nell'aula scolastica ove si svolge la propria vita di studente, un simbolo identitario, che rappresenti la propria appartenenza e/o le proprie convinzioni di senso.

Se si ammette la configurabilità di un simile diritto, è necessario però provare a individuarne con precisione anche titolari, oggetto e modalità di esercizio.

4 - Titolari, oggetto, modalità di esercizio

Per quanto riguarda il primo aspetto credo che, anche per ragioni di coerenza ordinamentale, il riconoscimento del diritto possa seguire regole analoghe a quelle che la normativa concordataria riserva alla libertà di scegliere se avvalersi o meno dell'insegnamento di religione cattolica. A questo proposito, l'art. 9.2 dell'Accordo di Villa Madama prevede che

"[n]el rispetto della libertà di coscienza e della responsabilità educativa dei genitori, è garantito a ciascuno il diritto di scegliere [...]. All'atto dell'iscrizione gli studenti o i loro genitori eserciteranno tale diritto su richiesta dell'autorità scolastica, senza che la loro scelta possa dar luogo ad alcuna forma di discriminazione".

In attuazione della normativa pattizia, la legge n. 281 del 1986 stabilisce che gli studenti della scuola secondaria superiore "esercitano personalmente [...] il diritto di scegliere", anche in relazione "a quanto previsto da eventuali intese con altre confessioni"⁷⁶⁴.

La ratio sottostante a questa disciplina risiede da un lato nella tutela immediata della libertà di coscienza dello studente, quando possibile; dall'altro, per i casi di soggetti ancora troppo giovani per poter essere considerati capaci di una consapevole "interrogazione della coscienza"⁷⁶⁵, nella tutela del diritto dei genitori a educare e vedere educati i figli in un contesto rispettoso delle proprie convinzioni⁷⁶⁶. Credo che anche

⁷⁶³ Anche nella forma compromissoria prevista dalla legislazione bavarese (vedi *supra*, nota 17), che pure ha ispirato diversi disegni di legge anche in Italia e gode di largo e autorevole sostegno: vedi **M. CARTABIA**, *Il crocifisso e il calamaio*, in *La laicità crocifissa?*, cit., p. 63 ss., sul punto p. 68 s.

⁷⁶⁴ Cfr. legge 18 giugno 1986, n. 281, *Capacità di scelte scolastiche e di iscrizione nelle scuole secondarie superiori*, rispettivamente all'art. 1, primo e secondo comma.

⁷⁶⁵ Così, ancora, Corte cost., sent. n. 203 del 1989, § 9.

⁷⁶⁶ Insieme all'art. 30, primo comma, Cost. merita di essere ricordato, tra i referenti normativi primari, l'art. 2 del I Protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ai sensi del quale "[i]l diritto all'istruzione non può essere rifiutato a nessuno. Lo



un'eventuale disciplina legislativa in materia di simboli religiosi potrebbe ispirarsi alla medesima logica.

Quanto invece alla portata oggettiva, il riconoscimento di questo nuovo diritto dovrebbe necessariamente affrancarsi dalla prospettiva dell'appartenenza confessionale, a suo tempo adottata dagli estensori della citata disciplina dell'ordinamento penitenziario⁷⁶⁷ ma, oggi, da considerarsi superata: insieme ai simboli di appartenenza confessionale dovrebbe quindi essere consentito esporre almeno quelli riconducibili a organizzazioni "filosofiche e non confessionali"⁷⁶⁸ o, in termini ancora più ampi, quelli espressivi di qualunque convinzione dotata di sufficiente "cogenza, serietà, coerenza e importanza"⁷⁶⁹.

Sul fronte, poi, delle modalità di esercizio, alcune esperienze già maturate nella prassi⁷⁷⁰ portano a credere che il significato più profondo e al contempo le maggiori potenzialità di un 'pluralismo simbolico' realizzato a scuola possano emergere qualora all'individuazione dei simboli da parte degli aventi diritto si accompagni la possibilità di confrontarsi con gli altri sul loro significato soggettivo⁷⁷¹. Pertanto, immagino un contesto *lato sensu* mediatorio nel quale il dialogo verterebbe non sull'individuazione di quali

Stato, nell'esercizio delle funzioni che assume nel campo dell'educazione e dell'insegnamento, deve rispettare il diritto dei genitori di provvedere a tale educazione e a tale insegnamento secondo le loro convinzioni religiose e filosofiche".

⁷⁶⁷ Vedi *supra*, nota 27.

⁷⁶⁸ Mutuo la terminologia dalla proposta di legge "in materia di libertà di coscienza e di religione" formulata dal 'gruppo di studio Astrid' (sulla quale vedi A. FERRARI, *La proposta di legge in materia di libertà religiosa nei lavori del gruppo di studio Astrid. Le scelte di fondo*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 20 del 2017, 20), allineata sotto questo profilo con quanto disposto dall'art. 17.2 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (che a sua volta eredita contenuto e formulazione della Dichiarazione n. 11 allegata al Trattato di Amsterdam del 2 ottobre 1997).

⁷⁶⁹ Questo, come è noto, il paradigma utilizzato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, a partire dal caso *Campbell e Cosans c. Regno Unito*, ricc. 7511/76, 7743/76, sent. 25 febbraio 1982, per distinguere la "convinzione" (che gode della protezione accordata alla libertà di coscienza e di religione dall'art. 9 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo) dalla semplice "opinione" (che ricade nella tutela ex art. 10 in materia di libertà di manifestazione del pensiero).

⁷⁷⁰ Ne riporta alcuni esempi L.P. VANONI, *Laicità*, cit., p. 259 ss., che cita i risultati delle ricerche di L. MENTASTI, C. OTTAVIANO, *Cento cieli in classe. Pratiche, segni e simboli religiosi nella scuola multiculturale*, Milano, Unicopli, 2008.

⁷⁷¹ Sul significato soggettivo del simbolo, potenzialmente diverso da quello che gli è attribuito (in via esclusiva o primaria) all'interno di un'organizzazione religiosa, vedi L. MANCINI, *Simboli religiosi e conflitti nelle società multiculturali*, in *I simboli religiosi tra diritto e cultura*, cit., p. 1 ss., specialmente p. 8.



simboli esporre⁷⁷² - questo aspetto sarebbe sottratto alla disponibilità negoziale delle ‘parti’, in quanto oggetto di un vero e proprio diritto - bensì sul loro significato, sulle ragioni (soggettive) della loro esposizione. In questo modo si contribuirebbe a valorizzare appieno, declinandola anche sul piano del dialogo interreligioso e interculturale, la connotazione formativa del contesto scolastico che deve mirare, come suo primo fine-valore, alla “*piena formazione della personalità degli alunni*” per mezzo di un “*confronto aperto di posizioni culturali*”⁷⁷³.

In altri termini, ritengo che gli aspetti pratici relativi alle modalità del confronto possano essere oggetto di una disciplina legislativa sommaria (o addirittura di nessuna disciplina), che lasci all’autonomia scolastica la possibilità di esplicarsi nei modi più confacenti alle specificità dei diversi contesti educativi.

5 - Conclusioni

Sono trascorsi ormai diversi anni dalla sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo che ha posto fine alla vicenda *Lautsi*; ciononostante, restano ancora oggi frustrate le speranze di chi allora auspicava un intervento meditato, in questa materia, da parte del legislatore statale. All’opposto, anche il tema dei simboli religiosi sconta il generale imbarbarimento che oggi caratterizza il dialogo e l’agire politico; le resistenze ideologiche contro il cambiamento (peraltro inevitabile) impediscono di governarlo con sguardo lucido, rischiando di produrre danni irreparabili.

⁷⁷² Così è previsto, invece, dalla legislazione bavarese (vedi *supra*, nota 17), che sconta sotto questo profilo diversi punti deboli: per esempio, stabilisce di *default* l’esposizione del crocifisso ‘di Stato’, prevedendo una procedura di mediazione solo nel caso in cui vi sia contestazione da parte di chi la ritenga illegittima (facendo così oggetto di onere ciò che dovrebbe essere oggetto di diritto); attribuisce all’amministrazione scolastica una discrezionalità che travalica ampiamente i suoi compiti e i suoi poteri; finisce per assegnare rilevanza dirimente all’orientamento della maggioranza (quando è noto che in materia di diritti fondamentali l’approccio normativo deve essere, anche più che altrove, contromaggioritario); in ultimo, pecca in termini di fattibilità pratica: è difficile immaginare che una procedura scaturita da un conflitto possa condurre a un “giusto contemperamento delle convinzioni religiose e ideologiche di tutti gli alunni della classe”.

⁷⁷³ Così recita l’art. 1, secondo comma, d. lgs. 16 aprile 1994, n. 297, *Approvazione del testo unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado* (c.d. Testo unico sull’istruzione); all’art. 2 si precisa che “[l]’azione di promozione di cui all’articolo 1 è attuata nel rispetto della coscienza morale e civile degli alunni”.



Consola constatare che talvolta, a livello locale e particolare, la buona volontà e il buon senso prevalgono sul senso comune, come dimostrano alcune felici esperienze già sperimentate nelle scuole italiane. Tuttavia, in generale, oggi non sembrano esservi le condizioni per un dibattito parlamentare maturo e meditato su questo tema⁷⁷⁴; data questa premessa, ipotizzando quindi che il potere legislativo continui a latitare anche su questo fronte e che la risoluzione di singole controversie sul crocifisso resti affidata alla via giurisdizionale, costretta quindi nella rigida alternativa muro bianco/crocifisso, resto dell'idea che sia preferibile la prima delle due opzioni.

Al contempo, non sono (più) del tutto convinto che questa soluzione sia capace di realizzare nella massima misura, in questa materia, tutti gli interessi costituzionali. Quest'ultimo risultato potrebbe invece essere raggiunto mediante un confronto aperto, che coinvolga tutti i soggetti interessati e che tuttavia, per essere davvero tale - non c'è confronto senza parità delle armi - deve poter contare sulla solida premessa di un diritto soggettivo riconosciuto a tutti per legge. Un sistema così congegnato segnerebbe la distanza da esperienze ispirate più a un'ottica di neutralizzazione dell'ambiente scolastico⁷⁷⁵ e potrebbe costituire inveramente pratico del principio di laicità inteso anche nel suo contenuto di metodo⁷⁷⁶, dimostrando un'apertura della scuola pubblica (quindi dello

⁷⁷⁴ Basti rilevare la carica ideologica che ispira la proposta di legge presentata alla Camera il 26 marzo 2018 dai deputati Saltamartini, Fedriga, Castiello, Grimoldi, Guidesi: premesso all'art. 1 che “[i]l Crocifisso, emblema di valore universale della civiltà e della cultura cristiana, è riconosciuto quale elemento essenziale e costitutivo e perciò irrinunciabile del patrimonio storico e civico-culturale dell'Italia, indipendentemente da una specifica confessione religiosa”, si stabilisce (art. 3) che “[n]elle aule delle scuole di ogni ordine e grado e delle università e accademie del sistema pubblico integrato d’istruzione [...] è fatto obbligo di esporre in luogo elevato e ben visibile l’immagine del Crocifisso”; all’art. 4 si prevedono, poi, sanzioni penali (ammenda da 500 a 1000 euro) per chi lo rimuova o rifiuti di esporlo.

⁷⁷⁵ Penso soprattutto alla legge francese del 15 marzo 2004, n. 228, “*encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics*”, che introduce nel codice dell’educazione una disposizione siffatta: “[d]ans les écoles, les collèges et les lycées publics, le port de signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse est interdit. Le règlement intérieur rappelle que la mise en oeuvre d’une procédure disciplinaire est précédée d’un dialogue avec l’élève”.

⁷⁷⁶ Da intendersi come metodo che, nel campo del diritto e in relazione allo specifico religioso, “si caratterizza per essere una ragione pratica volta ad analizzare contesti ed esperienze e a sopesare le motivazioni che gli individui e le diverse componenti del corpo sociale sono in grado di elaborare al fine di pervenire ad un consenso”: così **L. VIOLINI**, *Bioetica e laicità*, in *Problemi pratici della laicità agli inizi del secolo XXI*, Padova, Cedam, 2007,



Stato) nel segno dell'interculturalità, anziché una chiusura su posizioni assimilazionistiche.

Torno quindi, per concludere, al titolo di questo intervento. Ritengo che dal punto di vista della legalità costituzionale non vi siano ragioni per temere la soluzione del 'muro bianco', che non è più illegittima dell'esposizione del crocifisso: il muro bianco deve essere visto per quel che è, un contenitore vuoto; ma, come tutti i contenitori che restano vuoti, potrebbe essere un'occasione sprecata.

p. 225 ss. (cit. a p. 231). Sul 'metodo laico' vedi per tutti **A. BARBERA**, *La laicità come metodo*, in *Il cortile dei gentili. Credenti e non credenti di fronte al mondo di oggi*, a cura di L. Mazas, Roma, Donzelli, 2011, p. 61 ss.



Alessia Tranfo

(dottoranda in Diritto costituzionale interno, comparato ed europeo
nell'Università degli Studi di Genova)

L'incidenza del fattore religioso sul riconoscimento della protezione internazionale

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. Religione, libertà religiosa e persecuzione religiosa nelle fonti sovranazionali - 3. La libertà di religione in relazione alle domande di asilo vista dalle giurisdizioni sovranazionali - 4. Il fedele autenticamente credente e il fedele per opportunità: il delicato profilo della credibilità delle dichiarazioni del migrante 5. Le fattispecie con cui si interseca la libertà religiosa: la tutela del richiedente asilo omosessuale - 6. (segue) Il caso del perseguitato obiettore di coscienza - 7. Cenni conclusivi.

1 - Introduzione

Nell'ultimo decennio i confini esterni dell'Unione europea sono stati oggetto di forti pressioni dovute all'implementarsi dei flussi migratori diretti verso il nostro continente. Se fino al primo decennio degli anni Duemila erano prevalse le migrazioni irregolari dovute a ragioni economiche e gli arrivi potevano ancora dirsi contingenti, dall'inizio del 2015 i dati relativi ai flussi migratori hanno iniziato a subire una notevole crescita. Fattori quali lo scoppio della guerra civile siriana, altre crisi concomitanti, la presenza di focolai bellici nell'Africa sub-sahariana (a titolo meramente esemplificativo: in Mali, Nigeria e Sudan), gravi situazioni di carestia e l'emergere di movimenti ispirati al fondamentalismo religioso hanno favorito l'incremento delle richieste di asilo in Europa⁷⁷⁷.

Benché le ragioni addotte dai migranti a sostegno delle domande di protezione internazionale siano perlopiù legate all'instabilità politica dei Paesi di provenienza, esiste un filone argomentativo minoritario che il presente studio ambisce a esaminare: si tratta delle persecuzioni per motivi

⁷⁷⁷ Le richieste di asilo presentate negli Stati membri sono state 1.322.170 nel 2015, a fronte delle 663.270 domande presentate l'anno precedente (va notato, tuttavia, che la registrazione di informazioni statistiche in Europa nel 2015 comprende molti casi di doppio conteggio, dovuto al cosiddetto fenomeno dell'*asylum shopping*). Secondo le statistiche delle istituzioni europee, i principali paesi di origine dei richiedenti asilo nel 2015 erano la Siria (675.700), l'Afghanistan (406.300) e l'Iraq (253.600). I dati sono consultabili su <http://data.unhcr.org/mediterranean/regional.php>.



religiosi⁷⁷⁸. Indiscutibilmente il fattore religioso è un potente elemento di appartenenza, capace di creare forti legami tra gli appartenenti ma anche un netto distinguo tra gli aderenti e i non aderenti a una certa religione suscitando non raramente contrasti che talvolta sfociano in vere e proprie persecuzioni.

Si precisa fin da ora che in relazione alle persecuzioni per motivi religiosi pare improprio parlare di diritto di asilo poiché la tutela riservata dai Paesi membri dell'Unione europea a uno straniero, perseguitato nel proprio Paese d'origine, è definita "protezione internazionale" che può assumere due diverse vesti: da un lato, il riconoscimento dello *status* di rifugiato⁷⁷⁹ e, dall'altro, in via residuale, qualora non ricorrono le condizioni per la concessione di tale *status*, rimane percorribile la via della protezione sussidiaria⁷⁸⁰.

Come meglio si scriverà in seguito, la dimostrazione del fondato timore del migrante di subire persecuzioni di natura religiosa integra una delle condizioni per il riconoscimento dello *status* di rifugiato. Pertanto, risulta cruciale ricostruire la definizione di religione e libertà di culto per poi concentrarsi sul contenuto della persecuzione per motivi religiosi attraverso la lettura congiunta dei testi normativi sovranazionali e della giurisprudenza promanante dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e

⁷⁷⁸ A. LICASTRO, *Libertà religiosa, convivenza e discriminazioni*, a cura di E. Camassa, *Democrazie e religioni*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, p. 84.

⁷⁷⁹ *Infra*.

⁷⁸⁰ È ammissibile alla protezione sussidiaria ai sensi dell'art. 2, lett. e) della direttiva europea n. 2004/83/CE "il cittadino di un paese terzo o apolide che non possiede i requisiti per essere riconosciuto come rifugiato ma nei cui confronti sussistono fondati motivi di ritenere che, se ritornasse nel Paese di origine o, se ritornasse nel paese nel quale aveva precedentemente la dimora abituale, correrebbe un rischio effettivo di subire un grave danno (...) e il quale non può, o a causa di tale rischio, non vuole avvalersi della protezione di detto paese". Sul tema la letteratura è sconfinata, si rimanda, tra gli altri, ad A. ADINOLFI, *Riconoscimento dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria: verso un sistema comune europeo?*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 3 del 2009, p. 669; P. BONETTI, *Il diritto d'asilo in Italia dopo l'attuazione della direttiva comunitaria sulle qualifiche e sugli status di rifugiato e di protezione sussidiaria*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 1 del 2008, pp. 13 ss. Sul distinguo tra i due strumenti di protezione internazionale, si richiamano, tra gli altri, P. BALBO, *Immigrazione e asilo: differenze e commistione*, a cura di P. Costanzo, S. Mordegli, L. Trucco, *Immigrazioni e diritti umani nel quadro legislativo attuale*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 139; a cura di C. Favilli, *Procedure e garanzie del diritto d'asilo*, Cedam, Padova, 2011; L. GRASSO, *L'asilo costituzionale in Europa: analogie e divergenze di un generalizzato declino*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, Torino, 2012, vol. IV, p. 1498; S. LIPPARINI, *Il diritto di asilo nel diritto comunitario: l'evoluzione dal 1958 sino alla comunitarizzazione dell'acquis di Schengen e le prospettive future*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2001.



della Corte di Giustizia dell'Unione europea. Quest'ultime, benché non abbiano avuto molte occasioni per pronunciarsi sul tema, hanno offerto un contributo determinante nel delineare il significato della tutela della libertà religiosa, nella consapevolezza che, da un lato, la protezione internazionale svolge un ruolo essenziale in relazione alla salvaguardia e promozione del diritto alla libertà di culto senza, dall'altro lato, dimenticare che non tutte le violazioni della libertà religiosa possano tradursi in un atto di persecuzione tale da imporre agli Stati il riconoscimento di una delle forme di protezione garantite dal diritto dell'Unione europea o dal diritto internazionale.

2 - Religione, libertà religiosa e persecuzione religiosa nelle fonti sovranazionali

La nozione di persecuzione perpetrata per motivi religiosi è menzionata sia a livello universale dalla Convenzione relativa allo *status* dei rifugiati, firmata a Ginevra il 28 luglio 1951⁷⁸¹ dalla Conferenza dei Plenipotenziari delle Nazioni Unite, modificata dal Protocollo di New York del 31 gennaio 1967⁷⁸²; che a livello europeo dalla c.d. direttiva qualifiche 2004/83/CE - recepita in Italia nel d. lgs. n. 251 del 2007 - poi modificata con la direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011⁷⁸³.

⁷⁸¹ Gli Stati Uniti d'America, temendo dopo la Seconda guerra mondiale di diventare la destinazione principale di un eccessivo numero di profughi, non sottoscrissero la Convenzione del 1951, ma firmarono e ratificarono il Protocollo del 1967. Ad oggi aderiscono alla Convenzione centoquarantaquattro Stati e ne rimangono esclusi, fra gli altri, Arabia Saudita, Corea del Nord, Emirati, Giamaica, India, Indonesia, Malesia, Nigeria, Pakistan, Tailandia, Vietnam.

⁷⁸² In particolare, all'art. 1A(2) si legge che «Ai fini della presente Convenzione, il termine di "rifugiato" è applicabile: a chiunque nel giustificato timore d'essere perseguitato per la sua razza, la sua religione, la sua cittadinanza, la sua appartenenza a un determinato gruppo sociale o le sue opinioni politiche, si trova fuori dello Stato di cui possiede la cittadinanza e non può o, per tale timore, non vuole domandare la protezione di detto Stato; oppure a chiunque, essendo apolide e trovandosi fuori dal suo Stato di domicilio in seguito a tali avvenimenti, non può o, per il timore sopra indicato, non vuole ritornarvi».

⁷⁸³ In particolare, all'art. 2, lett. d) si legge la definizione di «"rifugiato": cittadino di un paese terzo il quale, per il timore fondato di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, opinione politica o appartenenza a un determinato gruppo sociale, si trova fuori dal paese di cui ha la cittadinanza e non può o, a causa di tale timore, non vuole avvalersi della protezione di detto paese, oppure apolide che si trova fuori dal paese nel quale aveva precedentemente la dimora abituale per le stesse ragioni succitate e non può o, a causa di siffatto timore, non vuole farvi ritorno, e al quale non si applica l'articolo



Tali testi normativi annoverano il “timore fondato” di subire una “persecuzione per motivi religiosi” tra le condizioni per ottenere il riconoscimento dello *status* di rifugiato in uno degli Stati aderenti alla Convenzione di Ginevra o in uno degli Stati membri dell’Unione europea⁷⁸⁴.

Se da un lato la normativa sovranazionale ha tentato di concretizzare la nozione di persecuzione, fornendo un elenco esemplificativo di quali atti possano darvi luogo⁷⁸⁵, dall’altro, entrambi i dettati normativi summenzionati si limitano a prevedere la fattispecie del fenomeno persecutorio associato ai motivi religiosi senza individuare quali siano i caratteri qualificanti dello stesso. Infatti, pur in presenza di norme a livello sovranazionale e internazionale che garantiscono la salvaguardia della libertà religiosa e di coscienza (si pensi all’art. 10 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, all’art. 9 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, all’art. 18 della Convenzione Internazionale sui diritti civili e politici del 1966 e all’art. 18 della Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo), i confini entro i quali si possa ravvisare una violazione della libertà religiosa - tale da definirsi persecuzione religiosa - non risultano particolarmente nitidi.

In tal senso è stato notevolmente proficuo l’intervento di *soft law* dell’Alto Commissariato per i rifugiati (d’ora in avanti UNHCR) che nel 2004 ha fornito specifiche linee guida riguardanti le persecuzioni per motivi religiosi⁷⁸⁶. Al paragrafo 5 si legge che una domanda per il riconoscimento

12 della Direttiva».

⁷⁸⁴ Non sorprende che la direttiva qualifiche ricalchi il contenuto della Convenzione di Ginevra. Il Consiglio europeo, infatti, nella riunione straordinaria di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999, ha convenuto di lavorare all’istituzione di un regime europeo comune in materia di asilo (oggi definito “Common European Asylum System”) basato sull’applicazione, in ogni sua componente, della Convenzione di Ginevra relativa allo status dei rifugiati del 1951 integrata dal protocollo di New York del 1967, e di garantire in tal modo che nessuno sia nuovamente esposto alla persecuzione, in ottemperanza al principio di “non respingimento” (divieto di rimpatrio a rischio di persecuzione) in essa affermato. La base giuridica della direttiva qualifiche non a caso era l’art. 63 del Trattato della Comunità europea, che consentiva l’adozione da parte della Comunità di norme minime in materia di asilo, oggi confluito e modificato nell’art. 78 del Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea che stabilisce come la politica comune in materia di asilo debba essere conforme alla Convenzione di Ginevra del 1951. Quest’ultima viene richiamata anche nell’art. 18 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea ove si legge che “Il diritto di asilo è garantito nel rispetto delle norme stabilite dalla Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e dal protocollo del 31 gennaio 1967, e a norma del trattato che istituisce la Comunità europea”.

⁷⁸⁵ Art. 9, paragrafo 2, della direttiva qualifiche.

⁷⁸⁶ *Guidelines on International Protection: Religion-Based Refugee Claims under Article 1A(2)*



dello *status* di rifugiato, basata sulle vessazioni subite per aver aderito a un certo credo, può coinvolgere alternativamente o simultaneamente tre diverse accezioni del concetto di religione: 1) religione come libertà di pensiero 2) religione come libertà di coscienza 3) religione come "modo di vita"⁷⁸⁷.

La prima delle tre sfaccettature sopraccitate si riferisce all'insieme di concezioni teistiche, non teistiche e ateistiche, includendovi dunque non solo le religioni tradizionali e i culti assimilabili a confessioni riconosciute in un determinato Stato, bensì annoverando tra i perseguitati religiosi anche i credenti culti minoritari, emarginati, se non addirittura perseguitati dai membri più ortodossi appartenenti alla medesima tradizione religiosa, come viene chiaramente espresso nel testo delle *Guidelines*: "Claimants may also be considered heretics, apostates, schismatic, pagans or superstitious, even by other adherents of their religious tradition and be persecuted for that reason".

La seconda accezione richiamata dall'UNHCR si lega indissolubilmente all'identità di ciascuno e alla volontà di appartenere a un gruppo sociale con cui si condividono rituali, tradizioni e radici comuni che altro non sono che l'esternazione della propria personalità⁷⁸⁸.

Infine, l'ultima accezione assunta dalla religione evoca il rapporto tra il credente e il mondo esterno, secondo l'UNHCR si può infatti parlare di religione anche in relazione all'insieme di quelle condotte della vita quotidiana modellate sulla base della fede praticata, si pensi - tra le altre - alla scelta di indossare un particolare abbigliamento, di consumare determinate pietanze, di destinare talune giornate alla preghiera precludendo l'esercizio di qualsiasi attività lavorativa.

Alla luce della descrizione appena svolta, si evince come le tre interpretazioni attribuite al concetto di religione siano legate non solo alla sfera personale del richiedente protezione, ossia al c.d. *forum internum*, è il caso delle prime due, bensì anche al c.d. *forum externum*, come definito nella terza accezione di religione fornita dalle *Guidelines*⁷⁸⁹. Dunque, già nel 2004,

of the 1951 Convention and/or the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, pubblicate il 28 aprile del 2004 dall'UNHCR (d'ora in avanti "Guidelines").

⁷⁸⁷ F. LENZERINI, *Asilo e diritti umani. L'evoluzione del diritto di asilo nel diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 273.

⁷⁸⁸ D. FERRARI, *Lo status di rifugiato religioso nelle fonti del diritto internazionale: le nuove frontiere della libertà dello spirito*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 39 del 2017, p. 9.

⁷⁸⁹ R. BOTTA, *Appartenenza confessionale e libertà individuali*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 1 del 2000, p. 135; P. CONSORTI, *Diritto e religione*, Laterza, Roma-Bari, 2010, pp. 4-86; L. MUSSELLI, *Libertà religiosa e di coscienza*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. IX, Utet,



l'UNHCR intendeva evitare di dare rilevanza esclusivamente alla persecuzione religiosa afferente al nucleo essenziale del *forum internum*, ritenendo infatti di dover accludere alla definizione di persecuzione per motivi religiosi ogni condotta posta in essere dal c.d. agente persecutore idonea a coartare l'espressione della libertà religiosa di ciascun individuo anche nella sua dimensione pubblica. Tale impostazione è stata ricalcata dalla normativa europea, in particolare all'art. 10, paragrafo 1, lett. b) della direttiva 2004/83/CE⁷⁹⁰.

Per completare il quadro, si precisa, inoltre, che, sia secondo l'UNHCR sia in base al dettato normativo europeo già citato, la nozione di religione, in rapporto alla persecuzione, non deve essere limitata alle sole religioni tradizionalmente professate bensì, al di là di un'adesione in positivo a una pratica trascendente, dovrà ricevere adeguata tutela anche chi non crede, non pratica o si rifiuta di aderire a una religione⁷⁹¹.

Torino, 1994, pp. 215 ss; **C. MIRABELLI**, *L'appartenenza confessionale*, Padova, Cedam, 1975, p. 150. Sul punto, velatamente, anche la Corte europea dei diritti dell'uomo si è pronunciata con la sentenza del 25 maggio 1993, nel caso *Kokkinakis v. Greece*.

⁷⁹⁰ «Il termine “religione” include in particolare le convinzioni teiste, non teiste e ateiste, la partecipazione a, o l’astensione da, riti di culto celebrati in privato o in pubblico, sia singolarmente sia in comunità, altri atti religiosi o professioni di fede, nonché le forme di comportamento persona e o sociale fondate su un credo religioso o da esso prescritte».

⁷⁹¹ Paragrafo 4 delle *Guidelines*: « [...] “religion” is not limited [...] to traditional religions or to religions and beliefs with institutional characteristics or practices analogous to those of traditional religions. It also broadly covers acts of failing or refusing to observe a religion or to hold any particular religious belief». Mentre, come già richiamato, l'art. 10 della direttiva 83/2004/CE menziona esplicitamente la possibilità di “astensione da riti di culto”. Le disposizioni fino ad ora descritte confermano una dottrina risalente nel tempo e ben consolidata sul punto, si legga P.A. D'AVACK, *Trattato di diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1978, p. 445; N. BOBBIO, *Pro e contro un'etica laica*, in *Il Mulino*, 1984, p. 159 ss., ora in ID., *Elogio della mitezza e altri scritti morali*, Il Saggiatore, Milano, 2014, pp. 135 ss.; F. RUFFINI, *La libertà religiosa: storia dell'idea*, Torino, 1911, ried. Feltrinelli, Milano, 1991, p. 7. Anche la giurisprudenza costituzionale ha assunto tale prospettiva di tutela del fedele parimenti al non credente, si legga Corte cost. n. 117 del 1979 «L'opinione prevalente fa ormai rientrare la tutela della c.d. libertà di coscienza dei non credenti in quella della più ampia libertà in materia religiosa assicurata dall' art. 19 Cost., il quale garantirebbe altresì (analogamente a quanto avviene per altre libertà: ad es. gli articoli 18 e 21 Cost.) la corrispondente libertà “negativa” [...]. Sulla scorta di detta pronuncia, si legga anche Corte cost. n. 334 del 1996 “La libertà di coscienza in relazione all'esperienza religiosa [...] rappresenta un aspetto della dignità della persona umana, riconosciuta e dichiarata inviolabile dall'art. 2 Cost. Esso spetta ugualmente tanto ai credenti quanto ai non credenti, siano essi atei o agnostici e comporta la conseguenza, valida nei confronti degli uni e degli altri, che in nessun caso il compimento di atti appartenenti, nella loro essenza, alla sfera della religione possa essere l'oggetto di prescrizioni obbligatorie derivanti dall'ordinamento giuridico dello Stato”. Sul tema anche la Corte europea dei diritti dell'uomo ha avuto occasione di affermare nella sentenza *Alexandridis v. Greece* del 21



In definitiva, anche se la Convenzione di Ginevra del 1951 all'articolo 1A (2) richiama, in senso generale, le persecuzioni religiose, la violazione della libertà religiosa presuppone una concezione di fede intesa in una delle tre accezioni sopraelencate, da leggersi dunque nella doppia prospettiva di libertà di credere o non credere. Le linee guida del 2004 vantano il merito di aver con chiarezza ampliato notevolmente la portata della tutela della libertà religiosa ai fini della concessione dello *status* di rifugiato fornendo le coordinate su cui poco dopo sono state elaborate le fonti europee⁷⁹².

La persecuzione per motivi religiosi può assumere dunque diverse forme: da un lato, una modalità persecutoria più nitida e facilmente individuabile consistente nell'imposizione di praticare un certo rito, astenersi da certe pratiche o convertirsi al credo degli agenti persecutori sotto la minaccia di pene severe; dall'altro, una forma più sfumata che consta di tutti i trattamenti discriminatori o modalità di compressione della libertà di professare la religione di appartenenza - qualsiasi sia l'accezione del concetto di religione che si intende abbracciare - perpetrati in danno del fedele. A prescindere dalle diverse forme con cui viene coartata la libertà di culto, esclusivamente ove si tratti di una "grave violazione della libertà religiosa" essa assume i connotati di una persecuzione. Quest'ultima precisazione è determinante determinante per scindere i casi di mera discriminazione e/o lesione alla libertà di fede da quelli che invece danno luogo a una vera e propria persecuzione tale da giustificare lo *status* di rifugiato.

Il principio secondo cui non tutte le violazioni della libertà religiosa legittimerebbero il riconoscimento della protezione internazionale è affermato per la prima volta nella sentenza del 5 settembre 2012 della Corte di Giustizia dell'Unione europea (d'ora in avanti CGUE) nelle cause riunite C-71 del 2011 e C-99 del 2011, *Germany v. Y e Z*⁷⁹³, in occasione delle quali la

febbraio 2008 avvalendosi dell'art. 9 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali "appare, nella sua dimensione religiosa, fra gli elementi più essenziali dell'identità di chi crede e della sua concezione della vita, ma è anche un bene prezioso per gli ateti, gli agnostici, gli scettici o gli indifferenti".

⁷⁹² Non è un caso che la prima direttiva qualifiche 2004/83/CE sia stata approvata il giorno immediatamente successivo alla pubblicazione delle *Guidelines* da parte dell'UNHCR. In senso critico rispetto al contenuto delle *Guidelines* si è espressa **F. PERES MADRID**, *Asylum in cases of religious persecution*, in *La libertà religiosa secondo il diritto internazionale e il conflitto globale dei valori*, a cura di M. Lugato, Giappichelli, Torino, 2015, p. 79.

⁷⁹³ Per un commento della sentenza si rimanda, oltre a quanto si dirà nel successivo paragrafo, ad **A. APOSTOLI**, *La Corte di Giustizia si pronuncia su richieste di riconoscimento dello status di rifugiato per motivi religiosi*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 5 del 2012, p. 3772 ss.



CGUE è stata chiamata a chiarire l'interpretazione dell'art. 9, par. 1, lett. a) della direttiva 2004/83/CE. I giudici di Lussemburgo evidenziano come dallo stesso dettato normativo si evinca che, affinché gli atti in questione possano essere considerati una persecuzione che obblighi le autorità competenti a concedere alla vittima di tale violazione lo *status* di rifugiato ai sensi dell'articolo 2, lettera d), della direttiva, occorra una "violazione grave" di detta libertà che colpisca l'interessato in modo significativo. La CGUE sottolinea che non sarebbe opportuno ritenere violazione gravi solo quelle che intaccano il "nucleo essenziale" della libertà religiosa, identificabile con tutto ciò che attiene al foro interiore, escludendo i casi in cui gli atti persecutori colpiscono il *forum externum* (punto 72, in diritto); dunque, la Corte, in risposta alle questioni pregiudiziali sollevate, ribadisce l'unicità del concetto di religione, sia qualora quest'ultima venga vissuta nella propria riservatezza sia qualora venga professata in modo manifesto, in quanto entrambi i profili rientrano nel concetto di religione stabilito dall'art. 10, paragrafo 1, lett. b) della direttiva qualifiche. Partendo da questo assunto, la soglia di gravità delle lesioni alla libertà religiosa non è da individuarsi in funzione del profilo della libertà di religione che viene lesa, bensì in relazione alla natura della repressione esercitata sull'interessato e alle conseguenze di quest'ultima sul richiedente. Pertanto, non è determinante il carattere pubblico o privato della pratica religiosa ostacolata, bensì il grado di gravità e coercizione delle misure e delle sanzioni, potenziali o effettivamente adottate, nei confronti del richiedente.

Appurato dunque cosa si intenda per violazione della libertà di religione, le *Guidelines* approfondiscono e chiariscono un tema delicato e ampiamente dibattuto⁷⁹⁴ circa la "soglia di religiosità" che dovrebbe possedere il richiedente asilo per essere ritenuto meritevole di protezione. Al paragrafo 9 si legge

«it may also not be necessary for the claimant to know or understand anything about the religion, if he or she has been identified by others as belonging to that group and fears persecution as a result. An individual (or group) may be persecuted on the basis of religion, even if the individual or other members of the group adamantly deny that their belief, identity and/or way of life constitute a "religion"».

Si desume ancora una volta come ciò che conti sia l'atteggiamento degli agenti persecutori, non quello del perseguitato. Quest'ultimo dovrà provare l'elemento soggettivo della persecuzione per motivi religiosi, ossia la percezione personale di correre un effettivo rischio di grave violazione

⁷⁹⁴ A. LICASTRO, *Unione Europea e "Status" delle confessioni religiose*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 102.



della libertà religiosa, e di quella oggettiva, da intendersi come la ragionevole fondatezza della condotta temuta, legittimando così la richiesta di asilo senza che occorra dar prova di conoscere nel dettaglio i dogmi della religione a causa della quale si è subita o si potrebbe subire la persecuzione⁷⁹⁵.

Al contrario, il paragrafo 32 richiede una buona conoscenza della dottrina e dei contenuti del culto di cui si afferma essere aderenti e/o praticanti solo quando a chiedere asilo politico sia qualcuno che sostiene di essere il capo spirituale di un gruppo religioso e, pertanto, perseguitato in quanto figura di riferimento dei fedeli.

Un'ultima sfumatura che può assumere la persecuzione religiosa concerne il caso in cui il richiedente protezione internazionale non sia propriamente un fedele della religione perseguitata ma abbia contatti, intessa relazioni o si prodighi per la difesa di fedeli vittime di persecuzioni e per tali ragioni sia egli stesso soggetto a minacce e atti persecutori. Simili legami infatti potrebbero essere forieri di atti persecutori per colui che si rifiuta di recidere i rapporti con il gruppo perseguitato benché non si identifichi con quest'ultimo. In tali casi si crea una situazione dai contorni poco nitidi, ove un soggetto è estraneo sia al gruppo perseguitato - che si presume sia espressione di una minoranza - che al gruppo dei c.d. agenti persecutori con cui non condivide alcun valore. Si tratta di una fattispecie particolarmente delicata poiché la posizione soggettiva in questione non troverà facilmente protezione né da parte della maggioranza, che anzi è la fonte da cui proviene il pericolo, né dal gruppo minoritario di cui non è mai stato membro; si trova così vittima di atti persecutori sulla base di motivi religiosi, senza però avere la possibilità di trovare riparo sotto il cappello della protezione internazionale⁷⁹⁶.

3 - La libertà di religione in relazione alle domande di asilo vista dalle giurisdizioni sovranazionali europee

La giurisprudenza sul tema delle persecuzioni religiose è accomunata dalla volontà delle Corti di evitare che quanti vogliano emigrare in Europa

⁷⁹⁵ *Infra*.

⁷⁹⁶ In taluni casi, laddove venga dimostrato il rischio che si correrebbe facendo ritorno nel proprio Paese, le domande vengono accolte sulla base dell'assunto che la persecuzione religiosa offre una copertura più ampia possibile che garantisce tutela ai perseguitati per motivi religiosi anche in senso lato. In Italia, si vedano Corte di appello di Palermo, sent. n. 281 del 15 febbraio 2016; Trib. Salerno, ord. del 20 marzo 2017.



fingano di correre il rischio di subire atti persecutori nel proprio Paese, pur di ottenere una delle forme di protezione internazionale.

Un caso particolarmente delicato riguarda le cosiddette richieste di asilo *sur place* che si verificano quando il fedele lascia il proprio Paese per ragioni diverse dalla persecuzione per motivi religiosi, spesso per ragioni puramente economiche, e si converte ad altro culto quando si trova già sul territorio dello Stato a cui chiede protezione. Le domande di asilo per queste fattispecie sono basate sull'asserito timore di subire trattamenti inumani e degradanti a causa delle accuse di apostasia che verrebbero mosse al richiedente qualora facesse ritorno nel Paese di origine.

Si anticipa che le sentenze sul tema pronunciate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (d'ora in avanti Corte EDU), non potendo contare su un esplicito riconoscimento del diritto di asilo all'interno della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (d'ora in avanti CEDU), garantiscono una forma di tutela ai richiedenti asilo per mezzo del contenuto degli artt. 2 (diritto alla vita) e 3 (divieto di tortura) della CEDU che verrebbero violati se si avvallasse il rimpatrio del richiedente asilo⁷⁹⁷. Si potrebbe erroneamente pensare di invocare l'art. 9 della CEDU che, come già detto tutela la libertà religiosa, nei casi di richiedenti asilo *sur place* che temono di divenire vittime di maltrattamenti qualora rimpatriati. Avvalersi dell'art. 9 della CEDU imporrebbe, tuttavia, agli Stati firmatari della Convenzione di assurgere indirettamente a ruolo di garanti della libertà di culto per tutti i Paesi del mondo, anche quelli non firmatari⁷⁹⁸.

⁷⁹⁷ F. CHERUBINI, *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto dell'Unione europea*, Cacucci Editore, Bari, 2012, p. 104.

⁷⁹⁸ Sul punto, sentenza IV Sezione della Corte EDU relativa al caso *Z. e T. v. United Kingdom* del 28 febbraio 2006, causa n. 27034 del 2005. I giudici di Strasburgo sono stati chiamati a decidere se uno Stato contraente possa essere considerato responsabile ai sensi dell'articolo 9 della CEDU quando rifiuta di concedere lo *status* di rifugiato a un individuo che, al suo ritorno nel paese d'origine, sarebbe privato del diritto di vivere apertamente e liberamente la propria fede. Nel caso di specie, due cittadine pakistane di confessione cristiana sostenevano che al loro ritorno nel paese d'origine non avrebbero potuto vivere da cristiane senza rischiare di essere destinatarie di una certa ostilità da parte della comunità o senza dover prendere misure per dissimulare la propria fede cristiana. Secondo le richiedenti, esigere da loro, in pratica, "un cambiamento di comportamento, dissimulando l'adesione al cristianesimo e rinunciando alla possibilità di parlare della loro fede e di testimoniare presso gli altri, equivaleva, in sé, a negare loro il diritto alla libertà di religione". La Corte EDU si è pronunciata con una sentenza di irricevibilità sulla base di una netta distinzione fra le garanzie fondamentali - sancite dagli articoli da 2 a 6 della CEDU - e le altre disposizioni, tra cui l'art. 9. La Corte ha perciò riaffermato che uno Stato contraente può essere considerato responsabile solo qualora l'espulsione metta a repentaglio la vita del richiedente asilo o lo ponga nella condizione di rischiare di subire trattamenti inumani e degradanti e/o torture.



Sul tema dei richiedenti asilo convertiti *sur place*, si è pronunciata recentemente la Corte EDU nel caso *A. v. Switzerland*⁷⁹⁹. Il caso origina dal ricorso di un cittadino iraniano emigrato in Svizzera e lì convertito al cristianesimo. Secondo le argomentazioni del ricorrente, l'adesione alla religione cristiana avrebbe rappresentato un rischio effettivo di venire ucciso o torturato in caso di rimpatrio. Tuttavia, la Corte EDU osserva che secondo le autorità svizzere le persone convertite al cristianesimo correrebbero un rischio di trattamento inumano e degradante in caso di ritorno in Iran solo qualora la fede cristiana fosse professata in maniera tale da essere percepita dalle autorità iraniane come una minaccia. Ciò accadrebbe se il richiedente fosse particolarmente esposto pubblicamente, situazione che non corrisponde a quella del ricorrente. Dunque, la Corte all'unanimità non ravvisa nessuna violazione degli articoli 2 e 3 della CEDU in caso di rimpatrio dello straniero.

A conclusioni diametralmente opposte è pervenuta la *Grand Chambre* della Corte EDU nel caso *F.G. v. Sweden*⁸⁰⁰. Il ricorrente è un cittadino iraniano richiedente asilo in Svezia a causa delle proprie opinioni politiche, contrarie al governo centrale iraniano. Le autorità svedesi respingevano la domanda di asilo, considerando l'attività politica del ricorrente limitata ad azioni saltuarie e non particolarmente incisive, ed evidenziando come il richiedente non fosse stato ulteriormente ricercato dal governo iraniano dal 2009, né la sua famiglia avesse subito ritorsioni. Il ricorrente chiedeva allora la sospensione dell'ordine di espulsione, motivandola con la sua conversione alla religione cristiana; le autorità rigettavano nuovamente la richiesta, poiché l'elemento addotto non era una circostanza nuova e, pertanto, non giustificava un riesame del caso. La Corte EDU in un primo momento⁸⁰¹ si conforma alle conclusioni delle autorità nazionali, osservando come la conversione di F.G. sia effettivamente genuina, ma precisando che, non avendo il richiedente mai professato pubblicamente la religione cristiana e non essendo un attivista religioso, non sarebbe stato oggetto di ripercussioni in Iran ove la pratica privata del cristianesimo non è motivo di persecuzione sistematica, salvo per taluni casi nei quali però non sarebbe rientrato il ricorrente. Tuttavia, la decisione della *Grande Chambre* del 2016 ribalta la precedente pronuncia e stabilisce che le autorità svedesi incorreranno in una violazione degli obblighi positivi discendenti dagli artt. 2 e 3 CEDU se non procederanno a un riesame completo della

⁷⁹⁹ Sentenza III Sezione della Corte EDU del 19 dicembre 2017, causa n. 60342 del 2016.

⁸⁰⁰ Sentenza Grande Camera della Corte EDU del 23 marzo 2016, causa n. 43611 del 2011.

⁸⁰¹ Sentenza V Sezione della Corte EDU del 16 gennaio 2014, causa n. 423 del 2012.



domanda di asilo sulla base della conversione religiosa del ricorrente. La Grande Camera, infatti, tra le righe, non condivide la tesi secondo cui il fatto di vivere la propria conversione in maniera riservata e intima possa costituire argomento a sfavore del riconoscimento del diritto di asilo⁸⁰².

Meno numerose sono le pronunce in tema di persecuzioni per motivi religiosi decisi dalla CGUE. Ciò però non impedisce di individuare un *leading case*⁸⁰³ relativo alle persecuzioni religiose, nel caso di specie, contro la minoranza Ahmadiyya perpetrata in Pakistan⁸⁰⁴. Detta sentenza ha non pochi punti di contatto con quello che, abbiamo visto, anni più tardi affermerà la Corte EDU nel caso *F.G. v. Sweden*. In particolare, il giudice di rinvio chiedeva, tra le altre questioni sollevate, ai giudici di Lussemburgo di chiarire se secondo la direttiva 2004/83/CE potesse escludersi l'elemento del fondato timore di una persecuzione, qualora il richiedente avesse rinunciato ad alcune pratiche religiose, soprattutto quelle comportanti l'esternazione della propria fede. Posto che, come detto nel precedente paragrafo, la libertà religiosa sia da considerarsi meritevole di tutela sia in relazione al *forum interno* che a quello esterno, la Corte nega che ci si possa ragionevolmente aspettare che il richiedente si astenga da tali pratiche e releghi la propria sfera religiosa al mero foro interiore. Inoltre, la CGUE, adottando una nozione di libertà religiosa piuttosto ampia, riconosce una prospettiva soggettivistica di tale nozione, stabilendo che per configurarsi una violazione grave della libertà religiosa, tale da legittimare lo *status di rifugiato*, dovranno essere colpiti non necessariamente le pratiche prescritte dalla dottrina religiosa ma anche quelle condotte, forse meno condivise e ortodosse, che però il singolo credente percepisce come imprescindibili.

Le Corti sovranazionali qui richiamate hanno senz'altro con le loro decisioni permesso di promuovere e rafforzare la garanzia della libertà religiosa e hanno assicurato maggiori tutele ai richiedenti asilo, mitigando l'ostilità che spesso le autorità nazionali degli Stati membri hanno mostrato in occasione della valutazione circa la concessione o meno di una forma di protezione.

Tuttavia, vale la pena accennare a un limite che pone il ruolo di dette Corti. Da un lato, infatti, non si può negare che le sentenze della Corte EDU

⁸⁰² Di analogo tenore sono le sentenze della Corte EDU, *Z.N.S. v. Turkey* del 19 gennaio 2010, causa n. 21896 del 2008; *N.K. v. France* del 19 dicembre 2013, causa n. 7974 del 11; *M.E. v. France* del 6 giugno 2013, causa n. 50094 del 10

⁸⁰³ *Ut supra*, nota 653: sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, *Y. e Z. v. Germany* del 5 settembre 2012, cause riunite n. 71 del 2011 e 99 del 2011.

⁸⁰⁴ È punito con l'ergastolo o la pena di morte l'oltraggio del nome del profeta Allah.



non sempre godano di un sistema di esecuzione particolarmente funzionale in quanto la fase di esecuzione è ispirata al principio di sussidiarietà che rimette ai singoli Stati la scelta delle misure con cui conformarsi alla decisione dei giudici di Strasburgo, dall'altro la Corte di Giustizia pare assumere giurisdizione in materia di asilo senza però avere le risorse necessarie per espletare al meglio questo ruolo e garantire un'approfondita valutazione circa la veridicità dei fatti oggetto del giudizio principale⁸⁰⁵.

4 - Il fedele autenticamente credente e il fedele per opportunità: Il delicato profilo della credibilità delle dichiarazioni del migrante

Speculare a quanto detto fino a ora è il tema della credibilità del richiedente⁸⁰⁶ su cui grava l'onere di provare la sussistenza degli elementi che legittimerebbero la concessione dello *status* di rifugiato⁸⁰⁷.

Il giudizio in tema di persecuzioni religiose, a differenza di giudizi su altri motivi persecutori, incontra non solo le consuete difficoltà circa la sussistenza o meno del pericolo effettivo in caso di ritorno nel proprio Paese di origine e in relazione alla veridicità delle dichiarazioni circa gli atti persecutori subiti, ma si deve confrontare anche con il tema dell'accertabilità della qualifica di fedele del richiedente. Si tratta di una valutazione particolarmente ardua perché attiene a una sfera strettamente intima dell'identità di ciascuno e quindi difficilmente dimostrabile. Infatti, il giudizio, che spetta *in primis* alle autorità amministrative nazionali competenti per le domande di asilo e, in casi eventuali e successivi, all'autorità giudiziaria adita dal migrante per ricorrere avverso i provvedimenti di diniego, verte inevitabilmente sulla effettiva adesione del richiedente a una determinata fede e, solo in via consequenziale, il ragionamento si muoverà sul piano fattuale relativo alla persecuzione subita per motivi religiosi. Dunque, le autorità competenti non potranno che fondarsi, se vi sono, su elementi sostanziali ed elementi formali e, sovente, esclusivamente sulla auto-qualificazione da parte dell'interessato.

⁸⁰⁵ M. BOSSUYT, *The Court of Strasbourg Acting as an Asylum Court*, in *Eur. Constitutional Law Review*, 2012, p. 243.

⁸⁰⁶ M. ABU SALEM, N. FIORITA, *Protezione internazionale e persecuzione per motivi religiosi: la giurisprudenza più recente*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, in Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 37 del 2016, p. 7 ss.

⁸⁰⁷ La CGUE nella sentenza M.M. del 22 novembre 2012, C-277 del 2011, precisa che "rimane il fatto che è dovere dello Stato membro cooperare con il richiedente nel momento in cui si tratta di stabilire gli elementi rilevanti di quella domanda di protezione". Possono dunque essere acquisite prove anche d'ufficio dall'autorità competente.



Un accertamento di tipo sostanziale consiste nella verifica dell'appartenenza religiosa sulla base dell'adesione e della conoscenza o meno dell'interessato a precetti sostanziali peculiari della religione a cui il richiedente asserisce di aderire⁸⁰⁸. In questo senso taluni Stati membri hanno adottato *test* da sottoporre ai richiedenti per valutare il livello di conoscenza dei dogmi religiosi da cui desumere la veridicità o meno dei racconti del singolo straniero circa l'affiliazione e/o l'adesione a un determinato culto⁸⁰⁹.

Il rischio che si corre è quello di elaborare una definizione giuridica di una certa religione, trasporla in uno schematico *test* presupponendo che ciascun fedele di una medesima religione debba percepire, conoscere e praticare la stessa in modo eguale, pretendendo così una sorta di livello minimo di conoscenza del credo e ignorando la dimensione della eventuale libera elaborazione e reinterpretazione dell'appartenenza religiosa da parte dei credenti. Pertanto, un accertamento esclusivamente di tipo sostanziale non può che essere stigmatizzato poiché escluderebbe che sia meritevole di tutela il richiedente qualora non aderisse a una religione tradizionalmente intesa. Ciò sarebbe contrario alla *ratio* stessa della protezione internazionale per motivi religiosi che è appunto uno strumento con cui si tutela la libertà religiosa e quest'ultima non copre solo i culti più classici e l'appartenenza agli stessi ma si spinge oltre, verso la tutela del più ampio concetto di sentimento religioso, ossia ciò che il credente ritiene essere conforme a proprie esigenze di realizzazione spirituale che non necessariamente rientrano in una visione stereotipata di fede.

Talvolta, altresì, le autorità tentano di esperire un accertamento di tipo formale-amministrativo⁸¹⁰ circa l'effettiva appartenenza religiosa del fedele. Secondo tale impostazione le autorità nazionali dovrebbero fare

⁸⁰⁸ E. DIENI, *Appartenenza religiosa e diritti della donna: per una mappatura preliminare del campo d'indagine*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 1 del 2000, p. 218.

⁸⁰⁹ Si allude al sistema di esame del richiedente adottato in Regno Unito ove la commissione sottopone allo straniero una serie di domande puntuali per sondare la conoscenza della Bibbia da parte dei richiedenti che si dichiarino convertiti al cristianesimo e, pertanto, verserebbero nell'impossibilità di tornare nel proprio Paese d'origine dove verrebbero perseguitati a causa dell'adesione ai principi cristiani. A tal proposito si legga un interessante studio elaborato dall'associazione Asylum Advocacy Group e dal All-Party Parliamentary Group for International Freedom of Religion or Belief intitolato *Fleeing Persecution: Asylum Claims in the UK on Religious Freedom Grounds*, con particolare riferimento a p. 28 (reperibile su <https://appgfreedomofreligionorbelief.org/media/fleeing-persecution-asylum-claims-in-the-uk-on-religious-freedom-grounds.pdf>).

⁸¹⁰ M. ACIERNO, M. FLAMINI, *Il dovere di cooperazione del giudice, nell'acquisizione e nella valutazione della prova*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 1 del 2017, p. 15.



riferimento a elementi documentali e formali⁸¹¹, quali la partecipazione a riti di iniziazione, dichiarazioni di espulsione dalla comunità religiosa - che presuppongono avervi precedentemente fatto parte -, o attestazioni su registri del richiedente protezione per motivi religiosi. Questo approccio può senz'altro portare a esiti positivi ma non è esente da critiche, in quanto difficilmente simili documenti esistono e sono fruibili in comunità religiose che non sempre sono dotate di una struttura burocratica e istituzionalizzata. Inoltre, proprio nelle realtà ove le minoranze religiose sono oggetto di vessazione, gli stessi capi religiosi tenderanno a evitare di lasciare traccia dei dati dei fedeli o comunque saranno proprio questi ultimi a mostrare una certa reticenza verso qualsiasi forma di registrazione.

Non resta dunque che affidarsi alle dichiarazioni del fedele, l'esposizione della storia personale assume così un'importanza decisiva, posto che, nei procedimenti in esame, il giudizio si fonda, nella grande maggioranza dei casi, quasi esclusivamente sulla valutazione della attendibilità del richiedente. Non sfugge come siffatto genere di accertamenti possa lasciare spazio a condotte strategiche e a distorsioni della realtà. Non a caso sul punto intervengano nuovamente fonti di *soft law*; in particolare la guida pratica pubblicata dall'*European Asylum Support Office* circa la valutazione delle prove intende fornire criteri comuni alle autorità amministrative e giudiziarie chiamate a decidere sulle domande di protezione⁸¹².

Solo il ricorrente, infatti, è in possesso delle informazioni relative alla sua storia personale e alle componenti che delineano la sua identità, tra le quali senz'altro si annovera il credo religioso di appartenenza. Pertanto, spetta al migrante indicare tutte le circostanze utili per comprendere le ragioni per le quali richiede protezione, pur non allegando alcuna prova documentale. Fattori incisivi per la valutazione di credibilità del richiedente sono appunto la coerenza del racconto e l'esito positivo di un confronto tra i riscontri rinvenibili dall'acquisizione di aggiornate informazioni dal Paese d'origine e le dichiarazioni del migrante.

Sarà dunque onore dell'organo giudicante valutare l'auto qualificazione dello straniero come persona perseguitata e meritevole di tutela, sulla base di fattori quali la tempestività della domanda, la presenza di tutte le informazioni disponibili per il ricorrente e la plausibilità logica delle dichiarazioni.

⁸¹¹ CGUE M. M. v Ireland, sent. del 22 novembre 2012, C-277 del 2011, in tema di valutazione delle prove documentali e fattuali emerse nel corso del giudizio nanti alle autorità nazionali competenti.

⁸¹² *Practical guide about Evidence Assessment*, Lussemburgo, marzo 2015.



5 - Le due fattispecie con cui si interseca la libertà religiosa: la tutela del richiedente asilo omosessuale

La ricostruzione sul contenuto della persecuzione religiosa non può ignorare il fatto che in vari casi la persecuzione temuta derivi da più di una delle fattispecie previste dalla Convenzione di Ginevra. Più precisamente, una domanda per il riconoscimento dello *status* di rifugiato basata su motivi religiosi potrebbe essere analizzata anche in termini di appartenenza a un particolare gruppo sociale o in relazione alle opinioni politiche.

Infatti, non di rado la nozione di persecuzione per motivi religiosi - intesa come fondato pericolo di subire limiti e restrizioni gravi alla libertà di coscienza - assume contorni meno netti rispetto a quelli descritti fino a ora, si pensi ai casi in cui la persecuzione venga perpetrata per ragioni legate all'orientamento sessuale o al genere del richiedente⁸¹³ o per il rifiuto da parte del singolo di espletare il servizio militare obbligatorio, su cui si tornerà nel successivo paragrafo. Il richiamo a queste due specifiche fattispecie è utile per mettere in luce la fluidità della nozione di libertà di coscienza che spesso finisce per estendersi al di là della sua accezione più tradizionale.

In relazione al primo caso, un soggetto omosessuale può subire persecuzioni sia a causa del proprio orientamento sessuale sia in qualità di credente omosessuale, discriminato rispetto agli altri credenti eterosessuali che aderiscono al medesimo culto⁸¹⁴. In particolare, non sorprende che una persona che non rispetti gli insegnamenti di una particolare religione a causa del proprio orientamento sessuale - o della sua identità di genere -, e sia conseguentemente soggetta a gravi offese o punizioni, potrebbe avere un fondato motivo di vedersi riconoscere una forma di protezione internazionale. Sessualità e appartenenza religiosa possono considerarsi dunque due distinti motivi di persecuzione o, in taluni casi, intrecciarsi fino a sovrapporsi, soprattutto in società in cui il confine tra istituzioni statali, leggi e dottrine religiose è particolarmente sottile.

⁸¹³ Non potendo dedicare adeguato spazio al tema della doppia vulnerabilità dovuta a persecuzioni causate da motivi religiosi e di genere, si rimanda al contributo di **A. MADERA**, *Quando la religione si interseca con la tutela di genere: quale impatto sulle dinamiche dell'accoglienza?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 14 del 2018; **E. RIGO**, *La protezione internazionale alla prova del genere: elementi di analisi e problematiche aperte*, in *Questione giustizia*, n. 2 del 2018.

⁸¹⁴ Sul punto si veda il paragrafo 42 delle *Guidelines on international protection n. 9: claims to refugee status based on sexual orientation and/or gender identity within the context of article 1a(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 protocol relating to the status of refugees*, pubblicate il 23 ottobre 2012.



In tema di orientamento sessuale vi sono varie differenze tra le dottrine delle principali religioni del mondo, talvolta evolute nell'arco della storia, talaltra ancora molto rigide nei confronti dell'omosessualità⁸¹⁵.

In questo ultimo caso l'autore della persecuzione dunque potrebbe identificarsi nell'autorità statale, integrando così la fattispecie della persecuzione per appartenenza a un gruppo sociale di cui all'art. 10, lett. d) della direttiva qualifiche⁸¹⁶, ma finanche in esponenti della comunità religiosa stessa che non accolgono con favore l'omosessualità di un fedele, in tal caso la persecuzione sarebbe fondata su motivi religiosi⁸¹⁷.

⁸¹⁵ Si pensi al codice penale della Mauritania al cui art. 309 è affermato che "ogni musulmano adulto che commetta atti indecenti o contro natura con un individuo dello stesso sesso, subirà la pena di morte attraverso pubblica lapidazione". Analogamente è punita con la pena di morte la consumazione di atti omosessuali in altri Stati a maggioranza musulmana, si pensi all' Arabia Saudita, Iran, Nigeria, Pakistan, Sudan, Somalia, Emirati Arabi Uniti, Qatar e Yemen. La medesima pena è prevista anche in Paesi a prevalenza cristiana, a titolo meramente esemplificativo, si pensi all'Uganda. Per una accurata descrizione della percezione dell'omosessualità in chiave storica nel mondo greco-romano si richiama **E. CANTARELLA**, *Secondo natura. La bisessualità nel mondo antico*, Editori Riuniti, Roma, 1988; più recente, invece, è l'approfondimento in tema di fenomeno migratorio e omosessualità di **D. FERRARI**, *Status giuridico e orientamento sessuale*, Primiceri Editore, Padova, 2016, p. 140 ss.

⁸¹⁶ La recente ordinanza n. 2875 del 06 febbraio 2018 della Corte di Cassazione italiana acclara che in Gambia l'omosessualità è punita con la pena della reclusione per un minimo edittale di quattordici anni e, a seguito della legge voluta nel 2014 dal dittatore Yammeh, coloro che sono considerati omosessuali "recidivi" o sono malati di Aids rischiano l'ergastolo. Appurato il contesto sociopolitico del Gambia, la Corte di Cassazione conferma la propria ormai consolidata giurisprudenza secondo cui la previsione della sanzione penale pone in essere di per sé una condizione oggettiva di persecuzione e discriminazione, costituendo una grave limitazione della libertà personale e ponendo in una situazione oggettiva di pericolo il soggetto omosessuale che, pertanto, avrebbe diritto a vedersi riconosciuta la protezione internazionale. Tuttavia, si precisa che, affinché il timore fondato di persecuzione sussista, occorre che la pena trovi effettivamente applicazione nel Paese d'origine che ha adottato una simile legislazione. Di medesimo tenore è la giurisprudenza di merito sul tema (ad esempio, Trib. Genova 7 marzo 2018). Tali decisioni nazionali si inseriscono pienamente nel solco della sentenza 7 novembre 2013 della Corte di Giustizia dell'Unione europea, relativa alle cause riunite C-199 del 2012, C-200 del 2012, C-201 del 12, secondo cui la mera esistenza di una legislazione che qualifica come reato gli atti omosessuali non può essere ritenuta un atto che incida sul richiedente in maniera così rilevante da raggiungere il livello di gravità necessario per ritenere che detta qualificazione penale costituisca una persecuzione ai sensi dell'articolo 9, paragrafo 1, lett. a) della direttiva qualifiche. Perché la persecuzione si realizzi occorre determinare se, nel paese d'origine, la pena detentiva trovi applicazione sistematica nella prassi.

⁸¹⁷ Spesso accade che le autorità statali formalmente non compiano atti di violenza contro gli omosessuali, tuttavia si limitano a tollerare e avallare gli atti persecutori commessi dagli aderenti di un culto maggioritario a scapito della comunità LGBT. Non a caso, detta fattispecie è prevista dall'art. 6, lett. c) della direttiva qualifiche ove è previsto



Benché la giurisprudenza in tema di persecuzione perpetrata per motivi religiosi a causa dell'omosessualità del richiedente sia abbastanza ridotta, vale la pena richiamare una sentenza del Tribunale di Catanzaro del 2 luglio 2015 con cui è stata riconosciuta la protezione internazionale a un apolide, residente abituale in Bangladesh, costretto a fuggire perché sorpreso a intrattenere una relazione omosessuale e denunciato al *mullah* che aveva, pertanto, emesso una *fatwa* a suo carico accusandolo, peraltro, anche di appartenere alla minoranza etnico-religiosa Rohingya. Il Tribunale dunque prende in considerazione entrambi i motivi persecutori per acclarare il diritto del ricorrente a vedersi riconosciuto lo *status* di rifugiato. Si nota come l'allargamento delle maglie della protezione internazionale si coniungi con la propensione a considerare l'elemento religioso non più solo in via diretta, ma nell'ambito di un insieme di fattori socio-culturali e di un assetto di valori da cui scaturisce un contesto ostile che talvolta sfocia in forme di persecuzione verso l'identità stessa del richiedente.

Rimanendo in tema del contenuto della persecuzione per ragioni di orientamento sessuale, addirittura, anche le persone non omosessuali, nel caso in cui siano considerate per errore tali, o nel caso in cui difendano i diritti degli omosessuali, o si presume che lo facciano, possono essere soggette a persecuzione da capi religiosi o da gruppi religiosi intolleranti verso l'omosessualità e pertanto ottenere lo *status* di rifugiato⁸¹⁸.

Anche in questa particolare fattispecie il tema della credibilità del richiedente pare decisivo poiché, dimostrare la propria omosessualità, spesso significa gettare le basi per la valutazione circa la persecuzione di carattere religioso consequenziale all'orientamento sessuale. Sul punto è diffuso, in pendenza dell'esame della commissione competente per la domanda di asilo, l'impiego di perizie psicologiche⁸¹⁹ per valutare

che i responsabili della persecuzione possano essere anche soggetti estranei all'apparato statale a cui però non è impedito dalle autorità pubbliche la commissione di violenze a scapito degli omosessuali.

⁸¹⁸ L'art. 10, paragrafo 2 della direttiva qualifiche stabilisce che nell'esaminare se un richiedente abbia un timore fondato di essere perseguitato, è irrilevante che il richiedente possegga effettivamente le caratteristiche razziali, religiose, nazionali, sociali o politiche che provocano gli atti di persecuzione, purché una siffatta caratteristica gli venga attribuita dall'autore delle persecuzioni. Disposizione recepita nell'ordinamento italiano nell'art. 8, secondo comma, d. lgs. n. 251 del 19 novembre 2007.

⁸¹⁹ In Ungheria, ad esempio, sono previste perizie di diversa natura consistenti in un esame esplorativo, un esame della personalità e vari test di personalità tra cui i *test* di Rorschach e Szondi.

Recentemente la CGUE si è pronunciata con decisione del 25 gennaio 2018, relativa alla causa C-473 del 2016, sull'impiego di perizie psicologiche e/o domande invasive poste al richiedente che assume di essere stato perseguitato per il proprio orientamento sessuale. Il



l'autenticità dell'omosessualità del richiedente e, dunque, acclarare la fondatezza della persecuzione per motivi religiosi. Tali strumenti si avvalgono di indagini e procedure standard che "appiattiscono" inevitabilmente l'indagine e sembrano ignorare l'obbligo imposto alle autorità competenti di procedere alla valutazione tenendo conto della situazione individuale e delle circostanze personali del richiedente ai sensi dell'art. 4, par. 3, lett. c) della direttiva 2004/83 e dell'art. 13, par. 3, lett. a), della direttiva 2005/85 che richiede alle autorità di condurre il colloquio tenendo conto della situazione personale in cui si inserisce la richiesta d'asilo.

6 - (segue) Il caso del perseguitato obiettore di coscienza

Muovendoci ora sul piano della possibile intersezione tra persecuzione per motivi religiosi e obiezione di coscienza, non pare arbitrario ribadire che il diritto di obiezione sia una delle possibili estrinsecazioni della libertà di

giudice di rinvio chiede alla CGUE se l'art. 4 della direttiva debba essere interpretato nel senso che osta a che l'autorità competente per l'esame delle domande di protezione internazionale disponga una perizia nell'ambito dell'esame dei fatti e delle circostanze riguardanti l'asserito orientamento sessuale di un richiedente, al fine di valutarne la veridicità. A questo proposito la Corte, nel dare risposta alle questioni pregiudiziali, ricorda che la normativa europea non limita i mezzi di cui possono disporre le autorità e, in particolare, non esclude il ricorso alle perizie nell'ambito del processo di valutazione dei fatti e delle circostanze al fine di stabilire con maggiore precisione le reali esigenze di protezione internazionale del richiedente.

Tuttavia, l'impiego di una perizia, deve essere conforme alle altre disposizioni di diritto dell'Unione pertinenti, in particolare ai diritti fondamentali garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali, quali il diritto al rispetto della dignità umana, sancito all'articolo 1 della predetta Carta, nonché il diritto al rispetto della vita privata e familiare, garantito dall'articolo 7 della medesima. Dunque, se è pur vero che non si possa escludere che, nel particolare contesto della valutazione delle dichiarazioni di un richiedente protezione internazionale relative al suo orientamento sessuale, alcune forme di consulenza si rivelino utili per l'esame dei fatti e si possa ricorrere ad esse senza compromettere i diritti fondamentali di tale richiedente, è altrettanto vero che l'autorità accertante non possa fondare la propria decisione solo sulle conclusioni di una relazione peritale e che tale autorità non possa, a fortiori, essere vincolata da tali conclusioni nel valutare le dichiarazioni relative all'orientamento sessuale del richiedente (punto 45, in diritto). La CGUE precisa, tuttavia, che la perizia non possa in alcun modo tentare di vagliare la veridicità dell'orientamento sessuale acclarato dal richiedente. Similmente, si era pronunciata la CGUE nella sentenza del 2 dicembre 2014 relativa alle cause riunite C-148 del 2013, C-149 del 2013, C-150 del 2013 evidenziando come le autorità competenti ad esaminare la domanda di asilo non possano avvalersi di perizie e/o domande fondate unicamente su "nozioni stereotipate riguardo agli omosessuali" (punto 61, in diritto) o di interrogatori "dettagliati circa le pratiche sessuali" (punto 64, in diritto).



coscienza. Dunque, la libertà religiosa, nella sua accezione più ampia di libertà di coscienza, può anche costituire il fondamento della concessione dell’asilo fondato sul pericolo di persecuzione derivante da diserzione o renitenza. È il caso del fedele la cui religione, o comunque principi etico-morali, gli impongano il rifiuto di ogni forma di violenza, quale la partecipazione ad azioni militari, siano esse simulate in tempo di pace ai soli fini dell’addestramento o reali.

Come già detto anche in relazione al tema dell’orientamento sessuale, non è scontato il riconoscimento della protezione internazionale nei casi di obiettori di coscienza che provengano da Paesi nei quali sottrarsi al servizio di leva comporti sanzioni penali. La sanzione penale deve essere iniqua, fortemente sproporzionata e discriminatoria per integrare la fattispecie della persecuzione per uno dei motivi di cui all’art. 1(A)2 della Convenzione di Ginevra. Tali considerazioni sono state ribadite dalla CGUE nella sentenza *Shepherd v. Germany* del 26 febbraio 2015 relativa al giudizio C-472 del 2013 ove la Corte è stata chiamata a risolvere, tra le altre, una questione pregiudiziale circa l’interpretazione dell’articolo 9, paragrafo 2, lett. b), c) della direttiva qualifiche. In sintesi, un cittadino statunitense arruolato da più di tre anni chiedeva il riconoscimento dello *status* di rifugiato in Germania a causa della decisione di disertare le forze armate da cui aveva ricevuto un ordine di missione per l’Iraq. In sintesi, il richiedente percepiva la partecipazione al conflitto come una lesione della propria libertà di coscienza. Tuttavia, la CGUE ravvisa che le asserite ripercussioni, di cui il richiedente sarebbe stato colpito al suo ritorno in USA, si sarebbero limitate all’applicazione di una pena detentiva per diserzione compresa tra i 100 giorni e i 15 mesi e al congedo per disonore: provvedimenti, pertanto, privi di carattere persecutorio, discriminatorio o sproporzionato (punto 56, in diritto) tali da giustificare l’accoglimento della domanda di asilo. Si evince quindi che la CGUE non sia disposta a dare tutela a qualsiasi pratica percepita come lesiva della libertà di coscienza di ciascuno ma stringa ragionevolmente il campo ai soli casi in cui la sanzione risulti particolarmente afflittiva.

Sulla scorta dei principi affermati dai giudici di Lussemburgo, non sorprende riscontrare che anche nel panorama giurisprudenziale italiano si assista a un’apertura dei Tribunali - in sede di ricorso avverso provvedimenti di diniego di protezione internazionale - a concedere lo *status* di rifugiato con un certo automatismo laddove nel Paese di origine siano previste pene detentive sproporzionate derivanti dal rifiuto di prestare il servizio militare⁸²⁰. Ne emerge quindi un quadro nazionale in cui

⁸²⁰ Solo per citarne alcune: Trib. Milano con decisione 8 luglio 2014 concede lo *status* di
266



talvolta la libertà di coscienza fa pendere l'ago della bilancia verso una maggior propensione all'accoglimento delle domande degli obiettori di coscienza richiedenti asilo.

7 - Cenni conclusivi

Lo studio svolto fa emergere come a fronte di un sistema normativo talvolta eccessivamente generico e lacunoso e a causa sia della riluttanza delle autorità nazionali a concedere la protezione internazionale per motivi religiosi che dell'ostilità degli Stati membri a convenire strumenti di tutela multilivello a garanzia dei diritti dei migranti⁸²¹, subentrino con prepotenza, da un lato, talune fonti alternative alla tradizionale normazione legislativa, dall'altro, la funzione mitigatrice delle pronunce delle Corti sovranazionali e, talvolta, dei giudici di merito.

In relazione all'impiego degli strumenti di *non-state law*, quali le *Guidelines* dell'UNHCR o il manuale pratico circa la valutazione della credibilità del migrante pubblicato dall'*European Asylum Support Office* dell'Unione europea, si ritiene che esse confermino un andamento piuttosto consolidato circa l'impiego di una sorta di "diritto alternativo" per garantire la tutela dei diritti umani che non a caso pare essere l'ambito in cui proliferà maggiormente il *soft law*⁸²². Laddove l'intervento del legislatore non sia adeguato, si lascia spazio a fonti meno perentorie ma in grado di sollecitare la tutela di quei fattori costitutivi dell'identità di ciascun individuo, quali appunto la componente religiosa. La peculiarità del *soft law* è proprio la sua idoneità a fornire un indirizzo che esprima una cooperazione in ambiti in cui i centri di decisione sono variegati e plurimi ma al contempo sussistono finalità comuni.

A titolo esemplificativo, pare a opinione di chi scrive che le *Guidelines* dell'UNHCR, volte a orientare gli Stati aderenti, le autorità amministrative e giudiziarie, abbiano il merito di fornire una immediata risposta alla

rifugiato al cittadino turco di etnia curda che rifiuta di espletare il servizio militare in Turchia; sia il Trib. Perugia con la decisione del 26 maggio 2017 che il Trib. Genova con la decisione del 3 febbraio 2018 concedono lo *status* di rifugiato a due cittadini ucraini obiettori di coscienza a fronte di una normativa ucraina che prevede fino a dieci anni di reclusione per i casi più gravi di diserzione.

⁸²¹ Si pensi alle difficoltà con cui è stata ratificata la Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie, approvata nel 1990 ma entrata in vigore solo nel 2003 e mai ratificata dagli Stati membri dell'Unione europea.

⁸²² L. SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, Hart Publishing, Oxford, 2004.



complessità giuridica della globalizzazione e agli spunti relativi alla pluralità degli scenari geo-religiosi esistenti a livello mondiale che le domande dei richiedenti asilo per motivi di coscienza sottendono. Benché si tratti di una fonte estranea al circuito di produzione legislativa tradizionalmente inteso⁸²³ e benché gli enti deputati alla loro produzione non siano né statali, locali né sovranazionali, ma espressivi di un potere privo di carattere territoriale, a siffatte norme deve essere riconosciuta la capacità di "raddrizzare il tiro" di una fonte legislativa, chiarificare ciò che risulta nebuloso e di difficile interpretazione e finanche orientare sia il legislatore che il giudice. Nonostante si tratti di un diritto alla cui inosservanza non consegua alcuna sanzione, sono comunque dotate di una certa incisività⁸²⁴ - le *Guidelines* ad esempio esse sono adottate all'unanimità - in quanto permeate da uno spirito esortativo e connotate da un grado di flessibilità che le rende meglio adattabili ai mutamenti sociali e politici⁸²⁵.

In ordine, invece, al ruolo dei giudici si richiama quanto si è già detto nei precedenti paragrafi sottolineando in conclusione come talune corti di merito degli Stati membri e più spesso le Corti sovranazionali siano spinte dalla volontà di accettare la sfida dell'accoglienza e dell'integrazione nel nome del rispetto della dignità della persona, pur mantenendo salda l'esigenza di accertare la veridicità dei fatti narrati nelle domande di asilo. Non pare arbitrario infatti affermare che i grandi fenomeni sociali del nostro tempo, quali l'immigrazione, attribuiscano alla tutela della libertà religiosa, nella sua accezione più ampia, il ruolo di garantire una soglia minima di salvaguardia della dignità umana e di ciò sembrano ben consce le Corti sovranazionali, come si ha avuto modo di evincere dalla giurisprudenza richiamata nel corso del presente lavoro.

⁸²³ Fortemente criticata è la diffusione di strumenti alternativi alle fonti atto, taluni autori si riferiscono al *soft-law* con l'espressione di "ectoplasmi normativi", **R. BIN**, *Soft law, no law*, in L. Desanti, P. Ferretti, A.D. Manfredini (a cura di), *Per il settantesimo compleanno di Pierpaolo Zamorani*, Giuffrè, Ferrara, 2009, p. 19.

⁸²⁴ Per un'accurata analisi dello strumento del *soft-law* a livello europeo si rimanda ad **A. POGGI**, *Soft law nell'ordinamento comunitario*, in **AA. VV.**, *L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali*, Atti del XX Convegno Annuale (Catania, 14-15 ottobre 2005), Cedam, Padova, 2007, p. 370.

⁸²⁵ Lo strumento *soft-law* sembra inserirsi all'interno di quel processo di erosione della sovranità statale a favore di un'idea di ordinamento globale ove le fonti, soprattutto quelle attinenti ai diritti fondamentali, sono garantite a più livelli. **G. SILVESTRI**, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Riv. dir. cost.*, n. 1 del 1996, p. 4 ss.



Giovanni Zaccaroni
(Postdoctoral Researcher, University of Luxembourg)

***Egenberger, or the place of non-discrimination
on the ground of religion in the EU constitutional legal order***

ABSTRACT: Il divieto di ogni discriminazione occupa un posto speciale all'interno delle fonti del diritto costituzionale dell'Unione europea, al punto che la Corte di Giustizia ne ha assicurato l'applicazione ben al di là dei limiti previsti dal diritto primario. La Corte di giustizia ha, infatti, garantito l'applicazione del divieto di discriminazione nei confronti delle categorie protette in casi in cui lo strumento giuridico preso in considerazione, soprattutto direttive, non sarebbe stato applicabile. È questo il caso in cui la Corte di giustizia ha applicato il divieto di discriminazione a una controversia tra privati, avverando quello che solitamente viene definito come l'effetto diretto orizzontale degli strumenti giuridici del diritto dell'Unione. Come nella recente sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, *Egenberger*, dove una candidata per una posizione lavorativa riguardante una consulenza legale in materia di diritti fondamentali in una associazione affiliata alla Chiesa Protestante Tedesca ha impugnato il rifiuto di assumerla del datore di lavoro. La decisione della Corte di applicare il principio di non discriminazione sulla base della religione può dunque considerarsi un tentativo di affermare il valore specifico e fondamentale che ha il principio di non discriminazione nell'ordinamento costituzionale dell'Unione? E quale è il rapporto fra principio di uguaglianza e la libertà religiosa? Questo saggio tenterà di rispondere a queste domande.

SUMMARY: 1. Introduction: the increasing central role of non-discrimination on the ground of religion in the case law of the Court of Justice of the European Union - 2. The case of *Vera Egenberger*: non-discrimination and religious autonomy - 3. The horizontal application of the principle of non-discrimination on the ground of religion and the balance between equality and religious autonomy - 3.1. The horizontal application of the principle of non-discrimination - 3.2. A summary of the previous case law on horizontal direct effect of the principle of non discrimination - 3.3. Understanding the legal rationale of the Court of Justice - i. The complex relationship between the principle of non-discrimination and other sources of EU law: a principle that is applied to supplement the directive? - ii. A principle that has been codified by the Charter? - 4. The balance between equality and religious autonomy 5. Some reflections over the importance of the principle of non-discrimination on the ground of religion for the EU constitutional legal order - 6. Conclusion.



1 - Introduction: the increasing central role of non-discrimination on the ground of religion in the case law of the Court of Justice of the European Union

Art. 13 TEC of the Treaty of Amsterdam⁸²⁶ introduced for the first time a legal basis for the adoption of legislative acts to fight discrimination on grounds other than nationality. At the same time, the Charter of Fundamental Rights of the European Union, solemnly proclaimed in 2001, which became binding with the entrance into force of the Lisbon Treaty, in December 2009, contains an express prohibition of discrimination, *inter alia*, on the ground of religion⁸²⁷. To this legal framework should be added the flourishing secondary legislation, as Directive 2000/78/EC⁸²⁸ on discrimination in the working place and Directive 2000/43/EC⁸²⁹ on racial and ethnic discrimination.

Despite the abundance of legal provisions, for long time there has been little if no application at European level of the prohibition of discrimination on the ground of religion, and, as a consequence, almost no litigation in front of the Court of Justice of the European Union(CJEU)⁸³⁰. This is most likely attributable to multiple factors. Discrimination on the ground of religion⁸³¹ depends strictly on the definition of religion, which is

⁸²⁶ Now Art. 19 TFEU.

⁸²⁷ See Title III - Equality. In particular Art. 21, Charter of Fundamental Rights of the European Union (CFREU): "1. Any discrimination based on any ground such as sex, race, colour, ethnic or social origin, genetic features, language, religion or belief, political or any other opinion, membership of a national minority, property, birth, disability, age or sexual orientation shall be prohibited. 2. Within the scope of application of the Treaties and without prejudice to any of their specific provisions, any discrimination on grounds of nationality shall be prohibited".

⁸²⁸ Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, OJ L 303, 2.12.2000, p. 16-22.

⁸²⁹ Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, OJ L 180, 19.7.2000, p. 22-26.

⁸³⁰ It should be however recalled that one of the seminal judgments of the Court of Justice of the European Union (hereinafter CJEU), *Van Duyn*, had a link with religion. Ms Van Duyn was a Dutch employee of the Church of Scientology (whose status as fully-fledged religion is however debated) who was denied the permit to enter as a worker in the United Kingdom. At that time there was however no legal basis to enter in the dispute if the facts of the case were, at the same time, also representing a discrimination on the ground of religion. CJEU, Case 41-74, 4 December 1974, *Yvonne van Duyn v Home Office*, EU:C:1974:133.

⁸³¹ See e.g. M. Hill (ed.), *Religion and Discrimination Law in the European Union*, Institute 270



not equal along the different Member States. At the same time, it depends also on the specific role that religion plays in the public sphere in the various Member States, which is often reflected by the Constitutional status that religion enjoys in various European countries⁸³².

These are some of the reasons that have created, over the years, a number of exception to the prohibition of religious discrimination. One of these exceptions is at the heart of the dispute: Art. 4.2 of Directive 2000/78/EC⁸³³. This provision contains a safeguard clause that is addressed into preserving the existing practices connected to religion in employment law that could result in a difference of treatment between religious and non-religious employees. A clause like the one at hand is not at ease with the overall system of protection of fundamental rights at EU level and in particular with the Charter of Fundamental Rights of the European Union. It was accordingly predictable that, with the application of the protection agreed by the Charter after its entrance into force, sooner or later, a case

for European Constitutional Law, Trier, 2012. **L. ZUCCA**, *A Secular Europe. Law and Religion in the European Constitutional Landscape*, Oxford University Press, Oxford, 2012; L. Zucca, C. Ungureanu (eds.), *Law State and Religion and in the New Europe: Debates and Dilemmas*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012; **F. CASOLARI**, *L'azione dell'Unione europea contro le discriminazioni basate sulla religione: l'impatto della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2012, vol. 3, p. 475 ss.; **R. McCREA**, *Religion and the Public Order of the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2010. **L.N. LEUSTEAN, J.T.S. MADELEY**, *Religion, Politics and Law in the European Union*, Routledge, Abingdon, 2009. See also **D. DURISOTTO**, *Unione europea, chiese e organizzazioni filosofiche non confessionali* (art. 17 TFUE) in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), 23/2016, p. 8.

⁸³² In this sense should be seen the difference between at least three different approaches to religion in Europe: the purely secularist approach (reflected by France) which does not recognize a specific status to any religion; the official recognition of the role played by religion (as in Italy or Spain), without an express favour towards a specific religion; and States where a specific religion enjoys a recognized constitutional status, as the head of State is also the head of the Church (United Kingdom, Denmark, Sweden).

⁸³³ Art. 4.2, Directive 2000/78/EC: "Member States may maintain national legislation in force at the date of adoption of this Directive or provide for future legislation incorporating national practices existing at the date of adoption of this Directive pursuant to which, in the case of occupational activities within churches and other public or private organisations the ethos of which is based on religion or belief, a difference of treatment based on a person's religion or belief shall not constitute discrimination where, by reason of the nature of these activities or of the context in which they are carried out, a person's religion or belief constitute a genuine, legitimate and justified occupational requirement, having regard to the organisation's ethos. This difference of treatment shall be implemented taking account of Member States' constitutional provisions and principles, as well as the general principles of Community law, and should not justify discrimination on another ground".



requiring to find a balance between the prohibition of non-discrimination and the freedom of religion of the employer would have reached the Court of Justice.

It must be said that the rulings of the Luxembourg Court⁸³⁴ have been preceded by at least a decade by the European Court of Human Rights. The ECHR had several opportunities to rule on discrimination on the ground on religion⁸³⁵, as well as on the principle of religious autonomy⁸³⁶. Although the protection afforded by the European Union and by the Council of Europe systems presents several points in common, different approaches to the content of fundamental rights persists⁸³⁷. As it will be outlined along this article, this is one of the cases where the different approach emerges. This is linked in particular to the nature of the two legal orders: while the Council of Europe is a purely international legal order, based on the consensus of the High Contracting Parties, the EU is, on the other side, based on the principle of conferred powers. This allowed the EU, over the years, to build a quasi-constitutional legal order that applies its characterising rights, principles and values also when there might be a conflict with their interpretation at national level. This is well represented by the doctrine of direct effect⁸³⁸, of central importance for the argument of the present essay. On the contrary, the ECHR has developed the doctrine of the margin of appreciation⁸³⁹, that allows the Contracting Parties to enjoy a wider margin of discretion in the implementation of certain, specific, rights that are part of the Convention system. This might explains why the results of the protection afforded in the case law of the Court of Justice on

⁸³⁴ See CJEU (Grand Chamber) of 14 March 2017, case C-157/15, *Samira Achbita and Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v G4S Secure Solutions NV*, EU:C:2017:203; CJEU (Grand Chamber) of 14 March 2017, Case C-188/15, *Asma Bougnaoui and Association de défense des droits de l'homme (ADDH) v Micropole SA*, EU:C:2017:204; CJEU (Grand Chamber) of 29 May 2018, case C-426/16, *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen, VZW and Others v Vlaams Gewest*, EU:C:2018:335.

⁸³⁵ E.g. European Court of Human Rights (hereinafter ECHR), *Eweida and Others v. the United Kingdom*, application Nos. 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10, judgment of 15 January 2013.

⁸³⁶ E.g. ECHR, *Sindicatul "Păstorul cel Bun" v. Romania* [GC], application No. 2330/09, judgment of 9 July 2013.

⁸³⁷ See **K. LENAERTS**, *The European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union: Creating Synergies, in the Field of Fundamental Rights Protection*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2018, p. 9 ss.

⁸³⁸ CJEU of 5 February 1963, case 26-62, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v Netherlands Inland Revenue Administration*, EU:C:1963:1.

⁸³⁹ E.g., **S. GREER**, *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention of Human Rights*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2000.



discrimination and religious freedom are surely well below in number, but appears to ensure a higher standard of protection (although a similar statement is highly debatable). A last factor that has negatively impacted the amount of case law on religious discrimination and religious autonomy is the potential conflict between the content of the right at EU level and the content of the rights at constitutional level. In this sense, the recent case law of the Court of Justice⁸⁴⁰ has shown, although in different fields of European law, the necessity for an increased cooperation between the national and the European level in order to avoid misunderstandings that could end up with an *ultra vires* judgment by national constitutional courts⁸⁴¹.

2 - The case of *Vera Egenberger*: non-discrimination and religious autonomy

After the *Achbita* and *Bougnouoi* decisions and a few weeks before the *Liga Van Moskeen* case⁸⁴², the Court of Justice has been asked to rule on *Egenberger*⁸⁴³, a preliminary ruling coming from the Federal Labour Court of Germany. The circumstances of the case had to do with a person of no religious affiliation (of "no denomination") applying for a fixed term position at the *Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung* (Protestant Agency for Diakonia and Development). The position entailed the preparation of a legal report on the UN International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discriminations. In the job offer was clearly stated that the affiliation to one of the German Protestant Churches was considered as a pre-condition for taking up the job: "*We presuppose membership of a Protestant church or a church belonging to the [Working Group of Christian Churches in Germany] and identification with the diaconal mission. Please state your church membership in your curriculum vitae*"⁸⁴⁴. This right of the religious employer to demand for a religious affiliation was also reflected by the German legislation⁸⁴⁵. Paragraph 9 of the General Law on

⁸⁴⁰ E.g., see CJEU of 19 April 2016, C-441/14, *Dansk Industri (DI), acting on behalf of Ajos A/S v Estate of Karsten Eigil Rasmussen*, EU:C:2016:278; CJEU of 5 December 2017, C-42/17, *Criminal proceedings against M.A.S. and M.B.*, EU:C:2017:936.

⁸⁴¹ See Danish Supreme Court, judgment of 6 December 2016, Case 15/2014.

⁸⁴² The number of the decisions are quoted *supra* at 8.

⁸⁴³ CJEU (Grand Chamber) of 17 April 2018, case C-414/16, *Vera Egenberger v Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e.V.*, EU:C:2018:257.

⁸⁴⁴ CJEU, *Egenberger*, para 25, cit. *supra* at 18.

⁸⁴⁵ Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (General Law on equal treatment) of 14
273



equal treatment (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*) - which implements Directive 2000/78/EC and in particular its Art. 4.2 - states that "*difference of treatment on grounds of religion or belief [...] shall also be permitted if a particular religion or belief constitutes a justified occupational requirement*". This "*justified occupation requirement*" corresponds to the "*genuine, legitimate and justified occupational requirement*" of Art. 4.2 of Directive 2000/78/EC.

As a preliminary remark, it should be noted that the scope of application of the exception in Para 9 of the *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* seems to be wider than the one established by the Directive. This, in principle, seems to contradict the EU rules that establish that Member States enjoy discretion in the implementation of a directive. In this case seems that the German legislator has painted well outside the frame of the Directive. Art. 4.2 of the Directive provides in fact for a clear time frame for the operationalization of the exceptions on religious autonomy: "*Member States may maintain national legislation in force at the date of adoption of this Directive or provide for future legislation incorporating national practices existing at the date of adoption of this Directive*". Para 9 of the *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* does not contain any kind of temporal limitation. This is a first factor to consider to contextualize the interpretation of the facts of the case to the cultural and social background. In Germany, the Cristian Churches (both Catholics and Protestants) are relevant and influential actors that, also thanks to a tax regime that provides for their financing⁸⁴⁶, are often acting as employers. Ms Egenberger action for damages against the refusal to employ was partly allowed - by the Berlin Labour Court (*Arbeitsgericht Berlin*) - and then dismissed by the Higher Labour Court for Berlin and Brandenburg (*Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg*)⁸⁴⁷. The Federal Labour Court, being court of last instance, decided to stay the proceeding and refer three questions for preliminary ruling to the Court of Justice of the EU in order to ascertain if the German legislation complies with Directive 2000/78/EC and in particular with its Article 4.2.

3 - The horizontal application of the principle of non-discrimination on the ground of religion

August 2006 (BGBI. 2006 I, p. 1897).

⁸⁴⁶ S. HOFFER, *Caesar As God's Banker: Using Germany 's Church Tax As an Example of Non-Geographically Bounded Taxing Jurisdiction* in *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 9 (2010), p. 595 ss.

⁸⁴⁷ CJEU, *Egenberger*, para 29, cit. *supra*.



The *Egenberger* judgment is a seminal decision, and for various reasons. 1) Represents another step towards the systematization of the horizontal application of direct effect and its relationship with indirect effect, 2) for the first time the Court of Justice is confronted with a balance between equality and religious freedom and 3) it tackles - again for the first time - the issue of the autonomy of religious organizations. For practical reasons, in the next sub-paragraphs we will divide this three-headed problem under two labels: in the first sub-paragraph, we will focus on the application of horizontal direct effect and indirect effect to this judgment. In the third sub-paragraph, after a second one devoted to the previous case law of the Court of Justice, we will try to understand the legal *rationale* of the Court of Justice, before going, in the last two paragraphs, into the discussion on the balance between religious autonomy and non discrimination and on the place of non discrimination in the EU constitutional legal order.

3.1 - The horizontal application of the principle of non-discrimination

This decision gives the opportunity to reflect further on the development of the theory of direct effect by the Court of Justice of the EU and its application. The theory on direct effect has been created by the Court of Justice to ensure the effectiveness of EU law, entrusting individuals with the power to invoke provisions of EU legislative and non-legislative acts in front of national jurisdictions⁸⁴⁸.

The need to boost the effectiveness of EU law came from the various limitations to its scope of application⁸⁴⁹. These limitations were linked to its hybrid nature, defined by the Court of Justice as a *sui generis* legal order⁸⁵⁰. While the evolution of the European Union has increasingly led to a *corpus* of legislation (the *acquis communautaire*) that is independent from the national one, it is widely accepted in doctrine, although not unanimously, that certain legal instruments, as directives, are addressed towards the Member States and cannot as such impose obligations on EU citizens, but only rights⁸⁵¹. In cases as *Egenberger*, accordingly, where the case turns

⁸⁴⁸ D. LECZYKIEWICZ, *Effectiveness of EU Law before National Courts: Direct Effect, Effective Judicial Protection, and State Liability* in D. Chalmers, A. Arnulf (eds.) *The Oxford Handbook of European Union Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015.

⁸⁴⁹ E.g., see the examples of limitations to the scope of application of EU law: the internal market, the Charter, the persistence of the unanimity vote in the Council.

⁸⁵⁰ CJEU of 25 February 1988, C-296/83, *Parti Écologiste "Les Verts" v. European Parliament*, EU:C:1988:94.

⁸⁵¹ E.g., see P. CRAIG, *The legal effect of Directives: policy, rules and exceptions in European Law Review*, 2009, vol. 3, p. 349 ss.



around the application and interpretation of a provision of national law in light of Directive 2000/78/EC to a dispute between two individuals, the application and interpretation of the Directive would go against this rule, imposing to the Protestant Church the obligation to comply with EU legislation, that is responsibility of the German State. In a case such as the one we are analysing, the traditional interpretation of the theory of direct effect would leave to Ms Egenberger only one remedy: the action for State liability against Germany⁸⁵².

3.2 - A summary of the previous case law on horizontal direct effect of the principle of non discrimination

The Court of Justice has applied, over the years, the theory of direct effect also to general principles of law, and to the general principles of non-discrimination⁸⁵³. General principles of law are, according to the ICJ Statute, the principles of law that are common to the States⁸⁵⁴. Within EU law, general principles are defined under Art. 6 TEU, but more in detail within the case law of the Court of Justice.

According to the view of many scholars, however, general principles of law are principles of interpretation, and does not seem to confer rights on individuals⁸⁵⁵. This is the case of the general principle of non-discrimination, that the Court of Justice has used to confer rights on individuals in various occasions⁸⁵⁶. If this conferral of rights, obtained through the application of the theory of direct effect, is applied within a dispute between an individual and a public administration, then in principle this does not represent a problem. If on the contrary this conferral happens within a dispute within two individuals, this enters into a conflict with the traditional theory of direct effect, as long as the legal instrument

⁸⁵² This, however, taking into account the strict procedural and substantial rules to which this action is subjected in front of the Court of Justice. See **A. DI MARCO**, *La responsabilità extracontrattuale dello stato per violazioni del diritto dell'UE*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017.

⁸⁵³ **P. CABRAL, R. NEVES**, *General Principles of EU Law and Horizontal Direct Effect*, in *European Public Law*, 2011, vol. 3, p. 437 ss.

⁸⁵⁴ Art. 38 of the Statute of the International Court of Justice.

⁸⁵⁵ E.g., **T. HARTLEY**, *The Foundations of European Union Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

⁸⁵⁶ See the reconstruction of the principle and the argument made in **C. AMALFITANO**, *General Principles of EU law and the Protection of Fundamental Rights*, Edward Elgar Publishing, London, 2018, p. 6. *Si licet*, see also **G. ZACCARONI**, *Dialogue and conflict between supreme European courts in Dansk Industri*, in *Federalismi*, n. 9/2018.



involved is a directive. To provide effectiveness to EU law, the Court of Justice has started to apply horizontally the principle of non-discrimination in various occasions⁸⁵⁷. This is linked to the fact that the anti-discrimination law of the European Union is governed by directives (if we except the Treaties and the Charter), and in particular by Directive 2000/78/EC and Directive 2000/43/EC.

The first occasion in which the Court started to enforce the principle of non-discrimination has been *Mangold*⁸⁵⁸, where the Court has recognized that the principle of non-discrimination on the ground of age was applicable notwithstanding the inapplicability of Directive 2000/78/EC, since the dispute was involving two private parties. In *Bartsch*⁸⁵⁹ however the Court of Justice seemed to do a step back, declaring a situation similar to the one in *Mangold* not presenting a sufficient link with EU law to apply the principle of non-discrimination. Then in *Kucukdeveci*⁸⁶⁰ the Court of Justice did not follow the line of the "sufficient link" in *Bartsch* and went on with the *Mangold* approach. In *Dansk Industri(DI)*⁸⁶¹, the Court of Justice resumed the *Mangold* approach, declaring, in a preliminary ruling received from the Danish Supreme Court (the highest jurisdictional authority in Denmark) that the principle of non-discrimination on the ground of age required the national judge to interpret the national legislation in order to ensure compliance with the prohibition of non-discrimination. In the event that the interpretation of the national legislation according to EU law was not possible, than the national court should have proceeded with the disapplication of the national legislation contrasting with the principle of non-discrimination.

Until *Egenberger*, however, it was disputed if this approach was applicable only to discrimination on the ground of age or was, on the other side, applicable also to the other grounds of discrimination prohibited by the Treaties. This also in sight of the fact that, after *Dansk Industri(DI)*, the

⁸⁵⁷ It should also be noted that the fact that general principles of law enjoys direct effect is present within EU law since the *Defrenne* case law, when the Court recognized that the general principle of non-discrimination was applicable to a dispute between two private parties. See CJEU of 8 April 1976, 43-75, *Gabrielle Defrenne v Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena [Defrenne II]*, EU:C:1976:56.

⁸⁵⁸ CJEU of 22 November 2005, C-144/04, *Werner Mangold v Rüdiger Helm*, EU:C:2005:709.

⁸⁵⁹ CJEU of 23 September 2008, C-427/06, *Birgit Bartsch v Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH*, EU:C:2008:517

⁸⁶⁰ CJEU of 19 January 2010, C-555/07, *Seda Kuciükdeveci v Swedex GmbH & Co. KG.*, EU:C:2010:21.

⁸⁶¹ See CJEU, *Dansk Industri (DI)*, cit. *supra*.



Danish Supreme Court has declared as *ultra vires* the horizontal application of the principle of non-discrimination⁸⁶², for contrasting with the principle of conferred powers. In *Egenberger*, however, the Court of Justice decides to reaffirm, for discrimination on the ground of religion and belief, its case law on the principle of non-discrimination on the ground of age, reinforcing the opinion that the horizontal application of the principle non-discrimination is not a case by case approach of the Court of Justice but that it is rather a consistent application of a fundamental element of the EU constitutional legal order, and that might well be valid for all the grounds of discrimination protected by the Treaties. It is not by chance, perhaps, that the Court of Justice quotes *Dansk Industri(DI)* several times⁸⁶³ along its legal *rationale*, demonstrating the validity of its previous case law even in spite of the *ultra vires* judgment of the *Danish Supreme Court*.

3.c - Understanding the legal *rationale* of the Court of Justice

The judgment of the Court of Justice in *Egenberger* gives the opportunity to reflect further also on the *rationale* behind the horizontal application of the principle non-discrimination. If in the previous *Mangold-Kucukdeveci* case law the Court was putting the emphasis on the disapplication of the national legislation contrasting with the principle of non-discrimination, in *Egenberger* the Court underlines the fact that the horizontal application - which in any case is for the national court - should be resorted only if it is not possible to interpret the national legislation according to EU law, ensuring the "indirect effect"⁸⁶⁴ of legal instruments of EU law. According to the Court of Justice, first in *Dansk Industri* and then in *Egenberger*, the national court is deemed to disapply the contrasting national legislation even in the case this provision has been consistently interpreted in a manner that is incompatible with EU law⁸⁶⁵.

⁸⁶² See Danish Supreme Court, cit. *supra*.

⁸⁶³ CJEU, *Egenberger*, paras 71-72-73, cit. *supra*.

⁸⁶⁴ The indirect effect, as part of the doctrine of direct effect, states that while the EU primary legislation (in this case, a directive) is not applicable national courts have to interpret national legislation in accordance with EU law. CJEU of 10 April 1984, case 14/83, *Sabine von Colson and Elisabeth Kamann v Land Nordrhein-Westfalen*, EU:C:1984:153, para. 26. CJEU of 13 November 1990, C-106/89, *Marleasing SA v La Comercial Internacional de Alimentacion SA.*, EU:C:1990:395. See e.g. **P. CRAIG**, *Direct Effect, Indirect Effect and the Construction of National Legislation in European Law Review*, 1997, p. 519 ss.

⁸⁶⁵ CJEU, *Egenberger*, para 73, cit. *supra* at 18.



i - The complex relationship between the principle of non-discrimination and other sources of EU law: a principle that is applied to supplement the directive?

The principle of non-discrimination holds a particular place among the EU general principles. Although it cannot be held as being hierarchically above the others, it is one that has been accorded horizontal direct effect⁸⁶⁶. In order however to govern the (potentially) unlimited use of this principle at national level⁸⁶⁷, the Court of Justice has attempted to link its use to primary and secondary sources of law. In *Egenberger*, the Court of Justice has, in similar way to what the Court has been doing in *Dansk Industri (DI)* decided to put the emphasis on the relationship between, in first instance, the general principle of non-discrimination and the directive. In paragraph 47 of the judgment, the Court of Justice holds that:

*"As regards, secondly, the objective of Directive 2000/78 and the context of Article 4(2) of the directive, it must be recalled that that directive's objective, as stated in Article 1, is to lay down a general framework for combating discrimination on the grounds inter alia of religion or belief as regards employment and occupation, with a view to putting into effect in the Member States the principle of equal treatment. The directive is thus a specific expression, in the field covered by it, of the general prohibition of discrimination laid down in Article 21 of the Charter"*⁸⁶⁸.

The last sentence is of particular interest for the argument brought forward by the CJEU. The directive is "*a the specific expression [...] of the*

⁸⁶⁶ The principle of the protection of fundamental rights has been also declared horizontally directly effective. See the *Kadi* case law of the CJEU of 3 September 2008, joined cases C-402/05 P and C-415/05 P, *Kadi and Al Barakaat International Foundation / Council and Commission*, EU:C:2008:461.

⁸⁶⁷ In this sense, the Court of Justice seems to be aware of the comments made by several national constitutional judges, reflected (*inter alia*) in **A. BARBERA**, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia* in *Quaderni Costituzionali*, 2018, vol. 1, p. 149 ss. This stance reflects also the move made by the Italian Constitutional Court on dual preliminary in late 2017 (Italian Constitutional Court, decision n. 269/2017, on which see **P. FARAGUNA**, *Constitutional Rights First: The Italian Constitutional Court fine-tunes its "Europarechts-freundlichkeit*, in *Verfassungblog*, 14 March 2018, and **L.S. ROSSI**, *Il "triangolo giurisdizionale" e la difficile applicazione della sentenza 269/17 della Corte costituzionale italiana*', in *Federalismi* n. 16/2018), in order to ensure that the national courts, if the matter deals with a constitutional right, give precedence to the *a quo* constitutional legitimacy procedure instead of referring directly to the Court of Justice. This move, while protecting the Italian system of constitutional review, might have consequences in light of the role of national judges as EU judges, as well as on the effectiveness of the preliminary ruling procedure.

⁸⁶⁸ CJEU, *Egenberger*, para 47, cit. *supra*.



general prohibition of discrimination laid down in Article 21 of the Charter". This phrase seems to be in line with what the Court has affirmed previously in Dansk Industri:

*"It should then be noted that, as Directive 2000/78 does not itself lay down the general principle prohibiting discrimination on grounds of age but simply gives concrete expression to that principle in relation to employment and occupation, the scope of the protection conferred by the directive does not go beyond that afforded by that principle"*⁸⁶⁹.

In both cases, the Court states that the Directive is the expression of the general prohibition non-discrimination, and, in particular in *Dansk Industri*, it seems to regard the general principle as an unwritten source of law. This has no consequences for the legal status of the Directive, nor it has, as commentators or national Courts might argue, for the principle of conferred powers. It states that the principle of non-discrimination is the *rationale* and the background of the Directive, confirming the special place that the principle retains in the EU legal order. This however has consequences on the position and on the rights of the parties in the dispute. The principle of non-discrimination is, in *Egenberger* as well as in *Dansk Industri (DI)*, applicable precisely because the Directive is not applicable and it is not possible, in the opinion of the national court, to interpret national legislation in conformity with EU law. In *Dansk Industri (DI)* the Court repeats the need to disapply contrasting national legislation when it is not possible to interpret it in conformity with EU law:

*"That point having been made clear, it should be added that even if a national court seised of a dispute that calls into question the general principle prohibiting discrimination on grounds of age, as given concrete expression in Directive 2000/78, does in fact find it impossible to arrive at an interpretation of national law that is consistent with the directive, it is nonetheless under an obligation to provide, within the limits of its jurisdiction, the legal protection which individuals derive from EU law and to ensure the full effectiveness of that law, disapplying if need be any provision of national legislation contrary to that principle (judgment in Kiicikdeveci, C-555/07, EU:C:2010:21, paragraph 51)"*⁸⁷⁰.

This argument is developed further in paragraph 36:

"Moreover, it is apparent from paragraph 47 of the judgment in Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2) that the principle prohibiting discrimination on grounds of age confers on private persons an individual right which they may invoke as such and which, even in disputes between

⁸⁶⁹ CJEU, *Dansk Industri*, para 27, cit. *supra*.

⁸⁷⁰ CJEU, *Dansk Industri*, para 35, cit. *supra* at 15.



private persons, requires the national courts to disapply national provisions that do not comply with that principle”⁸⁷¹.

In *Egenberger* the Court expresses a very similar position and takes the argument of the link between the Directive and the principle of non-discrimination farther:

“In the event that it is impossible to interpret the national provision at issue in the main proceedings in conformity with EU law, it must be pointed out, first, that Directive 2000/78 does not itself establish the principle of equal treatment in the field of employment and occupation, which originates in various international instruments and the constitutional traditions common to the Member States, but has the sole purpose of laying down, in that field, a general framework for combating discrimination on various grounds, including religion and belief, as may be seen from its title and from Article 1”⁸⁷².

From these reflections we can draw a preliminary conclusion: in the opinion of the Court of Justice (which, as we know, has been strongly confronted by national Constitutional Courts), the principle of non-discrimination is an autonomous source of rights, to the extent that it can be applied when a legal instrument (a Directive) of the EU is not *per se* applicable and it is not possible to interpret the national legislation according to EU law.

ii - A principle that has been codified by the Charter?

The reading of the legal reasoning of the Court of Justice in *Egenberger* leads however to a step further in providing the *rationale* of the direct effect of Directives:

“The prohibition of all discrimination on grounds of religion or belief is mandatory as a general principle of EU law. That prohibition, which is laid down in Article 21(1) of the Charter, is sufficient in itself to confer on individuals a right which they may rely on as such in disputes between them in a field covered by EU law”⁸⁷³.

While in its previous case law the Court of Justice, to give reasons about the application of the general principle, made reference to its nature of independent source of rights, in *Egenberger* takes a different decision. The Court maintains that the prohibition of all discriminations on the grounds

⁸⁷¹ CJEU, *Dansk Industri*, para 36, cit. *supra* at 15.

⁸⁷² CJEU, *Egenberger*, para 75, cit. *supra* at 18.

⁸⁷³ CJEU, *Egenberger*, para 76, cit. *supra* at 18.



of religion or belief "is laid down in Article 21(1) of the Charter". In the opinion of the Court of Justice is the Charter itself, rather than the Directive⁸⁷⁴, that justifies the horizontal application of the general principle of non-discrimination on the grounds of religion and belief. It should be noted that, according to the case law of the Court of Justice as well as to Art. 51 of the Charter itself, for the Charter to be applicable is necessary that 1) the matter falls within its scope of application and 2) since the Charter is addressed to the Member States, that the dispute involves at least one public administration or a subject with a link with the State administration. While we know that the Court of Justice maintains that the condition under point 1) is satisfied, the Court still seems not to clarify why, again, the principle should be applied to a dispute where the Charter should not be applied (point 2). The reason might be that, as the Court of Justice maintains in *Dansk Industri(DI)*, we are handling a principle that enjoys a particular, *sui generis*, status in the EU constitutional legal order: "*the fundamental principle of equal treatment, the general principle prohibiting discrimination on grounds of age being merely a specific expression of that principle*"⁸⁷⁵.

4 - The balance between equality and religious autonomy

These first paragraphs allow to see in perspective the relationship between equality and religious autonomy.

Although it is the first time that the Court of Justice has been called to interpret Art. 4.2 of Directive 2000/78/EC, in the last years the Court of Justice has been asked several times to judge on religious freedom and on discrimination on the ground of religion. The European Court of Human Rights (ECHR) has already developed its own case law on various aspects of equality and religious belief, under the scope of Art. 9 of the Convention⁸⁷⁶, Art. 10 of the Convention⁸⁷⁷ as well as on religious autonomy with decisions on Art. 11⁸⁷⁸ and on Art. 8⁸⁷⁹. The protection of fundamental

⁸⁷⁴ Although the Court of Justice, as said in the paragraph before, also mentions the Directive 2000/78/EC.

⁸⁷⁵ CJEU, *Dansk Industri (DI)*, para 26, cit. *supra* at 15.

⁸⁷⁶ ECHR, *Eweida and Others v. the United Kingdom*, cit. *supra* at 10.

⁸⁷⁷ ECHR, *Lombardi Vallauri v Italy*, application No. 39128/05, judgment of 20 October 2009.

⁸⁷⁸ ECHR, *Sindicatul "Păstorul cel Bun" v. Romania* [GC], cit. *supra* at 11. In this case the ECHR found no violation of Art. 11 of the Convention.

⁸⁷⁹ ECHR, *Fernandez Martinez v. Spain* [GC], application No. 56030/07, judgment of 12 June 2014. Equally, in this decision the ECHR found no violation of Art. 8 of the



rights offered by Council of Europe, although presenting several similarities, is different from the one of the European Union. According to the case law of the Strasbourg Court, the High Contracting Parties enjoy a wider margin of discretion when two rights which are at the core of the protection offered by the Convention enters into conflict, as equality and religious freedom.

Hence, in the Convention system, the choice of the Contracting Parties to let prevail in turn religious autonomy⁸⁸⁰ or equality⁸⁸¹ is usually upheld. This is due to the main technique used by the Strasbourg Court to solve conflict of rights, the doctrine of the margin of appreciation⁸⁸². Through this technique, the European Court of Human Rights has governed the exercise of this discretion by the High Contracting Parties, balancing competing rights with a result that has often been questioned⁸⁸³. In front of the Court of Justice, however, the possibility to obtain deeper review is higher, since, although the discretion of the Member States is appreciated, the Court of Justice has demonstrated, over the years, to be committed to defend in various ways the specific and distinctive elements of the EU legal order. *Egenberger* is no exception, since the Court holds that the conditions established by Art. 4.2 of Directive 2000/78/EC are to be interpreted in a narrow way.

In order for a religious organisation to take profit of the exception of religious autonomy, the genuine, legitimate and justified occupational requirement by the employer should be necessary and objectively dictated by the nature of the occupational activity concerned or the circumstances in which it is carried out, and cannot cover considerations which have no connection with that ethos or with the right of autonomy of the church or

Convention, because of the religious autonomy of the religious organization involved.

⁸⁸⁰ See *Fernandez Martinez*, cit. *supra* at 53.

⁸⁸¹ See ECHR, *Leila Sahin v Turkey*, Application no. 44774/98, judgment of 29 June 2004.

⁸⁸² Cfr. **M. LUGATO**, *The "Margin of Appreciation" and Freedom of Religion: Between Treaty Interpretation and Subsidiarity* in *Journal of Catholic Legal Studies*, 2017, vol. 52, p. 43 ss.; **R. SAPIENZA**, *L'interpretazione della Convenzione tra margine d'apprezzamento e vincolo di interpretazione conforme. Profili sistematici* in F. Salerno, R. Sapienza (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il giudice italiano*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 169 ss.; **M. DELMAS-MARTY, M.L. IZORCHE**, *Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste*, in *Revue internationale de droit comparé*, 2000, vol. 4, p. 753 ss., especially p. 763.

⁸⁸³ **O.M. ARNARDOTTIR**, *Rethinking the Two Margins of Appreciation in European Constitutional Law Review*, 2016, p. 27 ss. See in particular the reconstruction and the literature review of the margin of appreciation doctrine at pp. 28-29.



organization⁸⁸⁴. The Court of Justice is accordingly suggesting that, albeit in very exceptional circumstances, the balance between equality and religious autonomy should be resolved in favour of equality. A further confirmation of this trend can be found in *Achbita*⁸⁸⁵, where the Court maintained that even a neutral policy addressed into limiting the display of religious symbols in a working environment can be regarded as an indirect discrimination.

5 - Some reflections over the importance of the principle of non-discrimination on the ground of religion for the EU constitutional legal order

As we have learned through this analysis of the case law of the Court of Justice, the principle of non-discrimination is a *sui generis* general principle. It is an autonomous source of rights, and, although the Court of Justice has attempted to reconcile it with the primary sources of law of the European Union, it seems to enjoy a specific place among the sources of EU law.

This “constitutive” value of the principle of non-discrimination, affirmed for the first time on the ground of age and now on the ground on religion, is linked to the role that the “fundamental principle of equal treatment” plays in the EU constitutional legal order. The prohibition of non-discrimination has been, since the outset of the European Coal and Steel Community and of the European Economic Community, the *medium iuris* through which the Court and the EU institutions have shaped the internal market. After its completion in 1992 and 1997, the very same principle is now forging the construction of the “ever closer Union”⁸⁸⁶, that reflected the vision of the EU founding fathers: the synthesis between economic and social Europe.

The fact that the Court of Justice rules that the balancing between non-discrimination on the ground of religion and religious freedom is to be, pursuant to European law, resolved in favour of the first, and that the contrasting national legislation should be disapplied (provided that the national judge does not find an interpretation of the national legislation that

⁸⁸⁴ CJEU, *Egenberger*, cit. *supra*, para 69.

⁸⁸⁵ See *Achbita*, cit. *supra*, in particular para. 35, where the Court of Justice maintains that it is not inconceivable that the national referring court rules that a neutral policy which forbids the display of religious symbols in the working place might be indirectly discriminatory against “active” religious symbols, as the veil.

⁸⁸⁶ Solemn Declaration on European Union. European Council, Stuttgart 19 June 1983. Bulletin of the European Communities, No. 6/1983, 24-29.



complies with EU law), reveals that, differently from what has been maintained, for instance, by the European Court of Human Rights, non-discrimination can prevail over religious autonomy. The decision in *Egenberger* allows us also to reflect on the place of the principle of non discrimination on the ground of religion among the sources of EU law. The primacy of non discrimination over the autonomy of religious organisations is relevant in two senses: first, it allows to state that the principle of non discrimination is an autonomous source of law. Second, that the importance of the principle in the EU legal order leaves much less room for the autonomy of religious organisations. This in particular - as in *Egenberger*⁸⁸⁷ - when the genuine occupational requirement that allows to derogate from the prohibition of non-discrimination present no actual link with the job description.

6 - Conclusion

According to what we have been going through, the Court of Justice in *Egenberger* has reinforced and reaffirmed the interpretation of the general principle of non-discrimination as a "fundamental element" of the EU constitutional legal order. This précising the previous case law in *Mangold*, *Kucukdeveci* and *Dansk Industri (DI)*, where the principle of non-discrimination appeared to be applicable without a link to primary EU legislation. In *Egenberger* the Court of Justice moves forward, underlining that the principle is now enshrined in the Charter of Fundamental Rights of the EU. This tries to reconcile with the objection to its application made by the Danish Supreme Court, that retained the general principle an unwritten law, unable to produce effects on the legal position of individuals without violating the principle of conferred powers⁸⁸⁸.

At the same time, the limitation to the use of Art. 4.2 of Directive 2000/78/EC, underlining the need for judicial review of the decisions of the Churches when examining jobs applicants and advocating for a strict interpretation of the notion of "genuine occupational requirement" suggests that the Court of Justice has a clear solution to the balance between

⁸⁸⁷ See also the recent *IR v JQ* case, CJEU (Grand Chamber) of 11 September 2018, case C-68/17, *IR v JQ*, EU:C:2018:696.

⁸⁸⁸ Danish Supreme Court, cit. *supra*. See in particular p. 47 (English version - translation courtesy of the DSC): "In summary, we accordingly find that the Law on accession does not provide the legal basis to allow the unwritten principle prohibiting discrimination on grounds of age to take precedence over Paragraph 2a(3) of the Law on salaried employees in so far as the provision is contrary to the prohibition".



the two competing rights and that it will be very difficult for the national court to provide a different solution. At the same time, however, the position of the Court of Justice calls into question a balance between two competing fundamental rights at European and national level. If the national judge decides to ask to the *Bundesverfassungsgericht* if this balance of rights complies with the German Constitution, then there will be another open confrontation that will lead to an uncertain end. It should be also taken into account that the reference made to the link with the Charter does not seem to reinforce the legal reasoning of the Court of Justice much more than the previous mention of Directive 2000/78/EC as being an expression of the general principle of non-discrimination. This decision is a confirmation that the Court of Justice regards the principle of non-discrimination on the ground of religion as a fundamental element of the EU constitutional legal order.

By virtue of the primacy of EU law, this should suffice for the national judges to enforce this decision at national level. But the limit of the national constitutional rights and their interpretation might well be there, and in the event of another decision like the *Dansk Industri* one of the Danish Supreme Court, the Court of Justice will have no weapons to fight.