



Angelo Licastro

(straordinario di Diritto ecclesiastico comparato nell'Università degli Studi di Messina, Dipartimento di Giurisprudenza)

I mille splendidi volti della giurisprudenza della Corte di Strasburgo: "guardarsi in faccia" è condizione minima del "vivere insieme" *

"Non si possono contare le lune che brillano sui suoi tetti, né i mille splendidi soli che si nascondono dietro i suoi muri."

(Saib-e-Tabrizi, *Kabul*, cit. da Khaled Hosseini, in *Mille splendidi soli*, trad. it. di I. Vaj, Edizioni Piemme, Casale Monferrato, AL, 2007, p. 201)

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il velo integrale davanti alla Corte di Strasburgo – 3. I profili procedurali e la sussidiarietà – 4. La *ratio* della legge francese sul divieto di occultamento del viso – 5. La questione del margine di apprezzamento – 6. Il limite alla libertà di manifestare la religione derivante dalla "protezione dei diritti e delle libertà altrui" – 7. La Corte di Strasburgo "dietro" il velo: la "laïcité" e il suo riverberarsi sulla tutela del diritto di libertà di religione.

1 – Introduzione

È percezione largamente diffusa che "[t]he various *burqa* bans adopted in Europe no doubt aim at routing religion, at least in its most loudly perceived form, out of the public space"¹. In vero, i diversi Stati europei, impegnati a

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ K. ALIDADI, *Out of sight, out of mind? Implications of routing religiously dressed employees away from front-office positions in Europe*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, n. 1, 2013, p. 91. Al momento, tra gli Stati europei, solo il Belgio, con la legge 1° giugno 2011, ha introdotto un divieto simile a quello previsto dall'ordinamento francese. Cfr. J. VRIELINK, E. BREMS, S. OUALD-CHAIB, *Il divieto del "burqa" nel sistema giuridico belga*, *ivi*, n. 1, 2012, p. 161 ss. Secondo S. FERRARI, *I simboli religiosi nello spazio pubblico*, *ivi*, n. 2, 2012, p. 324, non è «casuale che gli Stati (il Belgio e la Francia) che alcuni anni or sono hanno emanato leggi contro i "nuovi" movimenti religiosi siano gli stessi che ora hanno adottato leggi che proibiscono il *burqa/niqab*». L'A. ritiene, peraltro, insoddisfacente anche l'atteggiamento degli Stati "caratterizzato dalla rassegnata rinuncia a regolare giuridicamente la questione dei simboli religiosi" (*ivi*). La delicatezza della materia è apparsa subito



gestire i complessi problemi delle moderne società multietniche e multiculturali — rappresentati in modo emblematico dalle questioni dell'uso in pubblico di capi di vestiario o di segni esteriori identificativi (in forma più o meno discreta) di (una specifica) appartenenza confessionale²

particolarmente avvertita di là dell'oceano: cfr. **P. CHESLER**, *Ban the Burqa? The Argument in Favor*, in *Middle East Quarterly*, Fall 2010, p. 33 ss.; **B. ISMAIL**, *Ban the Burqa? France Votes Yes*, *ivi*, p. 47 ss.

² La bibliografia su quello che è ormai divenuto tema di dibattito a livello globale è copiosa. Mi limito a segnalare: **AA. VV.**, *Religion in Public Spaces. A European Perspective*, a cura di S. Ferrari e S. Pastorelli, Ashgate, Farnham-Burlington VT, 2012, p. 159 ss. (in materia di *religious dress codes* di Turchia, Regno Unito, Italia e Bulgaria); **D. MCGOLDRICK**, *Human Rights and Religion: The Islamic Headscarf Debate in Europe*, Hart, Oxford-Portland Or., 2006; **G. STOPLER**, *Rights in Immigration: The Veil as a Test Case*, in *Israel Law Review*, 2010, p. 183 ss.; **H. ELVER**, *The Headscarf Controversy: Secularism and Freedom of Religion*, Oxford University Press, New York-Oxford, 2012; **N. GIBSON**, *Faith in the Courts: Religious Dress and Human Rights*, in *The Cambridge Law Journal*, 2007, p. 657 ss.; **K. ALIDADI**, *From Front-Office to Back-Office: Religious Dress Crossing the Public-Private Divide in the Workplace*, in **AA. VV.**, *Religion in Public Spaces*, cit., p. 159 ss. (con più specifico riferimento alla casistica emersa sui luoghi di lavoro); **A. IERMANO**, *Ordinamenti a confronto: casistica europea in materia di velo islamico*, in www.federalismi.it, 26 settembre 2012, p. 1 ss. Con riguardo alla giurisprudenza della Corte EDU: **K. BOUSTEAD**, *The French Headscarf Law Before the European Court of Human Rights*, in *J. of transnational law & policy*, n. 2, 2007, p. 167 ss.; **S. PEI**, *Unveiling Inequality: Burqa Bans and Nondiscrimination Jurisprudence at the European Court of Human Rights*, in *Yale L.J.*, n. 4, 2013, p. 1089 ss.; **S. TONOLO**, *Islamic Symbols in Europe: the European Court of Human Rights and the European Institutions*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 5/2014, p. 1 ss.; **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 **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. 117 ss.; **M. CIRAVEGNA**, *La nozione di "segno esteriore forte" tra problemi di definizione e presunzione di lesività: la sentenza "Dahlab c. Svizzera"*, *ivi*, p. 141 ss. Con focus più specifico sulla questione del burqa: **S. FERRARI**, *Il "burqa" e la sfera pubblica in Europa*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, n. 1, 2012, p. 3 ss.; **R. ALUFFI BECK-PECCOZ**, *"Burqa" e Islam*, *ivi*, p. 13 ss.; **L. MANCINI**, *"Burqa", "niqab" e diritti della donna*, *ivi*, p. 27 ss.; **S. FERRARI**, *La lotta dei simboli e la speranza del diritto (Parte seconda): la guerra "italiana" al "burqa" e al "niqab"*, *ivi*, p. 39 ss.; **M. HILL**, *Legal and social issues concerning the wearing of the "burqa" and other head coverings in the United Kingdom*, *ivi*, p. 83 ss.; **A. OVERBEEKE**, *Verso un divieto generale del "burqa" nei Paesi Bassi*, *ivi*, p. 107 ss.; **A. MOTILLA**, *El problema de la utilización de vestimentas religiosas en el espacio público: el asunto del "burqa" islámico en España*, *ivi*, p. 133 ss.; **L. CHRISTOFFERSEN**, *A Quest for Open Helmets. On the Danish Burqa-Affair*, *ivi*, p. 193 ss.; **J. THIELMANN**, **K. VORHOLZER**, *Il "burqa" in Germania: un problema minore*, *ivi*, p. 211 ss.; **R. GRILLO**, **P. SHAH**, *Considerazioni conclusive. Il movimento anti-burqa in Europa occidentale*, *ivi*, p. 219 ss.; **S. SILVESTRI**, *Comparing Burqa Debates in Europe: Sartorial Styles, Religious Prescriptions and Political Ideologies*, in **AA. VV.**, *Religion in Public Spaces*, cit., p. 275 ss.; **M.**



— continuano a mantenere differenze tutt'altro che trascurabili o marginali nel modo di intendere la posizione occupata dalle estrinsecazioni fideistiche personali nella sfera pubblica³. E, pur di fronte ad una questione che sembra mettere in gioco le basi stesse del costituzionalismo liberale⁴, il diverso atteggiamento degli Stati nei confronti dell'esperienza religiosa è destinato a riflettersi sui termini del concreto bilanciamento, che gli interessi in conflitto necessariamente richiedono, quando si tratta di stabilire entro quali limiti o fino a che punto sia doveroso assicurare il rispetto di ciò che è espressione di personali esigenze identitarie estranee alle più consolidate tradizioni e usi locali.

Qualunque sia il fondamento delle tesi inclini a ravvisare un orientamento prevalente delle organizzazioni sovranazionali europee

TIRABASSI, *Alcuni Paesi europei a confronto: burqa e spazio pubblico tra leggi e iniziative legislative*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, n. 2, 2011, p. 351 ss.; **G. BASSETTI**, *Interculturalità, libertà religiosa, abbigliamento. La questione del burqa*, in *Stato, chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 25/2012, p. 1 ss.; **P. NIGLIO, C.M. ARDITA**, *L'uso del burqa in Italia: tra esigenze di identificazione e istanze religiose*, in *St. civ. it.*, n. 2, 2011, p. 19 ss.; n. 3, 2011, p. 17 ss.; **C. SVAMPA**, *Fuori dal burqa*, in *Libertà civili*, n. 4, 2010, p. 46 ss.; **C. CARDIA**, *Dire sì o no al burqa una scelta di valore ineludibile*, ivi, p. 59 ss.; **M.L. QUATTROCCHI**, *Il divieto di indossare il burqa ed il niqab in Italia e in Europa*, in www.forumcostituzionale.it; **E.C. RAFFIOTTA**, *La Francia approva il divieto all'utilizzo del burqa... e in Italia?*, ivi; **F. VERGINE**, *Segni religiosi e sicurezza pubblica. Il velo islamico: chador, niqab, burqa*, in *Comuni d'Italia*, n. 10, 2007, p. 49 ss.; **G. BRUNELLI**, *La disciplina dell'uso del burqa e delle mutilazioni genitali femminili*, in *La diversità culturale nel processo di integrazione europea - I quaderni europei*, n. 3, febbraio 2010, in www.lex.unict.it/cde/quadernieuropei; **AA. VV.**, *The Burqa Affair Across Europe. Between Public and Private Space*, a cura di A. Ferrari e S. Pastorelli, Ashgate, Farnham-Burlington VT, 2013.

³ Si può senz'altro registrare una tendenza evolutiva dei vari sistemi verso una attenuazione delle loro peculiarità più caratteristiche, che però non è certo approdata ad un modello uniforme di "laicità europea" (sul punto cfr. **B. RANDAZZO**, *Le laicità*, in *Stato, chiese e pluralismo confessionale*, cit., ottobre 2008, p. 44). Quanto alla delimitazione del concetto di "sfera pubblica", invita a distinguere tra "common space" e "public space" **L. MANCINI**, *Burqa, Niqab and Women's Rights*, in **AA. VV.**, *The Burqa Affair*, cit., p. 25, secondo la quale "[i]f limitations on personal freedoms can be justified in the so-called public space, for instance according to the fundamental principles of neutrality, secularity, equidistance on which the European legal cultures are based, in the common space personal freedom, freedom to express oneself has to encounter — or should encounter — some limitations only in particular cases or situations".

⁴ Cfr. **S. FERRARI**, *In Praise of Pragmatism*, in **AA. VV.**, *The Burqa Affair*, cit., p. 5, secondo il quale non è possibile vietare l'uso del burqa "without violating principles which are at the basis of liberal constitutionalism".



volto ad emarginare le religioni dallo spazio pubblico⁵, va senz'altro sottolineato che l'"impetuoso sviluppo" della tutela dei diritti dell'uomo, a livello internazionale e in ambito europeo⁶, potrebbe concorrere a definire, anche nella materia in esame, un quadro di riferimento essenzialmente uniforme, al cui interno risulterebbero molto contenuti i margini di azione per gli Stati. Peraltro, andrebbe ribadito che le risposte da dare a questo tipo di problemi non possono trascurare "the risk of judicial standardisation in the field of fundamental rights as well as the opposite risk of disaggregation"⁷. In definitiva, è ancora una volta chiamato in gioco il dilemma tra le esigenze di "universalità" e i margini di "pluralismo culturale" da riservare in quest'ambito⁸; dilemma non certo nuovo⁹, ma oggi reso viepiù drammatico in Europa dal complesso intreccio e dalla articolazione di un sistema *multilevel*, o, meglio, "pluricentrico"¹⁰, di tutela dei diritti umani fondamentali¹¹.

⁵ Cfr. **S. FERRARI**, *Dalla libertà religiosa ai rapporti tra Stati e religioni. Un'analisi politico-religiosa della giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in **AA. VV.**, *Per Francesco Margiotta Broglio*, vol. realizzato da S. Ferrari, s.l., 2011, p. 43, che ricostruisce nei suddetti termini la posizione della Chiesa cattolica e delle Chiese ortodosse; **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, 2014, p. 14, secondo il quale il "modello francese di laicità fondato sulla netta separazione fra politica e religione domina [...] il modo di pensare e di agire dell'Unione europea in materia di libertà religiosa e di coscienza".

⁶ **E. CANNIZZARO**, *Diritti "diretti" e diritti "indiretti": i diritti fondamentali tra Unione, CEDU e Costituzione italiana*, in *Dir. Un. eur.*, n. 1, 2012, p. 35.

⁷ **M. CARTABIA**, *A Pluralistic Europe of Rights*, in **AA. VV.**, *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, a cura di H.-W. Micklitz e B. De Witte, Intersentia, Cambridge, Antwerp, Portland, 2012, p. 261, la quale, con specifico riguardo al sistema dell'Unione europea, ricorda che "[i]n the domain of fundamental rights, the Member States can be said to display both common background elements and different traditions: social rights, family law, state and religion — just to mention some examples — are fields in which the 27 Member States have different legal regulations".

⁸ Cfr. **AA. VV.**, *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, a cura di M. Cartabia, il Mulino, Bologna, 2007; **A. LICASTRO**, *Unione europea e "status" delle confessioni religiose. Fra tutela dei diritti umani fondamentali e salvaguardia delle identità costituzionali*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 228 e *passim*. Osserva **S. TONOLO**, *Islamic Symbols*, cit., p. 5, che il valore del pluralismo "compels us to accept that there is a plurality of ways of thinking about fundamental rights. So we should expect different approaches to toleration and different interpretations of neutrality".

⁹ Cfr. **G. SORRENTI**, *Le carte internazionali sui diritti umani: un'ipotesi di "copertura" costituzionale "a più facce"*, in *Pol. dir.*, n. 3, 1997, p. 349 ss., in specie p. 384 ss.

¹⁰ **G. STROZZI**, *Il sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali dopo Lisbona: attualità e prospettive*, in *Dir. Un. eur.*, n. 4, 2011, p. 861.



La stessa giurisprudenza della Corte di Strasburgo, pur rimanendo fedele, in linea di principio, alla dottrina del margine di apprezzamento, modulata in rapporto alla rilevazione della base di consenso comune agli Stati europei nel trattamento di una particolare questione¹², è andata sempre più assumendo — anche per effetto della crescente disomogeneità delle tradizioni costituzionali dei paesi facenti ormai parte del Consiglio d'Europa — un ruolo sostanzialmente creativo nella *fissazione* degli standard unitari di tutela dei diritti umani fondamentali¹³, collocandosi ben oltre ogni logica di *interpretazione* degli “existing National standards”¹⁴ (maggiormente appropriata all'attuazione di un testo pur sempre di carattere convenzionale) e subendo, quindi, di fatto, i condizionamenti di *particolari* tradizioni costituzionali.

In *S.A.S. c. France*, dell'1 luglio 2014¹⁵, la Corte di Strasburgo, nel tentativo di ricercare un bilanciamento tra le esigenze identitarie delle donne integralmente velate e la salvaguardia dei valori più classicamente rappresentativi delle tradizioni nazionali francesi, non solo sembra essersi appiattita, nell'affrontare il merito della questione, su una soluzione non facilmente “esportabile” fuori da alcuni territori d'Oltralpe, ma parrebbe anche avere interpretato in modo particolarmente creativo il suo ruolo, rafforzando, per certi aspetti, il fondamento delle riserve espresse da

¹¹ Sulle implicazioni che le restrizioni riguardanti l'uso di simboli religiosi possono avere a livello di ordinamento dell'Unione europea (in particolare con riguardo al principio della libertà di movimento dei lavoratori), chiamando quindi in causa la competenza della Corte di giustizia di Lussemburgo, vedi **S. TONOLO**, *Islamic Symbols*, cit., p. 24.

¹² **O. POLLICINO**, *Unione europea e Cedu: analisi comparata della genesi e dei primi sviluppi della rispettiva azione, con particolare riferimento alla tutela dei diritti fondamentali*, in www.forumcostituzionale.it, gennaio 2012, p. 29 (in nota). Nota che la “pluralità di modelli di regolazione dei rapporti fra Stati e religione, in ambito europeo ha condotto ad una enfaticizzazione del parametro del margine di apprezzamento”, **A. MADERA**, in **A. MADERA, N. MARCHEI**, *Simboli religiosi*, cit., p. 125, secondo cui la Corte ha «assunto un ruolo minimale nel dirimere i conflitti fra valori, venendo a privilegiare quelle convinzioni e manifestazioni che vengono repute dalla maggioranza come “accettabili” e “ragionevoli”» (ivi).

¹³ Cfr. **S. FERRARI**, *Dalla libertà religiosa*, cit., p. 43 s., che parla di nuovo ruolo, assunto dalla Corte, «di “standard setter” in tema di rispetto dei diritti dell'uomo».

¹⁴ Cfr. **S. FERRARI**, *Dalla libertà religiosa*, cit., p. 43 s.

¹⁵ *S.A.S. c. France* [GC], no. 43835/11, ECHR-2014. Per un primo commento alla pronuncia, vedi **E. OLIVITO**, *Egalité de combat e “vivre ensemble”. La Corte di Strasburgo e il divieto francese del velo integrale nei luoghi pubblici*, in www.diritticomparati.it (luglio 2014); **I. INGRAVALLO**, *La Corte di Strasburgo e il divieto di burqa: osservazioni critiche*, in www.sidi-isil.org/ (luglio 2014).



coloro che ormai lamentano, in molti ambiti, sue forme di intervento eccessivamente pervasive, oltre le competenze ad essa spettanti¹⁶.

2 – Il velo integrale davanti alla Corte di Strasburgo

S.A.S. c. France affronta il problema della compatibilità con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo della assai controversa legge francese dell'11 ottobre 2010, n. 2010-1192, *interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*¹⁷. Essa offre così lo spunto per approfondire delicate questioni

¹⁶ La denuncia di una eccessiva pervasività della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, a danno delle prerogative nazionali, è presente, soprattutto, in alcuni indirizzi politici e dottrinali inglesi. Mi limito a rinviare sul punto a **D. TEGA**, *I diritti in crisi tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milano, 2012 e ad **A. BULTRINI**, *La Conferenza di Brighton sul futuro della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Quad. costituzionali*, 2012, p. 668 ss.

¹⁷ In *Journal Officiel*, 12 ottobre 2010, p. 18344. Sul divieto introdotto dalla legge francese, cfr.: **A. FORNEROD**, *The Burqa Affair in France*, in **AA. VV.**, *The Burqa Affair*, cit., p. 59 ss.; **ID.**, *Les "affaires de burqa" en France*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, n. 1, 2012, p. 63 ss.; **D. BARTON**, *Is the French Burka Ban Compatible with International Human Rights Law Standards?*, in *Essex Human Rights Review*, n. 1, 2012, p. 1 ss.; **O. BUI-XUAN**, *L'espace public: l'émergence d'une nouvelle catégorie juridique? Réflexions sur la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, in *Revue française de droit adm.*, 2011, p. 551 ss.; **A. LEVADE**, *Épilogue d'un débat juridique: l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public validée!*, in *Sem. jur. EG*, n. 43, 2010, p. 1043 ss.; **B. MATHIEU**, *La validation par le Conseil constitutionnel de la loi sur "le voile intégral". La reconnaissance implicite d'un ordre public "immatériel"*, in *Sem. jur. EG*, n. 42, 2010, p. 1018 ss.; **M. VERPEAUX**, *Dissimulation du visage, la délicate conciliation entre la liberté et un nouvel ordre public*, in *Actualité jur.-Droit Adm. (AJDA)*, 2010, p. 2373 ss.; **F. DIEU**, *Le droit de dévisager et l'obligation d'être dévisagé: vers une moralisation de l'espace public?*, in *Sem. Jur. Adm. et Coll.*, n. 48, 2010, p. 2355 s.; **S. HENNETTE-VAUCHEZ**, *La burqa, la femme et l'État. Réflexions inquiètes sur un débat actuel*, in www.raison-publique.fr/article317.html; **J.-P. FELDMAN**, *Burqa: une loi dangereuse et inutile*, in *Recueil Dalloz*, 2010, p. 387 ss.; **V. CHAMPEIL-DESPLATS**, *Laïcité et liberté religieuse en France: aux sources de la loi interdisant la dissimulation intégrale du visage dans l'espace public*, in *Revista Derecho del Estado*, n. 29, 2012, p. 51 ss.; **D. de BÉCHILLON**, *Voile intégral: éloge du Conseil d'Etat en théoricien des droits fondamentaux*, in *Revue française de droit adm.*, n. 3, 2010, p. 467 ss.; **R.W. HILL**, *The French Prohibition on Veiling in Public Places: Rights Evolution or Violation?*, in *Ox. J. Law Religion*, n. 2, 2013, p. 417 ss.; **M. HUNTER-HENIN**, *Why the French Don't Like the Burqa: Laïcité, National Identity and Religious Freedom*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2012, p. 613 ss.; **D. KOUSSENS**, *Sous l'affaire de la burqa... quel visage de la laïcité française?*, in *Sociologie et sociétés*, n. 2, 2009, p. 327 ss.; **L.-M. LE ROUZIC**, *L'interdiction de dissimulation du visage dans l'espace public sous surveillance de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Sem. Jur. Adm. et Coll.*, n. 28, 2011, p. 2252 ss.; **R. McCREA**, *The Ban on the Veil and European Law*, in *Human Rights Law Review*, n. 1, 2013, p. 57 ss.; **S. NANWANI**, *The Burqa Ban: An Unreasonable Limitation on Religious Freedom or a Justifiable Restriction?*, in *Emory International Law Review*, n. 3, 2011, p. 1431 ss.; **M. LACAZE**, *La contravention de port d'une*



riguardanti la tutela della libertà individuale di religione, non sganciate dalle prospettive che paiono profilarsi in Europa in ordine ai rapporti tra la tutela sovranazionale dei diritti umani e la salvaguardia delle specificità nazionali in materia di relazioni tra Stato e religioni. Temi al centro dell'attuale dibattito scientifico e di grande impatto sullo scenario globale della difesa dei diritti umani, come dimostra l'interesse verso la vicenda manifestato da diverse organizzazioni operanti in tale campo¹⁸.

Il giudizio trae origine da un ricorso presentato da una giovane musulmana, residente in Francia, che invoca il suo diritto di indossare in pubblico il velo integrale (salvo che si renda necessario subire un controllo di sicurezza o una verifica dell'identità), dichiarando trattarsi di scelta coerente con la sua fede, la sua cultura e le sue convinzioni personali, liberamente maturata senza costrizioni di sorta. Il divieto generalizzato previsto dalla legge francese comporterebbe, secondo la ricorrente, una violazione degli artt. 3, 8, 9, 10 e 11 della Convenzione, che vengono invocati anche in connessione con il divieto di discriminazioni di cui all'art. 14 CEDU.

Sarà, tuttavia, facile per la Corte escludere, *in limine*, che, nel caso in discussione, possa ravvisarsi "le minimum de gravité" sotteso alla previsione dell'art. 3, in materia di trattamenti disumani e degradanti¹⁹; o che la vicenda possa comportare una diretta violazione del diritto alla libertà di associazione di cui all'art. 11, come pure si era tentato di dimostrare²⁰. Appare, invece, subito non privo di fondamento chiamare in causa il diritto al rispetto della propria vita privata (atteso che "les choix faits quant à l'apparence que l'on souhaite avoir, dans l'espace public comme en privé, relèvent de l'expression de la personnalité de chacun et donc de la vie privée")²¹, il diritto alla libertà di espressione (che non manterrà, tuttavia, una distinta autonomia nell'argomentare e nelle

tenue destinée à dissimuler le visage dans l'espace public: incertitude des fondements juridiques, incohérence des catégories pénales, in *Droit pénal*, n. 2, 2012, studio n. 5; **J.R. BOWEN**, *How the French State Justifies Controlling Muslim Bodies: From Harm-Based to Values-Based Reasoning*, in *Social research*, n. 2, 2011, p. 325 ss.

¹⁸ Il giudizio registra l'intervento, oltre che del Governo belga e del Centro dei diritti dell'uomo dell'Università di Gand, di quattro organizzazioni non governative operanti in materia di difesa dei diritti umani: *Amnesty International*, *Liberty*, *Open Society Justice Initiative* e *Article 19*. Tranne il Governo Belga, tutti gli altri hanno sostenuto la posizione della ricorrente.

¹⁹ S.A.S. c. France, cit., § 70.

²⁰ S.A.S. c. France, cit., § 73.

²¹ S.A.S. c. France, cit., § 107.



motivazioni poste a base della decisione finale della Corte)²², come anche le garanzie di non discriminazione nel godimento di questi diritti, che potrebbero ritenersi indirettamente lese da un provvedimento in apparenza neutrale, ma destinato senza dubbio ad avere “des effets négatifs spécifiques” su particolari categorie di donne musulmane²³.

Che la questione vertesse essenzialmente su profili connessi con le facoltà promananti dalla libertà religiosa individuale, coinvolgendo, in particolare, la libertà di “manifestare” la propria religione mediante le “pratiche”, ai sensi del par. 1 dell’art. 9 CEDU, non poteva essere seriamente posto in dubbio²⁴. Come osserva la ricorrente, “il ne peut y avoir aucun doute sur le fait que l’islam comporte une école de pensée qui exige des femmes qu’elles voilent leur visage en public”²⁵. Né poteva ritenersi seriamente fondata la pretesa del Governo di fare gravare su chi invoca le garanzie dell’art. 9 cit. l’onere di dimostrare di avere concretamente agito in conformità ad un precetto confessionale, in quanto, al di là di ogni altra considerazione, ogni tentativo del genere, avendo a che fare con quanto matura e alberga liberamente nel “foro interno” della coscienza individuale, si risolverebbe, com’è ovvio, in una autentica *probatio diabolica*²⁶.

²² S.A.S. c. France, cit., § 163.

²³ S.A.S. c. France, cit., § 161. La Corte escluderà qualsiasi violazione del divieto di discriminazione rifacendosi alla sua consolidata giurisprudenza secondo cui una differenza di trattamento è discriminatoria solo se è priva di oggettiva e ragionevole giustificazione, ossia se non persegue uno scopo legittimo e se manca una ragionevole relazione di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo che deve essere perseguito (ivi). Aveva ritenuto che «Article 9 is a fundamentally inadequate mechanism for addressing the key issues that burqa bans raise», mentre, alla luce degli sviluppi della giurisprudenza della Corte in materia di non discriminazione, «Article 14 might help resolve questions relating to burqa bans that Article 9 cannot address», S. PEI, *Unveiling Inequality*, cit., p. 1090.

²⁴ S.A.S. s. France, cit., §§ 108 e 109.

²⁵ S.A.S. s. France, cit., § 54. S. TONOLO, *Islamic Symbols*, cit., p. 2 s., sottolinea che “a general principle of the Islamic religious law, known as Shari’a, is the *al-hijab*. In Arabic *hijab* means barrier or screen. This principle is founded on the fact that according to the Qu’ran women are supposed to stay at home and not leave it except when required to it by urgent necessity. When they are permitted to go out the home, they must do so with their bodies and faces covered”. L’A. aggiunge, peraltro, che “for muslim women, the wearing of the *hijab* is a spiritual practice as well as a defining element of group identity, or a form of social obligation” (p. 3).

²⁶ Cfr. S.A.S. c. France, cit., § 56: «Ses déclarations suffisent à cet égard, dès lors qu’il ne fait pas de doute qu’il s’agit là pour certaines musulmanes d’une manière de vivre leur religion et que l’on peut y voir une “pratique” au sens de l’article 9 § 1 de la Convention».



Stabilito, dunque, in termini esatti, che è la libertà di cui all'art. 9 CEDU ad essere immediatamente e principalmente investita nella vicenda, tutta la decisione della Corte ruota attorno alla questione consistente nello stabilire se le ragioni poste a base del divieto previsto dalla legge francese possono costituire *restrizioni legittimamente opponibili* alla libertà di manifestare la propria religione indossando in pubblico un particolare capo di abbigliamento. Una questione che la Corte imposta in termini di compatibilità della restrizione con i limiti indicati dal par. 2 dell'art. 9 cit., secondo cui, com'è noto, la libertà in discorso

“può essere oggetto di quelle sole restrizioni che, stabilite per legge, costituiscono misure necessarie in una società democratica, per la pubblica sicurezza, per la protezione dell'ordine pubblico, della salute o della morale pubblica, o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui”.

Secondo la tesi del Governo francese, radicalmente contestata dalla ricorrente, la legge persegue «deux objectifs légitimes: la sécurité publique et “le respect du socle minimal des valeurs d'une société démocratique et ouverte”», valori questi ultimi individuati, in modo più specifico, ne “le respect de l'égalité entre les hommes et les femmes, le respect de la dignité des personnes et le respect des exigences minimales de la vie en société”²⁷.

In linea di principio, “la nécessité d'identifier les individus afin de prévenir les atteintes à la sécurité des personnes et des biens et de lutter contre la fraude identitaire” potrebbe ben fondare una restrizione legittima della libertà di cui all'art. 9 CEDU²⁸. Ovvio, invece, concludere che in presenza di una scelta *pienamente libera e responsabile* non abbia senso alcuno invocare né il principio di eguaglianza tra i sessi (argomento destinato semplicemente a dimostrare che in realtà “i destinatari del divieto legislativo erano sin dall'inizio ben delimitati”)²⁹, né il valore della dignità umana, per quanto ci si riferisca in questi casi a beni assolutamente indisponibili della persona, la cui tutela riassume al più alto livello i tratti qualificanti della stessa moderna civiltà giuridica europea. La pacifica indisponibilità di quei beni non consente, senza dubbio, atti di rinuncia preventivi e definitivi, con cui, però, non va confuso qualsiasi modo

²⁷ S.A.S. c. France, cit., § 114 e § 116.

²⁸ S.A.S. c. France, cit., § 115.

²⁹ E. OLIVITO, *Egalité de combat*, cit. Va rimarcata, quindi, una significativa differenza rispetto all'impostazione adottata dalla Corte in *Leyla Şahin v. Turkey*, *infra* cit., nella quale, come è stato sottolineato (S. TONOLO, *Islamic Symbols*, cit., p. 12), «the assertion that the *hijab* is “imposed” on women is particularly relevant».



personale di intenderne e testimoniare il significato e il contenuto per il tramite di un libero, attuale e sempre revocabile atto di esercizio di un diritto fondamentale. Sicché, come esattamente sottolinea la Corte, nel caso in discorso, invocare quei valori, equivarrebbe ad ammettere che si possano tutelare gli individui “contre l’exercice de leurs propres droits et libertés fondamentaux”³⁰.

Secondo la maggioranza dei giudici di Strasburgo, invece, il “punto di vista” di uno Stato secondo il quale “le visage joue un rôle important dans l’interaction sociale” e, quindi, consideri ogni pratica di occultamento del viso lesiva del “droit d’autrui d’évoluer dans un espace de sociabilité facilitant la vie ensemble”³¹, costituisce uno scopo legittimo in funzione del quale possono essere ammesse limitazioni della libertà di manifestare la propria religione. Il che rende la fattispecie in esame del tutto particolare, non assimilabile ad alcuna di quelle già esaminate e prese in rassegna dalla Corte in materia di capi di vestiario o di segni esteriori identificativi di una appartenenza confessionale³², sebbene tutte (genericamente) incidenti sul diritto di comunicare agli altri le proprie convinzioni religiose.

Si giunge così al punto cruciale della questione: possono ragioni di “sicurezza pubblica” giustificare, dal punto di vista della proporzionalità della misura, la restrizione in esame della libertà religiosa? Alla luce del medesimo parametro, una restrizione della libertà religiosa può essere

³⁰ S.A.S. c. France, cit., § 119 (con esplicito riferimento soltanto al principio di eguaglianza tra i sessi). La Corte sembra ora accogliere *in toto* le riserve espresse dal giudice Tulkens in *Leyla Şahin v. Turkey*: “I fail to see how the principle of sexual equality can justify prohibiting a woman from following a practice which, in the absence of proof to the contrary, she must be taken to have freely adopted. Equality and non-discrimination are subjective rights which must remain under the control of those who are entitled to benefit from them” (*Leyla Şahin v. Turkey*, [GC], no. 44774/98, § 12 dell’opinione dissenziente, ECHR-2005).

³¹ S.A.S. c. France, cit., § 122.

³² Sottolinea come “non del tutto coerentemente” risulti richiamata la precedente giurisprudenza della Corte in materia, E. OLIVITO, *Egalité de combat*, cit. Aveva affermato che le decisioni della Corte avrebbero rappresentato «a significant precedential obstacle to successful challenges to burqa bans under Article 9», S. PEI, *Unveiling Inequality*, cit., p. 1093, che ricorda, altresì, come la Corte, in *Ahmet Arslan e altri c. Turchia*, «left open the possibility that sufficient factual evidence could support a general ban, though it stopped short of describing what evidence would suffice» (ivi, p. 1095, sulla scorta di M.D. EVANS, *From Cartoons to Crucifixes: Current Controversies Concerning the Freedom of Religion and the Freedom of Expression Before the European Court of Human Rights*, in *Journal of Law & Religion*, n. 1, 2010-2011, p. 367-68).



adeguatamente motivata con la necessità, richiamata dal Governo francese, di garantire le esigenze minime del “vivere insieme”?

La risposta data dalla Corte alla prima domanda si basa sul postulato secondo il quale

“vu son impact sur les droits des femmes qui souhaitent porter le voile intégral pour des raisons religieuses, une interdiction absolue de porter dans l’espace public une tenue destinée à dissimuler son visage ne peut passer pour proportionnée qu’en présence d’un contexte révélant une menace générale contre la sécurité publique”³³,

potendo altrimenti essere sufficiente imporre l’obbligo di mostrare il volto e di lasciarsi identificare in circostanze particolari.

Una risposta senz’altro più articolata ha invece richiesto il secondo interrogativo. A sciogliere quest’ulteriore nodo nessun rilievo avrebbe giustamente meritato il dato estrinseco, dal valore meramente statistico, della sostanziale esiguità del numero stimato di donne che seguono la pratica di indossare il velo integrale³⁴. Mentre maggiore peso si sarebbe forse dovuto dare al significativo impatto del divieto sulle scelte personali delle donne musulmane — con riflessi reali in termini di aumento proprio di quei rischi di isolamento e di esclusione sociale che la legge vorrebbe invece prevenire — come anche al pericolo “de contribuer à la consolidation des stéréotypes qui affectent certaines catégories de personnes et d’encourager l’expression de l’intolérance” mentre lo Stato ha il dovere “au contraire de promouvoir la tolérance”³⁵.

A queste condivisibili affermazioni di principio la Corte non fa però seguire conseguenze del tutto coerenti, rinunciando in particolare ad interrogarsi se, nel caso sottoposto al suo esame, venissero in gioco garanzie della libertà religiosa individuale da ritenere *assolutamente essenziali e irrinunciabili*, come tali da considerare del tutto indipendenti dalle forme del concreto atteggiarsi dello Stato nei confronti dell’esperienza religiosa. Al contrario, sembrerebbe invece che queste ultime abbiano finito con l’incidere sulla concreta configurazione accolta del diritto umano fondamentale, secondo un percorso argomentativo, certo non nuovo, ma non sviluppato secondo passaggi logici pienamente convincenti, come messo bene in evidenza anche nell’esposizione dell’opinione parzialmente dissenziente delle giudici Nußberger (tedesca) e Jäderblom (svedese).

³³ S.A.S. c. France, cit., § 139.

³⁴ S.A.S. c. France, cit., § 145.

³⁵ S.A.S. c. France, cit., § 149.



3 – I profili procedurali e la sussidiarietà

Qualche perplessità può essere sollevata già con riguardo alla fase preliminare della procedura volta ad accertare la ricevibilità del ricorso, nella quale sembra emergere un atteggiamento fin troppo “interventista” della Corte e scarsamente rispettoso della logica della “sussidiarietà”³⁶.

Non è tanto in gioco nella vicenda il doveroso rispetto degli obblighi convenzionalmente stabiliti, risultando piuttosto l’atteggiamento della Corte poco comprensibile soprattutto alla luce dell’esito finale della decisione (motivata in termini totalmente difformi sia dal parere del *Conseil d’État* del 29 gennaio 2010, sia dalla pronunzia della *Cour de cassation* del 5 marzo 2013, su cui si tornerà più avanti, e) precisamente allineata ai contenuti e alla *ratio* della legge francese, in un primo momento sospettata di rappresentare un pericolo immediato e diretto per il diritto (umano fondamentale) alla libertà di religione.

Si è detto, da un punto di vista generale, che l’autonoma fissazione, da parte della Corte, degli standard unitari di tutela dei diritti umani fondamentali è uno dei tanti elementi che sembrano farle assumere sempre più chiaramente il ruolo “di Corte costituzionale europea con giurisdizione (di fatto, se non di diritto) su tutte le legislazioni nazionali”³⁷. Tra gli altri elementi da cui è dato ricavare una impressione

³⁶ Sebbene entrambi fortemente critici sulle conclusioni della pronunzia, sembrano invece condividere la scelta operata dalla Corte in fase di ricevibilità del ricorso, E. OLIVITO, *Egalité de combat*, cit., e I. INGRAVALLO, *La Corte di Strasburgo*, cit. Quest’ultimo A., peraltro, pur dichiarando che “bene ha fatto la Corte a respingere le eccezioni preliminari francesi”, più avanti individua come motivo di critica all’operato della Corte “il ruolo sempre maggiore che stanno acquisendo la sussidiarietà e il margine di apprezzamento” tanto da avere l’effetto, se bene intendo il pensiero dell’A., “di rendere più prudente la giurisprudenza della Corte e, in prospettiva, anche di limitare la sua competenza”.

³⁷ S. FERRARI, *Dalla libertà religiosa*, cit., nota 56. Il dibattito dottrinale sulla possibilità di riconoscere alla Corte di Strasburgo le caratteristiche di una vera e propria Corte costituzionale non è nuovo, ma in genere si tende a prospettare l’ipotesi come esito conclusivo di un percorso non ancora interamente compiuto. Si veda, ad es., P.A. FERNANDEZ-SANCHEZ, *Towards a European Constitutional Court?*, in *Revue de droit international*, n. 2, 1995, p. 71 ss; J.F. FLAUSS, *La Cour européenne des droits de l’homme est-elle une cour constitutionnelle?*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 1998, p. 711 ss.; L. FAVOREAU, *Les Cours de Luxembourg et de Strasbourg ne sont pas de cours constitutionnelles*, in *Mélanges en l’honneur de Louis Dubouis*, Dalloz, Parigi, 2002, p. 35 ss. Cfr. pure O. POLLICINO, *Allargamento dell’Europa ad est e rapporto tra Corti costituzionali e*



analogia, va segnalata l'interpretazione particolarmente lata adottata dalla Corte del concetto di "vittima" di violazione dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi protocolli.

Come si è notato, l'apertura «alle violazioni potenziali concorre [...] ad accentuare la funzione "oggettiva" del meccanismo di tutela di Strasburgo»³⁸, conferendo così nuove sembianze al giudizio dinanzi alla Corte, alquanto dissomiglianti dal suo volto originario di rimedio ancorato alla salvaguardia di posizioni individuali (garantite dalla Convenzione) che si assumano, di volta in volta, concretamente ed effettivamente lese. Anche per questo aspetto, si rafforza l'analogia con il tipico giudizio di costituzionalità delle leggi, non focalizzato per definizione su una situazione concreta di violazione di un diritto, ma rivolto piuttosto ad un controllo astratto di norme, e quindi necessariamente proiettato su questioni di interesse generale, trascendenti la portata del caso particolare da cui il giudizio trae spunto. Nel nostro caso, saremmo di fronte al tentativo di censurare la scelta del legislatore francese operata con la legge 11 ottobre 2010, n. 2010-1192, anziché ad una immediata esigenza di rimediare ad effetti pregiudizievoli per un diritto fondamentale prodotti dal provvedimento. Come risulta anche simbolicamente confermato dalla scelta di proporre ricorso il giorno stesso dell'entrata in vigore della legge.

Una delle eccezioni preliminari del Governo francese aveva proprio contestato la possibilità di riconoscere nella ricorrente la qualità di "vittima" di una violazione dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi protocolli, mettendosi così in dubbio l'azionabilità stessa del diritto al "ricorso individuale".

Le ragioni di carattere sostanziale che si tenta di fare valere — legate alla difficoltà di verificare l'effettiva appartenenza confessionale della donna e la sua asserita volontà di ricondurre la scelta di indossare il velo integrale a motivazioni di carattere religioso — sembrano confermare il tentativo di "neutralizzare" ogni specifica rilevanza del fattore religioso

Corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?, Giuffrè, Milano, 2010, p. 89 s., secondo il quale la Corte avrebbe via via accelerato "lungo il percorso in grado di farle perdere i caratteri che contraddistinguono gli organi giurisdizionali di natura internazionale per portarla, all'interno di una posizione di fatto di sovranazionalità, [...] a lasciare il suo ruolo di custode secondario della tutela dei diritti fondamentali in Europa e ad amplificare l'impatto interordinamentale della propria giurisprudenza, fino ad arrivare, almeno a detta di alcuni, ad assumere il ruolo di Corte costituzionale paneuropea dei diritti fondamentali".

³⁸ **B. RANDAZZO**, *Il giudizio dinanzi alla Corte europea dei diritti: un nuovo processo costituzionale*, in **AA. VV.**, *Alle frontiere del Diritto costituzionale, Scritti in onore di Valerio Onida*, a cura di M. D'Amico, B. Randazzo, Giuffrè, Milano, 2011, p. 1565.



nelle situazioni considerate, in evidente continuità con il proposito, perseguito e attuato dal legislatore francese, di omettere qualsiasi esplicito riferimento alle suddette motivazioni in sede di redazione del testo normativo, per tentare così di negare “lo *status* di comportamento religiosamente motivato al velo integrale” e “impedire che esso trovi la via della tutela del diritto di libertà religiosa”³⁹. E la Corte finirà, anche nel merito, con il liquidare rapidamente tale questione, sottolineando che essa

“est consciente du fait que la prohibition critiquée pèse pour l’essentiel sur les femmes musulmanes qui souhaitent porter le voile intégral. Elle attache néanmoins une grande importance à la circonstance que cette interdiction n’est pas explicitement fondée sur la connotation religieuse des habits visés mais sur le seul fait qu’ils dissimulent le visage”⁴⁰.

Ma anche sul piano più strettamente processuale, poiché “la requérante ne prétend pas avoir été condamnée — ni même verbalisée ou contrôlée — pour avoir porté le voile intégral dans l’espace public”⁴¹, è legittimo dubitare che ricorressero, nella fattispecie, tutti i presupposti per l’esperibilità del ricorso.

La Corte si rifà al suo — in vero consolidato — orientamento in base al quale non ricorrerebbe una situazione di inammissibile *actio popularis* (sostanzialmente rivolta ad ottenere una interpretazione delle norme convenzionali, a prescindere dalla ricorrenza di una situazione di concreto pregiudizio riconducibile agli effetti del provvedimento) nei casi in cui il ricorrente sia *obbligato a cambiare il suo comportamento per evitare di incorrere in sanzioni*⁴² o se egli faccia parte di una *categoria di persone che rischiano di subire direttamente gli effetti della legislazione*⁴³.

Il rischio di incorrere in sanzioni era effettivamente sussistente, ma forse non tale da giustificare il ricorso diretto alla Corte, se essa stessa non mancherà più avanti di sottolineare, sia pure ad altri effetti, che “les sanctions retenues par le législateur figurent parmi les plus légères qu’il

³⁹ M. TIRABASSI, *Alcuni Paesi europei*, cit., p. 381. Secondo E. OLIVITO, *Egalité de combat*, cit., con la formula utilizzata, “il legislatore francese ha cercato di schermarsi dall’accusa di discriminare o stigmatizzare il comportamento o le pratiche di alcuni soggetti soltanto (ma è sufficiente soffermarsi sulle eccezioni al divieto, contenute nel secondo comma dell’art. 2, per rendersi conto che lo schermo è davvero fragile)”.

⁴⁰ S.A.S. c. France, cit., § 151.

⁴¹ S.A.S. c. France, cit., § 57.

⁴² Come, ad es., in *Norris v. Ireland*, 26 ottobre 1988, Series A no. 142, § 31.

⁴³ Come, ad es., in *Burden v. The United Kingdom*, [GC], no. 13378/05, § 34, ECHR-2008.



pouvait envisager”⁴⁴, potendo, invece, semmai preoccupare soltanto il pericolo di condanne reiterate.

Se, inoltre, come si è visto più sopra, non si può “scandagliare” la coscienza interiore di chi invoca le garanzie dell’art. 9, per lo stesso motivo non è affatto detto — come invece ritiene la Corte — che l’entrata in vigore della legge abbia determinato *immediatamente e di per sé* la lesione della libertà religiosa *della ricorrente*, per il dilemma in cui verrebbero a trovarsi le “vittime” del divieto, “soit elles se plient à l’interdiction et renoncent ainsi à se vêtir conformément au choix que leur dicte leur approche de leur religion; soit elles ne s’y plient pas et s’exposent à des sanctions pénales”⁴⁵. È evidente che la donna potrebbe, in qualsiasi momento, decidere di non indossare il velo integrale, e ciò non necessariamente per prestare ossequio alla legge, ma per una qualsiasi altra ragione. Se si rimane ancorati a un piano strettamente soggettivo — per intenderci, quello originariamente sotteso alla logica e allo spirito del sistema convenzionale di tutela dei diritti umani fondamentali — bisognerebbe concludere che non è di per sé la legge a determinare la violazione della libertà della donna, ma piuttosto la *concreta* impossibilità di porre in essere la pratica religiosamente motivata, destinata a divenire attuale ed effettiva solo qualora sorga il conflitto *tra la scelta interiore* (e non presunta) di prestare ossequio al precetto confessionale e l’applicazione del divieto previsto dalla legge. Un conflitto che potrà assumere rilevanza esterna solo nel momento in cui la donna decida di rimettere la questione alla decisione del giudice.

Ancora: il primo criterio, se riferito (come fa la Corte nel caso in esame) a comportamenti dettati da motivazioni di carattere religioso o di coscienza, spiana in pratica la strada ad una possibile verifica di convenzionalità (*preventiva* rispetto all’accertata concreta lesione del diritto) in tutti i casi in cui una legge statale, indipendentemente da suoi eventuali contenuti eticamente sensibili, e anche se del tutto “neutrale” dal punto di vista religioso, sia destinata ad interferire su (comportamenti indotti da) regole, prescrizioni o divieti derivanti dai (più svariati e insindacabili) diritti confessionali. E alla stessa conclusione si potrebbe pervenire anche in applicazione del secondo criterio, sol che si ammetta che anche il credo o la convinzione personale possono servire ad identificare una particolare “categoria di persone”. Alla luce di tali considerazioni, risulterebbe ancora maggiormente fondato il rilievo

⁴⁴ S.A.S. c. France, cit., § 152.

⁴⁵ S.A.S. c. France, cit., § 57.



generale mosso dal Governo, sulla necessità di non estendere a dismisura il concetto di “vittima” presupposto dall’art. 34 cit., pena il rischio di una destabilizzazione del sistema di tutela dei diritti umani previsto dalla Convenzione⁴⁶.

Può essere significativo notare che di questo rischio non si è mancato di tenere conto in sede di messa a punto del Protocollo CEDU n. 16, del 10 luglio 2013, con cui si intende, com’è noto, realizzare una estensione della competenza della Corte europea ad emettere pareri consultivi⁴⁷, destinata a fare da “cerniera” tra giurisdizione statale e Corte sovranazionale⁴⁸, “in order to foster dialogue between courts and enhance the Court’s ‘constitutional’ role”⁴⁹. In dottrina si è espressa la convinzione che tale riforma sia destinata a segnare “un processo di cambiamento epocale” delle stesse «giurisdizioni nazionali, della loro “anima” e della loro forma»⁵⁰, oltre che a ridefinire molti profili dei rapporti tra Corte di Strasburgo e autorità dei diversi paesi aderenti alla Convenzione, con implicazioni notevoli sul funzionamento del sistema europeo di protezione dei diritti umani⁵¹. Appare tuttavia particolarmente

⁴⁶ Cfr. *S.A.S. c. France*, cit., § 53 e il rilievo conclusivo secondo il quale “si des circonstances très exceptionnelles peuvent, dans certains cas très particuliers, être prises en compte par la Cour pour étendre la notion de victime, cela ne doit pas conduire à renverser le principe selon lequel seuls ceux dont les droits ont été effectivement et concrètement atteints peuvent prétendre à cette qualité” (ivi).

⁴⁷ Il parere può avere ad oggetto “questioni di principio relative all’interpretazione o all’applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi protocolli” (art. 1, par. 1, Protocollo cit.).

⁴⁸ ... secondo la felice espressione che figura nel titolo dello scritto di **G. SORRENTI**, *Un’altra cerniera tra giurisdizioni statali e Corti sovranazionali? L’introduzione della nuova funzione consultiva della Corte di Strasburgo da parte del Protocollo n. 16 CEDU*, in www.forumcostituzionale.it (luglio 2014), p. 1.

⁴⁹ Cfr. *Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Explanatory Report*, in www.echr.coe.int, p. 1.

⁵⁰ **R. CONTI**, *La richiesta di “parere consultivo” alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla CEDU e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE. Prove d’orchestra per una nomofilachia europea*, in [Consultaonline \(www.giurcost.org\)](http://www.giurcost.org), 2014, p. 26.

⁵¹ Cfr., fra i tanti, **R. CONTI**, *La richiesta di “parere consultivo”*, cit., p. 26, secondo il quale «[d]ietro la richiesta di parere consultivo potrebbero [...] innescarsi forme virtuose di cooperazione fra giudici che, tutte avvinte da un sistema di pesi e contrappesi, in definitiva, rendono tutti sovrani e tutti serventi verso la persona, le sue aspettative, i suoi bisogni. Se, infatti, si affianca alla decisione della Corte in sede consultiva l’opera di interpretazione convenzionalmente conforme riservata alle Corti nazionali, ci si accorge che sarà difficile individuare un prima e un dopo, un vertice e una base piuttosto emergendo, ancora una volta e sempre di più, un “sistema” nuovo al cui interno tutti ci si tiene» (p. 26). Sottolinea come potrà risultare “incoraggiato il ricorso all’interpretazione conforme alla Cedu da parte delle stesse giurisdizioni richiedenti”, segnalando peraltro il



significativo che la nuova competenza non sia stata pensata per consentire valutazioni di carattere *preventivo* sui contenuti astratti della legislazione⁵², poiché l'intervento della Corte postula necessariamente che le autorità nazionali siano già state investite della questione nel corso di un giudizio. La possibilità di richiedere il parere è attribuita, infatti, solo alle più alte giurisdizioni dello Stato (soluzione "consistent with the idea of exhaustion of domestic remedies")⁵³ e unicamente nell'ambito di una causa pendente dinanzi ad esse (art. 1, par. 2). Il meccanismo in discorso, quindi, "si inserisce appieno entro lo schema della sussidiarietà che presiede al coordinamento tra sistema di protezione dei diritti nazionale e sistema di protezione dei diritti convenzionale"⁵⁴, e si giustifica piuttosto ogni sforzo volto alla ricerca di soluzioni interpretative atte ad assicurare il funzionamento dell'istituto senza che se ne alteri questa sua fondamentale natura⁵⁵.

Ma, nel caso in esame, a parte la delicatezza della questione, che aveva indotto la sezione semplice a rimettere la decisione alla camera alta della Corte, in forza dell'art. 30 della Convenzione⁵⁶, specifiche considerazioni indotte dal carattere (almeno apparentemente) *neutrale* del provvedimento legislativo avrebbero dovuto consigliare una maggiore cautela. Se è indubbio, infatti, che il principio sancito dall'art. 34 cit. è strettamente collegato con quello di cui al successivo art. 35, sulla necessità del previo esaurimento delle vie di ricorso interne, e che «le concept de "victime potentielle" met à mal l'obligation d'épuiser les voies de recours

rischio che dal dialogo finisca con l'essere estromessa "la Corte costituzionale che, nella garanzia dei diritti fondamentali, occupa un posto di primaria importanza assolutamente irrinunciabile", **G. SORRENTI**, *Un'altra cerniera tra giurisdizioni*, cit., p. 18.

⁵² Ribadisce opportunamente questo profilo, **G. SORRENTI**, *Un'altra cerniera tra giurisdizioni*, cit., p. 8, secondo la quale è escluso che l'istituto possa assolvere alla "funzione generale, di carattere prettamente costituzionale, di interpretazione dei principi della Convenzione al fine di valutare la compatibilità con essi di leggi statali vigenti, ma in maniera astratta, a prescindere dalle esigenze di applicazione di tali leggi a casi concreti".

⁵³ Cfr. *Protocol No. 16*, cit., p. 2.

⁵⁴ **G. SORRENTI**, *Un'altra cerniera tra giurisdizioni*, cit., p. 5.

⁵⁵ In questo senso, ancora, vedi **G. SORRENTI**, *Un'altra cerniera tra giurisdizioni*, cit., *passim*.

⁵⁶ Ai sensi dell'art. 30 CEDU "[s]e la questione oggetto del ricorso all'esame di una Camera solleva gravi problemi di interpretazione della Convenzione o dei suoi Protocolli, o se la sua soluzione rischia di dar luogo a un contrasto con una sentenza pronunciata anteriormente dalla Corte, la Camera, fino a quando non abbia pronunciato la sua sentenza, può rimettere il caso alla Grande Camera a meno che una delle parti non vi si opponga".



internes»⁵⁷, sarebbe stato prudente (oltre che maggiormente in linea con i poteri e le competenze della Corte), attendere l'esame preliminare del caso, non privo di particolarità⁵⁸, da parte della giurisdizione interna, anche in ragione del fatto che il provvedimento di legge, proprio avendo evitato del tutto intenzionalmente e accuratamente ogni riferimento alle condotte religiosamente motivate, non ha chiarito fino in fondo (o, comunque, non ha sciolto tutti i nodi de) i rapporti tra il divieto in discorso e le manifestazioni del diritto umano fondamentale all'esercizio della libertà religiosa.

È certamente vero, come osserva la Corte, che il *Conseil constitutionnel* "s'est prononcé le 7 octobre 2010 en faveur de la conformité de la loi avec (notamment) la liberté de religion"⁵⁹, ma è anche vero che è stato lo stesso Organo costituzionale a chiarire che

"l'interdiction de dissimuler son visage dans l'espace public ne saurait, sans porter une atteinte excessive à l'article 10 de la Déclaration de 1789, restreindre l'exercice de la liberté religieuse dans les lieux de culte ouverts au public";

e sarà la circolare del 31 marzo 2011 del "ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration" che andrà oltre non solo alla stringata indicazione presente nella circolare applicativa della legge del 2 marzo 2011, su l'"absence de restriction à l'exercice de la liberté religieuse dans les lieux de culte", ma anche ai limiti sostanziali definiti dal *Conseil constitutionnel*, raccomandando "aux forces de sécurité intérieure d'éviter toute intervention à proximité immédiate d'un lieu de culte qui pourrait être interprétée comme une restriction indirecte à la liberté de culte"⁶⁰.

⁵⁷ S.A.S. c. France, cit., § 53.

⁵⁸ Cfr. in particolare quanto esposto in S.A.S. c. France, cit., § 12: "Elle ajoute qu'elle porte le niqab en public comme en privé, mais pas de façon systématique; ainsi, par exemple, elle peut ne pas le porter lorsqu'elle est en consultation chez un médecin ou lorsqu'elle rencontre des amis dans un lieu public ou cherche à faire des connaissances. Elle accepte donc de ne pas porter tout le temps le niqab dans l'espace public, mais souhaite pouvoir le faire quand tel est son choix, en particulier lorsque son humeur spirituelle le lui dicte. Il y a ainsi des moments (par exemple lors d'événements religieux tels que le ramadan) où elle a le sentiment de devoir le porter en public pour exprimer sa religion et sa foi personnelle et culturelle; son objectif n'est pas de créer un désagrément pour autrui mais d'être en accord avec elle-même".

⁵⁹ S.A.S. c. France, cit., § 61.

⁶⁰ Cfr. S.A.S. c. France, cit., § 33.



A prescindere dall'ipotesi, inoltre, di un nuovo intervento del *Conseil constitutionnel* — non da escludere forse in assoluto⁶¹ — nulla autorizzava a ritenere “inefficaces ou inutiles”, secondo quella che era

⁶¹ Di fronte all'indirizzo seguito dai giudici di Strasburgo secondo cui, nei sistemi nazionali (come quello italiano) in cui il singolo non gode di un diritto di ricorso diretto alla Corte costituzionale, non può considerarsi rimedio interno, di cui la Convenzione esige il previo esperimento, l'istanza rivolta al giudice di merito in vista del promovimento del giudizio di legittimità costituzionale (cfr., tra gli altri, *Brozicek c. Italie*, 19 dicembre 1989, § 34, série A no 67; *C.G.I.L. et Cofferati c. Italie*, no. 46967/07, § 48, ECHR-2009), non avrebbe potuto incidere, sulla fase introduttiva della procedura in esame, la riforma introdotta dalla *loi organique* del 10 dicembre 2009, n. 2009-1523, *relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, con la quale è stato previsto anche in Francia un sistema di controllo successivo di costituzionalità delle leggi, basato su un sistema di promovimento di carattere incidentale simile a quello italiano. In caso contrario, sarebbe stato molto interessante valutare l'effettiva portata della decisione del *Conseil* del 7 ottobre 2010 in ordine alla proponibilità di una *question prioritaire de constitutionnalité*, atteso che, nell'ordinamento francese, il giudice può sollevare la questione a condizione che “[l]a disposition contestée [...] n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances” (nuovo art. 23-2 dell'ordonnance n. 58-1067 del 7 novembre 1958, recante la *loi organique sur le Conseil constitutionnel*; sui delicati problemi che pone l'interpretazione della norma, cfr., per tutti, **R. FRAISSE**, *La chose jugée par le Conseil constitutionnel dans les motifs et le dispositif de ses décisions et la QPC*, in *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n. 30 - Dossier: Autorité des décisions, gennaio, 2011). A prescindere dai problemi particolari sollevati da questa disposizione — tipici di un sistema in cui ormai coesiste un controllo preventivo e uno successivo di costituzionalità delle leggi, e che deve tenere conto pure di una significativa evoluzione, dal 1959 al 2009, nella tecnica di redazione delle decisioni del *Conseil* (**R. FRAISSE**, *La chose jugée*, cit.) — verrebbero altresì in gioco questioni più generali, non sconosciute neppure al nostro ordinamento, sulla irriducibilità dell'“oggetto” del giudizio di costituzionalità ad una astratta valutazione di conformità delle norme slegata del tutto dalla “situazione” di fatto in relazione alla quale essa è concretamente fatta valere. Sul punto, cfr. **A. RUGGERI**, **A. SPADARO**, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, quinta edizione, Giappichelli Editore, Torino, 2014, p. 94, dove si qualifica «l'oggetto del sindacato della Corte come “situazione normativa”, formula che vuol ricomprendere il complesso dei materiali, normativi e fattuali, considerati nelle loro reciproche interconnessioni ed idonei a variamente comporre la “questione” ed a confluire nel giudizio di costituzionalità». Gli AA. ult. citt. richiamano l'incidenza sul giudizio «delle interconnessioni sistemiche che si instaurano tra gli enunciati normativi, come pure della evoluzione dei “fatti”, essa pure idonea, per la sua parte, a concorrere senza sosta alla rigenerazione di senso degli enunciati normativi» (ivi). In altri termini, la decisione preventiva del *Conseil*, pur abbracciando la totalità di una legge di pochi articoli, avrebbe potuto considerarsi inidonea ad assicurare una sorta di “brevet de constitutionnalité” non suscettibile in alcun modo di essere rimesso successivamente in discussione, anche per effetto dell'esplicita rilevanza attribuita dalla *loi organique* allo “changement des circonstances”.



invece stata l'allegazione della ricorrente⁶², la strada del previo esaurimento dei ricorsi interni⁶³, anche alla luce dell'approccio "mite" (o, se si vuole, non eccessivamente rigido) al provvedimento emerso successivamente alla sua approvazione e testimoniato, in certa misura, dalle suddette determinazioni ministeriali⁶⁴ e, per qualche aspetto (sul piano cioè del trattamento sanzionatorio), sebbene in via del tutto indiretta, persino dalla stessa pronuncia della Cassazione richiamata dalla Corte⁶⁵. Rinunciando ad affrontare *per saltum* la questione, sarebbe pure risultata meglio salvaguardata l'esigenza di non compromettere "la confiance des justiciables dans le fonctionnement de la justice", cui la Corte — sebbene in ben altri contesti e rispetto ad un altro tipo di garanzie (ossia quella ad un "giusto processo" prevista dall'art. 6 della Convenzione) — si è dimostrata particolarmente sensibile⁶⁶, invitando, non a torto, a diffidare, in ogni caso, degli esiti processuali scontati.

A livello sistematico generale, inoltre, anche se, come è stato notato, il ruolo di giudice di ultima istanza della Corte di Strasburgo, "chiamata a intervenire quando nessun altro rimedio interno è possibile sperimentare", non aiuta certo il dialogo tra le Corti, mentre per il futuro si aprono scenari in cui addirittura "l'artefice primo di eventuali modifiche di orientamenti diventerebbe non già la Corte dei diritti dell'uomo ma il

⁶² S.A.S. c. France, cit., § 60.

⁶³ L'"effettività" del rimedio interno, cui la Corte giustamente subordina la necessità del previo esperimento delle istanze nazionali di tutela, dovrebbe significare che "non devono [...] sussistere impedimenti di qualsiasi natura al suo esperimento, e l'autorità adita deve essere in grado di riparare la doglianza lamentata dal ricorrente", non invece che "si debba assicurare un esito favorevole al ricorrente" (così, in termini esatti, **B. RANDAZZO**, *Il giudizio dinanzi alla Corte europea*, cit., p. 1570). Né una sola pronuncia della Cassazione può ritenersi espressiva di un "consolidato orientamento giurisprudenziale" atto a rendere non effettivo il ricorso alla Suprema istanza di legittimità. Tanto più ove si consideri che nel giudizio di merito, poi sfociato nella pronuncia della Cassazione francese richiamata dalla Corte europea, si era fondatamente dubitato della motivazione religiosa della condotta incriminata, in quanto il caso sottoposto all'esame del giudice riguardava una donna che aveva "porté le voile intégral dans le but de protester contre l'adoption de la loi du 11 octobre 2010 lors d'une manifestation organisée à cette fin devant le Palais de l'Élysée" (cfr. S.A.S. c. France, cit., § 34).

⁶⁴ La circolare applicativa della legge ha anche ricompreso le "processioni religiose" tra le "manifestazioni tradizionali" nel corso delle quali, come vedremo più avanti, non opera il divieto di occultamento del viso.

⁶⁵ Cour de cassation, Chambre criminelle, 5 marzo 2013, n. 12-80.891, *infra* cit., che, come vedremo più oltre, considererà applicabile la regola di cui all'art. 131-5-1 c.p., dettata in materia di delitti, anche in materia di contravvenzioni.

⁶⁶ *Pellegrini c. Italia*, no. 30882/96, § 45, ECHR 2001-VIII.



giudice nazionale⁶⁷, un intervento *per saltum* dei giudici di Strasburgo equivale a trascurare totalmente ogni possibile apporto del giudice nazionale nella soluzione del caso concreto, secondo una logica che ricostruisce in termini puramente gerarchici o verticistici i rapporti tra le due istanze di tutela dei diritti dell'uomo, contro il carattere autenticamente *sussidiario* della tutela dinanzi alla Corte di Strasburgo.

Né mancano, infine, esempi di interventi normativi⁶⁸ rivolti, almeno nelle intenzioni, ad affrontare drasticamente la questione del velo (che renda difficoltosa l'identificazione della persona), rivelatisi poi, nei fatti, inapplicabili "a chi indossa un indumento non allo scopo di rendersi irriconoscibile ma piuttosto per un giustificato motivo, quale è sicuramente quello religioso che viene invocato dalle donne islamiche"⁶⁹.

4 – La *ratio* della legge francese sul divieto di occultamento del viso

La legge francese dell'11 ottobre 2010, n. 2010-1192, è molto chiara nel descrivere i tratti oggettivi della condotta vietata: "[n]ul ne peut, dans l'espace public, porter une tenue destinée à dissimuler son visage" (art. 1). Agli effetti dell'articolo, lo spazio pubblico è rappresentato "des voies publiques ainsi que des lieux ouverts au public ou affectés à un service public", mentre restano espressamente esclusi dal divieto i casi di tenuta

"prescrite ou autorisée par des dispositions législatives ou réglementaires, si elle est justifiée par des raisons de santé ou des motifs professionnels, ou si elle s'inscrit dans le cadre de pratiques

⁶⁷ R. CONTI, *La richiesta di "parere consultivo"*, cit., risp. p. 2 e p. 7.

⁶⁸ Il riferimento è all'art. 10, comma 4-bis, del decreto-legge 27 luglio 2005, n. 144, convertito dalla legge 31 luglio 2005, n. 155, che ha da noi significativamente aggravato la pena (arresto da uno a due anni e ammenda da 1.000 a 2.000 euro, dall'originaria previsione dell'arresto da uno a sei mesi e dell'ammenda da lire cinquantamila a lire duecentomila) per chi contravvenga al divieto di cui all'art. 5 della legge 22 maggio 1975, n. 152 (divieto di uso di caschi protettivi, o di qualunque altro mezzo atto a rendere difficoltoso il riconoscimento della persona). Ricordano che la disposizione era stata presentata come "la ferma risposta del governo" italiano alla questione in esame, V. BARSOTTI, N. FIORITA, *Separatismo e laicità. Testo e materiali per un confronto tra Stati Uniti e Italia in tema di rapporti stato/chiese*, Giappichelli Editore, Torino, 2008, p. 40.

⁶⁹ *Ibidem*. Sull'orientamento della giurisprudenza italiana, cfr. altresì M. CIRAVEGNA, *Abbigliamento religioso, tutela dell'identità ed ordine pubblico*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, n. 1, 2010, p. 285 ss.; N. FOLLA, *L'uso del burqa non integra reato, in assenza di una previsione normativa espressa*, in *Corriere del merito*, n. 3, 2009, p. 295 ss.



sportives, de fêtes ou de manifestations artistiques ou traditionnelles”
(art. 2).

Le sanzioni per l'inosservanza del divieto sono una ammenda — particolarmente blanda, in quanto rapportata a quella propria delle contravvenzioni di seconda classe, e quindi fissata nella misura di “150 euros au plus” (v. art. 131-13 c.p.)⁷⁰ — accompagnata o sostituita dalla misura della partecipazione ad una sorta di corso di educazione civica (*stage de citoyenneté*) (art. 3) (applicabile, però, a condizione che ci sia l'accordo del condannato presente all'udienza)⁷¹. È questo il cuore della legge, la sua parte autenticamente innovativa e ricca di potenziali implicazioni sui limiti di tutela delle estrinsecazioni fideistiche individuali.

Da quest'ultimo punto di vista, molto meno significativa appare invece l'interpolazione operata nel codice penale con l'aggiunta del nuovo art. 225-4-10, nonostante si sia in questo caso di fronte a condotte molto gravi, punite con sanzioni piuttosto pesanti⁷². L'incriminazione di “*dissimulation forcée du visage*”, infatti, è volta a reprimere condotte *violente o abusive* (specie a danno di minori), che, in quanto tali, non solo ricadrebbero in preesistenti divieti (di carattere generale), ma soprattutto *non potrebbero in alcun modo essere giustificate sulla base delle garanzie inerenti alla libertà religiosa*. Le implicazioni principali di questo tipo di interventi sono di altro tipo, pur essendo in parte comuni a tutti i casi di c.d. *reati culturalmente motivati*, ossia di quelle particolari fattispecie normative in cui l'incriminazione riguarda un comportamento che, da un lato, è senz'altro oggetto di comune riprovazione dalla cultura dominante in un determinato ordinamento e come tale espressamente sanzionato, mentre

⁷⁰ L'art. 131-13 c.p. francese prevede 5 classi progressive di contravvenzioni, la più bassa punita con l'ammenda fino a 38 euro, e la più alta punita con un'ammenda che può arrivare fino a 3.000 euro (in caso di recidiva).

⁷¹ Quest'ultimo principio risulta dall'art. 131-5-1 c.p., dettato, in vero, in materia di delitti e applicabile, secondo Cour de cassation, Chambre criminelle, 5 marzo 2013, n. 12-80.891, *infra cit.*, anche in materia di contravvenzioni. Resta, così, frustrato l'intento perseguito dal legislatore di realizzare una sorta di “rieducazione forzata” ai valori della *République* tramite la sanzione in discorso, inducendo ancora una volta a riflettere sulle fattispecie di reato culturalmente motivato e sulla loro effettiva idoneità a rappresentare una valida risposta ai problemi delle moderne società multiculturali.

⁷² La norma, introdotta dall'art. 4 della legge in esame, è così formulata: “Le fait pour toute personne d'imposer à une ou plusieurs autres personnes de dissimuler leur visage par menace, violence, contrainte, abus d'autorité ou abus de pouvoir, en raison de leur sexe, est puni d'un an d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende. / Lorsque le fait est commis au préjudice d'un mineur, les peines sont portées à deux ans d'emprisonnement et à 60 000 € d'amende”.



dall'altro, "all'interno del gruppo culturale di minoranza a cui appartiene l'agente, è accettato come comportamento normale, o addirittura è sostenuto e incoraggiato in determinate situazioni"⁷³.

Risulta più agevole cogliere le implicazioni sistematiche del divieto di occultare il viso nello spazio pubblico se si prova a ricostruire l'autentica *ratio* e il senso più profondo dell'intervento del legislatore.

Anzitutto, si può ragionevolmente escludere che il legislatore francese abbia tenuto presente in via prioritaria l'esigenza di assicurare in pubblico la *riconoscibilità* di chi indossa il velo⁷⁴, e abbia quindi inteso introdurre delle misure a garanzia dell'*ordine pubblico* (almeno se questo bene continua ad essere assunto nella sua accezione classica o "materiale")⁷⁵. In vero, non mancano riferimenti alle esigenze di tutela della pubblica sicurezza nei lavori preparatori e in altri documenti

⁷³ **A. MERLI**, *Relazione introduttiva*, in **AA. VV.**, *Oggetto e limiti del potere coercitivo dello Stato nelle democrazie costituzionali*, Atti del convegno, Ascoli Piceno, 5-7 marzo 2010, a cura di L. Violante, T. Galiani, A. Merli, Unicam, Camerino, 2013, p. 36. Rientrerebbe nello schema accennato, ad es., la repressione delle mutilazioni genitali femminili, punita nel nostro ordinamento con una speciale incriminazione, introdotta dalla l. 9 gennaio 2006, n. 7. Sul carattere, secondo alcuni, simbolico di tali incriminazioni, vedi, nella dottrina ecclesiasticistica, **V. BARSOTTI, N. FIORITA**, *Separatismo e laicità*, cit., p. 40, nt. 151, secondo i quali il principale obiettivo di questi provvedimenti "non sembra tanto quello di risolvere un problema quanto piuttosto quello di mandare un messaggio all'opinione pubblica". Si tratterebbe di una "tipologia di leggi che restano sostanzialmente inapplicata dopo avere esasperato in ogni modo quei nodi che non scioglieranno e che, a ben vedere, rischiano solo di alimentare un vero e proprio cortocircuito dell'intolleranza".

⁷⁴ Sottolinea, a questo riguardo, una certa incongruenza con la legge della circolare attuativa, secondo cui le tenute vietate ("destinées à dissimuler le visage", secondo l'enunciato normativo) sono quelle che "rendent impossible l'identification de la personne", **O. CAYLA**, *Dissimulation du visage dans l'espace public: l'hypocrisie du juge constitutionnel trahie par la sincérité des circulaires?*, in *Recueil Dalloz*, 2011, n. 17, p. 1166 ss. Rileva l'A. che «[n]on seulement nulle part dans la loi, ni dans la décision du Conseil constitutionnel, il n'est fait mention du moindre lien entre dissimulation du visage et impossibilité d'identifier la personne, mais de surcroît la circulaire va même jusqu'à préciser paradoxalement que, pour qu'une tenue soit réputée être "destinée à dissimuler le visage", "il n'est pas nécessaire que le visage soit intégralement dissimulé"».

⁷⁵ Parimenti da escludere, come esattamente sottolinea la Corte (S.A.S. c. *France*, cit., § 137), è ogni presunto intento del legislatore di proteggere "des femmes contre une pratique qui leur serait imposée ou qui leur serait préjudiciable". Individua un cambiamento, tra il 2003 e il 2010, nelle giustificazioni poste a base, in Francia, di alcune restrizioni alla libertà delle donne musulmane, che "consists in moving from harm-based arguments to values-based ones", **J.R. BOWEN**, *How the French State*, cit., p. 326.



ufficiali⁷⁶. Lo stesso *Conseil constitutionnel*, nella decisione del 7 ottobre 2010, ricorda come il legislatore abbia ritenuto che le pratiche in questione “peuvent constituer un danger pour la sécurité publique” e come esso abbia “ainsi complété et généralisé des règles jusque-là réservées à des situations ponctuelles à des fins de protection de l’ordre public” (n. 4).

In senso sostanzialmente conforme si è pure espressa la Corte di cassazione⁷⁷, secondo cui “la loi interdisant la dissimulation intégrale du visage dans l’espace public [...] vise à protéger l’ordre et la sécurité publics en imposant à toute personne circulant dans un espace public, de montrer son visage”. Con il primo motivo del ricorso presentato ai giudici si era peraltro lamentato “que la référence à un *ordre public immatériel* constitué de *valeurs communes* reste trop indéfini pour justifier une telle restriction à l’exercice de droits fondamentaux”, ritenendosi che solo la ricorrenza di un pericolo per “l’*ordre public matériel*” avrebbe rappresentato una limitazione proporzionata della libertà garantita dall’art. 9 CEDU.

Si coglieva in tal modo il senso autentico del divieto introdotto dal legislatore francese.

Molto chiara al riguardo era stata del resto la circolare applicativa del 2 marzo 2011, dove si sottolineava, in piena sintonia con le indicazioni ricavabili dai lavori preparatori della legge⁷⁸, che scopo di quest’ultima era “réaffirmer solennellement les *valeurs de la République* et les *exigences du vivre ensemble*”, rispetto ai quali sono incompatibili e inaccettabili situazioni e pratiche di esclusione e di inferiorità:

“Se dissimuler le visage, c’est porter atteinte aux exigences minimales de la vie en société. Cela place en outre les personnes concernées dans une situation d’exclusion et d’infériorité incompatible avec les principes de liberté, d’égalité et de dignité humaine affirmés par la République française. La République se vit à visage découvert. Parce qu’elle est fondée sur le rassemblement autour de valeurs communes et sur la construction d’un destin partagé, elle ne peut accepter les pratiques d’exclusion et de rejet, quels qu’en soient les prétextes ou les modalités”.

⁷⁶ Cfr. l’“*exposé des motifs*” del progetto di legge (riportato al § 25 della pronunzia della Corte), dove si precisa che “[l]a pratique de la dissimulation du visage qui peut au surplus être dans certaines circonstances un danger pour la sécurité publique, n’a donc pas sa place sur le territoire de la République”.

⁷⁷ Cour de cassation, Chambre criminelle, 5 marzo 2013, n. 12-80.891, in *Bulletin des Arrêts*, Chambre criminelle, n. 3, 2013, p. 105 ss.

⁷⁸ Cfr. l’“*exposé des motifs*”, cit.



Si è voluto, quindi, ribadire con forza la necessità di rimanere tutti pienamente fedeli ai valori fondanti della *République*, di fronte al radicarsi e al diffondersi di pratiche ritenute in contrasto con la tutela della eguaglianza tra i sessi e della dignità della donna⁷⁹.

Su un punto la circolare ministeriale si mostra, invece, reticente o, quantomeno, lacunosa. Pure di fronte al riferimento operato alla legge 15 marzo 2004, n. 2004-228⁸⁰, che già nel titolo richiama espressamente il principio di "laïcité"⁸¹, non si è ritenuto di dovere esplicitare, né che tra gli scopi della legge n. 2010-1192 vi è in definitiva anche quello di preservare quel principio⁸², né, tantomeno, che il medesimo principio rientra (e occupa un preminente rilievo) fra l'insieme dei valori repubblicani, caratteristici dell'identità costituzionale della Francia⁸³, che si intendono "réaffirmer solennellement".

Eppure non può dubitarsi che la legge francese è in realtà (soprattutto o, quantomeno, anche) coerente espressione di quel

⁷⁹ Secondo **O. CAYLA**, *Dissimulation du visage*, cit., "[s]’il y a, dans l’application de l’interdiction de dissimuler son visage dans l’espace public, le risque d’une certaine obscurité, ou à tout le moins de contradiction interne, cela pourrait être aussi et surtout en raison d’une loi particulièrement difficile à cerner dans ses intentions normatives précises, ainsi que d’une décision du Conseil constitutionnel manifestement embarrassée dans la recherche du bon argument pour la valider. On pourrait [...] se demander si les choix interprétatifs de la circulaire du premier ministre ne sont pas finalement le fruit d’une sincérité (maladroite) dont ni le législateur ni le juge constitutionnel n’ont pu ou voulu faire preuve, en préférant l’hypocrisie d’une argumentation juridique factice, destinée à masquer (justement!) la réalité d’une intention politique inavouable, ou au moins juridiquement incorrecte".

⁸⁰ Si veda il punto I, 1, a).

⁸¹ Legge 15 marzo 2004, n. 2004-228 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.

⁸² Cfr., al § 103 della pronuncia, le argomentazioni di *Open Society Justice Initiative*, intervenuta nel giudizio. In dottrina, cfr. **E. OLIVITO**, *Giudici e legislatori di fronte alla multiculturalità*, in **AA. VV.**, *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: "casi difficili" alla prova*, a cura di M. Cavino, C. Tripodina, Giuffrè, Milano, 2012, p. 176, secondo la quale, con l’approvazione della legge, "sembra che le istituzioni francesi si siano definitivamente orientate verso una blindatura legislativa delle scelte funzionali alla salvaguardia del principio di laicità". Rileva che «si le terme "laïcité" n’a volontairement pas été inscrit dans la loi, il a pourtant été omniprésent dans les débats et les travaux parlementaires» **O. BUI-XUAN**, *L’espace public*, cit., che sottolinea così "l’ambigüité des parlementaires [...]: d’un côté, ils ont constamment souhaité déconnecter la question du port du niqab de la laïcité, d’un autre, ils n’ont cessé de s’y référer".

⁸³ Cfr. **J.-C. BONICHOT**, **F. DONNAT**, *L’Union européenne et la Constitution de la République Française*, in *Dir. Un. eur.*, n. 1, 2012, p. 10.



particolare modo di atteggiarsi dello Stato nei confronti dell'esperienza religiosa, destinato a condizionare il concreto bilanciamento tra l'interesse alla protezione dell'identità religiosa del singolo e quello alla salvaguardia delle specificità nazionali che delineano il "volto" della *République*.

5 – La questione del margine di apprezzamento

Da tempo la Corte di Strasburgo ha affermato che sulle questioni riguardanti i rapporti tra lo Stato e le religioni possono ragionevolmente esistere profonde differenze in una società democratica, che portano, nella logica della sussidiarietà, ad accordare una importanza particolare al ruolo del legislatore nazionale, cui viene riconosciuto un ampio margine di apprezzamento nel determinare le misure necessarie a garantire l'osservanza della Convenzione. Secondo la Corte,

"Rules in this sphere will consequently vary from one country to another according to national traditions and the requirements imposed by the need to protect the rights and freedoms of others and to maintain public order".

In diversi ambiti, collegati alla materia ecclesiastica, "the choice of the extent and form such regulations should take must inevitably be left up to a point to the State concerned, as it will depend on the specific domestic context"⁸⁴.

La Corte ribadisce ora che, quando è in causa l'art. 9 CEDU, va riconosciuto allo Stato, in linea di principio, un ampio margine di apprezzamento, salvo poi tenere conto, nella particolare situazione di volta in volta considerata, di diversi elementi, tra cui "le consensus et les valeurs communes qui se dégagent de la pratique des États parties à la Convention"⁸⁵. Dalla rilevazione empirica degli standard comuni di tutela di fatto esistenti nelle diverse legislazioni, può emergere una "diversité des approches nationales quant à cette question"⁸⁶, che in principio

⁸⁴ *Leyla Şahin v. Turkey*, [GC], no. 44774/98, § 109, ECHR-2005. In generale, sulle radici storiche, le applicazioni e la portata della dottrina del margine di apprezzamento, vedi **F. DONATI, P. MILAZZO**, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in **AA. VV.**, *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, a cura di P. Falzea, A. Spadaro, L. Ventura, Giappichelli, Torino, 2003, p. 65 ss. Sull'applicazione della dottrina nei casi riguardanti il velo islamico, vedi **R. NIGRO**, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Case-Law of the European Court of Human Rights on the Islamic Veil*, in *Human Rights Review*, n. 4, 2010, p. 531 ss.

⁸⁵ *S.A.S. c. France*, cit., § 129.

⁸⁶ *S.A.S. c. France*, cit., § 130.



devono ritenersi tutti (salva dimostrazione del contrario) pienamente rispettosi dei diritti umani fondamentali ed essere quindi indice, in definitiva, della necessità di applicare un tipo di controllo di convenzionalità meno severo (nel metodo) e più rispettoso delle specificità nazionali (nella sostanza).

Naturalmente, pur in presenza, come ritenuto nella specie, di un ampio margine di apprezzamento⁸⁷, la Corte si riserva in ogni caso il potere di verificare la giustificazione in via di principio e, soprattutto, la (relativa) proporzionalità delle misure oggetto di censura⁸⁸. Ciononostante, non sarebbe per nulla decisivo rilevare a rigore che “l’État défendeur entend protéger une modalité d’interaction entre les individus, essentielle à ses yeux”⁸⁹. Nel controllo del rispetto degli obblighi derivanti da una convenzione internazionale non dovrebbero contare i tratti che quegli obblighi assumono dal punto di vista del singolo Stato, quanto piuttosto l’intento comune a tutte le parti di ritrovarsi attorno ad un nucleo di regole e valori condivisi.

L’elemento veramente decisivo, nell’argomentare della maggioranza dei giudici di Strasburgo, è da ravvisare nella rinuncia ad applicare alla fattispecie uno “strict scrutiny” di convenzionalità, ossia una verifica *rigorosa* dei requisiti di *proporzionalità* della misura in rapporto allo scopo perseguito dal legislatore. Scelta giustificata a monte dall’applicazione della dottrina del margine di apprezzamento. Ecco il passaggio chiave della motivazione:

«notamment au regard de l’ampleur de la marge d’appréciation dont disposait l’État défendeur en l’espèce, la Cour conclut que l’interdiction que pose la loi du 11 octobre 2010 peut passer pour proportionnée au but poursuivi, à savoir la préservation des conditions du “vivre ensemble” en tant qu’élément de la “protection des droits et libertés d’autrui”», sicché «[l]a restriction litigieuse peut donc passer pour “nécessaire”, “dans une société démocratique”»⁹⁰.

In linea di principio, l’esigenza di uniforme tutela dei diritti umani fondamentali garantiti dalla Convenzione non dovrebbe comportare, a seguito dell’opera di attuazione della Corte, qualcosa di più di una *parziale* convergenza, su un nucleo di fondo (inevitabilmente) omogeneo, dei vari diritti ecclesiastici nazionali, una volta che si converga non solo sulla

⁸⁷ S.A.S. c. France, cit., § 155.

⁸⁸ S.A.S. c. France, cit., § 131.

⁸⁹ S.A.S. c. France, cit., § 153.

⁹⁰ S.A.S. c. France, cit., § 157 e § 158.



opportunità di salvaguardare le diverse tradizioni storiche, sociali e costituzionali degli Stati — di cui i vari modelli di relazione Stato-chiese sono diretta espressione — ma anche sulla sostanziale incompetenza della Corte a giudicare alla luce di principi che delineino aspetti essenziali e qualificanti dei medesimi modelli⁹¹. Peraltro, ribadire l'esistenza di un ampio margine di apprezzamento in materia significa non solo (individuare uno strumento tecnico che consente di) salvaguardare l'identità differenziata dei vari sistemi, ma anche accogliere una definizione di diritto "fondamentale" coerente con il suo tipico radicarsi in valori *essenziali* (e inalienabili) dell'individuo (e quindi, proprio per questo, "universali"). Una definizione eccessivamente lata del nucleo "fondamentale" del diritto di libertà religiosa avrebbe di per sé l'effetto di annullare qualsiasi possibile diversità di regime tra i vari sistemi o modelli, i quali, nel loro concreto e complessivo assetto assunto nelle moderne democrazie occidentali, altro non rappresentano, in fondo, se non l'esito o il portato di una particolare forma di "concretizzazione" di quel diritto, in particolare nella sua componente (di carattere istituzionale) riguardante la condizione delle confessioni religiose o il regime giuridico dei culti.

Ferma la validità di questo tipo di orientamento di massima, non altrettanto semplici e lineari appaiono invece tutti i passaggi della decisione volti a farne applicazione nel caso concreto.

Anzitutto, la conclusione induttivamente tratta dalla rilevazione empirica del livello di consenso (e quindi dello standard comune) di fatto esistente in materia a livello europeo, contrasta palesemente con la tecnica e l'esito dell'analoga rilevazione compiuta dalla Corte in contesti neanche molto distanti da quello in esame, quando essa ha ritenuto, in materia di obiezione di coscienza al servizio militare, e per di più in presenza di chiare e contrarie indicazioni presenti nella stessa Convenzione, di dovere riconoscere agli Stati un margine *ristretto* di apprezzamento, anche in considerazione del fatto che, al livello di Stati membri del Consiglio d'Europa, solo due di essi (Azerbaijan e Turchia) non prevedessero una esplicita garanzia del diritto (di obiettare al servizio militare per ragioni di coscienza o di religione)⁹². Ora sembrerebbe profilarsi una situazione del

⁹¹ Ineccepibile, in questo senso, quanto affermato dalla Corte in *Lautsi e altri c. Italia*, [GC], no. 30814/06, § 57, ECHR 2011, in ordine alla incompetenza a pronunciarsi sulla compatibilità della presenza dei crocifissi nelle aule con il principio di laicità sancito dal diritto italiano.

⁹² Rinvio sul punto ad **A. LICASTRO**, *Il diritto statale delle religioni nei paesi dell'Unione europea. Lineamenti di comparazione*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 187 s. Quanto alle pronunzie



tutto analoga: solo due Stati (Francia e Belgio) non assicurano la garanzia del diritto (di manifestare la propria fede indossando un particolare capo di vestiario), vietando espressamente di occultare il volto nello spazio pubblico. Né pare possa avere un peso decisivo rilevare che “la question du port du voile intégral dans l’espace public est ou a été en débat dans plusieurs pays européens” o addirittura ipotizzare che un atteggiamento contrario non si è (finora) manifestato in alcuni paesi solo perché ivi la pratica in questione risulterebbe praticamente sconosciuta⁹³. In realtà, come osserva la Corte, “d’un point de vue strictement normatif, la France est dans une situation très minoritaire en Europe: excepté la Belgique, aucun autre État membre du Conseil de l’Europe n’a à ce jour opté pour une telle mesure”⁹⁴. E questo basterebbe a far ben comprendere quale fosse, nel momento in cui la Corte si pronunziava, lo standard assolutamente più diffuso in materia, per quanto risultante da un assetto, com’è ovvio, non necessariamente definitivo, ma suscettibile anche di rapida evoluzione e cambiamento. Del resto, come aveva ricordato la Corte proprio, fra le altre, nelle pronunzie più recenti in materia di obiezione di coscienza, la Convenzione funziona come “strumento vivente”, capace di rimanere sempre “sintonizzato” con l’incessante dinamismo delle moderne società. Allo stato, tuttavia, “[l]e fait que 45 États membres sur 47 — donc une écrasante majorité — n’aient pas estimé nécessaire de légiférer dans ce domaine est un indicateur très fort de l’existence d’un consensus européen”⁹⁵.

In secondo luogo, la configurazione che dà la Corte della misura restrittiva della libertà religiosa, evocando una sorta di *diritto assoluto della personalità* (cui farebbe riscontro una corrispondente posizione di obbligo o soggezione dei terzi) — ammesso che esista — sembrerebbe coinvolgere interessi e valori basilari della persona, talmente compenetrati con la natura umana e sociale dell’individuo, da risultare difficilmente compatibili con quel quadro complessivo di possibili discipline differenziate cui rimanda necessariamente l’idea dell’ampio margine di apprezzamento. Non sembra, in altri termini, ragionevole ipotizzare che uno Stato possa giudicare essenziale tutelare il “droit d’autrui d’évoluer

della Corte espressive del nuovo orientamento, vedi, in particolare, *Bayatyan c. Arménie* [GC], no 23459/03, §§ 102-104, CEDH-2011; *Feti Demirtaş c. Turquie*, no 5260/07, § 108, CEDH-2012.

⁹³ *S.A.S. c. France*, cit., § 156.

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ *S.A.S. c. France*, cit., § 19 dell’opinione dissenziente.



dans un espace de sociabilité facilitant la vie ensemble”⁹⁶, tanto da essere “autorizzato” dalla Convenzione (o dalla Corte?) a subordinare ad esso l’esercizio di un diritto umano fondamentale (quale elemento della “protezione dei diritti e delle libertà altrui”, ai sensi dell’art. 9, par. 2), quando altri Stati, parti della medesima Convenzione, potrebbero essere del tutto lasciati liberi di non riconoscere affatto quel diritto, dando, invece, preminente o esclusivo rilievo al diritto alla libertà di religione.

In terzo luogo, stranamente la Corte non si avvede che considerazioni analoghe a quelle appena accennate potrebbero valere anche per lo stesso diritto di indossare in pubblico il velo integrale, configurabile esso stesso come un *diritto della personalità*. Si entra così nel cuore della questione del margine di apprezzamento. Molto chiara e netta sul punto è la tesi dei giudici Nußberger e Jäderblom, secondo cui è indubbiamente in gioco “an intimate right related to one’s personality”⁹⁷, piuttosto che una questione “concerning the relationship between State and religion”⁹⁸. Conclusione, questa, anch’essa, a mio modo di vedere, non pienamente appagante, ma che indubbiamente coglie e mette bene in evidenza il nodo teorico fondamentale della questione.

6 – Il limite alla libertà di manifestare la religione derivante dalla “protezione dei diritti e delle libertà altrui”

Lo stesso limite della “protezione dei diritti e delle libertà altrui” di cui al par. 2 dell’art. 9 (come anche al par. 2 dell’art. 8) sembrerebbe alludere all’esigenza che il diritto di manifestare la propria fede religiosa (come quello al rispetto della vita privata) faccia sistema con gli altri diritti e libertà fondamentali *garantiti dalla Convenzione*, così da escludere forme di violazione di questi ultimi prodotte da estrinsecazioni esasperate del primo. In questi casi, la tecnica del bilanciamento tra diritti e libertà egualmente qualificati o “consacrati” come fondamentali dal testo convenzionale, imporrà, del tutto ragionevolmente, che si restringa in certa misura l’estensione o la sfera di influenza di uno di essi, proprio per la necessità di proteggere anche tutti gli altri.

Molto diverso è, invece, il caso in cui si ritenga di ricomprendere tra i “diritti e le libertà altrui” un diritto o una libertà *non prevista dalla*

⁹⁶ S.A.S. c. France, cit., § 122.

⁹⁷ S.A.S. c. France, cit., § 17 dell’opinione dissenziente. L’aggettivo “intimate” stranamente non trova il suo corrispondente nella versione in francese della pronuncia.

⁹⁸ S.A.S. c. France, cit., § 18 dell’opinione dissenziente.



Convenzione. In presenza di una situazione del genere, la Corte aveva affermato che solo “*indisputable imperatives can justify interference with enjoyment of a Convention right*”⁹⁹. Potendosi forse solo aggiungere che si rimarrebbe ancorati ad una logica di ragionevole bilanciamento tutta interna o intrinseca alla Convenzione, anche qualora il diritto o la libertà, pur se non espressamente previsto, trovasse diretto innesto in valori chiaramente sottesi al testo dell’accordo.

Quando ci si muove fuori da queste precise coordinate, occorre mettere in conto il rischio, segnalato dai giudici Nußberger e Jäderblom, che vengano sacrificati “*des droits individuels concrets garantis par la Convention*” “*à des principes abstraits*”¹⁰⁰. L’esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui non può comportare la prevalenza, su di un diritto umano fondamentale, di una sorta di “*diritto di guardarsi in faccia*”, privo di qualsiasi fondamento nel testo convenzionale e solo perché ritenuto, in un particolare contesto nazionale, uno strumento capace di favorire la comunicazione e l’integrazione sociale.

Si può, intanto, fondatamente dubitare che “*se regarder dans les yeux*”¹⁰¹ sia condizione minima e ineludibile per lo svolgimento di qualsiasi relazione umana¹⁰². In ogni caso, la Convenzione non prevede un “*droit d’entrer en contact avec d’autres personnes dans l’espace public contre la volonté de celles-ci*”¹⁰³. È vero che, secondo la Corte, l’art. 8 CEDU garantirebbe anche “*a right to personal development, and the right to establish and develop relationships with other human beings and the*

⁹⁹ *Chassagnou and Others v. France* [GC], nos. 25088/94, 28331/95 and 28443/95, § 113, ECHR 1999-III: «In the present case the only aim invoked by the Government to justify the interference complained of was “protection of the rights and freedoms of others”. Where these “rights and freedoms” are themselves among those guaranteed by the Convention or its Protocols, it must be accepted that the need to protect them may lead States to restrict other rights or freedoms likewise set forth in the Convention. [...] It is a different matter where restrictions are imposed on a right or freedom guaranteed by the Convention in order to protect “rights and freedoms” not, as such, enunciated therein. In such a case only indisputable imperatives can justify interference with enjoyment of a Convention right».

¹⁰⁰ *S.A.S. c. France*, cit., § 2 dell’opinione dissenziente.

¹⁰¹ *S.A.S. c. France*, cit., § 9 dell’opinione dissenziente.

¹⁰² Parla di «*idea, fortemente stereotipata, che chi desidera coprirsi il volto anche in pubblico mostra con ciò stesso di rifiutare il confronto e di sottrarsi all’interazione sociale (monoliticamente intesa come scambio “a viso aperto”)*», **E. OLIVITO**, *Egalité de combat*, cit.

¹⁰³ *S.A.S. c. France*, cit., § 8 dell’opinione dissenziente.



outside world"¹⁰⁴, ma deve ritenersi ancor prima tutelato dalla Convenzione "le droit de ne pas communiquer et de ne pas entrer en contact avec autrui dans l'espace public"¹⁰⁵, da parte dello stesso art. 8 o, se si preferisce, quale risvolto "negativo" — ma intangibile almeno quanto quello positivo — della libertà di espressione di cui all'art. 10 CEDU. Senza poi trascurare, visto il numero esiguo delle donne interessate dal divieto in esame, che solo in rare occasioni "Monsieur ou Madame Tout-le-Monde pourrait rencontrer une femme portant le voile intégral et donc subir une éventuelle atteinte à ses possibilités d'interagir avec cette femme"¹⁰⁶.

Per sciogliere i nodi prodotti, nelle moderne società multiculturali, dalla tensione tra eguaglianza e rispetto delle identità di chi è portatore di usi, culture, pratiche religiose diverse da quelle tradizionali e diffuse nel luogo in cui egli vive, studia e lavora, non basta richiamarsi genericamente ai valori che caratterizzano una moderna società democratica (nel senso della Convenzione: "pluralismo", "tolleranza" e "spirito d'apertura"). Piuttosto, sarà la concreta proporzione che si instaura tra tutte queste diverse componenti a dar vita ad un particolare modo di soddisfare le esigenze di chi difende nelle società occidentali europee i valori ritenuti fondamentali e irrinunciabili del "vivere insieme" e quelle di chi rivendica il rispetto delle propria "voglia di differenza"¹⁰⁷, essendo del resto ben consapevole la Corte che «c'est précisément cette constante recherche d'un équilibre entre les droits fondamentaux de chacun qui constitue le fondement d'une "société démocratique"»¹⁰⁸. Dunque, sarà il diverso equilibrio e le varie possibili graduazioni del pluralismo, della tolleranza e dell'apertura, a dar vita, a seconda dei casi, a una *integrazione* pienamente rispettosa delle differenze e inclusiva delle (anche più forti espressioni di) diversità, oppure, al contrario, a legittimare il tentativo di una *assimilazione* forzata nella cultura e nei costumi dominanti, escludente ogni apporto anticonformista o eccentrico¹⁰⁹.

¹⁰⁴ *S. and Marper v. the United Kingdom*, [GC], nos. 30562/04 e 30566/04, § 66, ECHR 2008.

¹⁰⁵ *S.A.S. c. France*, cit., § 8 dell'opinione dissenziente.

¹⁰⁶ *S.A.S. c. France*, cit., § 23 dell'opinione dissenziente.

¹⁰⁷ **N. COLAIANNI**, *Voci in dialogo: organizzazioni, istituzioni di tendenza religiose e diritti delle parti*. Seconda voce, in *Quad. dir. pol. eccl.*, n. 1, 2013, p. 215.

¹⁰⁸ *S.A.S. c. France*, cit., § 128.

¹⁰⁹ Secondo **E. OLIVITO**, *Egalité de combat*, cit., «i requisiti minimi del "vivere in società", così come preservati dal divieto francese (e ratificati dalla Corte europea), hanno esiti discriminanti e sproporzionati, perché servono a "selezionare" coloro che entrano nello spazio pubblico e, al contempo, a proteggere la "serenità" di chi già lo abita».



7 – La Corte di Strasburgo “dietro” il velo: la “laïcité” e il suo riverberarsi sulla tutela del diritto di libertà di religione

È risaputo che, in Francia, il dibattito sui simboli religiosi non è mai rimasto circoscritto sul terreno dell’atteggiarsi dello Stato verso le manifestazioni “poco discrete” di appartenenza confessionale, essendosi spesso caricato di significati politici in senso stretto, così da andare ben oltre il controllo dei problemi posti, nella moderna società europea, dalla presenza delle religioni nello spazio pubblico. Il carattere “indivisibile” della *République*, il forte sentimento di “unità nazionale”, una sorta di “[a]ntipathy to communautarisme” e “a deep fear of religious factionalism”¹¹⁰, sono tutti elementi che concorrono a delineare il carattere tutto particolare della prospettiva con cui la Francia guarda ai problemi dell’integrazione nelle moderne società multiculturali. A completare il quadro intervengono le note tipiche della “laicità” francese, con le ricorrenti tentazioni verso una “*laïcité de combat*”¹¹¹ e gli slanci verso una “*laïcité ouverte*” o “*pacificatrice*”, ma sempre vigile — come bene sottolineato dalla stessa dottrina americana, impegnata a cogliere le differenze tra il modello francese e il sistema separatista statunitense — non solo a garantire la neutralità dello Stato e delle pubbliche istituzioni in genere verso l’esperienza religiosa¹¹², ma anche a proteggere i cittadini da quelli che sono ritenuti “*excesses of religion*”¹¹³.

¹¹⁰ Così **C.T. SISTARE**, “*Conspicuous*” *Religious Symbols and laïcité*, in **AA. VV.**, *Freedom of Expression in a Diverse World*, a cura di D. Golash, Springer, Londra-New York, 2010, p. 134.

¹¹¹ Ritiene che la connotazione assunta dall’“eguaglianza di genere, [...] per il modo in cui è stata sbandierata dal governo francese ha finito [...] per presentarsi come una *égalité de combat*”, **E. OLIVITO**, *Egalité de combat*, cit.

¹¹² La neutralità dello Stato “laico” non basterebbe a spiegare l’esistenza del divieto in esame: cfr. **S. TONOLO**, *Islamic Symbols*, cit., p. 4, secondo la quale “[i]t’s not clear why neutrality requires the banning of the religious symbols”.

¹¹³ **F.M. GEDICKS**, *Religious Exemptions, Formal Neutrality, and Laïcité*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, n. 13, 2006, p. 476, sulla scorta di **T.J. GUNN**, *Religious Freedom and Laïcité: A Comparison of the United States and France*, in *Brigham Young University Law Review*, 2004, p. 420 n. 2. La particolare prospettiva comparata è presente pure in **I. TOURKOCHORITI**, *The Burka Ban: Divergent Approaches to Freedom of Religion in France and in the USA*, in *William & Mary Bill of Rights Journal*, 2012, p. 791 ss. Secondo **A. MADERA**, *I simboli religiosi nell’ordinamento statunitense*, in **AA. VV.**, *I simboli religiosi tra diritto e culture*, a cura di E. Dieni, A. Ferrari, V. Pacillo, Giuffrè, Milano, 2006, p. 332, negli U.S.A., la legge francese che interdice i simboli religiosi nelle scuole “verrebbe



Sul carattere proporzionato o no della restrizione imposta dalla legge n. 2010-1192 alla libertà religiosa si può discutere a lungo, senza giungere probabilmente ad esiti per tutti e in tutto appaganti, essendo quel tipo di valutazioni non ancorabile affatto a parametri certi e oggettivi. È forte piuttosto l'impressione che "dietro il velo" della motivazione scelta dalla Corte si nasconda l'idea — non nuova del resto, ma già leggibile, a mio avviso, fra le righe di alcune pronunzie dei giudici di Strasburgo — secondo cui le caratteristiche che contraddistinguono uno tra i tanti diversi sistemi di relazioni tra Stato e religioni diffusi in Europa possano riverberarsi in qualche misura sulla conformazione assunta dallo stesso diritto fondamentale alla libertà di religione, avendo in sostanza la Corte finito col dare rilevanza, nella soluzione del problema, ad un profilo qualificante del sistema separatista francese. Una prospettiva completamente rovesciata rispetto a quella sinora più conosciuta, che pone piuttosto l'accento sulla capacità del diritto fondamentale di incidere sul concreto assetto e sugli sviluppi dei sistemi di relazione Stato/religione¹¹⁴.

All'interno di tale tipo di approccio — rispettoso delle specificità e di uno dei profili caratteristici della stessa "identità costituzionale" dei diversi Stati europei — sarebbe stata apprezzabile però una maggiore chiarezza da parte della Corte, che avrebbe dovuto spendersi meno nel tentativo di giustificare l'ingerenza nel godimento del diritto, quanto invece interrogarsi preliminarmente sui limiti entro i quali essa stessa deve ritenersi legittimata a compiere un sindacato riguardo a questo tipo di scelte compiute da alcuni legislatori nazionali.

Sul piano dei "limiti" legittimamente opponibili ad ogni forma di tutela avanzata, ma decontestualizzata, del diritto di manifestare la propria religione, ogni tentativo di giustificare la restrizione operata dalla legge in parola invocando ragioni diverse da quelle di "pubblica sicurezza" (o di ordine pubblico inteso in senso "materiale")¹¹⁵ non riesce ad essere in alcun modo persuasivo, a meno di non volere aderire a

considerata eccessivamente intrusiva della libertà di religione individuale [...] essendo nell'ordinamento statunitense il *free exercise of religion* soggetto a limiti solo quando collide con un interesse superiore dello Stato". Oltre che sulla violazione dei diritti umani, la dottrina inglese tende a porre l'accento sulla incompatibilità di questo tipo di interventi con "existing anti-discrimination legislation": cfr., per esempio, **E. HOWARD**, *Law and the Wearing of Religious Symbols. European Bans on the Wearing of Religious Symbols in Education*, Routledge, Abingdon-New York, 2012.

¹¹⁴ Cfr. **A. LICASTRO**, *Unione europea*, cit., p. 11 ss.

¹¹⁵ Accenna a possibili problemi legati alla tutela del diritto alla salute, **S. TONOLO**, *Islamic Symbols*, cit., p. 7.



concezioni pedagogico/paternalistiche della libertà¹¹⁶, ispirate, per di più, nel caso di specie, a logiche suscettibili di essere considerate d'impronta maschilista o destinate ad apparire sbilanciate in termini di valorizzazione dell'esteriorità, se non addirittura dell'estetica. È significativo che il *Conseil d'État* avesse ritenuto "très fragile juridiquement" la giustificazione del divieto motivata sulla base dell'incompatibilità del velo integrale coi valori della *République*¹¹⁷, e che sulla stessa scia si fosse in definitiva collocata la Cassazione, nella pronuncia del 5 marzo 2013, già citata, secondo cui la legge in discorso mira a proteggere "l'ordre et la sécurité publics"¹¹⁸. È su questo piano che doveva e deve ricercarsi, a mio parere, una soluzione al problema, tenendo presente, da un lato, l'esigenza (spesso sottaciuta, ma, a ben vedere, unica a rivestire una rilevanza giuridica decisiva nella soluzione della questione) di "diffusa riconoscibilità" (più che di identificabilità in senso stretto) di chi circola nello spazio pubblico, e, dall'altro lato, l'individuazione dei luoghi (pubblici) in cui quell'esigenza potrebbe risultare meno stringente o meno pressante, così da consentire una "espansione" del diritto di manifestare la propria religione, secondo le modalità in questione, altrimenti (o, meglio, altrove) compresso. Questa strada dovrebbe essere necessariamente battuta fino in fondo una volta che si ritenga di dovere escludere, secondo le conclusioni della Corte, che il limite in discorso sia invocabile per giustificare un divieto assoluto e generalizzato, potendo invece operare solo in "un contexte révélant une menace générale contre la sécurité publique"¹¹⁹.

Sul piano, poi, dell'esistenza stessa dell'"ingerenza" nel godimento del diritto, maggiori approfondimenti avrebbe forse richiesto il profilo afferente al legame tra la condotta vietata (la scelta di indossare il *burqa/niqab*) e la libertà di religione. La Corte sottoscrive in pratica la tesi della ricorrente secondo cui la scelta di indossare il particolare capo di vestiario potrebbe essere anche del tutto sganciata da motivazioni di carattere religioso e rispondere piuttosto a ragioni di carattere più genericamente culturale o anche legate alla rappresentazione dell'individuo nella sua dimensione prettamente "sociale". Si giustificerebbe così la rilevanza della questione esaminata anche alla luce

¹¹⁶ Giustamente criticate, ad esempio, da C. LABORDE, *State paternalism and religious dress code*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2, 2012, p. 398 ss., peraltro smentita nella previsione secondo cui «[i]t is likely [...] that the "burqa law" will not survive a challenge before the Strasbourg Court under article 9 ECHR» (p. 407).

¹¹⁷ Cfr. S.A.S. c. France, cit., § 22.

¹¹⁸ Cfr. S.A.S. c. France, cit., § 34.

¹¹⁹ Cfr. S.A.S. c. France, cit., § 139.



del diritto al rispetto della vita privata di cui all'art. 8 CEDU. La Corte, invece, non approfondisce il profilo, destinato a rimanere appena accennato¹²⁰, inerente al legame *più o meno stretto* che può instaurarsi (sulla base di un *test* oggettivo e non solo nelle intenzioni del soggetto) tra la condotta motivata da ragioni religiose e la libertà di manifestare la propria religione mediante le "pratiche" di cui all'art. 9 CEDU. La giurisprudenza degli organi di Strasburgo aveva chiarito al riguardo, e anche con riferimento alla pratica di indossare il velo islamico¹²¹, che l'articolo in esame non garantisce il diritto di comportarsi sempre in ambito pubblico nel modo imposto dalle proprie convinzioni e, in particolare, che il termine "pratiche" non designa "un qualsiasi atto motivato o ispirato da una religione o credo"¹²². Non pare ragionevole, del resto, ipotizzare che una semplice (e insindacabile) motivazione religiosa possa attrarre nell'ambito di protezione offerto dall'art. 9, par. 1, qualsiasi genere di condotta, fermo restando, ovviamente, che, in presenza di un vero e proprio atto di manifestazione della propria religione, non deve essere il soggetto a dover fornire la prova circa la sincerità e serietà della motivazione addotta e che lo stesso tipo di *test* seguito generalmente dalla Corte¹²³ non offre garanzie assolute in termini di oggettività dei risultati, come testimoniato dalle forti oscillazioni che è dato registrare proprio dalle ormai numerose pronunzie riguardanti, sia pure in situazioni e contesti diversi, la scelta di indossare capi di vestiario identificativi di una appartenenza confessionale¹²⁴.

Peraltro, ove si fosse acclarata la non riconducibilità piena dell'atto di indossare il *burqa* ad una "pratica" protetta dall'art. 9, par. 1 (per quanto essa sia indubbiamente suscettibile di avere una motivazione religiosa), o si fosse accertata la ricorrenza, ai sensi dell'art. 9, par. 2, di una necessaria restrizione della libertà del tutto slegata dal particolare contesto legale e

¹²⁰ Cfr. *S.A.S. c. France*, cit., § 55, dove la Corte si limita a precisare che "the existence of a sufficiently close and direct nexus between the act and the underlying belief must be determined on the facts of each case".

¹²¹ *Karaduman v. Turkey*, no. 16278/90, decisione della Commissione del 3 maggio 1993, in *Decisions and Reports* 74, p. 93 ss.

¹²² Per l'indicazione dei precedenti sul punto rinvio ad **A. LICASTRO**, *Il diritto statale*, cit., p. 187.

¹²³ Ricorda **S. TONOLO**, *Islamic Symbols*, cit., p. 8 che generalmente "the European Court affirmed that a practice may be defined as a manifestation of religion protected under Article 9 ECHR if it follows a religious rule according to a credible source, independently of eventual differences of opinion concerning the interpretation of the rule".

¹²⁴ Su tali oscillazioni cfr., ancora, **S. TONOLO**, *Islamic Symbols*, cit., p. 9 ss.



sociale, ma fondata su oggettive e generali esigenze di tutela di beni o interessi inalienabili dell'individuo o della società, si sarebbe finiti col registrare la attuale mancanza di consenso tra tutti gli Stati membri del Consiglio d'Europa circa la riferibilità del profilo in esame della libertà di religione al "nucleo duro", intangibile e veramente "fondamentale" del diritto, con conseguente espansione dei margini di azione dei singoli Stati, messi in condizione di ricercare e di sperimentare soluzioni non necessariamente uniformi e meglio rispettose delle tradizioni, dei valori e delle esigenze locali. E la "doppia qualificabilità" della condotta in parola — come atto che può senza dubbio esprimere una precisa opzione fideistica dell'individuo ma anche, più genericamente, una scelta personale da riferire piuttosto alla sfera della sua vita privata — potrebbe rappresentare una indiretta riprova dell'asserto¹²⁵.

Anche in quest'ultima pronunzia della Corte, così come in altri precedenti, si potrebbero rinvenire elementi per suffragare la convinzione, da alcuni espressa, secondo cui "the scope of Article 9 is read narrowly in case law concerning islamic symbols" e che "[t]he approach to the presence of Islamic religious symbols in the public sphere seems particularly inconsistent or discriminatory, in light of the Court's decision in *Lautsi*"¹²⁶. Ma essa potrebbe ancora una volta confermare, sia pure in modo indiretto, che le aule giudiziarie non sono probabilmente la sede più appropriata per la soluzione di questo tipo di problemi¹²⁷, in cui non sono in gioco solo diritti, ma, ancora prima, il dovere dello Stato di assicurare una completa e piena integrazione delle minoranze, che dovrebbero essere disposte, però, da parte loro, ad evitare rivendicazioni oltranziste.

¹²⁵ Sottolinea, ad altri effetti, la "sottovalutazione degli intrecci" tra la sfera pubblica (su cui incide il divieto della legge francese) e quella privata, **E. OLIVITO**, *Egalité de combat*, cit., che vede «riaffacciarsi la vecchia separazione tra sfera pubblica e sfera privata, in virtù della quale le donne con il velo integrale sono "tollerate" purché rimangano nelle mura domestiche, ma si ignora quanto rilievo pubblico abbiano, invece, le controindicazioni derivanti da un divieto analogo a quello della legge n. 2010-1192 (o dell'omologa legge belga)».

¹²⁶ Il virgolettato è di **S. TONOLO**, *Islamic Symbols*, cit., p. 15 s. Richiama criticamente la pronunzia della Corte riguardante la vicenda italiana del crocefisso anche **E. OLIVITO**, *Egalité de combat*, cit.

¹²⁷ Ritiene, invece, di dovere distinguere, nella prospettiva cui si accenna nel testo, tra "abbigliamento religiosamente orientato" e simboli passivi, **N. COLAIANNI**, *Simboli religiosi e processo di mediazione*, in *Stato, chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 1/2014, p. 2 s. secondo il quale il primo "gode di una tutela forte rispetto a restrizioni imposte autoritativamente", dal momento che "un diritto costituzionalmente garantito non può essere, in caso di conflitto, efficacemente tutelato che attraverso un processo conflittuale", mentre il modello "della mediazione" andrebbe sperimentato per i secondi.



In fondo la Corte — constatata la mancanza in Europa di una sola idea o concezione di “neutralità” e di “laicità”¹²⁸ — ha scelto di non attestarsi su posizioni particolarmente avanzate nella tutela del profilo in esame della libertà religiosa, riaffermando la validità dell’approccio pluralistico nella sua interpretazione e concreta attuazione.

A Thousand Splendid Faces in the Strasbourg Court’s Case Law: “Looking each other in the face” is a minimum requirement of “living together”

ABSTRACT: The French Law no. 2010-1192 of 11 October 2010, introduced the ban on wearing clothing designed to conceal one’s face in public places. Muslim women do not have the possibility of wearing the full-face veil (*burqa/niqab*) in public. The present article explores the question concerning whether the *burqa* ban is compatible with the democratic society in Europe and particularly with Article 9 of the European Convention of Human Rights, which guarantees the exercise of freedom of thought, conscience and religion. To do so, the paper critically analyzes a recent decision of the Strasbourg Court, *S.A.S. v. France* of July, the 1st 2014. The Court held that the barrier raised against others by a veil concealing the face can be perceived as breaching the right of others to live in a space of socialisation which makes living together easier. The Author examines the issue considering various features of secularism and their effects on the different points of view regarding religious freedom.

KEYWORDS: Burqa bans, Freedom of religion, European Convention of Human Rights

¹²⁸ Ribadisce che il concetto di laicità deve essere declinato al plurale, oltre l’individuazione di «un “nocciolo duro” che accomuni tutte le laicità, rendendone riconoscibili i tratti pur nella differenza», B. RANDAZZO, *Le laicità*, cit., p. 4.