



Corso di Dottorato di ricerca
in
DIRITTO, MERCATO E PERSONA
ciclo 30°

Tesi di Ricerca

**LA TUTELA DELLA LIBERTÀ
RELIGIOSA DA PARTE DELLA
CORTE EUROPEA DEI DIRITTI
DELL'UOMO E DELLA CORTE
SUPREMA STATUNITENSE**

TRA SCELTE POLITICHE E TECNICHE DI
SCRUTINIO GIUDIZIARIO
SSD: IUS/21

Coordinatore del Dottorato

Ch.ma Prof.ssa Carmela Camardi

Supervisore

Ch.mo Prof. Andrea Pin

Dottoranda

Elena Ervas

Matricola 956178

*"To Defer Or Not To Defer, That Is The Question"**

Justice Rosalie Silberman Abella

* Justice Rosalie Silberman Abella, *The Judicial Role in a Democratic State*, in *Queen's L. J.*, vol. 26, 2001

**LA TUTELA DELLA LIBERTA' RELIGIOSA DA PARTE DELLA
CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO E DELLA CORTE
SUPREMA STATUNITENSE**

TRA SCELTE POLITICHE E TECNICHE DI SCRUTINIO GIUDIZIARIO

Indice

INTRODUZIONE.....	5
PARTE PRIMA	11
LA TUTELA DELLA RELIGIONE NELLA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO	13
1. I lavori preparatori e la difesa delle prerogative nazionali	15
2. Lo schema di protezione dell'articolo 9	19
2.1. La dimensione esterna della libertà religiosa.....	21
3. Le limitazioni alla libertà religiosa.....	23
3.1. La limitazione deve essere prevista dalla legge	24
3.2. La limitazione deve avere un obiettivo legittimo.....	25
3.3. La limitazione deve essere necessaria in una società democratica.....	26
4. Gli inizi giurisprudenziali: il caso <i>Grandrath</i>	28
5. Il caso <i>Kokkinakis v. Grecia</i> : la prima violazione dell'articolo 9 e i principi fondamentali	33
6. La definizione di pratica religiosa e la dottrina <i>Arrowsmith</i>	35
6.1. Critica alla dottrina <i>Arrowsmith</i>	37
6.2. La manifestazione necessaria.....	38
7. La definizione del concetto di religione nella Convenzione Europea	40
LE "RELIGIOUS ACCOMMODATIONS" NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO.....	47
1. La manifestazione religiosa e il concetto di accomodamento ragionevole	47
1.1. La manifestazione religiosa e la neutralità della legge.....	49
1.2. La manifestazione religiosa in particolari contesti.....	51
2. La manifestazione religiosa nel particolare contesto lavorativo	53

3.	La libertà religiosa individuale nel contesto lavorativo: il c.d. <i>liberty approach</i> .	56
3.1.	Il primo filtro: l'esclusione della natura di manifestazione religiosa ex articolo 9.....	57
3.2.	La <i>free-contract doctrine</i> e la libertà di dimettersi.....	58
3.3.	Il passaggio al test di proporzionalità: il caso <i>Eweida e altri v. Regno Unito</i> .	63
3.4.	La manifestazione religiosa dell'insegnante pubblico.....	71
3.5.	Lavoro e fede: le recenti evoluzioni.....	74
4.	<i>Equality approach</i> : la <i>religious accommodation</i> e il principio di non discriminazione	78
4.1.	La discriminazione indiretta: un dovere di ragionevole accomodamento nel divieto di discriminazione indiretta?	80
5.	Il concetto di accomodamento nella valutazione di proporzionalità	86

LA RILEVANZA DELLA *DEFERENCE* NELLA RELAZIONE TRA LAVORO E RELIGIONE NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI STRASBURGO

1.	Il margine di apprezzamento: una visione generale	91
1.1.	Le origini nell'ambito dell'articolo 15 CEDU.....	93
1.2.	Il margine di apprezzamento negli articoli 8-11 CEDU	95
2.	La ratio del margine di apprezzamento: il principio di sussidiarietà	96
2.1.	Margine di apprezzamento, legittimazione democratica e <i>better position</i> .	101
3.	L'ampiezza del margine di apprezzamento: importanza del diritto in questione e <i>consensus</i>	102
3.1.	Il fattore del <i>common ground</i>	103
4.	Le critiche al margine di apprezzamento	105
5.	Consenso e margine di apprezzamento nel contesto della libertà religiosa....	107
6.	Il protocollo 15 e la "nuova era" della sussidiarietà.....	110
7.	Il controllo procedurale applicato alla libertà religiosa individuale:	118
8.	Il controllo procedurale nella tutela della libertà religiosa delle organizzazioni di tendenza:	130
8.1.	<i>Rommelfanger</i> e le origini della tutela dell'organizzazione di tendenza....	135
8.2.	Il lavoro nelle organizzazioni di tendenza: i tre ricorsi tedeschi <i>Obst, Siebenhaar, Schüth</i>	137
8.3.	La tutela delle organizzazioni di tendenza: il caso spagnolo <i>Fernandez Martinez</i>	145
9.	Conclusioni.....	147

PARTE SECONDA.....	149
LA TUTELA DELLA LIBERTÀ RELIGIOSA NEL PRIMO EMENDAMENTO DELLA COSTITUZIONE AMERICANA.....	151
1. Una problematica: “ <i>the burden versus benefit issue</i> ”	152
2. Un’interpretazione problematica: il ricorso all’ <i>original understanding</i>	154
2.1. Le Costituzioni nazionali prima dell’avvento della Costituzione federale	155
2.2. La vicenda della Virginia	157
2.3. La Costituzione federale del 1787.....	158
2.4. Il <i>Bill Of Rights</i> e il Primo Emendamento	159
3. L’interpretazione delle <i>Religion Clauses</i>	160
3.1. Le <i>Religion Clauses</i> come <i>Federalist Provisions</i>	160
3.2. Il principio di separazione tra Stato e Chiesa	168
3.3. Il principio della <i>Religious Accommodation</i>	172
4. Un aspetto preliminare: definire il concetto di religione.....	175
4.1. Un primo metodo: la definizione di religione secondo l’ <i>Originalist Approach</i>	176
4.2. Un secondo metodo: <i>Subjective-Functional Approach</i>	179
4.3. Altri metodi proposti dalla dottrina e dalle Corti inferiori.....	183
L’ELABORAZIONE DEL CONCETTO DI “RELIGIOUS ACCOMMODATION” DA PARTE DELLA CORTE SUPREMA AMERICANA: DEFERENCE V. ACTIVISM...	187
1. Introduzione.....	187
2. La Prima Fase: <i>Reynolds v. United States</i>	188
3. La Seconda Fase: l’inizio della espansione della <i>Free Exercise Clause</i> . Attivismo giudiziario.	192
4. La Terza Fase: la nascita dello <i>Sherbert Test</i> e <i>Wisconsin v. Yoder</i>	199
5. La Quarta Fase: <i>Smith</i> e il ritorno del <i>Judicial Restraint</i>	207
5.1. La distinzione <i>Belief – Conduct</i>	208
5.2. Le eccezioni alla regola <i>Smith</i>	210
5.3. <i>Judicial Restraint</i> e <i>Legislative Deference</i>	213
6. <i>Sherbert</i> e <i>Smith</i> : <i>judicial activism v. judicial restraint</i>	219
7. Il Religious Freedom Restoration Act	221
8. Il caso <i>Hobby Lobby</i>	223

9. Il caso *Hosanna Tabor* e la Ministerial Exception: forse un cambiamento di rotta?
226

CONCLUSIONI..... 231

BIBLIOGRAFIA 237

GIURISPRUDENZA 249

INTRODUZIONE

La società europea degli ultimi decenni è stata interessata da una nuova e crescente attenzione verso le questioni religiose, i rapporti tra stato e chiese, i simboli religiosi e la presenza della religione nella sfera pubblica. Basti pensare all'acceso dibattito in Francia e in Belgio sul velo islamico nelle scuole o sui simboli religiosi nei luoghi pubblici; o non da ultimo anche alla nota vicenda del c.d. *burkini*, che ha creato scalpore nelle spiagge francesi ma anche nelle piscine italiane. Il rinnovato interesse verso le questioni religiose non riguarda però la sola sfera pubblica ma si manifesta in ogni aspetto della vita quotidiana, dai regimi alimentari, alla salute, agli obblighi lavorativi. Infatti, lo sviluppo di un ambiente europeo sempre più multiculturale e religiosamente meno omogeneo ha reso frequenti le situazioni in cui si manifestano tensioni tra le dinamiche della vita quotidiana e le necessità religiose, in particolare dei gruppi minoritari. Queste tensioni sfociano nella richiesta di maggiore tutela delle istanze religiose di tutti, anche se spesso estranee alle comuni articolazioni delle religioni maggiormente note, vuoi per tradizione o storia, in un dato territorio. Queste domande non sempre, o non solo, trovano risposta da parte delle autorità nazionali, ma vedono sempre più frequentemente l'intervento di organi internazionali deputati alla protezione dei diritti e libertà della persona. Fra tutti, nel panorama europeo, la tutela accordata dalla Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo e dalla rispettiva Corte riveste un ruolo ormai fondamentale.

La Convenzione europea dei diritti dell'Uomo è stata firmata a Roma nel 1950 in seno al Consiglio d'Europa ed è entrata in vigore tre anni più tardi. Essa è stata concepita in reazione alle atrocità della Seconda guerra mondiale e alle conseguenze disastrose prodotte dai regimi totalitari nel continente europeo; ma era anche animata dal timore che la democrazia in Europa corresse nuovamente un pericolo

per l'avvento del comunismo¹. Il documento contiene una serie di disposizioni che tutelano i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali; l'idea però che stava alla base della protezione convenzionale era alquanto ristretta e minimalista: dai lavori preparatori emerge che le disposizioni a tutela dei diritti e delle libertà erano concepite come una protezione elementare, essenziale e ristretta, sufficiente a garantire la sopravvivenza della democrazia. Infatti, non tutti gli Stati del Consiglio d'Europa avevano reagito con entusiasmo alla proposta di una Convenzione sui diritti umani e men che meno erano favorevoli ad una Corte internazionale che si sarebbe immischiata nelle rispettive vicende nazionali minacciando i loro poteri sovrani. In Assemblea consultiva si registrarono intensi interventi in opposizione alla creazione di una Corte, di cui si negava la necessità dato che i diritti umani sarebbero già stati adeguatamente protetti dalle nuove democrazie europee. Valgano ad eloquente esempio le posizioni del delegato per il Regno Unito, Sir Ungoed-Thomas, che opponendosi fermamente alla predisposizione di una Corte ribadiva che l'idea alla base della Convenzione doveva essere quella di difendere la democrazia nei rapporti - ed eventualmente nei conflitti - interstatali, e non quella di far valere ogni ingiustizia verificatasi all'interno di uno stato dinnanzi ad una Corte internazionale. Inoltre, egli paventava il rischio di attivismo giudiziario, come minaccia alle scelte sovrane degli organi politici di ogni stato, citando come esempio negativo - particolarmente significativo per la nostra analisi - l'atteggiamento di cui si era resa responsabile la Corte Suprema statunitense durante il New Deal². Altri esitavano per la natura alquanto controversa delle questioni che sarebbero giunte dinnanzi alla Corte e ancora citavano la Corte Suprema come esempio di minaccia alla sovranità statale: *"the U.S. Supreme Court was a reminder of the vast and, to some, alarming, possibilities of international review. These possibilities had to be kept clearly in mind, for in a*

¹ BATES E., *The Birth of the European Convention on Human Rights and the European Court of Human Rights*, in CHRISTOFFERSEN J., RASK MADSEN M. (a cura di), *The European Court of Human Rights between Law and Politics*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pag. 18

² BATES E., *The Evolution of the European Convention on Human Rights from its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pag. 72

system of judicial review by international courts the decision of which are legally binding, a portion of national sovereignty will be vested in the European Court of Human Rights”³.

Nonostante questa opposizione, una Corte internazionale fu inaugurata nel 1959 ma con un compromesso: nell’originaria concezione essa avrebbe dovuto fungere da mero campanello d’allarme, segnalando agli altri stati membri quando uno di essi si stava allontanando dal percorso democratico per deviare verso un regime totalitario⁴; la tutela delle libertà e dei diritti umani rimaneva pura prerogativa degli stati nazionali.

Di questa primissima concezione rimane ben poco ad oggi di fronte ad una Corte protettrice di circa 800 milioni di europei (cittadini o residenti) di 47 nazioni differenti; nel corso degli anni, soprattutto a partire dagli anni Settanta del secolo scorso, la Corte europea è diventata sempre più un punto di riferimento nella tutela dei diritti; attraverso l’opera di interpretazione, anche evolutiva, della Convenzione, essa ha dato vita ad un vero e proprio diritto europeo convenzionale.

Tra le libertà di cui si fa garante la Convenzione e quindi interprete la Corte europea, vi è anche la libertà religiosa. Le tensioni religiose che caratterizzano quotidianamente il panorama europeo non sono un fatto nuovo in Europa. Nel corso dei secoli, il continente europeo è stato ripetutamente attraversato da profonde crisi religiose, a partire dalla persecuzione dei cristiani durante l’Impero Romano, dalle guerre di religione che avevano fatto seguito alla riforma protestante e allo scisma anglicano, per giungere al genocidio degli ebrei durante il regime nazi-fascista. Già dopo la Seconda guerra mondiale, si era sentita quindi la necessità di garantire una maggiore tolleranza religiosa attraverso una tutela internazionale, essendo però scontato che ogni stato volesse mantenere la propria identità religiosa.

Nei capitoli seguenti si proporrà di analizzare l’interpretazione che la Corte Europea ha dato della disposizione che tutela la libertà religiosa, soprattutto per quel che concerne la questione dell’accomodamento ragionevole per motivi religiosi,

³ BATES E., *The Birth of the European Convention on Human...*, cit. nota 1, pag. 42

⁴ IBIDEM, pag. 21

osservando in particolare l'approccio assunto rispetto alle prerogative degli organi nazionali. Si è a tal proposito ritenuta meritevole di interesse una comparazione con la Corte Suprema statunitense per una serie di ragioni; in primo luogo essa, come la Corte Europea, è stata ripetutamente chiamata a fornire l'interpretazione di una disposizione – costituzionale - che tutela la libertà religiosa; in secondo luogo, anche la Corte Suprema si è trovata spesso a confrontarsi con la critica di "attivismo giudiziario" e l'accusa di aver assunto un potere eccessivo a discapito delle attribuzioni degli organi democraticamente eletti: si parla di *juristocracy* per sottolineare la diffusa egemonia dei giudici nella tutela dei diritti⁵. Una medesima critica viene operata nei riguardi della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo quando viene rimproverata di usurpare le prerogative degli stati membri; come già visto, questo timore e l'esempio della Corte Suprema statunitense avevano caratterizzato già le discussioni sulla nascita di una eventuale Corte Europea dei Diritti Umani. Infine, nonostante una certa resistenza della Corte Suprema degli Stati Uniti a citare la giurisprudenza straniera, non sono mancate occasioni in cui le due Corti hanno guardato l'una all'altra per trarre spunti di decisione⁶.

Ovviamente, pur di fronte a questi punti di connessione, è bene tenere a mente le differenze che caratterizzano i due contesti; la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo è un tribunale internazionale, non una corte costituzionale, deputato ad interpretare e far valere gli obblighi internazionali che gli Stati del Consiglio d'Europa si sono assunti aderendo alla Convenzione europea; essa può essere adita previo esaurimento di tutti i rimedi nazionali ed una eventuale sentenza di condanna fa

⁵ HIRSCHL R., *Towards Juristocracy, The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge, London, 2007

⁶ Uno fra tutti è il caso *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. (2003), deciso dalla Corte Suprema statunitense in cui l'opinione di maggioranza cita espressamente la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo per affermare che la pratica di proibire la sodomia omosessuale era stata ormai superata dalla maggioranza dell'occidente civilizzato. Anche la Corte Europea nel caso *Oliari e altri v. Italia* (ricorsi n. 18766/11 e 36030/11, 2015) citerà il precedente americano *Obergefell v. Hodges* (14-556 U.S., 2015) in cui la Corte Suprema aveva riconosciuto il diritto al matrimonio per le coppie omosessuali. Si veda a tal proposito PIN A., *The Costs and Consequences of Incorrect Citations: European Law in the U.S. Supreme Court*, in *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 2, n.1, Art. 3, 2016.

sorgere in capo al solo stato inadempiente l'obbligo internazionale di conformarsi alla sentenza definitiva di Strasburgo ed eliminare la causa della violazione ripristinando, ove possibile, la situazione antecedente la violazione.

La Corte Suprema statunitense opera in un contesto federale del tutto differente. È l'unico organo giudiziario espressamente previsto dalla Costituzione americana: ad essa, e alle altre corti inferiori federali costituite dal Congresso, è affidato il potere giudiziario che essa esercita in via esclusiva o come corte d'appello di secondo o di terzo grado, a seconda di quanto previsto dalla sezione II dell'art. 3 della Costituzione⁷. Inoltre, a partire dalla nota sentenza *Marbury v. Madison*⁸, essa si è attribuita il potere di controllo di costituzionalità delle leggi, statali o federali, c.d. *judicial review*, nonché di interpretazione del testo costituzionale, tramite cui ha garantito l'attualità ad una costituzione con appresso oltre due secoli di storia. Una volta che la Costituzione americana si è arricchita di una carta dei diritti, anche la Corte Suprema si è a lungo prodigata nell'interpretazione del Primo Emendamento, la disposizione che tutela la libertà religiosa.

Pur tenendo a mente le opportune differenze, è proprio il medesimo sforzo nella ricerca del significato delle disposizioni che tutelano la libertà religiosa a consentire una comparazione tra le due Corti, soprattutto di fronte ad una certa somiglianza nelle circostanze di fatto dei casi concreti che esse sono state chiamate a

⁷ Costituzione degli Stati Uniti d'America, Art. 3, sez. II: "Il potere giudiziario si estenderà a tutti i casi, di diritto e di equità, che si presenteranno nell'ambito della presente Costituzione, delle leggi degli Stati Uniti e dei trattati stipulati o da stipulare, sotto la loro autorità; a tutti i casi concernenti gli ambasciatori, gli altri rappresentanti diplomatici ed i consoli; a tutti i casi che riguardino l'ammiragliato e la giurisdizione marittima; alle controversie tra due o più Stati, tra uno Stato e i cittadini di un altro Stato, tra cittadini di Stati diversi, tra cittadini di uno stesso Stato che reclamino terre in base a concessioni di altri Stati, e tra uno Stato o i suoi cittadini e Stati, cittadini o sudditi stranieri. In tutti i casi che riguardino ambasciatori, altri rappresentanti diplomatici, o consoli e in quelli in cui uno Stato sia parte in causa, la Corte Suprema avrà giurisdizione esclusiva. In tutti gli altri casi sopra menzionati la Corte Suprema avrà giurisdizione d'appello, sia in diritto che in fatto, con le eccezioni e norme che verranno fissate dal Congresso. Il giudizio per tutti i crimini, salvo nei casi di accusa mossa dalla Camera dei Rappresentanti, dovrà avvenire mediante giuria; e tale giudizio sarà tenuto nello Stato dove detti crimini siano stati commessi; quando il crimine non sia stato commesso in alcuno degli Stati, il giudizio si terrà nel luogo o nei luoghi che saranno stati designati per legge dal Congresso".

⁸ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803)

decidere: di fronte ad entrambe le Corti, seppur in tempi differenti, sono state elevate richieste di tutela di posizioni religiose che si distinguevano dalle concezioni maggioritarie e in nome delle quali si faceva valere un riconoscimento della propria diversità attraverso la richiesta di regimi particolari, esenzioni o ancora soluzioni ragionevoli difformi dalle regole comuni.

Nell'ottica della comparazione, si analizzerà *in primis* l'approccio assunto dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nell'interpretazione dell'articolo 9 della Convenzione Europea⁹ per poi spostarsi sul versante americano, affrontando l'interpretazione che la Corte Suprema ha dato della *Free Exercise Clause*, la disposizione del Primo Emendamento che tutela la libertà di coscienza e religione¹⁰. Non ci si soffermerà invece sulla c.d. *Establishment Clause*, che regola il rapporto tra la Federazione e le religioni, mancando a tal proposito una norma analoga nella Convenzione europea.

Poiché la tutela della libertà religiosa in entrambi i contesti viene affidata al potere giuridico, l'oggetto di analisi non sarà soltanto l'approccio di tipo sostanziale ma anche, e soprattutto, quello metodologico. L'interesse maggiore sarà infatti rivolto all'atteggiamento assunto dalle due Corti nei confronti degli organi statali, democraticamente eletti, per valutare se sia possibile identificare un atteggiamento di c.d. attivismo giudiziario o piuttosto di *deference* e come questi si vadano configurando nei rispettivi contesti.

⁹ Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU), Art. 9 Libertà di pensiero, di coscienza e di religione: "1. Ogni persona ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione; tale diritto include la libertà di cambiare religione o credo, così come la libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti. 2. La libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla pubblica sicurezza, alla protezione dell'ordine, della salute o della morale pubblica, o alla protezione dei diritti e della libertà altrui".

¹⁰ Costituzione degli Stati Uniti d'America, Primo Emendamento: "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof".

PARTE PRIMA

CAPITOLO PRIMO

LA TUTELA DELLA RELIGIONE NELLA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

In seguito alle esperienze disastrose dei regimi totalitari e della guerra che avevano attraversato l'Europa e il mondo intero nella prima metà del ventesimo secolo, si era andata affermando l'idea di proteggere i diritti dell'uomo attraverso strumenti internazionali. Sicuramente, a tal proposito, il sistema predisposto dal Consiglio d'Europa è ritenuto un modello di efficienza ed il suo principale risultato - la Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo - "il più efficace strumento internazionale deputato alla protezione dei diritti dell'individuo"¹. La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (di seguito Convenzione) è stata firmata a Roma nel 1950 ed è entrata in vigore tre anni dopo. Essa nasce dal desiderio di concepire "una Carta sui Diritti Umani che garantisca la libertà di pensiero, di assemblea, di espressione, nonché il diritto di formare un'opposizione politica"², con la consapevolezza del fatto che un'unione stretta tra i membri del Consiglio d'Europa fosse essenziale per superare la tragedia della Seconda Guerra Mondiale e che a tal fine fosse indispensabile salvaguardare i diritti, le libertà, la dignità della persona umana.

La particolarità della Convenzione consiste nella sua natura di trattato internazionale le cui disposizioni sono fatte valere da un apparato giudiziario a ciò preposto: la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. La Convenzione impone agli stati non solo di conformare la loro legislazione agli standard da essa previsti ma permette a persone, gruppi di individui e organizzazioni non governative di far valere direttamente le loro pretese di fronte alla Corte europea, previo esaurimento

¹ HELFER L. R., *Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights*, in *Cornell International Law Journal*, Vol. 26, 1993, pag. 133

² Discorso agli Europei, Congresso d'Europa, L'Aia, 10 maggio 1948, <http://www.cvce.eu>

dei mezzi di ricorso interni³. Questo ha consentito al sistema di Strasburgo di acquisire un'importanza sempre crescente nel contesto europeo ed internazionale, tanto che v'è chi afferma che *"the ECHR effectively functions as a Bill of Rights for democratic Europe and the ECtHR works as its constitutional Court"*⁴.

In realtà bisogna sempre tenere a mente che il sistema creato dalla Convenzione è sussidiario rispetto ai differenti sistemi di tutela predisposti a livello nazionale. La Corte europea nasce infatti come un'istituzione atta a controllare che gli Stati rispettino gli obblighi che essi si sono assunti con la Convenzione e interviene solo in caso di violazioni, in quanto la responsabilità per la protezione dei diritti umani, seppur condivisa, compete primariamente agli stati⁵.

Come in molti altri strumenti internazionali di protezione dei diritti umani, anche la Convenzione contiene al suo interno una serie di disposizioni che sono correlate al fattore religioso. La disposizione centrale è l'articolo 9 che protegge la libertà di pensiero, coscienza e religione. Rivestono un ruolo preponderante anche l'articolo 2 del Primo Protocollo addizionale che prevede il diritto dei genitori di educare i figli secondo le loro convinzioni personali, religiose o filosofiche⁶ e l'articolo 14 che inserisce la religione tra quei fattori qualificati sui quali si basa il

³ KOENIG M., *Governance of religious diversity at the European Court of Human Rights*, in BOULDEN J., KYMLICKA W. (a cura di), *International Approaches to Governing Ethnic Diversity*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pag. 1

Questa è una novità introdotta dal Protocollo n. 11 alla Convenzione europea che ristrutturava il meccanismo di controllo istituito dalla stessa. Prima della sua entrata in vigore nel 1998, un ricorso era in primo luogo vagliato dalla Commissione, che fungeva da filtro e decideva quali ricorsi fossero meritevoli di essere trasmessi alla Corte. Il Protocollo elimina questo meccanismo garantendo l'accesso diretto alla Corte.

⁴ MARTÍNEZ TORRÓN J., *Religious Liberty in European Jurisprudence*, in HILL M., (a cura di), *Religious Liberty and Human Rights*, University of Wales Press, Cardiff, 2002, pag. 100

⁵ CEDU, Art. 19, Istituzione della Corte: "Per assicurare il rispetto degli impegni derivanti alle Alte Parti contraenti dalla presente Convenzione e dai suoi Protocolli, è istituita una Corte europea dei Diritti dell'Uomo [...]".

⁶ CEDU, Primo Protocollo addizionale, Art. 2, Diritto all'istruzione: "Il diritto all'istruzione non può essere rifiutato a nessuno. Lo Stato, nell'esercizio delle funzioni che assume nel campo dell'educazione e dell'insegnamento, deve rispettare il diritto dei genitori di provvedere a tale educazione e a tale insegnamento secondo le loro convinzioni religiose e filosofiche".

divieto di discriminazione⁷. Vi è inoltre una stretta connessione anche con la libertà di espressione prevista all'articolo 10 e con la libertà di associazione dell'articolo 11.

L'articolo 9 sancisce:

1. Ogni persona ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione; tale diritto include la libertà di cambiare religione o credo, così come la libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti.

2. La libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla pubblica sicurezza, alla protezione dell'ordine, della salute o della morale pubblica, o alla protezione dei diritti e della libertà altrui.

In questo capitolo ci si soffermerà sull'interpretazione che la Corte di Strasburgo ha sviluppato circa questa disposizione, partendo dalle origini e dalle discussioni dell'assemblea consultiva fino alle più recenti tendenze.

1. I lavori preparatori e la difesa delle prerogative nazionali

In assemblea consultiva, come emerge dai lavori preparatori, vi era un sostanziale accordo sulla necessità di includere una tutela della libertà religiosa tra i diritti e le libertà fondamentali da garantire con la Convenzione. La formula dell'articolo 9 è ricalcata su quella dell'articolo 18 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo⁸ mancando però in quest'ultimo una clausola limitativa pari a quella

⁷ CEDU, Art. 14, Divieto di discriminazione: "Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione".

⁸ Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, Art. 18: "Ogni individuo ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione; tale diritto include la libertà di cambiare di religione o di credo, e

contenuta nella disposizione in esame. Sostanzialmente la formula prescelta dall'articolo 9 è molto simile a quella che sarà poi prevista in altri strumenti internazionali di protezione dei diritti, quali l'articolo 18 dell'*International Covenant on Civil and Political Rights*⁹ o l'articolo 12 dell'*American Convention on Human Rights*¹⁰. Questo dimostra come l'idea che tutti gli individui dovessero poter godere di un diritto alla libertà di religione o credo e della libertà di manifestare la scelta religiosa o il credo, costituisse un filo comune di gran parte del diritto internazionale pattizio¹¹.

Ciò che si può evincere dai lavori preparatori della Convenzione Europea è l'importanza che la religione aveva a livello anche personale per ogni delegato. Numerosi infatti sono i riferimenti al fattore religioso; ad esempio Cingolani, delegato dell'Italia, aveva introdotto il suo discorso condannando la "*suppression of*

la libertà di manifestare, isolatamente o in comune, e sia in pubblico che in privato, la propria religione o il proprio credo nell'insegnamento, nelle pratiche, nel culto e nell'osservanza dei riti".

⁹ International Covenant on Civil and Political Rights: Art. 18: "1. Everyone shall have the right to freedom of thought, conscience and religion. This right shall include freedom to have or to adopt a religion or belief of his choice, and freedom, either individually or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief in worship, observance, practice and teaching.

2. No one shall be subject to coercion which would impair his freedom to have or to adopt a religion or belief of his choice.

3. Freedom to manifest one's religion or beliefs may be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary to protect public safety, order, health, or morals or the fundamental rights and freedoms of others.

4. The States Parties to the present Covenant undertake to have respect for the liberty of parents and, when applicable, legal guardians to ensure the religious and moral education of their children in conformity with their own convictions.

¹⁰ American Convention on Human Rights: Art. 12: "1. Everyone has the right to freedom of conscience and of religion. This right includes freedom to maintain or to change one's religion or beliefs, and freedom to profess or disseminate one's religion or beliefs, either individually or together with others, in public or in private.

2. No one shall be subject to restrictions that might impair his freedom to maintain or to change his religion or beliefs.

3. Freedom to manifest one's religion and beliefs may be subject only to the limitations prescribed by law that are necessary to protect public safety, order, health, or morals, or the rights or freedoms of others.

4. Parents or guardians, as the case may be, have the right to provide for the religious and moral education of their children or wards that is in accord with their own convictions".

¹¹ EVANS C., *Religious Freedom in European Human Rights Law: The Search for a Guiding Conception*, in JANIS M.W., EVANS C. (a cura di), *Religion and International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, Boston, London, 2004, pag. 387

the most sacred right of all – that of religious belief and the works through which religious faith is manifested". Il delegato del Regno Unito aveva invece concluso il suo intervento invocando *"those nations who belong to and revere the great family of Western Europe and Christian civilization to ensure the promotion and protection of human rights"*¹². Poteva dirsi quindi posizione ampiamente condivisa quella di includere anche la libertà religiosa tra le libertà fondamentali. L'idea di fondo, che risentiva del contesto storico, era quella di "proteggere tutti i cittadini di ogni Stato membro non solo da fedi imposte per ragioni di Stato" ma anche da quei "metodi abominevoli di indagine di polizia o di processo giudiziario che privavano la persona indagata o imputata di un controllo delle sue facoltà intellettuali e della sua coscienza"¹³.

Sebbene vi fosse un certo accordo sulla necessità della sua inclusione, per la genesi dell'articolo 9 non vi furono in realtà particolari discussioni se non per le preoccupazioni di alcuni delegati di difendere quelle che potevano essere le prerogative nazionali. In particolare, i delegati di Svezia e Turchia temevano che la nuova disposizione potesse andare ad inficiare leggi nazionali già esistenti nei rispettivi stati che contenevano norme restrittive in materia di istituzioni, sovvenzioni o appartenenza a determinate fedi¹⁴ e che potevano apparentemente sembrare contrarie alla nascente disposizione sulla libertà di religione. Essi quindi chiedevano che fosse prevista una disposizione che garantisse una "relativa immunità alle politiche ecclesiastiche statali"¹⁵.

La volontà di tutelare le peculiarità nazionali fu sollevata *in primis* dalla Turchia, unico stato a maggioranza musulmana ma costituzionalmente laico. Il delegato propose di inserire la possibilità di una riserva per salvaguardare quelle misure

¹² IBIDEM, pag. 388

¹³ CEDU, Lavori Preparatori alla Convenzione (Art. 9) disponibili al link [http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART9-DH\(56\)14-EN1338892.pdf](http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART9-DH(56)14-EN1338892.pdf)

¹⁴ EVANS M. D., *Religious Liberty and International Law in Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997, pag. 264

¹⁵ BARTOLE S., DE SENA P., ZAGREBELSKY V., *Commentario breve alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2012, pag. 370

legislative nazionali necessarie per la sicurezza e l'ordine pubblico; così come per quelle limitazioni di certe attività religiose imprescindibili per ragioni storiche. Nelle parole del delegato si legge: “[l]a libertà religiosa in Turchia è sempre stata rispettata nel modo più ampio possibile; si deve, tuttavia, rilevare che nel corso della nostra storia tentativi di riforma e modernizzazione sono stati frustrati dalla resistenza tenace da parte di determinate persone o gruppi di persone che desideravano mantenere, per i loro scopi, la popolazione nell'ignoranza. Nella sua determinazione a procedere con le riforme che hanno appena guadagnato la simpatia di tutto il mondo, la Repubblica di Turchia ha quindi dovuto avviare l'abolizione degli ordini musulmani e delle loro istituzioni arcaiche. Se avesse trascurato di compiere questo passo necessario, i suoi sforzi sarebbero stati senza dubbio destinati al fallimento, ancora una volta, e il mio paese non avrebbe avuto il diritto di prendere il suo posto tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa e condividere con loro la loro concezione fondamentale della moderna civiltà europea”¹⁶.

Il delegato svedese¹⁷ era invece mosso dalla necessità di difendere la chiesa di Stato. Egli sottolineava che la posizione privilegiata occupata dalla fede luterana nell'ordinamento svedese, aveva delle origini radicate nel tempo e questo non aveva impedito di riconoscere nel paese il diritto di adottare liberamente un'altra fede religiosa. La Svezia difendeva la sua posizione richiamando il principio di sussidiarietà e il fatto che in generale, l'Assemblea consultiva nell'elaborazione di un progetto di Convenzione, non avesse inteso derogare alle istituzioni o alle tradizioni secolari dei paesi firmatari.

In realtà poi, una siffatta clausola volta a salvaguardare alcune particolarità degli ordinamenti nazionali, fu sì prevista, ebbe un tenore generale e non limitato alla libertà religiosa; l'ampio consenso circa la compatibilità tra la libertà religiosa e quei sistemi che prevedevano una chiesa nazionale fu testimoniata dal fatto che, al di

¹⁶ CEDU, Lavori Preparatori alla Convenzione..., *cit. nota 13*

¹⁷ La Chiesa di Svezia era riconosciuta come Chiesa di Stato in Svezia fino al 2000

fuori della Norvegia¹⁸, nessun altro stato pose una riserva all'articolo 9 in sede di ratifica della Convenzione¹⁹. Questa clausola è oggi contenuta nell'art. 57²⁰.

2. Lo schema di protezione dell'articolo 9

La norma sulla libertà religiosa è una disposizione complessa che prevede al suo interno una duplice dimensione. Una prima distinzione deve essere tracciata tra la libertà di pensiero, coscienza e religione che è per sua natura *passiva* e il diritto di manifestare una religione o un credo che è un aspetto *attivo*²¹.

La prima parte dell'art. 9 comma 1 tutela l'aspetto passivo; il godimento della libertà di pensiero, coscienza e religione include al suo interno il diritto di abbracciare o meno una fede religiosa o un certo credo, il diritto di cambiare religione o credo e il diritto di essere atei, indifferenti, agnostici. È un diritto assoluto; non può essere in alcun modo limitato in quanto collocato in una dimensione interna alla persona che va oltre la sfera di giurisdizione dello stato. Questo diritto è esercitato "dentro il cuore e la mente dell'individuo"²² e attiene a quello che viene definito il "*forum internum*". Nonostante questa libertà si collochi in una dimensione interna alla persona, questo non esclude che non possano esserci casi in cui anche questa sfera viene violata. La Corte ha dato delle indicazioni in questo senso e i seguenti casi costituiscono delle esemplificazioni. Il caso *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Danimarca*²³ riguardava l'opposizione che i ricorrenti avevano fatto

¹⁸ La Norvegia cancellò la sua riserva nel 1956

¹⁹ BARTOLE S., DE SENA P., ZAGREBELSKY V., *Commentario breve alla Convenzione Europea...*, cit. nota 15, pag. 370

²⁰ CEDU, Art. 57, Riserve: 1. Ogni Stato, al momento della firma della presente Convenzione o del deposito del suo strumento di ratifica, può formulare una riserva riguardo a una determinata disposizione della Convenzione, nella misura in cui una legge in quel momento in vigore sul suo territorio non sia conforme a tale disposizione. Le riserve di carattere generale non sono autorizzate ai sensi del presente articolo. 2. Ogni riserva emessa in conformità al presente articolo comporta una breve esposizione della legge in questione.

²¹ EVANS M. D., *Religious Liberty and International Law in Europe...*, cit. nota 14, pag. 284

²² HARRIS D., O'BOYLE M., WARBRICK., *Law of the European Convention on Human Rights*, sec. ed., Oxford University Press, Oxford, 2003, pag. 428; si veda anche GOMIEN D., *Short Guide to the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 1991, pag. 69

²³ Caso *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Danimarca*, ricorsi n. 5095/71; 5920/72; 5926/72, 1976

all'insegnamento obbligatorio dell'educazione sessuale nella scuola primaria frequentata dai figli. Questa pratica, nella loro visione, costituiva una violazione dei diritti e delle libertà garantite, tra gli altri, anche dall'art. 9 e dall'art. 2 Protocollo 1 della Convenzione. Anche se deciso solo nel contesto di quest'ultima disposizione, la Corte stessa ritiene necessaria un'interpretazione che guardi alla Convenzione nel suo insieme, compreso quindi l'articolo 9. Il rispetto del *foro interno* implica che le autorità statali non possano intraprendere delle azioni volte a costringere i cittadini a credere o non credere in qualcosa²⁴. Se non sussiste un diritto di obiettare all'insegnamento che lo Stato decide di impartire, tuttavia "lo Stato, nello svolgere le funzioni da esso assunte in materia di istruzione e insegnamento, deve fare in modo che le informazioni o le conoscenze incluse nel programma di studi vengano comunicate in modo obiettivo, critico e pluralistico. Allo Stato è vietato di perseguire un obiettivo di indottrinamento che possa essere considerato non conforme alle convinzioni religiose e filosofiche dei genitori. Questo è il limite che non deve essere superato. Tale interpretazione è coerente [...] con lo spirito generale della Convenzione stessa, uno strumento volto a mantenere e promuovere gli ideali e i valori di una società democratica"²⁵. Un altro esempio, anche se analizzato da Strasburgo da una visuale differente, potrebbe essere il caso *Buscarini v. Repubblica di San Marino*²⁶; il ricorso riguardava un eletto al parlamento di San Marino costretto a prestare giuramento religioso per accedere al suo incarico. In quest'occasione la Corte riscontra una violazione dell'articolo 9; richiedere infatti ad un membro del parlamento di prestare giuramento sul Vangelo significa, secondo la Corte, chiedere

²⁴ MARTÍNEZ TORRÓN J., *Religious Liberty in European Jurisprudence...*, cit. nota 4, pag. 118

²⁵ Caso *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Danimarca*, ricorsi n. 5095/71; 5920/72; 5926/72, 1976, par. 53; nel caso la Corte non riscontra una violazione della Convenzione poichè ritiene che il corso impartito "[...] in no way amounts to an attempt at indoctrination aimed at advocating a specific kind of sexual behaviour. It does not make a point of exalting sex or inciting pupils to indulge precociously in practices that are dangerous for their stability, health or future or that many parents consider reprehensible. Further, it does not affect the right of parents to enlighten and advise their children, to exercise with regard to their children natural parental functions as educators, or to guide their children on a path in line with the parents' own religious or philosophical convictions" [par. 54].

²⁶ Caso *Buscarini e altri v. Repubblica di San Marino*, ricorso n. 24645/94, 1999

di giurare fedeltà ad una particolare religione, e ciò non può dirsi compatibile con la Convenzione²⁷. Il caso è stato analizzato sotto il profilo della dimensione esterna della libertà religiosa, di cui si dirà a breve, ma vi è chi ipotizza che un'azione del genere fosse in realtà idonea a violare proprio il *forum internum* del ricorrente²⁸.

2.1. La dimensione esterna della libertà religiosa

"While religious freedom is primarily a matter of individual conscience, it also implies, inter alia, freedom to "manifest [one's] religion"²⁹.

L'articolo 9 primo comma prevede anche una dimensione esterna, il cosiddetto "*forum externum*", quando riconosce il diritto di esercitare concretamente la propria fede religiosa, o un diverso credo, manifestandolo "individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti". La Corte ha ricompreso nella "manifestazione" anche il diritto di persone o gruppi di diffondere le loro idee e acquisire nuovi seguaci attraverso atti di proselitismo³⁰; "testimoniare in parole e opere è connesso all'esistenza stessa delle convinzioni religiose. Ai sensi dell'articolo 9 la libertà di manifestare la propria religione è esercitabile non solo [...] all'interno della cerchia di coloro la cui fede si condivide [...] ma] comprende in linea di principio il diritto di cercare di convincere il prossimo, ad esempio attraverso l'insegnamento"; diversamente, la libertà di cambiare la propria religione o credo, sancita dall'articolo 9, sarebbe destinata a rimanere lettera morta³¹.

Il diritto a manifestare una religione non comprende invece il diritto a non essere oggetto di critiche da parte di chi non condivide il medesimo credo. Nel caso *Otto-*

²⁷ IBIDEM, par. 39

²⁸ BARTOLE S., DE SENA P., ZAGREBELSKY V., *Commentario breve alla Convenzione Europea...*, cit. nota 15, pag. 373

²⁹ Caso *Kokkinakis v. Grecia*, ricorso n. 14307/88, 1993, par. 31

³⁰ IDEM, par. 31

³¹ IDEM, par. 31

*Preminger Institut v. Austria*³², che riguardava una ipotesi di blasfemia, si legge infatti: “coloro che scelgono di esercitare la libertà di manifestare la propria religione, a prescindere dal fatto che siano membri di una maggioranza religiosa o di una minoranza, non possono ragionevolmente aspettarsi di essere esenti da ogni critica. Essi devono tollerare e accettare il rifiuto da parte di altri delle loro convinzioni religiose e anche la diffusione [...] di dottrine ostili alla loro fede”³³.

La manifestazione della religione o di un'altra convinzione ha carattere relativo; questo aspetto, e solo questo, può essere soggetto a certe limitazioni come previsto dal secondo comma dell'articolo 9³⁴. Si legge infatti: “la libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla pubblica sicurezza, alla protezione dell'ordine, della salute o della morale pubblica, o alla protezione dei diritti e della libertà altrui”.

La necessità di una limitazione deriva dal bisogno di proteggere tutti i diritti e le libertà garantite dalla Convenzione: la ricerca di un equilibrio tra i diritti fondamentali di ciascun individuo è ciò che costituisce il fondamento di una “società democratica”³⁵. In particolare, per quanto riguarda la religione, si riconosce che “nelle società democratiche, in cui diverse religioni convivono all'interno di una stessa popolazione, possa essere necessario porre restrizioni alla libertà [di manifestare il sentimento religioso], al fine di conciliare gli interessi dei vari gruppi e

³² Caso *Otto Preminger Institut v. Austria*, ricorso n. 13470/87, 1994

³³ IBIDEM, par. 47

³⁴ Questo è un tratto che differenzia tale disposizione dalle altre con struttura simile; secondo la Corte “il carattere fondamentale dei diritti di cui all'articolo 9 comma 1 si riflette anche nella formulazione del [secondo] comma che prevede le limitazioni ad essi. A differenza del secondo comma degli articoli 8, 10 e 11 che copre tutti i diritti di cui al primo comma di tali articoli, quello dell'articolo 9 si riferisce solo alla libertà di manifestare la propria religione o credo”. [Caso *Kokkinakis v. Grecia*, ricorso n. 14307/88, 1993, par. 33]

³⁵ Caso *Leyla Sahin v. Turchia*, ricorso n. 44774/98, 2005, par. 108

di garantire che le convinzioni di tutti siano rispettate³⁶. Sullo Stato però grava anche il dovere di rimanere neutrale; infatti “il diritto alla libertà di religione, come garantito dalla Convenzione, esclude qualsiasi potere discrezionale da parte dello Stato nel determinare se le convinzioni religiose o i mezzi utilizzati per esprimere tali convinzioni siano legittimi”³⁷. Nella ricerca del giusto bilanciamento tra tutti gli interessi coinvolti, gli Stati godono di un margine di discrezionalità, detto margine di apprezzamento, poiché “*by reason of their direct and continuous contact*” con le realtà locali, sono “*in principle better placed than an international court to evaluate local needs and conditions*”³⁸. Di questo criterio si tratterà più specificamente nel proseguo.

Infine, si deve sottolineare che l’aspetto della manifestazione del diritto di cui all’articolo 9 riguarda solo “*religion or belief*” mentre le forme espressive della coscienza e del pensiero debbono ricomprendersi nella generale libertà di espressione garantita dall’articolo 10 della Convenzione³⁹.

3. Le limitazioni alla libertà religiosa

L’articolo 9 presenta una struttura simile agli altri articoli della Convenzione che prevedono le “libertà fondamentali” di una società democratica: il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8), la libertà di espressione (art. 10), la libertà di riunione e di associazione (art. 11). Solitamente nel primo comma di tali disposizioni si prevede la necessità di tutela della libertà fondamentale e nel secondo comma si tracciano i criteri per una sua possibile limitazione. Queste libertà infatti non sono assolute: possono subire delle restrizioni da parte delle autorità statali nell’ottica di raggiungere “*a fair balance between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual’s fundamental rights*”⁴⁰. È la Convenzione stessa ad indicare i parametri attraverso i quali vagliare la

³⁶ Caso *Kokkinakis v. Grecia*, ricorso n. 14307/88, 1993, par. 33

³⁷ Caso *Hasan and Chaush v. Bulgaria*, ricorso n. 30985/96, 2000, par. 78

³⁸ Caso *Leyla Sahin v. Turchia*, ricorso n. 44774/98, 2005, par. 121

³⁹ EVANS M. D., *Religious Liberty and International Law in Europe...*, cit. nota 14, pag. 284

⁴⁰ Caso *Soering v. Regno Unito*, ricorso n. 14038/88, 1989, par. 89

ragionevolezza delle misure statali; essi sono appunto delineati nel secondo comma delle relative disposizioni, le c.d. *accommodation clauses*.

Secondo quanto prescrive il secondo comma dell'articolo 9, la libertà di manifestare la religione o il credo può essere colpita solo da quelle restrizioni che siano stabilite dalla legge e che costituiscano misure necessarie in una società democratica per la tutela della pubblica sicurezza, della protezione dell'ordine, della salute o della morale pubblica, o in funzione della protezione dei diritti e delle libertà altrui. Inoltre, la Corte richiede che la limitazione della manifestazione religiosa sia proporzionata all'obiettivo che si vuole perseguire.

La Corte europea controlla, attraverso la c.d. valutazione – o test - di proporzionalità, la presenza o meno di questi requisiti; attraverso il suo ruolo di supervisore essa può determinare la compatibilità della limitazione del diritto con gli obblighi convenzionali oppure prepararsi ad affermare l'intervenuta violazione della Convenzione europea.

3.1. La limitazione deve essere prevista dalla legge

Una restrizione alla manifestazione religiosa, per dirsi legittima, deve innanzitutto avere un qualche fondamento normativo. Questo requisito è stato interpretato in modo ampio dalla Corte, che si è soffermata sul significato sostanziale di “*law*” piuttosto che sull'aspetto formale. Il termine “legge” non deve essere inteso in senso stretto come atto normativo creato dagli organi politici, ma deve includere anche la “legge” creata tramite i precedenti giurisprudenziali tipica dei sistemi di *common law*, nonché i regolamenti o altre convenzioni internazionali che si applicano nel sistema interno. È un criterio che ha a che fare con la “qualità della legge”⁴¹: secondo la Corte, la legge su cui la limitazione si basa deve essere “adeguatamente accessibile” per il cittadino e formulata in modo sufficientemente preciso e chiaro da rendere la

⁴¹ ARAI-TAKAHASHI Y., *Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Antwerpen, 2002, pag. 10

persona edotta delle regole applicabili al caso concreto e regolare la propria condotta di conseguenza⁴².

Nel caso *Leyla Sahin v. Turchia*⁴³ la ricorrente contestava la presenza del requisito “*prescribed by law*”. Ella sosteneva che non vi fosse alcuna norma legislativa che costituisse base legale del divieto di indossare il velo islamico nei locali dell’Università, predisposto invece attraverso una circolare del rettore. Di opinione differente la *Grand Chambre* secondo cui con il termine “legge” deve intendersi il testo in vigore come interpretato dalle corti nazionali. Sia la Corte costituzionale turca che il Consiglio di stato si erano infatti pronunciati sulla questione ritenendo che indossare il velo nelle Università fosse contrario ai principi fondamentali della Repubblica; nessun rilievo era stato dato al fatto che mancasse in tal proposito una legge formale del parlamento⁴⁴.

3.2. La limitazione deve avere un obiettivo legittimo

I limiti imposti alla libertà di manifestazione religiosa devono perseguire un obiettivo legittimo; si tratta di quelle clausole limitative che sono testualmente espresse nel secondo comma dell’articolo 9 e che coprono interessi pubblici come interessi privati; sono la pubblica sicurezza, la protezione dell’ordine, della salute o della morale pubblica e la protezione dei diritti e delle libertà altrui. Di seguito dei casi che possono testimoniare delle situazioni in cui la Corte ha riscontrato la presenza di queste fattispecie.

Nel caso *X v. Regno Unito*⁴⁵ il ricorrente era un cittadino indiano di religione sikh che aveva presentato ricorso a Strasburgo lamentando la violazione della sua libertà

⁴² Si veda, tra gli altri, il caso *Silver e altri v. Regno Unito* (che richiama *Sunday Times v. Regno Unito*, ricorso n. 6538/74, 1979), ricorso n.5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, 1983, par. 87-88

⁴³ Caso *Leyla Sahin v. Turchia*, ricorso n. 44774/98, 2005

⁴⁴ BARTOLE S., DE SENA P., ZAGREBELSKY V., *Commentario breve alla Convenzione Europea...*, cit. nota 15, pag. 374; caso *Leyla Sahin v. Turchia*, ricorso n. 44774/98, 2005, par. 88

⁴⁵ Caso *X v. Regno Unito*, ricorso n. 7992/77, 1978

di religione in seguito ad una condanna che gli era stata inflitta per aver guidato un ciclomotore senza il casco; infatti la religione e la cultura sikh imponevano all'uomo di indossare sempre un turbante per coprire i capelli; l'uso del casco al posto del turbante significava per l'uomo venire meno ai doveri della sua fede. Il caso viene affrontato dalla Commissione europea; essa riconduce la fattispecie nell'ambito della "manifestazione", quindi il momento "relativo" e di conseguenza limitabile del sentimento religioso. Si afferma però che *"the compulsory wearing of crash helmets is a necessary safety measure for motor cyclists. The Commission is of the opinion therefore that any interference that there may have been with the applicant's freedom of religion was justified for the protection of health in accordance with Article 9.2"*⁴⁶. Nel caso *Dahlab v. Svizzera*⁴⁷, la Corte concorda con le affermazioni dello Stato secondo cui il divieto imposto all'insegnante musulmana di indossare il velo nelle aule scolastiche perseguiva uno scopo legittimo, quello di proteggere i diritti e le libertà altrui, l'ordine pubblico e la sicurezza pubblica. La Corte, accettando la qualificazione del velo come un *"powerful external symbol"*, ritiene che esso potesse avere un impatto sulla libertà di coscienza e di religione dei giovani studenti tenuto soprattutto conto della loro tenera età⁴⁸. Di conseguenza il divieto di indossare tale indumento poteva dirsi legittimo dal punto di vista degli obiettivi perseguiti.

3.3. La limitazione deve essere necessaria in una società democratica

Le limitazioni alla libertà di manifestazione, oltre che astrattamente legittime, devono dirsi "necessarie in una società democratica", cioè imposte dall'esistenza di un

⁴⁶ IBIDEM, pag. 2

⁴⁷ Caso *Dahlab v. Svizzera (decisione)*, ricorso n. 42393/98, 2001

⁴⁸ IBIDEM, pag. 13 *"The Court accepts that it is very difficult to assess the impact that a powerful external symbol such as the wearing of a headscarf may have on the freedom of conscience and religion of very young children. The applicant's pupils were aged between four and eight, an age at which children wonder about many things and are also more easily influenced than older pupils. In those circumstances, it cannot be denied outright that the wearing of a headscarf might have some kind of proselytising effect, seeing that it appears to be imposed on women by a precept which is laid down in the Koran and which, as the Federal Court noted, is hard to square with the principle of gender equality. It therefore appears difficult to reconcile the wearing of an Islamic headscarf with the message of tolerance, respect for others and, above all, equality and non-discrimination that all teachers in a democratic society must convey to their pupils"*.

“*pressing social need*”⁴⁹; in altri termini, le ragioni addotte devono essere “*relevant and sufficient*” e deve sussistere “*a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim pursued*”⁵⁰. Ad esempio nel caso *Leyla Sahin v. Turchia*, la *Grand Chambre* ha confermato che il divieto di indossare il velo islamico nell’Università fosse necessario e proporzionato alla protezione dei valori della laicità, del pluralismo, del rispetto dei diritti di tutti e in particolare dell’uguaglianza tra uomini e donne, tenuto conto del margine di apprezzamento goduto dallo Stato⁵¹.

Una volta che la Corte abbia constatato la presenza della base normativa e della finalità legittima, la fase più delicata del controllo riguarda proprio il requisito della “necessarietà in una società democratica”; secondo le parole del giudice Tulkens, con esso la Corte dovrebbe appurare, in primo luogo, se la limitazione è idonea e appropriata a proteggere l’interesse legittimo ritenuto minacciato; in secondo luogo, se le modalità scelte sono le meno invasive per il diritto che è stato limitato ed infine se sussiste un certo equilibrio - proporzione - tra tutti gli interessi coinvolti⁵². Questa fase di controllo è particolarmente delicata perché si viene ad intrecciare con la discrezionalità di cui godono gli Stati membri alla luce del carattere internazionale e sussidiario della protezione convenzionale. È infatti e soprattutto con riguardo a quest’ultimo passaggio - valutare la necessità di una restrizione - che gli Stati godono di un certo margine di apprezzamento, seppur non illimitato e sempre soggetto alla supervisione della Corte europea⁵³. Come vedremo nel proseguo, la presenza del margine di apprezzamento influenza l’intensità del controllo di proporzionalità in particolar modo nei casi attinenti alla libertà religiosa, dove si

⁴⁹ Si vedano, tra gli altri, i casi *Grigoriades v. Grecia*, ricorso n. 121/1996/740/939, 1997, par. 44; oppure *Dudgeon v. Regno Unito*, ricorso n. 7525/76, 1981, par. 54

⁵⁰ Caso *Scollo v. Italia*, ricorso n. 19133/91, 1995, par. 32

⁵¹ Caso *Leyla Sahin v. Turchia*, ricorso n. 44774/98, 2005, par. 116-122

⁵² IBIDEM, opinione dissenziente del giudice Tulkens, par. A.2

⁵³ Ad esempio sempre nel caso *Dahlab v. Svizzera (decisione)* [ricorso n. 42393/98, 2001] la Corte ha affermato: “*as to whether the measure was “necessary in a democratic society,” the Court reiterates that, according to its settled case-law, the Contracting States have a certain margin of appreciation in assessing the existence and extent of the need for interference, but this margin is subject to European supervision [...]*” [pag. 12]

assiste ad una forte rivendicazione da parte degli Stati membri del loro potere decisionale.

4. Gli inizi giurisprudenziali: il caso *Grandrath*

Prima di trattare le questioni più attuali, è utile guardare agli inizi giurisprudenziali riguardanti l'articolo 9 per apprendere al meglio l'evoluzione della tutela apprestata dalla Corte europea nel corso degli anni. Diversamente da quanto accaduto per altri diritti, la giurisprudenza sull'articolo 9 è relativamente recente; per molti anni esso è parso essere "lettera morta"⁵⁴ tant'è che "diciassette anni dopo la firma della Convenzione, la libertà religiosa non era ancora stata oggetto non solo di una pronuncia della Corte ma neppure di una decisione della Commissione"⁵⁵. "Apparentemente, sembra che la giurisdizione di Strasburgo fosse persuasa dal fatto che non vi fosse alcun bisogno di intervenire in questo tipo di conflitti"⁵⁶. Questo può forse essere spiegato considerando che, quando la Convenzione è entrata in vigore, il livello di tutela garantito dall'articolo 9 era veramente ampio rispetto agli standard vigenti nei vari stati nazionali; questo è palese se si pensa che "quando la Convenzione è stata firmata un gesuita non poteva mettere piede in Norvegia, un prete apostata non poteva insegnare nelle scuole pubbliche italiane e i fedeli di una religione diversa dalla cattolica non potevano celebrare pubblicamente in Spagna alcuna cerimonia religiosa"⁵⁷. Il forte livello di tutela che emergeva in astratto dalla Convenzione doveva essere bilanciato con una interpretazione misurata e ristretta che garantisse il rispetto delle normative nazionali⁵⁸.

⁵⁴ EVANS C., *Individual and group religious freedom in the European Court of Human rights: Cracks in the intellectual architecture*, in *Journal of Law and Religion*, Vol. 26, 2010, pag. 2

⁵⁵ FERRARI S., *La Corte di Strasburgo e l'articolo 9 della Convenzione europea. Un'analisi quantitativa della giurisprudenza*, in MAZZOLA R. (a cura di), *Diritto e religione in Europa: rapporto sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di libertà religiosa*, il Mulino, Bologna, 2012, pag. 27

⁵⁶ MARTÍNEZ TORRÓN J., *Religious liberty in European Jurisprudence...*, cit. nota 4, pag. 102

⁵⁷ FERRARI S., *La Corte di Strasburgo e l'articolo 9 della Convenzione europea...*, cit. nota 55, pag. 40

⁵⁸ IDEM, pag. 40

Questo sembra del resto in linea con la primissima elaborazione dell'Assemblea consultiva, secondo cui la tutela approntata dalla Convenzione doveva essere alquanto blanda e limitarsi a ribadire l'importanza della democrazia rispetto alla minaccia dei regimi totalitari, lasciando la concreta tutela dei diritti agli stati nazionali.

V'è chi legge questa ritrosia come una sorta di anticipazione implicita della dottrina del margine di apprezzamento⁵⁹: erano le autorità nazionali ad avere una discrezionalità per interpretare i diritti e le libertà della Convenzione adattandoli alle relative leggi nazionali e al livello di tutela a quel tempo possibile. Questi stati si erano volontariamente sottoposti alla giurisdizione di Strasburgo, avevano aderito al sistema della Convenzione come modello che sintetizzava i diritti nazionali. L'ideale era quello di una collaborazione armoniosa: "per un verso i nuovi diritti nazionali facevano la nuova Europa, per un altro verso il diritto europeo faceva i diritti nazionali"⁶⁰. Gli stati avevano un'idea di libertà religiosa che si allineava alle loro politiche nazionali, rafforzandole, ed erano forse lontani dal prevedere una Corte molto più attivista anche contro gli Stati, come si sarebbe caratterizzata negli anni successivi. Probabilmente questa impostazione, era determinata anche dal contesto politico che vedeva una contrapposizione tra due blocchi: l'Europa occidentale era alla scoperta di una nuova democrazia mentre l'Europa dell'est, sorretta dal patto di Varsavia, era comunista e socialista. La Convenzione e gli organi di Strasburgo servivano anche a dimostrare la supremazia nel campo dei diritti del mondo occidentale rispetto alla minaccia del comunismo e del blocco sovietico⁶¹. Il principale

⁵⁹ MARTÍNEZ TORRÓN J., *Religious liberty in European Jurisprudence...*, cit. nota 4, pag. 102

⁶⁰ VENTURA M., *La virtù della giurisdizione europea sui conflitti religiosi*, in MAZZOLA R. (a cura di), *Diritto e religione in Europa: rapporto sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di libertà religiosa*, il Mulino, Bologna, 2012, pag. 302

⁶¹ IDEM, pag. 302

obiettivo del Consiglio d'Europa era infatti quello di *"bringing together of the efforts already being made by the European democratic countries to protect human rights"*⁶².

Il caso *Grandrath v. Repubblica Federale di Germania*⁶³ del 1964 è un esempio di interpretazione di libertà religiosa che è stata definita "limitata, oggettiva e non egualitarista"⁶⁴ ma a quel tempo condivisa dai paesi che aderivano alla Convenzione. Grandrath era un cittadino tedesco, Testimone di Geova, che si era rifiutato di svolgere il servizio militare in quanto intollerabile per la sua coscienza. Inoltre, non aveva accettato neppure il servizio civile sostitutivo poiché di fatto gli avrebbe impedito di seguire la sua attività di ministro di culto. Fu condannato per diserzione e ricorse agli organi di Strasburgo. Come si vedrà, da questo caso emergerà l'idea di una libertà religiosa confinata in una sfera privata e personale pronta a cedere di fronte agli interessi generali; la Commissione, nel rigettare il ricorso, esclude che la protezione dell'articolo 9 si estenda anche all'ipotesi dell'obiezione di coscienza: essa fa riferimento all'articolo 4(3) lett. B della Convenzione. Secondo la Commissione, tale disposizione, escludendo la leva militare obbligatoria o l'eventuale servizio civile alternativo dal novero dei lavori forzati vietati dalla Convenzione, lascia implicitamente agli Stati una scelta se prevedere o meno il servizio alternativo a quello militare per gli obiettori di coscienza. Di fronte a questa libertà per gli Stati, la Commissione esclude che l'art. 9 imponga loro l'obbligo di riconoscere gli obiettori di coscienza e di conseguenza di prevedere un regime speciale per l'esercizio del loro diritto alla libertà di religione nel caso in cui questo si venga a scontrare con l'imposizione del servizio militare obbligatorio. Inoltre, il mero fatto di essere costretto a prestare il servizio civile obbligatorio non interferiva in ogni caso con l'esercizio privato e personale della religione poiché il ricorrente aveva comunque

⁶² MARTÍNEZ TORRÓN J., *The European Court of Human Rights and Religion*, in O'DAIR R., LEWIS A. (a cura di), *Law and Religion: current legal issues*, 2001, pag. 186

⁶³ Commissione, caso *Grandrath v. Repubblica Federale di Germania*, ricorso n. 2299/64, 1964

⁶⁴ VENTURA M., *La virtù della giurisdizione europea sui conflitti religiosi...cit. nota 60*, pag. 299; sul caso si veda anche BRATZA N., *The precious asset: Freedom of religion under the European Convention on Human Rights*, in HILL M. (a cura di), *Religion and Discrimination Law in the European Union*, European Consortium for Church and State Research, Tier, 2012

tempo sufficiente per adempiere ai doveri verso la comunità religiosa⁶⁵. Secondo la Commissione, libertà di coscienza e religione significa “libertà da intrusioni con questioni che attengono alla coscienza e alla fede di una persona”, ma questa libertà è “soggetta a certe limitazioni intrinseche [...] basate sul fatto che ogni individuo ha l’obbligo di rispettare gli interessi della comunità in cui vive”⁶⁶.

Un aspetto ancora più interessante riguarda il fatto che il ricorrente, Testimone di Geova, non godeva degli stessi privilegi che erano invece concessi ai ministri di culto delle confessioni maggioritarie, evangelici e cattolici. Questi ultimi erano esentati anche dal servizio civile sostitutivo. Questo, secondo Grandrath, costituiva una discriminazione su base religiosa. Ma neppure questo profilo viene avallato dalla Commissione; essa ammette che il ricorrente era stato trattato diversamente ma la diversità era oggettivamente giustificata dalla volontà “*to prevent a largescale evasion of the general duty to perform military service*”. Era quindi ragionevole prevedere che i soli “*ministers whose functions require their constant and continual attendance at their ministerial office, would be exempt from compulsory service*” dato che “*it is not the intention of the law to exempt an entire religious community*”⁶⁷.

L’interpretazione che viene data della tutela apprestata dall’articolo 9 è quindi alquanto limitata: essa è costruita attorno al divieto di indottrinamento, mentre non si richiede che sia riconosciuta l’obiezione di coscienza al servizio militare e neppure che sia garantito un uguale trattamento tra i fedeli delle diverse confessioni religiose. Queste sono scelte che spettano allo Stato; emerge infatti già in questo caso l’idea di una responsabilità condivisa nella tutela dei diritti ma primaria in capo alle autorità statali, idea che sarà poi alla base della dottrina del margine di apprezzamento; “*[i]t is primarily a matter for each Contracting State to decide whether or not [...] special circumstances exist as justify restrictions to be imposed in regard to a right guaranteed by the Convention according to the specific provisions contained in that Article of the Convention*”

⁶⁵ Caso *Grandrath v. Repubblica Federale di Germania*, ricorso n. 2299/64, 1964, par. 31

⁶⁶ IBIDEM, opinione individuale del giudice Ermacora.

⁶⁷ IBIDEM, par. 40

which guarantees such right"⁶⁸. La Commissione, come guardiano dei diritti della Convenzione, verifica solo che gli Stati non facciano un uso improprio di questa loro prerogativa⁶⁹.

Nel corso degli anni le istituzioni europee hanno mantenuto un approccio timido verso la libertà religiosa. Probabilmente Strasburgo riteneva che gli standard di tutela raggiunti fossero già elevati; i sistemi giuridici europei infatti andavano trasformandosi, dando sempre maggiore importanza alla protezione dei diritti umani. Anche le chiese maggioritarie avevano dato un contributo in questo senso. Era riscontrabile una certa sintonia tra la concezione della libertà religiosa nelle democrazie liberali e quella prevalente nelle chiese riformate e in quella cattolica⁷⁰; con il Concilio Vaticano II e la dichiarazione *Dignitatis Humanae*, anche la Chiesa cattolica si era aperta ad una riflessione sulla libertà religiosa; a tutti doveva essere garantita la libertà di credere e la fede doveva essere frutto di una libera scelta della persona e non imposta con la forza⁷¹. Gli organi di Strasburgo potevano quindi continuare ad avvalersi della dottrina del margine di apprezzamento senza ritenere necessario un intervento ulteriore⁷².

In tempi più recenti, e precisamente nell'ultimo decennio del secolo scorso, la Corte di Strasburgo ha dato vita ad una corposa giurisprudenza in materia di libertà religiosa. Probabilmente questo cambiamento è di nuovo connesso al contesto storico e al crollo del comunismo; l'ingresso nel Consiglio d'Europa di 24 nuovi stati, ex sovietici, che stavano vivendo una difficile transizione da regimi totalitari alla

⁶⁸ IBIDEM, opinione individuale giudice Eustathiades, par. 47

⁶⁹ IDEM, par. 47

⁷⁰ Non bisogna scordare che fino agli anni Novanta il Consiglio d'Europa era costituito in grande maggioranza da paesi cattolici e protestanti con soli due stati di religione ortodossa e la sola Turchia a maggioranza musulmana; si veda BARTOLE S., DE SENA P., ZAGREBELSKY V., *Commentario breve alla Convenzione Europea...*, cit. nota 15, pag. 371; FERRARI S., *La Corte di Strasburgo e l'articolo 9 della Convenzione europea...*, cit. nota 55, pag. 28-29

⁷¹ *Dignitatis Humanae*, Dichiarazione sulla Libertà Religiosa, reperibile al link: http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vatii_decl_19651207_dignitatis-humanae_it.html

⁷² MARTÍNEZ TORRÓN J., *Religious liberty in European Jurisprudence...*, cit. nota 4, pag. 103

democrazia, ha richiesto un intervento più attivo e attento della Corte europea sul contenuto e sui limiti della libertà religiosa⁷³. Era emersa infatti la necessità di creare nuovi standard e chiari livelli di tutela che fungessero da modello per questi nuovi stati⁷⁴.

5. Il caso *Kokkinakis v. Grecia*: la prima violazione dell'articolo 9 e i principi fondamentali

Il primo caso in cui la Corte sancisce una violazione riguarda, forse proprio come monito ai nuovi paesi firmatari, un paese ortodosso di vecchia accessione – la Grecia - che criminalizzava l'attività di proselitismo; la maggior parte degli stati di nuova accessione era ortodossa e non si era dimostrata particolarmente propensa ad accettare i principi della libertà religiosa e l'attività di certi gruppi religiosi minoritari⁷⁵. Il caso *Kokkinakis v. Grecia*⁷⁶ del 1993 costituisce la prima occasione in cui la Corte ha finalmente avuto modo di enucleare quale fosse il suo approccio alla fattispecie religiosa. Se fino ad allora lo schema di protezione dell'art. 9 era stato costruito sulla relazione individuo-stato e sull'assunto che la libertà religiosa della persona dovesse essere protetta da tentativi di indottrinamento, il caso *Kokkinakis* pone la libertà religiosa in una nuova prospettiva: come conciliare il diritto alla libertà di religione, coscienza e pensiero di un individuo con lo stesso diritto di un altro individuo quando *"the possession of those beliefs might require a believer to present his views to others"*⁷⁷. Il Signor *Kokkinakis*, Testimone di Geova, era stato arrestato e condannato più di sessanta volte per atti di proselitismo, attività che in Grecia era considerata un crimine. Nel 1986 fece ricorso a Strasburgo lamentando che la condanna per proselitismo violava, tra gli altri, l'articolo 9 e il divieto di discriminazione ex articolo 14 in connessione con l'articolo 9 della Convenzione.

⁷³ MARTÍNEZ TORRÓN J., *The European Court of Human Rights...*, cit. nota 62, pag. 188

⁷⁴ IDEM, pag. 188; si veda anche FERRARI S., *La Corte di Strasburgo e l'articolo 9 della Convenzione europea...*, cit. nota 55, pag. 29

⁷⁵ FERRARI S., *La Corte di Strasburgo e l'articolo 9 della Convenzione europea...*, cit. nota 55, pag. 42

⁷⁶ Caso *Kokkinakis v. Grecia*, ricorso n. 14307/88, 1993

⁷⁷ EVANS M. D., *Religious Liberty and International Law in Europe...*, cit. nota 14, pag. 284

Per la prima volta la Corte afferma ciò che diverrà poi parte costante della sua giurisprudenza: “come sancito dall'articolo 9, la libertà di pensiero, coscienza e di religione è uno dei cardini di una “società democratica” ai sensi della Convenzione. Si tratta, nella sua dimensione religiosa, di uno degli elementi più essenziali che vanno a formare l'identità dei credenti e la loro concezione della vita, ma è anche un bene prezioso per gli atei, gli agnostici, gli scettici e gli indifferenti. Il pluralismo indissociabile da una società democratica, che è stato a caro prezzo conquistato nel corso dei secoli, dipende da essa”⁷⁸.

Nel caso di specie, la Corte riconosce che il divieto di proselitismo costituiva una restrizione del diritto di manifestare la fede. Tuttavia ammette che “nelle società democratiche, in cui, all'interno della stessa popolazione, convivono diverse religioni, possa essere necessario porre limitazioni a tale libertà, al fine di conciliare gli interessi dei vari gruppi e garantire che le convinzioni di tutti siano rispettate”⁷⁹. Questa restrizione poteva dirsi compatibile con l'articolo 9 se prescritta dalla legge, se volta ad un obiettivo legittimo e se necessaria in una società democratica, fermo restando il margine di apprezzamento goduto dallo Stato.

Riscontrata la presenza dei primi due criteri, nel caso di specie la Corte conclude per l'esistenza di una violazione dell'articolo 9; il governo greco non aveva dimostrato che la condanna del ricorrente si era resa necessaria per la presenza di un “*pressing social need*”, come la necessità di bloccare un'attività di proselitismo impropria perché condotta con metodi violenti o con il ricorso a forme di pressione psicologica. “Il provvedimento impugnato, pertanto, non sembrava essere proporzionato allo scopo legittimo perseguito né, di conseguenza, necessario in una società democratica [...] per la protezione dei diritti e delle libertà altrui”⁸⁰.

⁷⁸ Caso *Kokkinakis v. Grecia*, ricorso n. 14307/88, 1993, par. 31

⁷⁹ IBIDEM, par. 33

⁸⁰ IBIDEM, par. 49

6. La definizione di pratica religiosa e la dottrina *Arrowsmith*

Come affermato, l'esistenza di una società democratica implica la necessità di un certo compromesso nell'esercizio dei diritti; in particolare l'aspetto della manifestazione religiosa può essere soggetto a certe condizioni e limitazioni. Diviene fondamentale determinare i confini della libertà degli individui di agire secondo i dettami della propria fede poiché è una questione che viene ad intrecciarsi con il rapporto tra legge e religione, tra doveri legali e morali⁸¹; ciò vale specialmente quando un individuo cerca di adattare la sua condotta nella vita quotidiana ad obblighi morali che derivano da precetti religiosi, ma subisce da parte dell'ordinamento dei vincoli. Una questione determinante è quindi la definizione dei confini in cui si esplica il "*forum externum*" e soprattutto del significato da attribuire al termine "*practice*" nel contesto dell'articolo 9; tale termine sarebbe ridondante se alludesse solamente ad una dimensione rituale, dato che a ciò sono già preposte le altre due espressioni "*worship*" ed "*observance*"⁸².

L'interpretazione di "*practice*" che è stata data dalla Commissione prima e dalla Corte poi, è decisamente ristretta. L'approccio prevalente consiste nel tracciare innanzitutto una linea di separazione tra i concetti di *manifestazione* e di *motivazione*. Si fa in particolare riferimento all'assunto secondo cui l'articolo 9 non tutela qualsiasi atto motivato o ispirato da una religione o da un credo⁸³; non tutti gli atti che sono motivati da un sentimento religioso possono dirsi manifestazione garantita ma troveranno protezione solo quelli che siano "*intimately linked*" ad una religione o credo.

Questo approccio è stato per la prima volta adottato dalla Commissione europea nel caso *Arrowsmith v. Regno Unito*⁸⁴, dando vita a quella che verrà poi chiamata la

⁸¹ MARTÍNEZ TORRÓN J., *Religious liberty in European Jurisprudence...*, cit. nota 4, pag. 117

⁸² IBIDEM, pag. 119

⁸³ PASQUALI CERIOLI J., *La tutela della libertà religiosa nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Stato Chiese e pluralismo confessionale - www.statoechiese.it*, gennaio 2011, pag. 11

⁸⁴ Caso *Arrowsmith v. Regno Unito*, ricorso n. 7050/75, 1978

dottrina *Arrowsmith* seguita pedissequamente dagli organi di Strasburgo nel corso degli anni successivi.

Il caso *Arrowsmith* risale alla fine degli anni Settanta e riguardava una pacifista contraria alle scelte di politica estera del governo inglese ed in particolare a come lo stato stava gestendo la questione nord-irlandese. La signora Arrowsmith aveva deciso di manifestare le sue idee distribuendo volantini a gruppi di soldati per convincerli a disertare o disobbedire agli ordini loro impartiti; per questo era stata condannata. La questione che la Commissione si trova a valutare è in primo luogo se il pacifismo potesse dirsi una convinzione protetta ai sensi dell'articolo 9 ed in secondo luogo se il volantinaggio potesse essere una sua manifestazione – *practice* – tutelabile. Quanto alla prima questione, la Commissione ammette il pacifismo tra i *beliefs* protetti dall'art. 9; tuttavia, nonostante l'affermazione della ricorrente che "la distribuzione del volantino fosse un imperativo morale che le derivava dall'impegno di tutta una vita per la causa pacifista", la Commissione esclude che l'attività di volantinaggio potesse qualificarsi come manifestazione ai sensi della disposizione in esame⁸⁵. È vero che le dichiarazioni pubbliche che affermano in generale l'idea del pacifismo e sollecitano l'accettazione di un impegno per la non-violenza possono essere considerate come una normale e riconosciuta manifestazione di questa convinzione, tuttavia questo non è il caso della ricorrente; "quando le azioni degli individui non esprimono effettivamente le convinzioni di cui trattasi, esse non possono essere considerate come tali protette dall' art. 9 (1), anche quando sono da tali convinzioni motivate o influenzate". Dal contenuto del volantino infatti si evince senza dubbio una opposizione contro la politica dello stato nel Nord Irlanda, ma a detta della Commissione "non si può constatare che il foglietto trasmetta l'idea che non si debbano in nessun caso perseguire obiettivi politici o d'altro tipo attraverso mezzi non violenti, anche se in risposta ad una minaccia o all'uso della forza⁸⁶. In

⁸⁵ IBIDEM, par. 69

⁸⁶ IBIDEM, par. 72

conclusione, secondo Strasburgo, il volantino non esprimeva per davvero i sentimenti pacifisti e quindi la ricorrente, distribuendoli, non stava realmente manifestando le sue convinzioni ai sensi dell'articolo 9 primo comma.

6.1. Critica alla dottrina Arrowsmith

V'è chi disapprova questa dottrina perché con essa la Corte, attraverso la distinzione tra motivazione e manifestazione, potrebbe rischiare di dare una valutazione nel merito delle convinzioni religiose degli individui; tale approccio "può pericolosamente portare la Corte vicino al giudicare se una particolare pratica sia formalmente richiesta da una religione, un compito che i suoi giudici, data la rilevante questione teologica, appaiono mal equipaggiati ad affrontare"⁸⁷. Al contrario, si dovrebbe fare strada invece il principio dell'autoqualificazione: "la percezione che i singoli hanno delle proprie opzioni di coscienza dovrebbe essere accettata dalla Corte salvo che sia manifestamente infondata o irragionevole"⁸⁸. Un timore simile è stato sollevato da alcuni giudici nel caso *Valsamis v. Grecia*⁸⁹; i ricorrenti erano due Testimoni di Geova che si erano opposti alla partecipazione della figlia ad un momento scolastico commemorativo di un evento bellico. Alla bambina era stato chiesto infatti di partecipare ad una parata per i festeggiamenti del *National Day* che commemora lo scoppio della guerra tra la Grecia e l'Italia fascista. La studentessa aveva informato il preside che le sue credenze religiose, di cui il pacifismo era un tratto fondamentale, le proibivano di unirsi alla commemorazione di un evento bellico prendendo parte alla parata, davanti alle autorità civili, alla Chiesa e militari. Era stata poi sospesa per un giorno per non essere stata presente.

In questo caso la Corte afferma che non si poteva scorgere nulla, né nello scopo della parata né nelle modalità con cui era stata organizzata, che avrebbe potuto offendere

⁸⁷ HARRIS D., O'BOYLE M., WARBRICK., *Law of the European Convention on Human Rights...*, cit. nota 22, pag. 433

⁸⁸ BARTOLE S., DE SENA P., ZAGREBELSKY V., *Commentario breve alla Convenzione Europea...*, cit. nota 15, pag. 374

⁸⁹ Caso *Valsamis v. Grecia*, ricorso n. 21787/93, 1996

le convinzioni pacifiste dei ricorrenti in un modo vietato dalla seconda frase dell'articolo 2 del Protocollo 1⁹⁰. Anzi, a detta della Corte, "tali commemorazioni di eventi nazionali [servivano], a loro modo, entrambi gli obiettivi pacifisti e l'interesse pubblico". L'obbligo di prendere parte alla parata della scuola non era tale da offendere le convinzioni religiose dei suoi genitori e dunque il provvedimento impugnato – la sospensione della figlia - non costituiva un'ingerenza nel suo diritto alla libertà di religione⁹¹. Dicendo così però, è come se la Corte entrasse nel merito delle convinzioni religiose dei ricorrenti, confutandone la sostanza. Questa preoccupazione è stata espressa dall'opinione dissenziente dei giudici Thor, Vilhjalmsson, Jambrek; "la percezione del signore e della signora Valsamis del simbolismo della parata a scuola e delle sue connotazioni religiose e filosofiche deve essere accettato dalla Corte a meno che non sia ovviamente infondata e irragionevole"⁹². Un medesimo pensiero è stato espresso anche nel caso *Cha'are Shalom Ve Tsedek v. Francia*⁹³ dai giudici di minoranza, secondo cui "dove è in gioco la libertà di religione, non spetta alla Corte europea dei diritti dell'uomo sostituire la propria valutazione della portata o gravità di una intromissione a quella delle persone o dei gruppi interessati, perché l'oggetto essenziale dell'articolo 9 della Convenzione è quello di proteggere le convinzioni più intime degli individui"⁹⁴.

6.2. La manifestazione necessaria.

Un altro concetto utilizzato per determinare quali manifestazioni siano tutelabili è quello della manifestazione necessaria; tale concetto considera se una data attività è *necessaria* all'adempimento degli obblighi che gravano su chi è portatore di una certa

⁹⁰ CEDU, Primo Protocollo Addizionale, Art. 2 Diritto all'istruzione: "Il diritto all'istruzione non può essere rifiutato a nessuno. Lo Stato, nell'esercizio delle funzioni che assume nel campo dell'educazione e dell'insegnamento, deve rispettare il diritto dei genitori di provvedere a tale educazione e a tale insegnamento secondo le loro convinzioni religiose e filosofiche".

⁹¹ Caso *Valsamis v. Grecia*, ricorso n. 21787/93, 1996, par. 31 e 37

⁹² IBIDEM, pag. 17

⁹³ Caso *Cha'are Shalom Ve Tsedek v. Francia*, ricorso n. 27417/95, 2000

⁹⁴ IBIDEM, opinione dissenziente dei giudici Bratza, Fischbach, Thomassen, Tsatsa-Nikolovka, Pantiru, Levits, Traja

fede. Questo approccio è stato utilizzato in una serie di situazioni in cui il ricorrente tentava di compiere delle azioni, che altrimenti gli sarebbero state precluse, riconducendole alla manifestazione della sua religione. Un esempio è il caso *X v. Regno Unito* del 1974 che riguardava un detenuto, di fede buddista, a cui era stato rifiutato, per le difficoltà di un accurato controllo, il permesso di inviare degli scritti da pubblicare in una rivista buddista. La Commissione dichiara il ricorso manifestamente infondato poiché ritiene che partecipare alla stesura di un giornale non potesse qualificarsi come necessario all'esplicazione della fede; *"the applicant has produced statements to the effect that communication with other Buddhists is an important part of his religious practice. But he has failed to prove that it was a necessary part of this practice that he should publish articles in a religious magazine"*⁹⁵.

La *Grand Chambre* sembra assumere invece una diversa impostazione – forse superando l'approccio della rigida necessità⁹⁶ e avvicinandosi al principio dell'autoqualificazione di cui nel paragrafo precedente – nel caso *Leyla Sahin v. Turchia*⁹⁷; la ricorrente era una studentessa di Istanbul che si opponeva alla circolare del rettore che vietava di indossare il velo nei locali dell'Università. La *Grand Chambre* accetta la posizione della donna: se indossare il velo sia o meno una manifestazione religiosa la Corte non lo valuta, ma accetta che lo sia perché è la ricorrente a sostenerlo; *"la ricorrente ha affermato che, indossando il velo, stava obbedendo ad un precetto religioso e quindi manifestando in tal modo la sua volontà di rispettare rigorosamente i doveri imposti dalla fede islamica. Di conseguenza, la sua decisione di indossare il velo può essere considerata come motivata o ispirata da una religione o da un credo e, senza decidere se tale decisione sia in ogni caso adottata per rispettare un dovere religioso, la Corte procede presumendo che la normativa in questione [...] costituisca un'interferenza con il diritto della ricorrente a*

⁹⁵ Caso *X v. Regno Unito*, ricorso n. 5442/72, 1974, pag. 2

⁹⁶ HARRIS D., O'BOYLE M., WARBRICK., *Law of the European Convention on Human Rights...*, cit. nota 22, pag. 433

⁹⁷ Caso *Leyla Sahin v. Turchia*, ricorso n. 44774/98, 2005

manifestare la sua religione"⁹⁸. Presumendo quindi l'esistenza di tale interferenza, alla Corte spetta di valutarne la legittimità.

7. La definizione del concetto di religione nella Convenzione Europea

Se sul versante della "*practice*" e di ciò che costituisce manifestazione ai sensi dell'articolo 9 l'approccio si è rivelato restrittivo, sul versante della determinazione dei culti ammessi, Commissione e Corte hanno assunto un atteggiamento maggiormente propenso all'inclusione.

Una delle critiche che viene mossa con frequenza alla Corte di Strasburgo è quella di non essersi sufficientemente confrontata con la questione della definizione del concetto di religione. L'importanza infatti di trovare dei confini a questo aspetto risiede nella necessità di delimitare anche un'area entro la quale una persona sia libera di credere ed agire in conformità con le sue convinzioni, senza che subisca alcun vincolo da parte dell'ordinamento⁹⁹. E' un compito tuttavia non privo di rischi: "*those with the power to define religion must steer between the Scylla of under-inclusiveness and the Charybdis of over-inclusiveness*"¹⁰⁰. Il pericolo insito nel delineare il concetto di religione è da un lato quello di escludere a priori certi gruppi religiosi invece meritevoli di protezione, magari dando preferenza a quelli più conosciuti e familiari; dall'altro lato, proprio mossi da questa consapevolezza, il rischio è quello di propendere per una definizione estremamente vaga e tale da rendere il concetto privo di un qualche effettivo significato¹⁰¹. Nelle società moderne, caratterizzate da un sempre maggiore pluralismo religioso, le stesse corti nazionali vivono certe problematiche per identificare una nozione condivisa di religione pur collocandosi all'interno di un ambito nazionale la cui comunità condivide la medesima origine storica, una identità culturale e dei fondamenti comuni. La difficoltà di arrivare ad

⁹⁸ IBIDEM, par. 78

⁹⁹ ADHAR R., LEIGH I., *Religious Freedom in the Liberal State*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pag. 141

¹⁰⁰ IDEM, pag. 141

¹⁰¹ IDEM, pag. 141

un approccio condiviso sulla religione è maggiormente amplificata nel contesto sovranazionale europeo; seppur per la maggior parte caratterizzati da un innegabile *background* cristiano, i 47 stati del Consiglio d'Europa mostrano profonde differenze circa il rapporto tra potere secolare e potere temporale nonché sul ruolo spettante alla religione nello spazio pubblico¹⁰². Tradizionalmente infatti possiamo identificare stati che si riconoscono in una chiesa nazionale o di stato, stati caratterizzati da relazioni pattizie con le rappresentanze religiose e stati in cui vige una netta separazione tra stato e chiesa. Queste differenze si ripercuotono a livello internazionale. Si pensi anche semplicemente all'acceso dibattito scatenato dalla presenza o meno di un riferimento esplicito alle radici cristiane nell'ormai tramontato progetto di un Trattato costituzionale europeo¹⁰³.

La Corte di Strasburgo vive queste difficoltà; essa non può fare riferimento ad un ordine costituzionale per valutare quali siano le forme di relazione tra stato e chiesa preferibili o quali siano i culti meritevoli di protezione; ha affermato: *"it is not possible to discern throughout Europe a uniform conception of the significance of religion in society; even within a single country such conceptions may vary"*¹⁰⁴. Essa ha preferito adottare un atteggiamento neutro che permettesse un bilanciamento tra la protezione dei diritti individuali e le peculiari caratteristiche dei vari stati membri¹⁰⁵. Non solo la Corte non ha ritenuto necessario dare una definizione di cosa costituisce religione ma ha anche affermato che questo non è un compito ad essa spettante. Si legge infatti nel caso *Kimlya e altri v. Russia*¹⁰⁶: *"the Court observes that the question whether or not Scientology may be described as a "religion" is a matter of controversy among the member*

¹⁰² BRATZA N., *The precious asset: Freedom of religion under the European Convention on Human Rights, in Religion and Discrimination Law in the European Union*, in HILL M. (a cura di), *European Consortium for Church and State Research*, Tier, 2012, pag. 10

¹⁰³ Si veda FUMAGALLI CARULLI O., *Costituzione Europea, radici cristiane e Chiese*, in www.olir.it, disponibile al link http://www.olir.it/areetematiche/83/documents/Fumagalli_Carulli_RadiciCristianeEuropa.pdf, 2005

¹⁰⁴ Caso *Otto-Preminger v. Austria*, ricorso n. 13470/87, 1994, par. 50

¹⁰⁵ BRATZA N., *The precious asset: Freedom of religion under the European Convention...*, cit. nota 102, pag. 10

¹⁰⁶ Caso *Kimlya e altri v. Russia*, ricorso n. 76836/01 and 32782/03, 2010, par. 79

States. It is clearly not the Court's task to decide in abstracto whether or not a body of beliefs and related practices may be considered a "religion" within the meaning of Article 9 of the Convention. In the absence of any European consensus on the religious nature of Scientology teachings, and being sensitive to the subsidiary nature of its role, the Court considers that it must rely on the position of the domestic authorities in the matter and determine the applicability of Article 9 of the Convention accordingly"¹⁰⁷. Sono gli stati che giocano il ruolo di attori principali in quest'ambito. Si vedrà infatti che, con riguardo alla libertà religiosa, la Corte farà ampio uso della dottrina del margine di apprezzamento per concedere un margine di discrezionalità alle autorità nazionali.

Data quindi la difficoltà di trovare una definizione sufficientemente vaga da abbracciare l'immenso repertorio di fedi religiose ma tale da non risultare in pratica di impossibile applicazione, la Corte e la Commissione hanno preferito affidarsi esplicitamente al termine *belief* piuttosto che al più "pericoloso" concetto di religione¹⁰⁸. Questo è stato reso possibile dal testo stesso dell'articolo 9 che ricomprende nell'ambito di protezione non solo la religione ma più in generale le convinzioni personali - *beliefs*. L'approccio di Strasburgo è stato quello di definire *religion* o *belief* ai sensi dell'articolo 9 in modo generalmente ampio ed inclusivo. Anche questo approccio tuttavia non è privo di problematiche; esso infatti sembra rimandare a monte il problema che si aveva a valle: solo la manifestazione di *religion* e *belief* trova protezione nell'articolo 9,¹⁰⁹ non l'espressione di pensiero e coscienza. È nuovamente di fondamentale importanza quindi cercare di porre dei filtri nel definire *religion* e *belief* per distinguerli da ciò che l'articolo 9 menziona come *thought* e *conscience*.

¹⁰⁷ IDEM, par. 79

¹⁰⁸ BRATZA N., *The precious asset: Freedom of religion under the European Convention...*, cit. nota 102, pag. 11; si veda anche TULKENS F., *Freedom of Religion under the European Convention on Human Rights: A Precious Asset*, in *BYU Law Review*, Vol. 2014, n. 3, Art. 3, disponibile al link <http://digitalcommons.law.byu.edu/lawreview/vol2014/iss3/3>, 2015, pag. 509

¹⁰⁹ EVANS M. D., *Religious Liberty and International Law in Europe...*, cit. nota 14, pag. 290

Oltre alle religioni tradizionali – Cristianesimo, Ebraismo, Islam, Buddismo, Religione Sikh, Induismo - sono state ammesse anche religioni minoritarie come Testimoni di Geova o più controverse come la Chiesa di *Scientology*, il *Divine Light Zentrum* e il culto Moon. Sembra che le forme religiose di minoranza siano ammesse più facilmente se sono in grado di dimostrare anche nella propria fede l'esistenza di certe caratteristiche già riscontrabili in una forma accettata di credo religioso. Pare quindi che l'esistenza di una fede minoritaria debba essere in qualche modo provata dal ricorrente e non semplicemente presunta¹¹⁰. Così si è espressa la Commissione nel caso *X v. Regno Unito*¹¹¹; il ricorrente, carcerato, affermava di essere "*president of a society of occult sciences*" e chiedeva di essere registrato come membro della religione "Wicca" per poter accedere a certe agevolazioni per l'esercizio della sua religione. Nell'opinione della Commissione "*it is evident that such facilities are only conceivable if the religion to which the prisoner allegedly adheres is identifiable*"¹¹². La Commissione, nel rigettare la sua richiesta, osserva che il richiedente non aveva menzionato alcun fatto che consentisse di stabilire l'esistenza della religione Wicca.

L'articolo 9 oltre a tutelare la libertà di religione garantisce anche la libertà dalla religione e la libertà di non credere. La Corte ha infatti affermato che la libertà di pensiero, coscienza e religione, oltre ad essere "*one of the most vital elements that go to make up the identity of believers and their conception of life*" è anche "*a precious asset for atheists, agnostics, sceptics and the unconcerned*"¹¹³. Oltre alle convinzioni religiose, la giurisprudenza di Strasburgo ha ricompreso anche convinzioni di natura non religiosa o filosofica, quali il pacifismo, il veganismo, le convinzioni anti abortiste e anche ideologie politiche come il comunismo¹¹⁴.

¹¹⁰ IDEM, pag. 290

¹¹¹ Caso *X v. Regno Unito*, ricorso n. 7291/75, 1977

¹¹² IBIDEM, pag. 55-57

¹¹³ Caso *Kokkinakis v. Grecia*, ricorso n. 14307/88, 1993, par. 31

¹¹⁴ EVANS M. D., *Religious Liberty and International Law in Europe...*, cit. nota 14, pag. 290

L'approccio adottato quindi è sostanzialmente ampio, tuttavia se troppo individualistico comporta il rischio di un abuso. In realtà, analizzando la giurisprudenza degli organi di Strasburgo emerge un filo conduttore comune; una convinzione per essere protetta dall'articolo 9 deve avere una certa coerenza, rilevanza e serietà, non deve essere incompatibile con la dignità umana e deve attenere a certe questioni fondamentali. I seguenti casi daranno conto di questa impostazione.

Innanzitutto, una convinzione ai sensi dell'articolo 9 deve assumere un certo livello di coerenza morale ed intellettuale¹¹⁵. Nel caso *X v. Repubblica Federale di Germania*¹¹⁶ il ricorrente rivendicava la volontà, una volta morto, di essere cremato e di vedere le ceneri sparse nella sua proprietà. Riteneva che fosse una forma di esercizio delle sue convinzioni religiose. Sarebbe stato infatti per lui inconcepibile essere sepolto in un cimitero pieno di simboli cristiani. Egli richiamava, tra le altre, le garanzie offerte dall'art. 9 della Convenzione Europea. La questione che la Commissione si trova a valutare è se *"the applicant's wish to be buried on his own land according to his religious beliefs is protected by Article 9(1) as being the manifestation of a belief in practice"*. La Commissione esclude che si tratti di una manifestazione protetta poiché non ritiene sussistere alcun credo. Pur riconoscendo che l'azione desiderata fosse mossa da una forte motivazione personale essa non costituiva una visione coerente circa questioni fondamentali¹¹⁷ e dunque non poteva qualificarsi come *belief* ai sensi dell'articolo 9. Con il medesimo ragionamento, nel caso *Pretty v. Regno Unito*¹¹⁸, la Corte, pur non mettendone in dubbio la fermezza, ha escluso che le idee della ricorrente circa il suicidio assistito potessero costituire *beliefs* ai sensi

¹¹⁵ EVANS C., *Religious Freedom in European Human Rights Law...*, cit. nota 11, pag. 390

¹¹⁶ Caso *X v. Repubblica federale di Germania*, ricorso n. 8741/79, 1981

¹¹⁷ IDEM; "The desired action has certainly a strong personal motivation. However, the Commission does not find that it is a manifestation of any belief in the sense that some coherent view on fundamental problems can be seen as being expressed thereby".

¹¹⁸ Caso *Pretty v. Regno Unito*, 2346/02, 2002

dell'articolo 9¹¹⁹. Osserva infatti che “non tutte le opinioni o convinzioni costituiscono *beliefs* protetti [...] dalla Convenzione. Le affermazioni [della ricorrente] non comportano una forma di manifestazione di una religione o convinzioni personali, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche o l'osservanza, come descritto nella seconda frase del primo comma [dell'art. 9]”¹²⁰. Ancora la Commissione nel caso *Salonen v. Finlandia*¹²¹ ha escluso che la volontà dei genitori di scegliere il nome dei figli potesse essere ricondotta a *belief*: “[t]he desired name has certainly a strong personal motivation. However, the Commission does not find that it is a manifestation of any belief in the sense that some coherent view on fundamental problems can be seen as being expressed thereby”¹²².

Un'altra indicazione utile per delimitare il concetto di *belief* viene fornita, seppur indirettamente, nel caso *Campbell e Cosans v. Regno Unito*¹²³ del 1982; la Corte di Strasburgo si trova a affrontare un ricorso contro la previsione e l'utilizzo di punizioni corporali “didattiche” all'interno delle istituzioni scolastiche statali in Scozia. Pronunciandosi a proposito del significato delle convinzioni religiose e filosofiche ai sensi dell'articolo 2 Protocollo 1¹²⁴ della Convenzione, la Corte coinvolge anche quelle convinzioni protette ai sensi dell'articolo 9. “Nel suo significato comune la parola “convinzioni”, presa da sola, non è sinonimo delle parole “opinioni” ed “idee”, come vengono utilizzati all'articolo 10 della Convenzione,

¹¹⁹ Nel caso di specie la ricorrente era affetta dalla MND o malattia del motoneurone, una malattia degenerativa che colpisce i neuroni che controllano la muscolatura volontaria e che conduce progressivamente il paziente alla disabilità e alla morte. La ricorrente si trovava già in uno stadio di avanzata degenerazione muscolare, pur rimanendo intatta la sua capacità cognitiva e chiedeva di poter accedere al suicidio assistito, non consentito ai sensi della legge inglese.

¹²⁰ Caso *Pretty v. Regno Unito*, 2346/02, 2002, par. 82. Nel caso di specie, il suo punto di vista ribadiva piuttosto l'affermazione del principio dell'autonomia personale, riconducibile all'articolo 8 della Convenzione

¹²¹ Commissione, caso *Salonen v. Finlandia*, ricorso n. 27868/95, 1997

¹²² IBIDEM, par. 2

¹²³ Caso *Campbell e Cosans v. Regno Unito*, ricorsi n. 7511/76; 7743/76, 1982

¹²⁴ CEDU, Primo Protocollo Addizionale, Art. 2 Diritto all'istruzione: “Il diritto all'istruzione non può essere rifiutato a nessuno. Lo Stato, nell'esercizio delle funzioni che assume nel campo dell'educazione e dell'insegnamento, deve rispettare il diritto dei genitori di provvedere a tale educazione e a tale insegnamento secondo le loro convinzioni religiose e filosofiche”.

che garantisce la libertà di espressione, ma è più simile al termine "credenze" che figurano all'articolo 9 che garantisce la libertà di pensiero, di coscienza e di religione - e denota convinzioni che raggiungono un certo livello di cogenza, serietà, coerenza e rilevanza"¹²⁵. Inoltre, "avuto riguardo alla Convenzione nel suo insieme, [...] l'espressione "filosofiche" nel contesto attuale denota, a parere della Corte, convinzioni che sono degne di rispetto in una "società democratica" e non sono incompatibili con la dignità umana"¹²⁶.

¹²⁵ Caso *Campbell e Cosans v. Regno Unito*, ricorsi n. 7511/76; 7743/76, 1982, par. 36

¹²⁶ IDEM, par. 36

CAPITOLO SECONDO

LE *RELIGIOUS ACCOMMODATIONS* NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

1. La manifestazione religiosa e il concetto di accomodamento ragionevole

Da circa vent'anni, a causa dei flussi migratori che lo vedono partecipe, il continente europeo sta vivendo una trasformazione della propria società in una sempre più pluralista, multiculturale e multi-etnica. Questo ha portato alla formazione o alla crescita di minoranze religiose con caratteristiche e bisogni nuovi che non sempre riescono ad essere soddisfatti dalle strutture sociali già esistenti, poiché solitamente ed istintivamente confezionate sulle necessità della maggioranza della popolazione. Ad esempio, è chiaro che le leggi che di norma prevedono la domenica come giorno di chiusura lavorativa settimanale o le c.d. feste nazionali comandate sono state previste avendo un chiaro gruppo religioso in mente¹. In questo scenario, le minoranze religiose che vivono in Europa, come Ebrei, Musulmani, Avventisti del Settimo Giorno, e le cui necessità non combaciano con quelle della maggioranza della popolazione, possono incontrare delle difficoltà nel compiere le azioni della vita quotidiana; si può pensare ad esempio a coloro che in nome della religione devono seguire dei particolari regimi alimentari o avere un certo abbigliamento. Le donne musulmane o gli uomini Sikh, cui la religione impone di indossare rispettivamente il velo e il turbante, possono ad esempio sentirsi svantaggiati da regole di abbigliamento o stile che in qualche modo si scontrano con le loro esigenze religiose. Sono sempre più frequenti i casi in cui queste persone, nei contesti in cui si esplica la vita quotidiana e soprattutto nell'ambito lavorativo, chiedono di poter ottenere un certo regime particolare che permetta loro di conciliare

¹ ALIDADI K., *Reasonable Accommodations for Religion and Belief: Adding Value to Article 9 ECHR and the European Union's Anti-Discrimination Approach to Employment?*, in *European Law Review*, n. 6, 2012, pag. 699

gli obblighi lavorativi o civili con quelli di fede. Si chiede quindi se possa sussistere un diritto ad ottenere “soluzioni ragionevoli” per accomodare particolari richieste che siano determinate da esigenze religiose. Si parla a tal proposito di diritto ad una *reasonable accommodation* per motivi religiosi. Secondo taluni, la ratio che accompagna questo concetto sarebbe ravvisabile nel principio di uguaglianza: uguaglianza significa trattare situazioni uguali in modo uguale ma anche trattare in modo diverso situazioni diverse; consentire soluzioni ragionevoli significa eliminare quelle barriere che impediscono la piena partecipazione di tutti alla vita della società e l’equo accesso all’occupazione e ai servizi². Quando le persone con un particolare abito religioso non sono autorizzate a svolgere un particolare lavoro o ad ottenere l’accesso ad una determinata posizione o a ricevere un servizio particolare, questo costituisce un ostacolo alla piena partecipazione. Analogamente, l’utilizzo di rigidi orari di lavoro o rigide regole per il giorno di riposo impedisce alle persone di conformarsi alle disposizioni, per i momenti di preghiera o frequentazione dei luoghi di culto, date dalla religione cui appartengono. Questo complica in modo simile la loro partecipazione effettiva nella società. Una soluzione ragionevole a questo riguardo potrebbe consistere, per esempio, nel consentire di indossare l’abito o il simbolo religioso e nell’introduzione di orari di lavoro flessibili³. È bene sottolineare subito che accompagnando il concetto di accomodamento con l’aggettivo ragionevole se ne definisce il confine. Il dovere di accomodamento non è assoluto ma incontra dei limiti; esso può sussistere purché non comporti delle soluzioni eccessivamente

² HENRARD K., *A Critical Appraisal of the Margin of Appreciation Left to States Pertaining to 'Church-State Relations' Under the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in FOLETS M.C., ALIDADI K., VRIELINK J. (a cura di), *Test of Faith? Religious Diversity and Accommodation in the European Workplace (Cultural Diversity and Law in Association with RELIGARE)*, Aldershot, Ashgate, 2012, disponibile al link SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2307845> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.230784>, pag. 79

³ HENRARD K., *Duties of Reasonable Accommodation in Relation to Religion and the European Court of Human Rights: A Closer Look at the Prohibition of Discrimination, the Freedom of Religion and Related Duties of State Neutrality*, in *Erasmus Law Review*, Vol. 5, n. 1, 2012, pag. 62

gravose e sproporzionate anche alla luce della tutela dei diritti di tutti coloro che possono risultare coinvolti⁴.

Di seguito si analizzerà la giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo per valutare se sia possibile identificare un diritto all'accomodamento ragionevole nella Convenzione europea.

1.1. La manifestazione religiosa e la neutralità della legge

Di accomodamento si può parlare innanzitutto nel caso in cui gli individui vedano limitata la possibilità di manifestare la loro religione, indirettamente, per effetto di una legge che persegue degli obiettivi che si possono definire "neutri". Sulle loro spalle viene a porsi un "*moral burden*": essi devono scegliere se "disobbedire alla legge o disobbedire alla loro coscienza – in un caso il risultato è una punizione terrena, nell'altro una sanzione spirituale"⁵.

In questi casi, l'atteggiamento della Commissione Europea prima, e della Corte poi, è stato quello di negare che sussistesse una qualsiasi protezione ex articolo 9 e di conseguenza alcuna violazione. La libertà religiosa, secondo la Corte, non conferisce infatti il diritto di venire esentati da una disciplina generale e neutra. Ad esempio nel caso *C. v. Regno Unito* del 1983⁶, la Commissione ha escluso la protezione dell'art. 9 per la cosiddetta obiezione fiscale. Il ricorrente, in quanto Quacchero, era portatore di convinzioni pacifiste e sosteneva che l'obbligo di pagare una tassa, che in una certa misura andava a finanziare spese militari, costituisse un oltraggio alla sua coscienza e dunque fosse contrario alle previsioni dell'art. 9 primo comma. La Commissione dichiara il ricorso inammissibile; l'art. 9 non garantisce sempre il diritto di comportarsi nella sfera pubblica nel modo dettato dalla propria fede ed in particolare non conferisce il diritto di rifiutare, sulla base delle proprie convinzioni,

⁴ IBIDEM, pag. 63

⁵ MARTÍNEZ TORRÓN J., *Religious liberty in European Jurisprudence*, in HILL M., (a cura di), *Religious Liberty and Human Rights*, University of Wales Press, Cardiff, 2002, pag. 122

⁶ *C. v. Regno Unito*, ricorso n. 10358/83, 1983

di rispettare la legge. L'obbligo di pagare le tasse è generale e non ha in sé particolari implicazioni di coscienza. La sua neutralità in questo senso è anche dimostrata, secondo la Corte, dal fatto che nessun contribuente possa influenzare o determinare lo scopo al quale sono destinati i suoi contributi.

Un altro esempio è il caso *Karaduman v. Turchia*⁷; la ricorrente, musulmana, dopo aver ottenuto una laurea in farmacia presso l'Università di Ankara, aveva fatto richiesta alle autorità amministrative del relativo certificato. Le era stato negato perché aveva fornito una foto identificativa che la ritraeva con il velo. La ricorrente denunciava la violazione del suo diritto alla libertà di pensiero, coscienza e di religione. Per un periodo di due anni, infatti, il suo certificato non le era stato rilasciato perché non aveva fornito una fotografia che mostrava il volto a capo scoperto, quando apparire in tal modo sarebbe stato inconciliabile con la manifestazione dei suoi sentimenti religiosi. Secondo il governo convenuto invece, il rifiuto delle autorità amministrative non interferiva in alcun modo con il suo diritto alla libertà religiosa e oltretutto era congruo con il rispetto del principio fondamentale di laicità.

La Commissione reitera che l'articolo 9 non garantisce sempre il diritto di comportarsi nella sfera pubblica nel modo che è dettato dalle proprie convinzioni e, in particolare, il termine "pratica", come impiegato dal primo comma, non copre ogni atto motivato o influenzato da una religione o da un credo. Al fine di determinare se vi sia stata una violazione dell'articolo 9, la Commissione verifica in primo luogo se essere costretta a mostrarsi a capo scoperto in una foto, come unico mezzo per ottenere il certificato di laurea, costituisca un'interferenza con l'esercizio della libertà di religione. Essa pone a base del suo ragionamento il fatto che la studentessa avesse volontariamente scelto di studiare in una università laica; così facendo aveva accettato le regole di quella Università. La Commissione ritiene infatti che uno studente di una università laica sia implicitamente soggetto, per la natura delle cose, a certe regole di condotta poste per assicurare il rispetto dei diritti di tutti. Tali regole

⁷ Caso *Karaduman v. Turchia*, ricorso n. 16278/90, 1993

possono “rendere la libertà degli studenti di manifestare la propria religione soggetta a restrizioni volte a garantire la coesistenza armoniosa tra studenti di diverse credenze”⁸. Ma soprattutto la Corte afferma che un certificato di laurea non ha una correlazione con la manifestazione di una religione; si legge infatti: “un certificato di laurea non è un documento destinato al grande pubblico. Lo scopo della fotografia apposta su un certificato [...] è quello di identificare la persona interessata. Non può essere usata da quella persona per manifestare le sue convinzioni religiose. Tenuto conto delle esigenze di un sistema universitario laico, la Commissione ritiene che non vi sia stata alcuna interferenza con il diritto garantito dall'articolo 9 comma 1 della Convenzione”⁹. Poiché la disposizione sul certificato di laurea non aveva quindi alcun obiettivo religioso ma serviva solo a scopi identificativi – neutri -, la Commissione conclude negando la sussistenza di una interferenza.

1.2. La manifestazione religiosa in particolari contesti

Una pretesa ad un particolare accomodamento delle esigenze religiose è stata sollevata anche in peculiari situazioni in cui vi era necessità di tutelare la sicurezza pubblica. In tali casi, gli organi della Convenzione non si sono mostrati particolarmente accomodanti verso le richieste avanzate dai soggetti religiosi preferendo dare prevalenza agli interessi generali; ad esempio, gli organi di Strasburgo hanno sempre rigettato i ricorsi concernenti il divieto di indossare simboli religiosi, imposto in determinati contesti sensibili per la sicurezza¹⁰. Ad esempio, nel caso *X v. Regno Unito*¹¹, la Commissione Europea ha respinto il ricorso di un ricorrente di religione Sikh. Il ricorrente lamentava di essere stato penalizzato dalla legislazione che imponeva obbligatoriamente – per motivi di sicurezza - l’uso del

⁸ IBIDEM, pag. 108

⁹ IBIDEM, pag. 109

¹⁰ Per l’elencazione dettagliata della giurisprudenza, si veda COUNCIL OF EUROPE, *European Court of Human Rights, Case-law analysis, Case-law guide*, disponibile al link: http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_9_ENG.pdf, 2015

¹¹ Commissione Europea, *X v. Regno Unito* (decisione), ricorso n. 7992/77, 1978

casco per poter circolare con un ciclomotore. La Commissione ha affermato infatti: *“where a religion requires its adherents to wear a turban, the compulsory wearing of crash helmets can be considered justified under the terms of Article 9 (2)”*¹². Ancora, nel caso *Phull v. Francia*¹³ la Corte ha rigettato un ricorso simile; si trattava sempre di una persona di religione Sikh che lamentava di aver subito una violazione della sua libertà di religione quando era stata obbligato a togliersi il turbante – che portava per motivi religiosi – durante i controlli di sicurezza in aeroporto. Dichiarando irricevibile il ricorso, la Corte afferma *“security checks in airports are undoubtedly necessary in the interests of public safety within the meaning of that provision. Secondly, the arrangements for implementing them in the present case fell within the respondent State’s margin of appreciation, particularly as the measure was only resorted to occasionally”*¹⁴.

Esigenze legate alla tutela della pubblica sicurezza sono state fatte valere dalla Francia anche nel caso *El Morsli v. Francia*¹⁵ del 2008. La ricorrente era una donna di fede musulmana sposata ad un francese residente in Francia. Le era stato negato l’ingresso al consolato francese di Marrakech poiché ai controlli di sicurezza si era rifiutata di togliere, a fini identificativi, il velo che indossava per motivi religiosi.

Secondo la Corte la richiesta fatta alla donna di togliere il velo al controllo di identità costituisce una limitazione della sua libertà religiosa ai sensi dell’articolo 9. Non riscontra dubbi sulla ricorrenza dei primi due requisiti della *limitation clause*, la base normativa e la sussistenza di un obiettivo legittimo, ossia la garanzia di pubblica sicurezza ed interesse pubblico. Quanto all’ultimo requisito, la Corte riconosce che i controlli di sicurezza sono indubbiamente necessari, ma sostiene anche che le modalità con cui attuarli ricadono nel margine di apprezzamento statale. In particolare, lo Stato non eccede tale margine anche se non tenta di accomodare la richiesta o di facilitare la posizione della donna, prevedendo ad esempio la presenza di un agente di sesso femminile al controllo di identità. In

¹² IBIDEM, pag. 234

¹³ Caso *Phull v. Francia* (decisione), ricorso n. 35753/03, 2005

¹⁴ IBIDEM, pag. 3

¹⁵ Caso *El Morsli v. Francia* (decisione), ricorso n. 15585/06, 2008

conclusione, dato che l'obbligo di togliere il velo era occasionale e limitato in termini di tempo, a parere della Corte, la donna non aveva sofferto una limitazione sproporzionata della sua libertà religiosa.

Simile l'impostazione anche nel caso *Mann Singh v. Francia*¹⁶; il ricorrente era ancora un fedele Sikh che, invocando gli articoli 8, 9 e 14 - in combinato con gli articoli 8 e 9 - della Convenzione, riteneva che l'obbligo di apparire senza turbante sulla foto per la patente di guida costituisse un danno alla sua vita privata e alla sua libertà di religione e coscienza. Egli denunciava l'assenza, nella regolamentazione contestata, di un trattamento diverso riservato ai membri della sua comunità religiosa. Secondo la Corte, la regolamentazione ad oggetto, imponendogli di apparire a "testa nuda" sulla foto d'identità rappresentava una ingerenza con la sua libertà religiosa, anche se motivata da esigenze di pubblica sicurezza. La Corte, richiamando la giurisprudenza di cui sopra, rileva che la foto d'identità con la "testa nuda" era "necessaria alle autorità incaricate della sicurezza pubblica e della protezione dell'ordine pubblico, in particolare nel quadro di controlli effettuati in relazione alle disposizioni del codice stradale, per identificare il conducente [ed] accertarsi del suo diritto di condurre il veicolo interessato. Tali controlli erano necessari alla sicurezza pubblica ai sensi dell'articolo 9 § 2 della Convenzione"¹⁷. L'ingerenza era quindi necessaria e proporzionata.

2. La manifestazione religiosa nel particolare contesto lavorativo

Un altro ambito in cui si assiste ad una accresciuta richiesta di pretese derivanti da ragioni religiose è senza dubbio quello lavorativo, sia privato che pubblico; quando la manifestazione religiosa si viene ad intrecciare con un contesto particolare, come quello delle relazioni contrattuali nell'ambiente di lavoro, l'approccio degli organi di Strasburgo non è stato particolarmente garantista nei confronti dell'individuo. Con sempre maggiore frequenza capita infatti che i lavoratori credenti vogliano

¹⁶ Caso *Mann Singh v. Francia* (decisione), ricorso n. 24479/07, 2008

¹⁷ IBIDEM, pag. 7

condividere, manifestare, mostrare i loro sentimenti religiosi anche nell'ambiente di lavoro. A tale riguardo il tradizionale approccio di Strasburgo è stato quello di negare che sussistesse un'interferenza con il diritto di manifestare il sentimento religioso allorché questi lavoratori non fossero riusciti a far valere le loro pretese.

Il concetto dell'accomodamento ragionevole del lavoratore nasce negli ordinamenti statunitense e canadese; negli Stati fu introdotto a livello legislativo nel 1971 con un emendamento al Titolo VII del *Civil Rights Act* del 1964 nel contesto della discriminazione religiosa sul luogo di lavoro e successivamente fu esteso anche al contesto della disabilità. In Canada venne invece introdotto per via giurisprudenziale dalla Corte Suprema a partire dalla metà degli anni Ottanta ed ha valenza trasversale¹⁸; nel caso *Ontario Human Rights Commission y O'Malley c. Simpson Sears Ltd* del 17 dicembre 1985, la Corte Suprema Canadese per la prima volta riconosce il diritto dell'impiegata ad un adattamento dell'orario di lavoro per venire incontro alle sue esigenze di fede, salvo che questo non costituisse per il datore "*undue hardship*"¹⁹.

In Europa la teoria dell'accomodamento ragionevole nel campo religioso non è stata oggetto di politiche legislative o pronunce giurisprudenziali particolarmente significative. Per quanto riguarda l'Unione Europea, da notare è la direttiva 2000/78/CE che è finalizzata a stabilire una cornice per combattere la discriminazione diretta e indiretta nei luoghi di lavoro, fondata su religione, convinzioni personali, handicap, età e orientamento sessuale. La direttiva fa riferimento al concetto dell'accomodamento ragionevole ma lo limita al solo fattore della disabilità²⁰. Inoltre,

¹⁸ ALIDADI K., *Reasonable Accommodations for Religion and Belief...*, cit. nota 1, pag. 694

¹⁹ SCC, caso *Ontario Human Rights Commission y O'Malley v. Simpson Sears Ltd*, 2 RCS 536, 1985

²⁰ Direttiva 2000/78/CE, del 27 novembre 2000, Art. 5, Soluzioni ragionevoli per i disabili: "Per garantire il rispetto del principio della parità di trattamento dei disabili, sono previste soluzioni ragionevoli. Ciò significa che il datore di lavoro prende i provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione o perché possano ricevere una formazione, a meno che tali provvedimenti richiedano da parte del datore di lavoro un onere finanziario sproporzionato. Tale soluzione non è sproporzionata allorché l'onere è compensato in modo sufficiente da misure esistenti nel quadro della politica dello Stato membro a favore dei disabili".

con i recenti casi Achbita e Bougnaoui²¹, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha avuto modo di affermare la prevalenza nell'ambito dell'Unione della libertà d'impresa rispetto alla manifestazione religiosa della lavoratrice musulmana, cui non era stato consentito di indossare il velo durante l'attività lavorativa²². Interessante è il passaggio dell'Avvocato generale Kokott in Achbita in cui esclude chiaramente che il lavoratore religioso possa pretendere dal datore di lavoro "soluzioni ragionevoli" come quelle conosciute nel diritto nord-americano²³.

Per quanto riguarda il Consiglio d'Europa, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e prima di essa la Commissione hanno affrontato numerosi casi riguardanti le *religious accommodations* nell'ambito lavorativo. In particolare possiamo delinearne tre tipologie: la prima riguarda la richiesta di modulare l'orario di lavoro per poter rispettare doveri religiosi connessi alla preghiera diurna o alle festività religiose; la seconda attiene alla pretesa di indossare particolari simboli religiosi nel luogo di lavoro; infine la terza riguarda la richiesta di venir esentati dal compiere delle particolari mansioni contrarie ai dettami della fede e della coscienza, ossia l'obiezione di coscienza in senso stretto.

²¹ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, *Samira Achbita e centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. G4S Secure Solutions NV*, Causa C-157/2015 del 14 marzo 2017; *Asma Bougnaoui e Association de défense des droits de l'homme (ADDH) v. Micropole SA*, Causa C-188/2015 del 14 marzo 2017.

²² Si rimanda a PAGOTTO T., ERVAS E., *Achbita v. Eweida, Libertà religiosa e libertà d'impresa a confronto*, in *Federalismi.it Focus Human Rights*, n. 2, 2017.

²³ Conclusioni dell'Avvocato Generale J. KOKOTT del 31 maggio 2016, in Achbita, ECLI:EU:C:2016:382, par. 110: "Al riguardo, occorre in particolare osservare che il legislatore dell'Unione prescrive di regola «soluzioni ragionevoli» solo per i disabili, «per garantire il rispetto del principio della parità di trattamento» (articolo 5 della direttiva 2000/78). Per quanto riguarda altre caratteristiche correlate ad una disparità di trattamento, in particolare la religione, è invece conforme alla valutazione del legislatore della direttiva 2000/78, non esigere dai datori di lavoro siffatte soluzioni. È vero che ciò non esclude che vengano tuttavia cercate soluzioni individuali in funzione della situazione di fatto; cionondimeno, dal datore di lavoro non dovrebbe al riguardo essere preteso uno sforzo organizzativo particolarmente elevato. Infatti, il lavoratore non deve necessariamente esercitare sul luogo di lavoro determinate pratiche religiose, ma può di regola farlo in maniera soddisfacente anche nel tempo libero". Si veda A. PIN, *Is There a Place for Islam in the West? Adjudicating the Muslim Headscarf in Europe and the United States*, in *Notre Dame Law Review Online*, in corso di pubblicazione, disponibile su SSRN al link https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2948765.

La giurisprudenza CEDU ha sicuramente subito un'evoluzione in merito: da un atteggiamento decisamente restrittivo, che escludeva in *toto* una qualsiasi limitazione della libertà religiosa in queste situazioni, si è passati ad un atteggiamento più conciliante, volto a soppesare tutti gli interessi in gioco, sia individuali che generali, nella valutazione di proporzionalità della restrizione. Se è certo che per lungo tempo le istituzioni di Strasburgo non hanno visto con favore il riconoscimento di un esplicito dovere di accomodamento, ad oggi, nonostante una certa evoluzione positiva, può dirsi ancora incerto se possa esistere un tale dovere. Le soluzioni attualmente raggiunte risultano ampiamente influenzate da considerazioni generali che attengono al rapporto tra la Corte e gli Stati membri del Consiglio d'Europa e alla natura di trattato internazionale della Convenzione; considerazioni che trovano spazio nella dottrina del margine di apprezzamento.

La questione delle *religious accommodations* nel contesto della Convenzione Europea può essere affrontata da due diverse prospettive²⁴: la prima, c.d. *liberty approach*, attiene al contenuto della libertà religiosa e mira a ricomprendere nel diritto garantito dall'articolo 9 anche il diritto alla *religious accommodation*. La seconda prospettiva, c.d. *equality approach*, punta invece ad ottenere l'accomodamento attraverso il principio di non discriminazione, diretta e indiretta, per motivi religiosi, facendo valere l'articolo 14 della Convenzione letto in connessione con l'articolo 9²⁵. Si procederà ora all'esamina delle impostazioni assunte e dei principi sviluppati a tal proposito dalla giurisprudenza di Strasburgo.

3. La libertà religiosa individuale nel contesto lavorativo: il c.d. *liberty approach*

La Corte Europea, ricalcando quella che era la posizione anche della precedente Commissione, non ha mostrato una particolare sensibilità verso la protezione della libertà di religione dei lavoratori all'interno dei luoghi di lavoro quando questa si è

²⁴ Si veda WINTEMUTE R., *Accommodating Religious Beliefs: Harm, Clothing or Symbols, and the Refusal to Serve Others*, in *The Modern Law Review*, Vol. 77, n. 2, 2014

²⁵ IBIDEM, pag. 225

scontrata con i doveri contrattuali degli stessi²⁶. L'approccio tradizionale della giurisprudenza di Strasburgo è stato quello di negare in radice l'esistenza di una restrizione della libertà religiosa ex articolo 9 del lavoratore che si fosse visto porre dei limiti alla sua libertà di manifestare la fede durante l'attività lavorativa. Quando quindi si fosse venuto a creare un conflitto tra la libertà religiosa dell'individuo e i rispettivi obblighi lavorativi, l'approccio tradizionale di Strasburgo è stato quello di negare che queste difficoltà comportassero una restrizione della libertà religiosa ex articolo 9 primo comma. In particolare, dalla giurisprudenza delle istituzioni si può evincere che ciò avveniva utilizzando tre ordini di argomentazioni: la prima consisteva nell'escludere la natura di manifestazione religiosa ai sensi dell'art. 9 comma 1 dell'atto controverso, la seconda faceva riferimento alla c.d. "*free contract doctrine*" e la terza alla c.d. "libertà di dimettersi". I seguenti casi daranno conto di questa impostazione.

3.1. Il primo filtro: l'esclusione della natura di manifestazione religiosa ex articolo 9

La prima argomentazione utilizzata da Strasburgo per escludere in radice una restrizione della libertà religiosa, è stata quella di negare la natura di manifestazione religiosa ai sensi dell'art. 9 dell'atto controverso, rifacendosi alla dottrina del caso *Arrowsmith*²⁷; secondo questa dottrina non tutti gli atti o comportamenti motivati o ispirati da un sentimento religioso sono protetti dall'articolo 9 ma solo quelli "*intimamente connessi*" con quel sentimento. Ad esempio, la Corte ha utilizzato questa argomentazione nel caso *Kosteski v. Repubblica di Macedonia* del 2006²⁸. Il ricorrente era un dipendente della compagnia elettrica di Macedonia, una società pubblica, che si era assentato dal luogo di lavoro senza autorizzazione nonostante il superiore avesse intimato a tutti di non mancare durante una settimana di particolare carico

²⁶ MESEGUER VELASCO S., *La cuestión de las prácticas religiosas en el ámbito laboral: la jurisprudencia de Estrasburgo*, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. 144, 2015, pag. 1042

²⁷ Caso *Arrowsmith v. Regno Unito*, ricorso n. 7050/75, 1978

²⁸ Caso *Kosteski v. Repubblica di Macedonia*, ricorso n. 55170/00, 2006

lavorativo. Il dipendente aveva giustificato l'assenza con il fatto di aver celebrato una festività musulmana che era *"a public holiday for the citizens of Muslim faith under the Constitution and the respective law"*²⁹. Era stato sanzionato con la decurtazione di una parte del salario per assenza dal luogo di lavoro senza autorizzazione. Egli sosteneva di essere stato privato del suo diritto a manifestare liberamente la sua fede poiché la sanzione era conseguenza dell'assenza, motivata dalla ricorrenza religiosa musulmana. La Corte reitera che la libertà di cui all'art. 9 non protegge qualsiasi atto motivato o ispirato da una convinzione religiosa. Se l'assenza da lavoro poteva anche essere stata motivata dall'intenzione del ricorrente di celebrare la festività musulmana, la Corte non era affatto persuasa che questa fosse una manifestazione dei suoi sentimenti religiosi ai sensi dell'articolo 9 della Convenzione o che la sanzione che gli era stata imposta, per non aver rispettato il contratto assentandosi dal lavoro senza permesso, fosse una restrizione di quei diritti³⁰. Secondo la Corte infatti, *"[...] there is no right as such under Article 9 to have leave from work for particular religious holidays"*³¹; quindi nega una qualsiasi restrizione della libertà garantita dall'articolo 9.

3.2. La free-contract doctrine e la libertà di dimettersi

La seconda argomentazione utilizzata per negare in radice l'esistenza di una ingerenza nella libertà religiosa garantita dall'articolo 9 è la c.d. *free-contract doctrine*. Secondo questa impostazione, *"when the individuals enter the contract of employment they contract out of their Convention rights"*³². Per esempio, il lavoratore che accetta di attenersi ad un certo codice di abbigliamento aziendale si può dire che abbia in

²⁹ IBIDEM, par. 8

³⁰ IBIDEM, par. 38 *"[...] while it may be that this absence from work was motivated by the applicant's intention of celebrating a Muslim festival it is not persuaded that this was a manifestation of his beliefs in the sense protected by Article 9 of the Convention or that the penalty imposed on him for breach of contract in absenting himself without permission was an interference with those rights"*.

³¹ IBIDEM, par. 45

³² VICKERS L., *Religious Freedom, Religious Discrimination and The Workplace*, Hart Publishing, Oxford, 2008, pag. 93

qualche modo rinunciato ai suoi diritti religiosi, almeno per ciò che riguarda il modo di vestire durante l'attività lavorativa. Accettando quindi il contratto di lavoro e le sue regole, il lavoratore accetterebbe di limitare i suoi diritti convenzionali. Di conseguenza, secondo questa teoria, non si verrebbe a porre alcuna questione di limitazione degli stessi e men che meno di limitazione ragionevole o proporzionata³³. Non vi sarebbe quindi alcuna interferenza con l'articolo 9 quando il soggetto lavoratore, e religioso, si impegna volontariamente a tollerare delle regole che limitano la manifestazione della sua religione. Ad esempio, uno dei primi casi affrontati dalla Commissione Europea era il caso *X v. Regno Unito*³⁴. Il ricorrente era un cittadino britannico di origine indiana e di fede musulmana che svolgeva la professione di insegnante. Dovere di ogni devoto musulmano è quello della preghiera congressionale del venerdì, che se possibile deve essere offerta all'interno di una moschea. Da quando aveva ottenuto una cattedra nelle vicinanze di una moschea, il ricorrente aveva fatto richiesta di potersi assentare dal luogo di lavoro per il tempo necessario ad adempiere ai suoi doveri religiosi. La richiesta di permesso gli era stata negata finché si era visto costretto a dimettersi dal ruolo di insegnante *full time* in modo da poter soddisfare i doveri di fedele. La Commissione ricorda che l'articolo 9 protegge la manifestazione dei sentimenti religiosi sia in forma individuale che collettiva ma non in modo assoluto. In particolare, un individuo, nell'esercizio della sua libertà di manifestare il credo religioso, deve prendere in considerazione la sua specifica posizione professionale e/o contrattuale³⁵; il ricorrente di sua libera volontà aveva firmato il contratto di lavoro accettandone gli obblighi ed era alla luce di quel contratto che ora si trovava nell'impossibilità di conciliare i doveri di fede con gli obblighi lavorativi. Per tale motivo, la Commissione conclude dichiarando l'assenza di ingerenze con la libertà protetta dall'articolo 9 primo comma.

³³ IDEM, pag. 93

³⁴ Commissione Europea, caso *X v. Regno Unito*, ricorso n. 8160/78, 1981

³⁵ IBIDEM, pag. 7

Questa argomentazione è strettamente correlata alla c.d. garanzia della “libertà di dimettersi”. Secondo la giurisprudenza della Commissione prima e della Corte successivamente, se una persona era in grado di adottare delle misure per aggirare una limitazione alla sua libertà di manifestare la religione o il credo, allora non vi era alcuna interferenza con il diritto ex articolo 9 comma primo e la limitazione non necessitava pertanto di essere giustificata ai sensi dell'articolo 9 comma secondo³⁶. Ad esempio, nel caso *Pichon e Sajous v. Francia*³⁷ i ricorrenti erano due farmacisti che si erano rifiutati di vendere contraccettivi per motivi religiosi e per questo erano stati condannati dalle autorità francesi. La Corte dichiara il ricorso inammissibile escludendo che la condanna avesse prodotto un'ingerenza con la libertà religiosa dei ricorrenti; essi non potevano dare la precedenza alle loro convinzioni personali nell'attività lavorativa soprattutto perché rimanevano liberi di manifestare le loro convinzioni al di fuori della sfera professionale³⁸.

Tra le possibilità di “aggirare” la limitazione era inserita anche l'ultima garanzia di lasciare il posto di lavoro quando si fosse venuto a creare un inconciliabile conflitto tra doveri religiosi e obblighi lavorativi e cercare una diversa occupazione che rendesse invece possibile l'agognato compromesso. Questa argomentazione è stata ripetutamente utilizzata nella giurisprudenza della Commissione prima, e della Corte poi, per escludere *prima facie* l'esistenza di una limitazione della libertà religiosa del ricorrente. I seguenti casi affrontati dalla Commissione Europea sono prova dell'utilizzo di questa teoria e giungono a soluzioni simili.

Il caso *Konttinen v. Finlandia*³⁹ riguardava un cittadino finlandese, dipendente delle ferrovie dello Stato che aveva abbracciato la fede avventista; questa gli imponeva di non svolgere attività lavorativa il giorno del *Sabbath*, che inizia dal tramonto del venerdì e prosegue nella giornata del sabato. Konttinen era stato raggiunto da una

³⁶ Caso *Eweida e altri v. Regno Unito*, ricorsi n. 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, 2013, par. 83

³⁷ Caso *Pichon e Sajous v. Francia*, ricorso n. 49853/99, 2001

³⁸ IBIDEM, pag. 4

³⁹ Commissione Europea, caso *Konttinen v. Finlandia*, ricorso n. 24949/94, 1996

sanzione disciplinare prima e dal licenziamento poi, poiché si era ripetutamente assentato dal lavoro il venerdì sera in coincidenza con l'inizio del *Sabbath*, prima che avesse terminato il suo orario. Egli lamentava una violazione della sua libertà religiosa poiché *"his absence had resulted from an irreconcilable conflict between his religious convictions and work duties and not from negligence"*⁴⁰ e sosteneva che, entro ragionevoli limiti, l'articolo 9 comprendesse anche il diritto per il dipendente pubblico di rifiutarsi di compiere doveri contrari ai suoi sentimenti religiosi fintantoché non risultasse significativamente compromessa l'attività lavorativa nel complesso. Soprattutto, lamentava la sproporzionalità della sanzione dato che *"the question concerned a maximum of some five Fridays between October and March, when the sun would set at the most three and a half hours before the end of his shift. In return for a permission to finish his shift at sunset on those days he would have been prepared to work a longer shift in the summertime, when the sun would set late"*⁴¹. La Commissione dichiara il ricorso inammissibile, richiamando innanzitutto il dovere di rispettare gli obblighi lavorativi assunti con la firma del contratto di lavoro, tra i quali le regole che governano l'orario dell'attività lavorativa; e in secondo luogo, la garanzia della libertà di dimettersi quando fosse venuto a sorgere quell'inconciliabile conflitto tra le convinzioni religiose e l'orario lavorativo. Il rifiuto di rispettare quest'ultimo, seppur motivato dalle sue convinzioni religiose, non poteva dirsi protetto dall'articolo 9 primo comma della Convenzione. Il licenziamento non era stato causato dalle convinzioni religiose del ricorrente bensì dal suo rifiuto di rispettare gli obblighi lavorativi: la libertà di abbandonare il posto di lavoro è l'ultima garanzia del diritto alla libertà di religione. Quindi in questo caso la Commissione nega in radice l'esistenza di una interferenza con il *forum internum e externum* del soggetto.

Nel 1997 la Commissione affronta un altro caso simile con risultati analoghi. *Stedman v. Regno Unito*⁴² vedeva come ricorrente una cittadina britannica dipendente

⁴⁰ IBIDEM, pag. 3

⁴¹ IDEM, pag. 3

⁴² Commissione Europea, caso *Stedman v. Regno Unito*, ricorso n. 29107/95, 1997

presso un'agenzia di viaggi; le era stato chiesto, insieme agli altri colleghi, di lavorare la domenica. Inizialmente disponibile, la ricorrente aveva successivamente comunicato al datore la riluttanza a prestare lavoro alla domenica in quanto "*day devoted to non commercial, family and religious activities*"⁴³. Poiché quindi si era rifiutata di firmare il nuovo contratto che prevedeva anche la domenica come normale giorno lavorativo, era stata licenziata. La ricorrente sosteneva che il licenziamento fosse causato dall'aver manifestato la sua fede attraverso il rifiuto di prestare lavoro domenicale. Quindi dal suo punto di vista, il licenziamento costituiva una violazione della sua libertà di manifestare la religione in "*worship, practice and observance, as accorded by Article 9 of the Convention*". Il caso si differenziava dal precedente perché la donna lavorava presso un datore di lavoro privato; lo Stato non era quindi direttamente responsabile del licenziamento, tuttavia manteneva la responsabilità di assicurare a tutti il "pacifico godimento del diritto garantito dall'articolo 9"⁴⁴. Questa responsabilità, secondo la Commissione, poteva essere messa in discussione solo se fosse stato dimostrato il fatto che "*the applicant was dismissed for refusing on religious grounds to accept a contract which meant she would have to work on Sundays*" e che questo "*constituted a prima facie interference with her rights guaranteed under Article 9 of the Convention*"⁴⁵. Come nel caso precedente, la Commissione nega che il licenziamento potesse dirsi una restrizione della libertà religiosa protetta dalla Convenzione poiché "*the applicant was dismissed for failing to agree to work certain hours rather than her religious belief as such and was free to resign and did in effect resign from her employment*"⁴⁶.

Come dimostrato da questa giurisprudenza, l'impostazione di Strasburgo sembra essere alquanto modesta nella tutela accordata: di fronte ad un conflitto tra lavoro e fede, l'approccio tradizionale è stato quello di utilizzare determinati filtri per escludere *a priori* una limitazione della libertà religiosa dei lavoratori.

⁴³ IBIDEM, pag. 1

⁴⁴ IBIDEM, pag. 3

⁴⁵ IDEM, pag. 3

⁴⁶ IDEM, pag. 3

Questa impostazione ha creato un certo disappunto: il ricorso a tali filtri infatti impedisce qualsiasi valutazione sulla *ragionevolezza* del rifiuto del datore di lavoro di accomodare le richieste del dipendente, dato che esclude una qualsiasi considerazione nel merito del ricorso⁴⁷. L'argomentazione secondo cui il dipendente non sarebbe stato forzato ad accettare il posto di lavoro né a mantenerlo se inconciliabile con i doveri morali o religiosi, potrebbe rivestire una certa rilevanza; tuttavia questa argomentazione dovrebbe più opportunamente essere soppesata nella considerazione della portata del diritto alla libertà religiosa nel luogo di lavoro. Il momento preferibile per questa valutazione è considerarla nei termini di proporzionalità della restrizione piuttosto che utilizzarla come filtro iniziale di ogni richiesta. Questa considerazione è stata tracciata dalla Corte Europea nel caso *Eweida e altri v. Regno Unito*.

3.3. Il passaggio al test di proporzionalità: il caso Eweida e altri v. Regno Unito.

Il caso *Eweida* segna un punto di svolta nella giurisprudenza CEDU relativa alle manifestazioni di fede all'interno del luogo di lavoro. In primo luogo, la Corte riconosce che la volontà di indossare simboli religiosi nel luogo di lavoro o il rifiuto di svolgere certe mansioni agli antipodi con i dettami della propria fede, ricadono nell'ambito di protezione dell'articolo 9, come forme di espressione religiosa. In secondo luogo, la Corte sposta la *juridical battleground* al livello del secondo comma dell'art. 9 e quindi del test di proporzionalità⁴⁸. Infatti, non si arresta alla soglia dell'esistenza, o meglio non esistenza, di un'ingerenza con la libertà fondamentale del singolo come aveva ripetutamente fatto, ma ne va a vagliare la giustificatezza. Il tutto si gioca quindi sul piano della proporzionalità della limitazione e della ragionevolezza del rifiuto di accomodare le esigenze religiose dei lavoratori. Come

⁴⁷ MAHER J., *Eweida and others: a new era for article 9?*, in *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 63, n. 1, 2014, pag. 8

⁴⁸ HILL M., *Religious Symbolism and Conscientious Objection in the Workplace: An Evaluation of Strasbourg's Judgment in Eweida and Others v. United Kingdom*, in *Ecclesiastical Law Journal*, 15, 2013, pag. 199

conseguenza di questa considerazione, la Corte ridimensiona quella serie di regole che avevano contraddistinto la giurisprudenza precedente. Viene dato infatti un peso differente ai filtri che tradizionalmente impedivano di arrivare alla fase di valutazione della proporzionalità: la “libertà di dimettersi” e la *contracting out protection*. Si afferma infatti che data l'importanza in una società democratica della libertà di religione, laddove un individuo lamenti una restrizione del suo diritto nel luogo di lavoro, piuttosto che ritenere che la possibilità di cambiare occupazione neghi qualsiasi interferenza con il suo diritto, l'approccio migliore sarebbe quello di introdurre questa possibilità nella valutazione di proporzionalità della limitazione⁴⁹. Se la possibilità di cambiare occupazione escludeva qualsiasi limitazione del diritto, con il caso *Eweida* questa possibilità viene soppesata nella fase successiva. Esiste una limitazione del diritto, la possibilità di cambiare lavoro è un fattore considerato nella valutazione di proporzionalità della limitazione, momento che attiene quindi alla sua giustificatazza⁵⁰. Il cambio di rotta risulta chiaro nelle parole dei giudici di minoranza Bratza e David Thór Björgvinsson: “una limitazione alla manifestazione di una religione o credo sul posto di lavoro può costituire una ingerenza con i diritti di cui all'articolo 9 che richiede di essere giustificata anche nel caso in cui il dipendente accetti volontariamente un impiego o un ruolo che non accoglie la pratica [religiosa] in questione o [anche nel caso] in cui vi siano altri mezzi disponibili al singolo per praticare o osservare la propria religione come, ad esempio, dimettendosi dal lavoro o assumendo una nuova posizione. [...] Nella misura in cui le precedenti decisioni della Commissione e della Corte suggerirebbero il contrario, non crediamo che dovrebbero essere seguite”⁵¹. Diviene quindi centrale il test di proporzionalità. Tuttavia a questo punto il focus si sposta su come viene svolta la valutazione di

⁴⁹ Caso *Eweida e altri v. Regno Unito*, ricorsi n. 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, 2013, par. 83

⁵⁰ IDEM, par. 83 “[...] *given the importance in a democratic society of freedom of religion, the Court considers that, where an individual complains of a restriction on freedom of religion in the workplace, rather than holding that the possibility of changing job would negate any interference with the right, the better approach would be to weigh that possibility in the overall balance when considering whether or not the restriction was proportionate*”.

⁵¹ IBIDEM, pag. 46, lett. b

proporzionalità⁵² e soprattutto sul ruolo esercitato dal margine di apprezzamento. Come già accennato, sussiste una relazione tra quest'ultimo e il principio di proporzionalità: più intenso sarà il vaglio di proporzionalità, meno spazio sarà concesso al margine di discrezionalità nazionale⁵³. D'altra parte, se il margine di discrezionalità viene reputato particolarmente ampio, meno pregnante – e invasiva – sembra essere l'attività della Corte europea.

3.3.1. Eweida

La Cedu decide assieme quattro ricorsi; *Eweida* e *Chaplin* riguardavano la pretesa di indossare un simbolo esprimente l'appartenenza ad una fede religiosa nel luogo di lavoro. I ricorrenti *Ladele* e *McFarlane* invece erano stati licenziati perché si erano rifiutati per motivi di coscienza e religione di svolgere delle mansioni loro affidate.

La prima ricorrente, *Eweida*, era una donna inglese di origini egiziane e di religione cristiano-copta che prestava servizio come hostess di terra presso la *British Airways*. La società richiedeva ai dipendenti che fossero in contatto con il pubblico di indossare una uniforme;⁵⁴ tuttavia, mostrando una certa sensibilità per le necessità religiose del personale, aveva autorizzato taluni di essi ad indossare simboli religiosi se considerati obbligatori per certe religioni e che non potevano essere nascosti sotto l'uniforme⁵⁵. Il ricorso a Strasburgo aveva avuto origine dalla richiesta, rifiutata, della

⁵² MAHER J., *Eweida and others: a new era for article 9...*, cit., nota 47, pag. 10

⁵³ MARTÍN SÁNCHEZ I., *Uso de símbolos religiosos y margen de apreciación nacional en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, in *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n. 35, 2014, pag. 15

⁵⁴ Il regolamento relativo alla divisa femminile prevedeva anche che “*Any accessory or clothing item that the employee is required to have for mandatory religious reasons should at all times be covered up by the uniform. If however this is impossible to do given the nature of the item and the way it is to be worn, then approval is required through local management as to the suitability of the design to ensure compliance with the uniform standards, unless such approval is already contained in the uniform guidelines*”.

⁵⁵ Caso *Eweida e altri v. Regno Unito*, ricorsi n. 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, 2013, par. 11 “[...] *authorisation was given to male Sikh employees to wear a dark blue or white turban and to display the Sikh bracelet in summer if they obtained authorisation to wear a short-sleeved shirt. Female Muslim ground staff members were authorised to wear hijab (headscarves) in British Airways approved colours*”.

signora *Eweida* di indossare una collana con una croce, in modo visibile al di sopra dell'uniforme.

Il governo inglese, accusato di non aver sufficientemente tutelato i diritti religiosi della donna, aveva in primo luogo negato che la volontà di indossare la croce costituisse una manifestazione religiosa ai sensi dell'articolo 9, limitata alle espressioni religiose ordinate dalle dottrine della fede. In secondo luogo, anche se fosse stata tale, la tradizionale "*freedom to resign*" avrebbe escluso l'esistenza di una interferenza. La libertà religiosa del ricorrente sarebbe stata limitata solo se "anche dimettendosi e cercando un impiego alternativo [...] i singoli individui non fossero stati in grado di evitare un requisito che era incompatibile con le loro credenze religiose"⁵⁶. E questo non era il caso.

La Corte EDU riconosce innanzitutto che l'insistenza della donna a voler indossare il simbolo della croce nel luogo di lavoro era determinata dal suo desiderio di essere testimone della fede cristiana. Questo comportamento viene qualificato come manifestazione dei suoi sentimenti religiosi protetta dall'articolo 9. La Corte infatti chiarisce che per qualificarsi tale non è necessario che si tratti di "*duty mandated by their religion*"⁵⁷. Sicuramente "manifestazione" sono gli atti di preghiera o devozione, ma la manifestazione religiosa non è limitata a queste forme; essa comprende infatti anche atti in cui "*a sufficiently close and direct nexus between the act and the underlying belief can be determined by the facts of each case*" e soprattutto "*there is no obligation on an applicant to establish that he or she acted in fulfilment of a duty mandated by the religion in question*"⁵⁸. Alla Corte spettava ora considerare se il rifiuto della British Airways di consentire alla ricorrente di mostrare il simbolo religioso durante l'orario lavorativo fosse una limitazione del diritto di manifestare la sua religione. E soprattutto se lo Stato, cui non era direttamente attribuibile l'eventuale ingerenza, avesse sufficientemente adempiuto ai suoi doveri di assicurare il rispetto dei diritti in

⁵⁶ IBIDEM, par. 59

⁵⁷ IBIDEM, par. 82

⁵⁸ IDEM, par. 82

gioco attraverso la ricerca di un ragionevole bilanciamento. Secondo la Corte, il rifiuto dell'azienda di consentire al richiedente di indossare in modo visibile la croce costituiva una restrizione del diritto di manifestare la fede. Rimaneva quindi da valutarne la proporzionalità. La *policy* della compagnia aerea concernente l'uniforme mirava ad un obiettivo che poteva dirsi legittimo: trasmettere una certa immagine aziendale e favorire il riconoscimento del brand e dello staff. Tuttavia, secondo la Corte, nonostante il margine di apprezzamento goduto dallo Stato, non era stato raggiunto un giusto bilanciamento. Tra il desiderio di proteggere l'immagine aziendale e il diritto fondamentale di libertà religiosa era stato dato un peso eccessivo al primo a discapito del secondo. La Corte argomenta il suo ragionamento con tre ordini di considerazioni; in primo luogo, la croce indossata dalla donna era piccola e discreta e non poteva aver diminuito l'aspetto professionale della ricorrente; in secondo luogo, non vi era alcuna prova che coloro che erano stati autorizzati ad indossare *turbans* o *hijabs* avessero prodotto un impatto negativo sull'immagine della società. Infine, il tutto era comprovato dal fatto che la società stessa aveva successivamente modificato le regole di abbigliamento richieste consentendo al proprio staff di indossare in modo visibile simboli religiosi e dimostrando in tal modo che il precedente divieto non era poi di cruciale importanza.

La Corte conclude pertanto che in queste circostanze, poiché non vi era alcuna prova di una vera violazione degli interessi altrui, le autorità nazionali nonostante il margine di apprezzamento di cui godevano non erano riuscite a proteggere sufficientemente il diritto della ricorrente di manifestare la sua religione, in violazione quindi degli obblighi positivi di cui all'articolo 9⁵⁹.

3.3.2. Chaplin

Diversa è la soluzione adottata per il caso *Chaplin*. Anche la seconda ricorrente era una cristiana praticante e svolgeva la professione di infermiera in un reparto

⁵⁹ IBIDEM, par. 93

geriatrico del *Royal Devon and Exeter NHS Foundation Trust*, un ospedale statale. Come nel caso precedente, anche la signora Chaplin chiedeva di poter portare al collo una croce durante l'orario di lavoro. Secondo le linee guida fornite dal *Department of Health* nessuna collana però poteva essere indossata, per scongiurare il rischio di lesioni durante il contatto con i pazienti; ogni membro del personale che avesse voluto indossare un elemento particolare per motivi religiosi o culturali avrebbe dovuto essere autorizzato. Per molti anni la signora Chaplin aveva superato il divieto imposto dalle linee guida indossando una collana con il simbolo della croce al di sotto dell'uniforme. Tuttavia, dal 2007 la divisa era stata modificata in un modo tale da non poter più celare un'eventuale collana e l'amministrazione aveva presentato ripetute richieste alla donna di rimuovere la catenella. In seguito al suo rifiuto era stata adibita ad una diversa mansione che aveva cessato di esistere nel 2010. Come nel precedente *Eweida*, anche in questo caso la volontà della donna di indossare un simbolo religioso nel luogo di lavoro viene considerata dalla Corte un mezzo per manifestare i sentimenti religiosi. Il rifiuto delle autorità ospedaliere di lasciarla alle sue mansioni indossando la collana con il simbolo della croce costituiva una limitazione della sua libertà di esprimere la fede. Appurata dunque l'esistenza della limitazione del diritto, la Corte doveva determinare se questa potesse dirsi necessaria in una società democratica alla luce del perseguimento di uno degli obiettivi elencati nel secondo comma dell'articolo 9. Non vi era dubbio che la limitazione mirasse ad un fine meritevole di protezione, quello di proteggere la salute e la sicurezza di pazienti ed infermieri⁶⁰ e a parere della Corte essa poteva anche dirsi necessaria e proporzionata in una società democratica. Innanzitutto, il fine di proteggere la salute e la sicurezza di personale e pazienti era di "*greater magnitude*" rispetto alla necessità di difendere l'immagine aziendale emersa nel caso

⁶⁰ IBIDEM, par. 98: "*The evidence before the Employment Tribunal was that the applicant's managers considered there was a risk that a disturbed patient might seize and pull the chain, thereby injuring herself or the applicant, or that the cross might swing forward and could, for example, come into contact with an open wound*".

precedente⁶¹. Inoltre, ancora diversamente da *Eweida*, in questa circostanza gli altri infermieri, anche di religioni diverse, erano stati soggetti alla medesima limitazione e alla donna inoltre era stato proposto quello che potrebbe definirsi un tentativo di ragionevole accomodamento: la possibilità di indossare una spilla a forma di croce sull'uniforme o una croce nascosta sotto un top a collo alto, indossato al di sotto dell'uniforme. La donna aveva tuttavia rifiutato ritenendo questa soluzione non idonea a soddisfare le sue convinzioni religiose. Alla luce di tutto ciò, la Corte conclude che le autorità nazionali non avevano oltrepassato l'ampio margine di apprezzamento di cui disponevano in quanto "*better placed to make decisions about clinical safety than a court*"⁶².

3.3.3. Ladele e McFarlane

Il terzo e quarto ricorso riguardavano invece due ricorrenti che avevano rifiutato per motivi religiosi di svolgere le mansioni cui erano stati preposti. *Ladele* era impiegata presso il *London Borough of Islington* e deputata ai registri di stato civile che riportavano nascite, decessi e matrimoni. Nel 2005 era entrato in vigore nel Regno Unito il *Civil Partnership Act* che aveva introdotto l'istituto delle unioni civili per le coppie dello stesso sesso e riconosciuto loro gli stessi diritti ed obblighi delle coppie unite in matrimonio. *Islington* aveva quindi deciso di designare tutti gli ufficiali deputati al registro di nascite, decessi e matrimoni al registro delle Unioni Civili. *Ladele*, di religione cristiano-ortodossa credeva nel matrimonio come unione tra un uomo e una donna e, partecipare alla creazione di una unione tra persone dello stesso sesso equivalente al matrimonio, significava per lei contraddire la volontà di Dio. Si era quindi rifiutata di officiare le unioni civili ed era stata soggetta a sanzioni disciplinari culminate con la perdita del lavoro. La signora *Ladele*, diversamente dagli altri ricorrenti, aveva però presentato ricorso solo in nome dell'articolo 14 letto in connessione con l'articolo 9; quindi la donna riteneva di essere stata discriminata per

⁶¹ IBIDEM, par. 99

⁶² IDEM, par. 99

motivi religiosi⁶³. Delle argomentazioni e della soluzione della Corte si parlerà in seguito.

Anche il quarto ricorrente, *McFarlane*, era di religione cristiana e aveva la profonda convinzione che la Bibbia qualificasse l'attività omosessuale come peccato e che non avrebbe dovuto in alcun modo appoggiare direttamente tale attività. Egli lavorava per la *Relate Federation*, un'organizzazione privata nazionale che forniva terapia e servizio di consulenza a coppie etero e omosessuali, anche con riguardo l'aspetto sessuale. *McFarlane* aveva inizialmente accettato di dare consulenza anche a coppie omosessuali poiché aveva ritenuto che l'attività di *counseling* in sé non comportasse approvazione di quel tipo di rapporto. Tuttavia successivamente si era mostrato riluttante a incontrare coppie dello stesso sesso poiché *"he had difficulty in reconciling working with couples on same-sex sexual practices and his duty to follow the teaching of the Bible"*⁶⁴. Era stato soggetto a sanzioni disciplinari e lamentava quindi di aver subito una violazione della propria libertà religiosa. Entrando nel merito, la Corte accetta che *"Mr McFarlane's objection was directly motivated by his orthodox Christian beliefs about marriage and sexual relationships"*⁶⁵ e ritiene che *"his refusal to undertake to counsel homosexual couples constituted a manifestation of his religion and belief"*⁶⁶. Restava quindi da determinare se lo Stato avesse adempiuto ai suoi obblighi di assicurare il rispetto dei diritti della Convenzione e se fosse stato raggiunto un giusto bilanciamento tra gli interessi in gioco. Sicuramente la perdita del lavoro aveva prodotto delle gravi conseguenze per il lavoratore; tuttavia egli si era iscritto volontariamente al programma di formazione post-laurea della *Relate* in *psycho-sexual counselling*, ben sapendo che ivi vigeva una politica di pari opportunità e che filtrare i clienti sulla base dell'orientamento sessuale non sarebbe stato possibile. Il fatto che il soggetto avesse volontariamente aderito a quel tipo di occupazione viene sicuramente preso

⁶³ IBIDEM, par. 103

⁶⁴ IBIDEM, par. 34

⁶⁵ IBIDEM, par. 108

⁶⁶ IDEM, par. 108

in considerazione, tuttavia con un peso differente rispetto alla passata giurisprudenza. *“While the Court does not consider that an individual’s decision to enter into a contract of employment and to undertake responsibilities which he knows will have an impact on his freedom to manifest his religious belief is determinative of the question whether or not there been an interference with Article 9 rights, this is a matter to be weighed in the balance when assessing whether a fair balance was struck”*⁶⁷. Quindi la Corte abbandona l’utilizzo la dottrina del *contracting-out protection* come filtro per escludere l’esistenza di una ingerenza con il diritto fondamentale; il fatto che il singolo avesse accettato liberamente il contratto di lavoro ben sapendo che ne sarebbe derivato un limite per la sua piena libertà religiosa diventa un fattore che viene preso in considerazione nella valutazione della proporzionalità della restrizione. Valutazione di proporzionalità che però viene condotta in modo forse eccessivamente rapido. Secondo la Corte, il fatto che l’azione del datore di lavoro fosse intesa ad assicurare un servizio senza discriminazione alcuna era il fattore più importante da considerare. Tuttavia, la Corte pare essersi affidata al solo margine di apprezzamento per determinare se fosse stato raggiunto il corretto bilanciamento tra i vari interessi. Infatti si afferma: *“le autorità statali [...] beneficiavano di un ampio margine di apprezzamento per decidere dove raggiungere l’equilibrio tra il diritto di McFarlane a manifestare la sua fede religiosa e l’interesse del datore di lavoro a garantire i diritti degli altri. In questa circostanza, la Corte non ritiene che questo margine di apprezzamento sia stato superato nel caso di specie”*⁶⁸.

3.4. La manifestazione religiosa dell’insegnante pubblico

Uno dei contesti in cui si è più manifestata la controversia tra doveri religiosi e obblighi lavorativi è quello dell’insegnamento pubblico. In quest’ambito, solo dal

⁶⁷ IBIDEM, par. 109

⁶⁸ IDEM, par. 109

2001 con il caso *Dahlab v. Svizzera*⁶⁹, la Corte ha riconosciuto nel divieto all'uso del velo una limitazione della manifestazione della religione ai sensi dell'articolo 9 e ha iniziato quindi a valutarne necessarietà e proporzionalità alla luce degli obiettivi vantati dallo Stato. La ricorrente, Lucia Dahlab, era una insegnante elementare, svizzera, che dopo un periodo di ricerca spirituale aveva lasciato la fede cattolica e si era convertita all'Islam, decidendo di indossare il velo islamico nella quotidianità e anche durante l'attività di insegnamento; se per circa tre anni questa nuova abitudine era passata indisturbata, ad un certo momento le era stato chiesto di non indossare il velo durante lo svolgimento delle lezioni: indipendentemente dalle sue intenzioni, il velo trasmetteva un messaggio religioso forte e tale da causare ripercussioni nella istituzione che ella rappresentava, una scuola pubblica.

Chiamata ad esprimersi, la Corte ricorda che in una società democratica, in cui varie religioni si trovano a coesistere tra la medesima popolazione, può essere necessario porre delle limitazioni alla manifestazione religiosa, per conciliare gli interessi dei vari gruppi e far sì che i sentimenti di tutti siano rispettati⁷⁰. La Svizzera difendeva la proibizione affermando la necessità di preservare i diritti e le libertà altrui, in particolare i diritti dei bambini, di giovane età, che potevano essere influenzati nel vedere l'insegnante, modello di riferimento, portare un "simbolo religioso forte"; nonostante la Corte riconosca che per tre anni non vi erano state lamentele o obiezioni alla capacità professionale, la stessa ammette la difficoltà di determinare l'influenza sui bambini, di ciò che definisce un *powerful external symbol*, soprattutto data la loro tenera età.

Inoltre, l'obbligo di indossare il velo difficilmente si poteva conciliare con i principi di tolleranza, rispetto, eguaglianza e non discriminazione che gli insegnanti avrebbero dovuto trasmettere agli studenti. Secondo la Corte quindi, le autorità

⁶⁹ Caso *Dahlab v. Svizzera* (decisione), ricorso n. 42393/98, 2001; si veda MARTÍNEZ TORRÓN J., *La cuestión del velo islamico en la jurisprudencia de Estrasburgo*, in *Derecho y Religión*, n. 4, 2009, pag. 93

⁷⁰ Caso *Dahlab v. Svizzera* (decisione), ricorso n. 42393/98, 2001 [citando il caso *Kokkinakis v. Grecia*, ricorso n. 14307/88, 1993]

nazionali non avevano oltrepassato il margine di apprezzamento a loro disposizione nel raggiungere il bilanciamento tra il diritto della donna di manifestare la sua fede e il bisogno di proteggere i giovani studenti e un ambiente di armonia religiosa. Anche in questo caso, era stato fatto valere dallo Stato il fatto che la donna, accettando di svolgere la sua attività di insegnamento in una scuola statale, avesse implicitamente acconsentito che alla sua libertà potessero essere posti dei limiti per preservare un ambiente religiosamente neutro.

L'idea della accettazione volontaria di un lavoro e della conseguente possibile limitazione di un diritto si ritrova, anche se parzialmente, nella decisione di inammissibilità del ricorso *Kurtulmus v. Turchia*⁷¹. La ricorrente era una donna musulmana, ex professore associato della facoltà di economia dell'università di Istanbul. Era stata allontanata dal suo ruolo in quanto si era rifiutata di rispettare i requisiti imposti dalla legge n. 657 del 14 luglio 1965 sull'abbigliamento dei dipendenti statali, tra i quali ricorreva il divieto di indossare qualsiasi copricapo. Secondo la donna si trattava di una violazione della sua libertà religiosa. Lo Stato giustificava il divieto alla luce della protezione dei diritti e delle libertà altrui e dell'ordine pubblico, nonché della necessità di preservare il carattere laico dell'istituzione. Secondo la Corte vi era stata una limitazione della libertà religiosa, tuttavia compatibile con i requisiti dell'art. 9 secondo comma. A tal proposito, la Corte afferma che "anche se è legittimo che uno Stato imponga ai pubblici funzionari, per il loro status, il dovere di astenersi da ogni ostentazione nell'espressione delle loro credenze religiose in pubblico, i funzionari pubblici sono individui e, come tali, si qualificano per la protezione dell'articolo 9 della Convenzione"⁷²; spetta alla Corte valutare se, avuto riguardo alle circostanze del caso, un giusto bilanciamento è stato raggiunto tra il diritto fondamentale dell'individuo, sia privato cittadino che dipendente pubblico, alla libertà religiosa e il legittimo interesse di uno stato democratico che il suo servizio pubblico persegua gli

⁷¹ Caso *Kurtulmus v. Turchia*, ricorso n. 65500/01, 2006

⁷² IBIDEM, sezione 1

scopi enumerati nell'art. 9 comma secondo. In particolare, essa ricorda che il principio del secolarismo è indubbiamente un valore cardine dello stato turco e ammette che i dipendenti pubblici debbano essere tenuti ad un certo grado di lealtà verso i principi costituzionali dello stato⁷³. Inoltre, la donna aveva accettato volontariamente di insegnare in un'università statale, assumendo lo status di dipendente pubblico, e come tale non poteva non essere consapevole delle regole che richiedevano di non ostentare pubblicamente i suoi sentimenti religiosi. Tenuto conto del rilevante margine di apprezzamento goduto dallo Stato, la Corte ritiene che la scelta e la misura delle regole cui deve essere sottoposto il dipendente pubblico, debba essere lasciato allo stato convenuto. Conclude quindi per la giustificata e la proporzionalità della limitazione in oggetto.

3.5. Lavoro e fede: le recenti evoluzioni.

Recentemente la Corte europea ha affrontato un nuovo caso relativo all'uso di un simbolo religioso nel luogo di lavoro, di nuovo pubblico, il caso *Ebrahimian v. Francia*⁷⁴. Questa volta il ricorso era stato presentato contro la Francia da una ex assistente sociale di un reparto psichiatrico del centro di accoglienza e assistenza ospedaliera di Nanterre. La donna, di religione islamica, era solita indossare un "semplice copricapo"⁷⁵ che le copriva capelli, orecchie e collo, durante l'attività lavorativa. Il ricorso aveva avuto origine dalla decisione del centro di non rinnovare il contratto di lavoro della donna in seguito al suo rifiuto di rimuovere il copricapo nonostante lamentele dei pazienti e pressioni da parte di colleghi e superiori. La ricorrente sosteneva che il mancato rinnovo del contratto fosse motivato dalla sua appartenenza alla religione islamica e fosse contrario al suo diritto alla libertà di

⁷³ Si veda il caso *Vogt v. Germania* (Grande Camera), ricorso n. 17851/91, 1995; o più recentemente il caso *Naidin v. Romania*, ricorso n. 38162/07, 2014, par. 49, in cui la Corte ha affermato "À cet égard, la Cour rappelle que, par principe, les États ont un intérêt légitime à réguler les conditions d'emploi dans le service public. Un État démocratique est en droit d'exiger de ses fonctionnaires qu'ils soient loyaux envers les principes constitutionnels sur lesquels il s'appuie".

⁷⁴ Caso *Ebrahimian v. Francia*, ricorso n. 64846/11, 2015

⁷⁵ IBIDEM, par. 38

manifestare la religione come previsto dall'articolo 9 della convenzione. Le autorità statali, dal canto loro, invocavano la salvaguardia dei principi di laicità dello Stato e neutralità dei servizi pubblici: i dipendenti pubblici non avevano il diritto di manifestare le loro convinzioni religiose attraverso il servizio pubblico. L'uso di un segno per marcare un'appartenenza religiosa costituiva dunque una violazione degli obblighi di neutralità.

Secondo la Corte, non vi erano dubbi che l'uso del velo fosse manifestazione di un credo religioso sincero tutelata dall'articolo 9 della Convenzione. La decisione dello Stato, in qualità di datore di lavoro, di non rinnovare il contratto e di avviare un procedimento disciplinare nei confronti della ricorrente costituiva un'interferenza con il suo diritto alla libertà di manifestare il proprio credo come è garantito dall'articolo 9 della Convenzione. Era necessario dunque determinare se tale limitazione fosse giustificata, proporzionata e necessaria in una società democratica. La Corte utilizza il test di proporzionalità; la misura controversa era prevista dalla legge e perseguiva un obiettivo legittimo, quello di tutelare i diritti e le libertà altrui. In altre circostanze la Corte aveva già accettato che gli Stati potessero invocare i principi di laicità e neutralità per giustificare divieti ad indossare simboli religiosi da parte dei dipendenti pubblici, in funzione del loro status di rappresentanti dello Stato, che li distingueva dal comune cittadino⁷⁶. Nel caso in esame, la Corte, dato anche il contesto di particolare vulnerabilità degli utenti, accetta che l'obbligo di neutralità religiosa nel contesto lavorativo fosse volto a preservare il rispetto di tutte le credenze religiose e degli orientamenti spirituali di pazienti e personale, garantendo un'uguaglianza rigorosa e parità di trattamento a prescindere dalla religione⁷⁷. Secondo la Corte la salvaguardia del principio di laicità era un obiettivo coerente con i valori alla base della Convenzione. Quindi la Corte accetta che la restrizione fosse volta a perseguire un obiettivo legittimo. Rimaneva da verificare se

⁷⁶ In particolare per gli insegnanti nelle istituzioni pubbliche si veda il caso *Dahlab v. Svizzera*, ricorso n. 42393/98, 2001.

⁷⁷ Caso *Ebrahimian v. Francia*, ricorso n. 64846/11, 2015, par. 53

fosse o meno proporzionata e se lo Stato avesse oltrepassato il suo margine discrezionale nel decidere di non rinnovare il contratto della richiedente. Secondo la Corte, il rifiuto era direttamente determinato dall'uso del velo, considerato una manifestazione ostentata della religione incompatibile con lo spazio di neutralità richiesto in un servizio pubblico, nonostante non si fossero registrati atti di pressione, di provocazione o proselitismo. Data la particolare importanza che il principio di laicità rivestiva in Francia, lo Stato nel vietare al dipendente di manifestare i suoi sentimenti religiosi nel luogo di lavoro in nome della difesa di tale principio non aveva, secondo la Corte, oltrepassato il suo margine di apprezzamento, particolarmente ampio in considerazione dei diversi approcci assunti a livello nazionale⁷⁸. In Francia, la libertà di coscienza dei dipendenti pubblici deve conciliarsi, esclusivamente in termini di espressione, con l'obbligo di neutralità; secondo la Corte dunque non era sproporzionato che lo Stato pretendesse dal dipendente dell'ospedale pubblico di non menzionare il suo credo religioso nell'esercizio delle sue funzioni e che questo fosse necessario per garantire la parità di trattamento dei malati.

La più recente giurisprudenza della Corte, *Eweida* per il lavoro privato e *Ebrahimian* per quello pubblico, sembra quindi aver dato un ruolo centrale al bilanciamento e al principio di proporzionalità quando si tratta di affrontare le forme di manifestazione religiosa nel contesto lavorativo. Di fatto però, dalla disamina di questi casi, pare da un lato che la valutazione di proporzionalità sia eccessivamente debole e dall'altro che il ruolo del margine di apprezzamento sia eccessivamente penetrante. Non sembra infatti che il vaglio di proporzionalità, soprattutto per quanto riguarda la necessità in una società democratica, sia condotto secondo quei principi che Tulkens ha chiaramente delineato nell'opinione dissenziente in *Leyla*

⁷⁸ La Corte rileva che la maggioranza degli Stati del Consiglio d'Europa non disciplina l'uso di simboli o abbigliamento religiosi nei luoghi di lavoro; su 26 stati oggetto di analisi, solo 5 ne vietano l'uso, tra i quali la Francia. Tuttavia, poiché quello delle relazioni tra legge e religione è un ambito in cui si deve tenere conto dei contesti nazionali e dei diversi approcci Stato-Chiesa, allo Stato viene riconosciuto un ampio margine di apprezzamento.

*Sahin v. Turchia*⁷⁹: il giudizio quanto alla necessità e alla proporzionalità di una limitazione alla libertà religiosa deve essere condotto *in concreto* valutando: “*whether the interference, which must be capable of protecting the legitimate interest that has been put in risk, was appropriate; whether the measure that has been chosen is the measure that is the least restrictive of the right or freedom concerned; whether the measure was proportionate, an inquiry which entails a balancing of the competing interests*”⁸⁰. Se effettivamente la valutazione di proporzionalità sia stata così condotta è discutibile e talvolta pare essersi ridotta alla mera invocazione del margine di apprezzamento statale, come ad esempio nel caso *McFarlane v. Regno Unito*⁸¹. Spesse volte infatti la Corte di Strasburgo sembra limitarsi ad accettare la ricostruzione individuata dallo Stato convenuto, nonché le sue motivazioni, senza verificare se tutti gli interessi, ed in particolare quelli individuali del lavoratore, siano stati realmente considerati. Attraverso l’utilizzo del margine di apprezzamento la Corte di Strasburgo preferisce rimettere queste questioni alla competenza nazionale. Si vedrà nel prossimo capitolo, dedicato proprio al margine di apprezzamento, come l’utilizzo di questa dottrina svolga un ruolo determinante nella considerazione dei ricorsi in materia religiosa. L’utilizzo del margine di apprezzamento influisce *in primis* sull’intensità della valutazione di proporzionalità ma da ultimo anche sulla tutela dei diritti accordata dalla Convenzione Europea. Attraverso il richiamo al margine di apprezzamento, la Corte EDU preferisce lasciare che siano gli stati, di volta in volta, a riempire di contenuto le sfumate disposizioni della Convenzione. Ma v’è chi ritiene che questo vada a detrimento dell’efficacia del sistema convenzionale⁸². Da un primo sguardo si potrebbe pensare che dal ricorso al margine di apprezzamento risulti una tutela in fin dei conti debole della Convenzione europea e un atteggiamento di *self-restraint* a discapito della tutela della libertà religiosa; ma uno sguardo più attento rivela che

⁷⁹ Caso *Leyla Sahin v. Turchia*, ricorso n. 44774/98, 2005

⁸⁰ IBIDEM, opinione dissenziente del giudice Tulkens, pag. 42, par. 2

⁸¹ Caso *Eweida e altri v. Regno Unito*, ricorsi n. 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, 2013; quarto ricorso.

⁸² ZAGREBELSKY V., *Pace sociale e margine di apprezzamento dei Governi nelle questioni di natura religiosa e morale*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 1, aprile, 2013

l'atteggiamento di *self-restraint* potrebbe invece essere determinato da una tutela già sufficientemente accordata a livello nazionale, dopotutto il livello cui compete in via primaria la tutela dei diritti convenzionali.

4. *Equality approach*: la *religious accommodation* e il principio di non discriminazione

Prima di addentrarci nella questione relativa al margine di apprezzamento e al rapporto della Corte con gli Stati, merita affrontare il tema dell'accomodamento ragionevole dal punto di vista del principio di uguaglianza. La visione tradizionale delle "*religious accommodations*" le ha caratterizzate come questioni di libertà religiosa ma non raramente è venuto in auge anche l'aspetto della discriminazione per motivi religiosi.

L'articolo 14 della Convenzione europea afferma il principio di non discriminazione nel godimento dei diritti statuiti dal Trattato; non è una disposizione autonoma ma può essere invocata solamente in relazione ai diritti sostanziali garantiti dalla Convenzione. È stato raramente utilizzato per sancire una discriminazione su base religiosa, forse per la tendenza della Corte a non considerare i motivi di ricorso ex articolo 14 una volta che fosse già stata stabilita la violazione della Convenzione alla luce di un altro diritto⁸³. I seguenti casi daranno conto dell'approccio assunto tradizionalmente da Strasburgo. In seguito si tratterà dell'evoluzione che si è verificata recentemente con riguardo allo sviluppo del concetto di discriminazione indiretta.

Nel caso *Konttinen v. Finlandia*⁸⁴, esaminato in precedenza, il ricorrente pretendeva di potersi assentare da lavoro per celebrare il *Sabbath* e le festività religiose della sua fede. Egli lamentava che attraverso il licenziamento fosse stato discriminato per motivi religiosi in quanto "*under the legislation on working hours the weekly holiday falls on Sunday, i.e. the holy day for the main religious communities in*

⁸³ MAHER J., *Eweida and others: a new era for article 9...*, cit., nota 47, pag. 3

⁸⁴ Commissione Europea, Caso *Konttinen v. Finlandia*, ricorso n. 24949/94, 1996

*Finland*⁸⁵. Quindi lo Stato l'avrebbe discriminato rispetto ai colleghi di fede differente in quanto avrebbe garantito il loro diritto a festeggiare la domenica ma non il suo a festeggiare il sabato. Invocava quindi la violazione dell'articolo 14 in connessione con l'articolo 9. La Commissione dichiara il ricorso manifestamente infondato; l'articolo 14 non vieta qualsiasi differenza di trattamento: questa sarà discriminatoria solo se non ha una giustificazione obiettiva e ragionevole. E gli Stati inoltre godono di un certo margine di apprezzamento nel valutare se e in quale misura differenze in situazioni simili giustifichino una differenza di trattamento nella legge. Nel caso di specie tuttavia la Commissione non arriva a valutare la ragionevolezza della differenza di trattamento in quanto ritiene che manchi *a priori* il requisito della connessione con l'articolo 9; “[i]t is true that the Finnish legislation on working hours provides that the weekly day of rest is usually Sunday. However, this legislation does not contain provisions which would guarantee to members of a certain religious community any absolute right to have a particular day regarded as their holy day”⁸⁶.

Anche nel già visto caso *X v. Regno Unito*⁸⁷, il ricorrente riteneva di essere stato discriminato per motivi religiosi perché diversamente dai musulmani, i lavoratori cristiani non avevano alcuna difficoltà a conciliare doveri religiosi con obblighi lavorativi in quanto i giorni di festa nazionali coincidevano per la maggior parte con festività cristiane. La Commissione liquida brevemente la questione, semplicemente notando che “*in respect of the general question of religious and public holidays, [...] in most countries only the religious holidays of the majority of the population are celebrated as public holidays*”⁸⁸. La Commissione sembra riconoscere, anche se implicitamente, che la legislazione controversa produca un differente impatto sulla libertà religiosa dei singoli a seconda di quale sia la fede cui loro aderiscono, se maggioritaria o di

⁸⁵ IBIDEM, pag. 4, punto 2.

⁸⁶ IBIDEM, pag. 7

⁸⁷ Commissione Europea, caso *X v. Regno Unito*, ricorso n. 8160/78

⁸⁸ IBIDEM, pag. 28

minoranza. Tuttavia questa situazione sembra essere del tutto naturale per il solo fatto che è comune in numerosi stati⁸⁹.

4.1. La discriminazione indiretta: un dovere di ragionevole accomodamento nel divieto di discriminazione indiretta?

Una seconda prospettiva parrebbe ravvisare un dovere di ragionevole accomodamento come conseguenza del divieto di discriminazione indiretta. Come il filosofo greco Aristotele aveva affermato: “*le lotte e le recriminazioni sorgono quando persone uguali ricevono cose disuguali o quando persone disuguali hanno o ricevono cose uguali*”⁹⁰.

Il concetto di discriminazione indiretta è entrato recentemente a far parte dell’ordinamento creato dalla Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo, con il caso *Thlimmenos v. Grecia*⁹¹ del 2000. Fino ad allora la Corte aveva delineato il principio di non discriminazione contenuto nell’articolo 14 come riguardante le sole ipotesi di discriminazione diretta; allo Stato era fatto divieto di trattare in modo diverso dei soggetti che si trovavano in situazioni analoghe, senza fornire una giustificazione obiettiva e ragionevole per la disparità di trattamento. Tuttavia questo non era sempre sufficiente per garantire un’adeguata protezione. Trattare tutti i singoli allo stesso modo ignora la diversità degli stessi e delle situazioni. Il rifiuto di prendere in considerazione questa diversità è capace di perpetrare profonde disuguaglianze⁹². Quando si parla di discriminazione indiretta si allude alla proibizione di certe misure che parrebbero generali e neutre da un punto di vista formale, ma che di fatto vanno

⁸⁹ BRIBOSIA E., RINGELHEIM J., RORIVE I., *Reasonable Accommodation for Religious Minorities: A Promising Concept for European Antidiscrimination Law?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 17, n. 2, 2010, disponibile su SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1781182>, pag. 17

⁹⁰ HENRARD K., *Duties of Reasonable Accommodation in Relation to Religion...cit. nota 3*, pag. 67 (cit. Aristotele, *Politica*)

⁹¹ Caso *Thlimmenos v. Grecia*, ricorso n. 34369/97, 2000

⁹² AST F., *Indirect discrimination as a means of protecting pluralism: challenges and limits*, in *Institutional accommodation and the citizen: legal and political interaction in a pluralist society (trends in social cohesion n°21)*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2010, pag. 1

a detrimento di certi individui o di un certo gruppo di soggetti⁹³. Con il caso Thlimmenos, la Corte per la prima volta estende la portata dell'articolo 14 anche alla discriminazione indiretta. I fatti che hanno dato origine al ricorso risalgono agli anni Ottanta; nel 1983 Thlimmenos, testimone di Geova, era stato condannato e imprigionato per insubordinazione per essersi rifiutato di indossare l'uniforme militare. Cinque anni più tardi, dopo aver scontato la sua pena, aveva partecipato ad un concorso per diventare commercialista e si era aggiudicato il secondo posto. Tuttavia il comitato esecutivo dell'Istituto greco dei Commercialisti gli aveva rifiutato la nomina perché risultava essere stato condannato per un reato grave (*kakuryima*). Secondo la legge nazionale infatti nessuna persona condannata per un reato grave poteva essere adibita ad un pubblico impiego e nessun soggetto non idoneo al pubblico impiego poteva essere nominato commercialista⁹⁴. Il ricorrente non poneva in dubbio la legittimità della legge in sé che filtrava l'accesso alla posizione lavorativa, escludendo la categoria di soggetti condannati per gravi reati. Tuttavia lamentava che tale legge fosse discriminatoria in quanto non distingueva tra coloro che erano stati condannati per aver fatto valere i loro sentimenti religiosi, come nel caso di specie, e coloro che erano stati condannati per altri motivi. Egli infatti non aveva ottenuto la nomina per essersi rifiutato di svolgere il servizio militare, ma il rifiuto era motivato dalla sua appartenenza alla fede dei Testimoni di Geova che fa del pacifismo uno dei suoi assiomi fondamentali. A sostegno della sua posizione, aveva quindi invocato l'articolo 14 letto in connessione con l'articolo 9 della Convenzione.

Nel ragionamento della Corte si legge: “[l]a Corte ha finora ritenuto che il diritto ai sensi dell'articolo 14 a non essere discriminato nel godimento dei diritti garantiti dalla Convenzione sia violato quando gli Stati trattano in modo diverso

⁹³ IBIDEM, pag. 2

⁹⁴ L'articolo 10 del Decreto Legislativo n. 3329/1955, come emendato dall'articolo 5 del Decreto Presidenziale n. 15/1989, prevede che *“a person who did not qualify for appointment to the civil service could not be appointed a chartered accountant. According to Article 22 § 1 of the Civil Servants' Code, no person convicted of a serious crime can be appointed to the civil service”*.

persone in situazioni analoghe senza fornire una giustificazione obiettiva e ragionevole. Tuttavia, la Corte ritiene che questo non sia l'unico aspetto del divieto di discriminazione ai sensi dell'articolo 14. Il diritto a non essere discriminato nel godimento dei diritti garantiti dalla Convenzione viene violato anche quando gli Stati membri, senza una giustificazione obiettiva e ragionevole, non riescono a trattare in modo diverso persone le cui situazioni sono significativamente differenti⁹⁵. Per determinare se sia stato rispettato tale principio, "la Corte dovrà esaminare se la mancanza nel trattare il ricorrente in modo diverso dalle altre persone condannate per un reato grave perseguisse un obiettivo legittimo. Se così risulta, la Corte dovrà valutare se ci fosse un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo che si voleva raggiungere"⁹⁶. Pur riconoscendo che gli Stati possono avere un legittimo interesse nell'escludere da tale professione persone che si erano macchiate di comportamenti disonesti o immorali, questo secondo la Corte non poteva essere il caso di *Thlimmenos*. "[U]nlike other convictions for serious criminal offences, a conviction for refusing on religious or philosophical grounds to wear the military uniform cannot imply any dishonesty or moral turpitude likely to undermine the offender's ability to exercise this profession. Excluding the applicant on the ground that he was an unfit person was not, therefore, justified"⁹⁷. Secondo la Corte quindi non vi era alcuna giustificazione obiettiva e ragionevole per non differenziare la situazione del ricorrente da quella delle altre persone condannate per un reato grave.

Il governo greco faceva valere la generalità della legge e quindi la sua neutralità. Le autorità che avevano rifiutato di nominare commercialista il ricorrente, non avevano fatto altro che applicare una regola che escludeva tutte le persone condannate per un reato grave da tale carica. Le autorità non avevano i poteri, né avrebbero potuto indagare i motivi che avevano portato alla condanna della persona; vigeva un divieto

⁹⁵ Caso *Thlimmenos v. Grecia*, ricorso n. 34369/97, 2000, par. 44

⁹⁶IBIDEM, par. 46

⁹⁷ IDEM, par. 46

assoluto e nessuna distinzione poteva essere fatta caso per caso⁹⁸. La Corte riconosce che le autorità competenti si erano limitate ad applicare la legge; tuttavia questo non poteva assolvere lo Stato dalle responsabilità derivanti dalla Convenzione: “nel caso di specie la Corte ritiene che fosse lo Stato, che aveva emanato la normativa in materia, ad aver violato il diritto del ricorrente a non essere discriminato nel godimento del suo diritto ai sensi dell'articolo 9 della Convenzione” e “tale Stato lo aveva fatto omettendo di introdurre le opportune eccezioni alla regola che negava alle persone condannate per un reato grave di far parte della professione dei dottori commercialisti”⁹⁹. Poiché la condanna era il risultato di una condotta che derivava dai suoi sentimenti religiosi, spettava allo Stato fare in modo che questa condanna fosse trattata in modo diverso da altre derivanti da motivi diversi¹⁰⁰.

Il caso *Thlimmenos* quindi stabilisce due principi; lo Stato viola il principio di non discriminazione anche quando omette di trattare in modo diverso persone in situazioni differenti senza una ragionevole e obiettiva giustificazione; per evitare ciò lo Stato potrebbe essere chiamato ad *adattare* una regola generale e apparentemente neutra, introducendo se necessario le opportune eccezioni; anche se non espresso in termini espliciti, questo secondo principio potrebbe essere connesso con l'idea del dovere di *reasonable accommodation*¹⁰¹.

Notevole affidamento sui principi affermati nel caso *Thlimmenos* è stato fatto dalla ricorrente nel caso *Ladele*, cui si è accennato in precedenza, che aveva lamentato una violazione del principio di non discriminazione ex articolo 14 in connessione con l'articolo 9. *Ladele*, rifacendosi a *Thlimmenos*, affermava infatti che le autorità l'avevano indirettamente discriminata nel non riuscire a trattare la sua situazione in modo diverso rispetto a quella degli altri dipendenti che non erano obiettori di

⁹⁸ IBIDEM, par. 35

⁹⁹ IBIDEM, par. 48

¹⁰⁰ MC CREA R., *Religion in the Workplace: Eweida and Others v. United Kingdom*, in *The Modern Law Review*, Vol. 77, n. 2, 2014, pag. 282

¹⁰¹ BRIBOSIA E., RINGELHEIM J., RORIVE I., *Reasonable Accommodation for Religious Minorities...*, cit. nota 89, pag. 18

coscienza. In altre parole, non esentare una persona con i suoi sentimenti religiosi da una *policy* che chiedeva al personale di non discriminare sulla base dell'orientamento sessuale significava omettere di trattarla in modo differente dal resto del personale, che non aveva le sue stesse convinzioni religiose, e senza che vi fosse una ragionevole e obiettiva motivazione¹⁰².

La Corte concorda con la tesi della ricorrente secondo cui la richiesta dell'autorità locale che tutti gli addetti al registro di nascite, matrimoni e decessi fossero designati anche come cancellieri di unioni civili aveva avuto sulla stessa un impatto particolarmente gravoso a causa delle sue convinzioni religiose. Al fine di determinare se la decisione delle autorità locali di non fare un'eccezione per la richiedente costituisse una discriminazione indiretta in violazione dell'articolo 14, la Corte doveva però esaminare se tale *policy* perseguisse uno scopo legittimo e se fosse presente una ragionevole relazione di proporzionalità tra i mezzi utilizzati e le finalità che si volevano raggiungere. Quanto al primo aspetto, non viene messo in dubbio che le finalità prefisse dalle autorità locali fossero legittime: l'obiettivo era infatti quello di garantire l'accesso ad un servizio, indipendentemente dall'orientamento sessuale, e comunicare quindi un chiaro impegno verso la non discriminazione. Rimaneva quindi da considerare se i mezzi utilizzati per raggiungere tale obiettivo fossero proporzionati. Ancora una volta tuttavia, il ragionamento che porta la Corte a non avallare le richieste della ricorrente si rivela vago ed eccessivamente succinto. La Corte esclude una violazione dell'articolo 14 limitandosi a constatare che le autorità nazionali non avevano oltrepassato il margine di apprezzamento loro garantito; margine particolarmente ampio quando si tratta di bilanciare dei diritti entrambi protetti dalla Convenzione¹⁰³.

¹⁰² MC CREA R., *Religion in the Workplace...* cit. nota 100, pag. 282

¹⁰³ Caso *Eweida e altri v. Regno Unito*, ricorsi n. 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, 2013, par. 106

Di opinione contraria sono i due giudici dissenzienti¹⁰⁴; secondo questi ultimi, alla luce della serietà e importanza delle convinzioni religiose della donna, le autorità locali avrebbero dovuto garantirle un trattamento differente rispetto agli altri dipendenti che non avevano opposto obiezione di coscienza ad officiare le unioni omosessuali; ad esempio consentendo alla donna di non servire coppie omosessuali senza che la complessiva attività fornita dal *Borough* ne subisse alcun detrimento¹⁰⁵.

Tuttavia forse un ragionevole accomodamento delle ragioni della donna sarebbe stato in ogni caso pregiudizievole verso le coppie omosessuali. V'è chi fa notare infatti che il solo accesso al servizio non era sufficiente ad escludere un impatto negativo sulla dignità di una persona. In altre parole, anche se le coppie omosessuali avessero potuto in ogni caso registrare la loro unione in un diverso ufficio o con un diverso personale, questo non era forse sufficiente ad escludere un pregiudizio alla loro eguale dignità¹⁰⁶. Riconoscendo a *Ladele* la possibilità di rifiutarsi di registrare l'unione omosessuale è come se si fosse riconosciuto in capo alla donna *il diritto a discriminare* in nome delle sue convinzioni personali. Il diritto a non essere discriminata in nome delle sue convinzioni religiose si risolve nel diritto a discriminare alla luce dell'orientamento omosessuale¹⁰⁷. Il ragionamento della maggioranza riguardo a questo passaggio è estremamente breve, e come già affermato, si risolve nell'invocazione del margine di apprezzamento statale. Secondo il ragionamento della Corte, il conflitto tra diritto a discriminare e diritto a non essere discriminati è una questione di bilanciamento tra diritti entrambi garantiti dalla Convenzione che va risolto lasciando spazio agli Stati e al margine di apprezzamento. Questo significa però che un diritto a discriminare può entrare

¹⁰⁴ IBIDEM, opinione in parte dissenziente dei giudici Vucinic e De Gaetano.

¹⁰⁵ Così affermava anche la ricorrente: "*The local authority had had a discretion not to designate her as a registrar of civil partnerships and could still have provided an efficient civil partnership service while accommodating the applicant's conscientious objection. [They] failed to strike a balance between delivering the service in a way which would not discriminate on grounds of sexual orientation, while avoiding discriminating against its own employees on grounds of religion*".

¹⁰⁶ MC CREA R., *Religion in the Workplace...* cit. nota 100, pag. 283

¹⁰⁷ IBIDEM, 288

nell'ambito di applicazione dell'articolo 14 e che uno Stato, nel suo margine di apprezzamento, potrebbe anche adottare una soluzione differente garantendo l'obiezione di coscienza all'ufficiale di stato civile chiamato a celebrare o registrare l'unione omosessuale¹⁰⁸

5. Il concetto di accomodamento nella valutazione di proporzionalità

V'è infine chi ha affermato che il concetto di accomodamento ragionevole potrebbe trovare supporto proprio nel criterio di proporzionalità che determina la compatibilità di una limitazione di un diritto convenzionale con la Convenzione stessa¹⁰⁹. Infatti la libertà religiosa, quando si manifesta in modo tangibile nel mondo esterno, sappiamo non essere assoluta ma limitabile ai sensi di quanto prevede il secondo comma dell'articolo 9. Le sole restrizioni ammesse devono essere a) prescritte dalla legge b) perseguire un obiettivo legittimo - pubblica sicurezza, protezione dell'ordine, salute, morale pubblica, o dei diritti e della libertà altrui - c) dirsi necessarie e proporzionate in una società democratica. Il concetto di "necessarietà" implica l'esistenza di un *pressing social need* che giustifichi quella limitazione¹¹⁰. Tuttavia non è sufficiente che la limitazione persegua un obiettivo legittimo e qualora vi sia un bisogno sociale pressante per essa, "*there must be a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim pursued*"¹¹¹. Il principio di proporzionalità "richiede che l'intensità della restrizione non sia eccessiva rispetto ai bisogni legittimi e interessi, che la specifica restrizione mira a soddisfare"¹¹². Una certa misura può dirsi proporzionata quando, tra una serie di alternative idonee a perseguire un certo fine, è la scelta meno restrittiva per il diritto in gioco. "Si potrebbe sostenere che, se una disposizione, giustificata da un

¹⁰⁸IDEM, pag. 288

¹⁰⁹ BRIBOSIA E., RINGELHEIM J., RORIVE I., *Reasonable Accommodation for Religious Minorities...*, cit. nota 89, pag. 15

¹¹⁰ Si vedano tra gli altri: caso *Grigoriades v. Grecia*, ricorso n. 121/1996/740/939, 1997, par. 44; *Dudgeon v. Regno Unito*, ricorso n. 7525/76, 1981, par. 54

¹¹¹ Caso *Scollo v. Italia*, ricorso n. 19133/91, 1995, par. 32

¹¹² TSAKYRAKIS S., *Proportionality: An assault on human rights?*, in *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 7, n. 3, 2009, pag. 476

obiettivo legittimo, compromette la libertà religiosa di certi individui e l'accomodamento ragionevole consentisse di eludere tale perdita senza allo stesso tempo compromettere l'obiettivo previsto, questa seconda soluzione dovrebbe essere favorita perché rappresenta il mezzo per raggiungere l'obiettivo, meno restrittivo dei diritti in gioco"¹¹³.

Seppur la Commissione e la Corte non sembrano aver adottato questa via quando hanno affrontato le richieste di ragionevole accomodamento nel contesto lavorativo, questa impostazione è stata illustrata dai giudici di minoranza nel caso *Sessa v. Italia*¹¹⁴ del 2012. Il caso riguardava un cittadino italiano, di fede ebraica, che svolgeva la professione di avvocato. Egli era rappresentante di una delle due parti civili in un procedimento penale avviato contro alcune banche. Durante il procedimento, l'udienza dedicata all'incidente probatorio era stata rinviata, per impedimento del GIP, a due altre possibili date che coincidevano con due festività religiose ebraiche, precisamente lo *Yom Kippur* e il *Succot*; il ricorrente Sessa aveva dichiarato la sua impossibilità a presenziare all'udienza di rinvio a causa dei suoi obblighi religiosi; ne aveva chiesto quindi il rinvio ma senza successo. Dopo aver esaurito i ricorsi interni, aveva presentato ricorso alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: il rifiuto dell'autorità giudiziaria di rinviare l'udienza controversa, fissata in una data coincidente con la festività ebraica, gli aveva impedito di partecipare all'udienza in qualità di rappresentante di una delle parti civili ed aveva costituito un ostacolo al suo diritto di professare liberamente la sua religione. Invocava quindi l'articolo 9 della Convenzione.

La Corte mantiene la sua impostazione tradizionale: la fissazione della data di udienza coincidente con la festività ebraica e il rifiuto di rinviarla ad altra data non costituivano un'ingerenza nel diritto del ricorrente ad esercitare liberamente il suo culto. L'interessato aveva adempiuto ai suoi doveri religiosi e avrebbe potuto farsi

¹¹³ BRIBOSIA E., RINGELHEIM J., RORIVE I., *Reasonable Accommodation for Religious Minorities...*, cit. nota 89, pag. 15

¹¹⁴ Caso *Sessa v. Italia*, ricorso n. 28790/08, 2012

sostituire all'udienza per adempiere anche ai suoi obblighi professionali. Inoltre, il rifiuto era conforme alle disposizioni della legge in vigore. Anche ammesso che vi fosse stata un'ingerenza nel diritto del ricorrente tutelato dall'articolo 9 comma primo, secondo la Corte tale ingerenza era giustificata ai sensi del comma secondo. Essa infatti era prevista dalla legge e volta alla tutela dei diritti e delle libertà altrui, in particolare del diritto delle parti in giudizio al buon funzionamento della giustizia e del rispetto del principio della ragionevole durata del procedimento. Inoltre era presente un rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo prefissato¹¹⁵.

Interessante è notare che la decisione è stata assunta con una maggioranza di quattro giudici con tre dissenzienti, registrando il dissenso dei giudici Tulkens, Popovic e Keller. Questi ultimi criticano il ragionamento della maggioranza considerato troppo "asciutto" sia per quanto riguarda la non-esistenza dell'ingerenza sia la valutazione di proporzionalità. Un ragionamento troppo sbrigativo risulterebbe problematico alla luce del fatto che la libertà religiosa è sempre stata definita dalla Corte come uno degli aspetti fondamentali della persona e come uno dei valori essenziali di una società democratica. Per quanto riguarda l'esistenza dell'ingerenza, la maggioranza constata che la decisione del giudice per le indagini preliminari di non accogliere la domanda di rinvio del ricorrente si fonda sulle disposizioni del codice di procedura penale italiano ai sensi del quale l'udienza relativa all'incidente probatorio si svolge in camera di consiglio con la partecipazione necessaria del pubblico ministero e del difensore della persona sottoposta alle indagini. Quindi ne deduce che la presenza del legale di parte civile non fosse necessaria; pertanto, la fissazione dell'udienza in una data coincidente con una festività ebraica e il rifiuto di spostarla ad altra data non potevano comportare una restrizione del diritto del ricorrente di esercitare liberamente il suo culto. I giudici dissenzienti notano che "l'articolo 401 del codice di procedura penale italiano prevede sì la partecipazione obbligatoria del pubblico ministero e del difensore dell'imputato, ma tale

¹¹⁵ IBIDEM, par. 38

disposizione precisa anche che «il difensore della persona offesa ha diritto di parteciparvi». Spetta quindi al difensore e solo a lui, in funzione degli interessi del cliente, decidere di avvalersi o meno di tale diritto che gli è riconosciuto, senza che le autorità giudiziarie possano intromettersi nell'esercizio dei diritti della difesa né presumere l'assenza di necessità della sua partecipazione»¹¹⁶.

È tuttavia il ragionamento sul test di proporzionalità la parte più interessante ai fini della questione del ragionevole accomodamento. I giudici di minoranza esplicitano infatti che uno dei passaggi che strutturano il test di proporzionalità di una limitazione è il rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo prefissato. «La proporzionalità di una misura presuppone che, tra i diversi mezzi che consentono di raggiungere lo scopo legittimo perseguito, le autorità scelgano quello meno lesivo dei diritti e delle libertà»¹¹⁷. La ricerca di un *ragionevole accomodamento* si inserirebbe in quest'ottica; esso, in alcune circostanze, può rappresentare un mezzo meno restrittivo per raggiungere l'obiettivo perseguito. Nel caso di specie, secondo i giudici dissenzienti, esistevano le condizioni per giungere ad un accomodamento ragionevole, che avrebbe consentito di evitare la lesione della libertà religiosa del ricorrente, senza tuttavia compromettere il buon funzionamento della giustizia¹¹⁸. In particolare, si fa notare che il ricorrente aveva fatto subito presente alle autorità giudiziarie la sua impossibilità di partecipare all'udienza controversa per motivi religiosi. Esse avevano avuto quindi a disposizione un tempo sufficiente, di quattro mesi, per riorganizzare il calendario delle udienze in modo da garantire i diversi

¹¹⁶ IBIDEM, opinione dissenziente dei giudici Tulkens, Popović e Keller, par. 6 (versione italiana)

¹¹⁷ IBIDEM, par. 9

¹¹⁸ IBIDEM, par. 9 e 10: *“As to the proportionality requirement, which is the test of whether the interference was necessary in a democratic society, the Court’s case-law is very clear: for a measure to be proportionate, the authorities, when choosing between several possible means of achieving the legitimate aim pursued, must opt for the measure that is least restrictive of rights and freedoms. From that standpoint, seeking a reasonable accommodation of the situation in issue may, in some circumstances, constitute a less restrictive means of achieving the aim pursued. In the present case we believe that the conditions were met for attempting to reach a reasonable accommodation of the situation, that is to say, one that did not impose a disproportionate burden on the judicial authorities. By dint of a few concessions, this would have made it possible to avoid interfering with the applicant’s religious freedom without compromising the achievement of the clearly legitimate aim of ensuring the proper administration of justice”.*

diritti in gioco¹¹⁹. Quindi la ricerca del ragionevole accomodamento si inserirebbe secondo i giudici dissenzienti proprio nel test di proporzionalità stesso.

¹¹⁹ IBIDEM, par. 11

CAPITOLO TERZO

LA RILEVANZA DELLA *DEFERENCE* NELLA RELAZIONE TRA LAVORO E RELIGIONE NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI STRASBURGO

Al pari di altre corti sovranazionali¹, anche la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo mostra solitamente un certo grado di rispetto, o *deference*, verso le autorità nazionali.² Lo strumento della *deference* viene infatti spesso utilizzato dalle corti sovranazionali per destreggiarsi nel sistema multilivello di tutela dei diritti fondamentali. Attraverso questo strumento, le corti sovranazionali mostrano un dovuto rispetto alle tradizioni costituzionali nazionali, alle scelte legislative e di policy nazionali prevenendo quindi potenziali situazioni di conflitto³. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha sviluppato a tal proposito la ben nota dottrina del margine di apprezzamento. Nei casi che attengono alla libertà religiosa, forse in maggior misura rispetto ad altre disposizioni convenzionali, questa dottrina ha assunto un ruolo fondamentale, per non dire principale, scatenando ampie critiche rispetto all'efficacia della garanzia dei diritti fondamentali della CEDU. Nei paragrafi seguenti si darà conto di come questa dottrina sia venendo ad assumere un carattere particolare nell'intreccio tra lavoro e fede.

1. Il margine di apprezzamento: una visione generale

Con il concetto di "margine di apprezzamento" si allude solitamente allo spazio di discrezionalità, o come è stato anche definito "*room of manoeuvre*", che gli organi di Strasburgo riconoscono alle autorità nazionali nell'onorare gli impegni assunti con la

¹ Si veda LEGG A., *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law Deference and Proportionality*, Oxford University Press, Oxford, 2012; CAROZZA P. G., *Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law*, in *American Journal of International Law*, Vol. 97, 2003

² GERARDS J., SENDEN H., *The Structure of Fundamental Rights and The European Court of Human Rights*, in *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 7, n. 4, 2009, pag. 645

³ GERARDS J., *Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine*, in *European Law Journal*, Vol. 17, n. 1, 2011, pag. 81-82

Convenzione⁴; questa discrezionalità riguarda, in primo luogo, la scelta dei mezzi più idonei per l'attuazione dei diritti e libertà convenzionali e in secondo luogo la determinazione di quando una eventuale limitazione o restrizione degli stessi, sia richiesta dalla ponderazione con altri diritti o interessi confliggenti in una data circostanza – ovvero possa dirsi *necessary in a democratic society*⁵.

Si possono individuare almeno due livelli in cui il margine di apprezzamento si esplica. Il primo, di cui si è appena dato conto, riguarda quella certa autonomia che la Corte lascia agli stati membri nel riempire di contenuto le generali disposizioni della Convenzione. Il secondo, che consegue al primo, riguarda l'intensità del controllo che la Corte effettua sull'operato statale nel momento in cui questo viene messo in discussione dinnanzi agli organi di Strasburgo. Chiamata ad esaminare la appropriatezza e la ragionevolezza di una certa misura nazionale, quindi a verificare il soddisfacimento del test di proporzionalità, la Corte utilizza il margine di apprezzamento per modulare l'intensità, la profondità e la pregnanza dell'analisi⁶.

⁴ GREER S., *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion Under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, Human Rights files, n. 17, 2000, pag. 5; la bibliografia sul margine di apprezzamento è vasta; si vedano tra gli altri YOUROW H. C., *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, *Connecticut Journal of Int'l Law*, Vol. 3, 1987; BENVENISTI E., *Margin of appreciation, Consensus and Universal Standards*, in *International Law and Politics*, Vol. 31, 1999; ARAI-TAKAHASHI Y., *Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Antwerpen, 2002; BRAUCH J.A., *The margin of appreciation and the jurisprudence of the European Court of Human Rights: threat to the rule of law.*, in *Columbia Journal of European Law*, Vol. 11, 2004; GALLAGHER P., *The European Convention on Human Rights and the Margin of Appreciation*, in <http://ssrn.com/abstract=1982661>, *UCD Working Papers in Law, Criminology & Socio-Legal Studies*, n. 52, 2011; GERARDS J., *Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine*, in *European Law Journal*, Vol. 17, n. 1, 2011; GREER S., *The interpretation of the European Convention On Human Rights: Universal Principle or Margin of Appreciation?*, in *UCL Human Rights Review*, Vol. n. 3, 2010; KRATOCHVÍL J., *The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 29, n. 3, 2011; LEGG A., *The margin of appreciation in international human rights law: Deference and Proportionality*, Oxford University Press, Oxford, 2012; LETSAS G., *A theory of interpretation of the European convention on human rights*, Oxford University Press, Oxford, 2007; LETSAS G., *Two concepts of the margin of appreciation*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, n. 4, 2006;

⁵ Si veda FOKAS E., *Directions in Religious Pluralism in Europe: Mobilizations in the Shadow of European Court of Human Rights Religious Freedom Jurisprudence*, in *Oxford Journal of Law and Religion*, n. 4, 2015, pag. 58; ZAGREBELSKY V., *Pace sociale e margine di apprezzamento dei Governi nelle questioni di natura religiosa e morale*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 1, aprile, 2013, pag. 300

⁶ GERARDS J., SENDEN H., *The Structure of Fundamental Rights...*, cit. nota 2, pag. 645.

Applicando questa dottrina, la Corte impone un certo autocontrollo al suo potere di revisione, riconoscendo che le autorità nazionali sono maggiormente capaci di risolvere una data controversia⁷. A tal proposito, v'è chi ha descritto il margine di apprezzamento come *“the latitude of deference or error which the Strasbourg organs will allow to national legislative, executive, administrative and judicial bodies before it is prepared to declare a national derogation from the Convention, or restriction or limitation upon a right guaranteed by the Convention, to constitute a violation of one of the Convention’s substantive guarantees. It has been defined as the line at which international supervision should give way to a State Party’s discretion in enacting or enforcing its laws”*⁸.

1.1. Le origini nell’ambito dell’articolo 15 CEDU

Non vi sono dubbi sul fatto che la dottrina del margine di apprezzamento sia di creazione giurisprudenziale; infatti di tale termine non si ravvisa menzione né nel testo della Convenzione, né nei lavori preparatori. Questa nozione nasce nel contesto particolare della deroga agli obblighi convenzionali in situazione di emergenza per la sicurezza nazionale, possibilità prevista dall’art. 15 della Convenzione⁹. Nel ricorso interstatale, *Grecia v. Regno Unito*¹⁰, la Commissione europea ritiene che nell’ambito dell’art. 15 CEDU alle autorità nazionali debba essere riconosciuta una *“certain measure of discretion”* nel determinare se sussista l'emergenza tale da legittimare la

⁷ SPIELMANN D., *Allowing the Right Margin the European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?*, in *CELS Working Papers Series*, versione 2012, pag. 2

⁸ YOUROW H. C., *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1996, pag. 13

⁹ CEDU, il primo comma dell’Art. 15 recita: *“In caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, ogni Alta Parte contraente può adottare delle misure in deroga agli obblighi previsti dalla presente Convenzione, nella stretta misura in cui la situazione lo richieda e a condizione che tali misure non siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale”*.

A proposito del significato da attribuire all’espressione *“pericolo pubblico che minacci la vita della Nazione”* è utile richiamare la definizione che viene data dal Giudice Maridakis nel caso *Lawless v. Irlanda* (n. 3), ricorso n. 332/57 report della Commissione, 1961, pag. 36. Si tratta di una *“quite exceptional situation which imperils or might imperil the normal operation of public policy established in accordance with the lawfully expressed will of the citizens”*.

¹⁰ Caso *Grecia v. Regno Unito*, ricorso n. 176/56, 1958-1959.

deroga alla Convenzione. Con questo ricorso la Grecia lamentava una presunta violazione dei diritti umani a Cipro ad opera del Regno Unito in seguito alla repressione violenta della campagna militare antibritannica capeggiata dall'EOKA¹¹; il Regno Unito, in difesa, richiamava proprio l'art. 15 CEDU. Ancora nell'ambito dell'art. 15, la Commissione europea nel caso *Lawless v. Irlanda*¹² fa riferimento ad un "margin of appreciation" riconosciuto agli stati nell'identificare l'esistenza del pericolo pubblico che minacci la vita della Nazione.

La Corte Europea si affida tuttavia espressamente alla dottrina del margine di apprezzamento solo nel caso *Irlanda v. Regno Unito*, esprimendo anche quale fosse il fattore determinante per l'attribuzione della discrezionalità. Agli Stati contraenti viene infatti riconosciuto un ampio margine in ragione del fatto che essi sono in una "better position" per affrontare situazioni sensibili a livello politico che pregiudichino la sicurezza nazionale. Si legge infatti: "in ragione del loro contatto diretto e continuo con le pressanti esigenze del momento, le autorità nazionali sono in linea di principio in una posizione migliore rispetto al giudice internazionale per decidere sia sulla presenza di una tale emergenza sia sulla natura e la portata delle deroghe necessarie per scongiurarla. In questa materia l'articolo 15 comma 1 lascia a dette autorità un ampio margine di apprezzamento"¹³. È primaria responsabilità dello Stato quella di salvaguardare "the life of [its] nation"¹⁴; la Corte limita il suo potere di revisione sostanziale e si rimette a quanto precedentemente deciso a livello nazionale.

Questa dottrina, dal contesto particolare emergenziale, si è progressivamente estesa, fino a riguardare la totalità dei diritti e delle libertà protette dalla Convenzione e dai

¹¹ Organizzazione Nazionale dei Combattenti Ciprioti (Ethniki Organosis Kypriou Agoniston – EOKA).

¹² Caso *Lawless v. Irlanda*, ricorso n. 332/57 report della Commissione, 1961, par. 90: "Having regard to the high responsibility which a Government has to its people to protect them against any threat to the life of the nation, it is evident that a certain discretion - a certain margin of appreciation - must be left to the Government in determining whether there exists a public emergency which threatens the life of the nation and which must be dealt with by exceptional measures derogating from its normal obligations under the Convention".

¹³ Caso *Irlanda v. Regno Unito*, 1978, A 25, par. 207

¹⁴ IDEM, par. 207

suoi Protocolli¹⁵. Ma soprattutto, l'infiltrazione di questa formula in contesti privi della caratteristica relativa all'emergenza, ne rifletterà una ben diversa filosofia, basata sulle nozioni di democrazia e sussidiarietà¹⁶. Il margine di apprezzamento si farà portavoce del desiderio di ogni comunità nazionale di far valere le proprie caratteristiche, mantenere i propri peculiari valori, nonché indirizzare i propri bisogni, di fronte al pericolo della standardizzazione e dell'uniformità.

1.2. Il margine di apprezzamento negli articoli 8-11 CEDU

La Corte di Strasburgo ha prevalentemente sviluppato la dottrina del margine di apprezzamento nell'ambito delle c.d. libertà fondamentali in una società democratica, garantite dagli articoli 8-11 CEDU, che prevedono: il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8), la libertà di pensiero, coscienza e religione (art. 9), la libertà di espressione (art.10), la libertà di riunione e di associazione (art. 11).

Queste libertà non sono assolute e allo Stato è consentito limitarne il godimento entro certi limiti; tali limiti sono solitamente delineati nel secondo comma delle relative disposizioni: le c.d. *limitation clauses*. La lettura della Convenzione come un insieme di diritti e libertà respinge la concezione di un diritto illimitato, assoluto, nei confronti degli altri, bensì ne prevede la reciproca interazione e dunque *limitabilità* nella ricerca del giusto bilanciamento con altri diritti e interessi collettivi, di cui si fanno promotori gli stati. La Corte stessa ha spesso volte ribadito che "*inherent in the whole of the Convention is a search for a fair balance between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights*"¹⁷.

¹⁵ ZAGREBELSKY V., *Pace sociale e margine di apprezzamento dei Governi nelle questioni di natura religiosa e morale*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 1, aprile, 2013

¹⁶ BENVENISTI E., *Margin of Appreciation, Consensus, And Universal Standards*, in *International Law and Politics*, Vol. 31, 1999, pag. 846

¹⁷ Caso *Soering v. Regno Unito*, ricorso n. 14038/88, 1989, par. 89

Queste libertà fondamentali possono quindi essere limitate per la tutela di altri diritti o interessi della collettività generale, purché siano rispettati i requisiti, di volta in volta, richiesti dalla Convenzione e il bilanciamento raggiunto sia reputato proporzionato. Le limitazioni di queste libertà fondamentali non saranno considerate violazioni delle stesse se sono previste dalla legge, se volte al perseguimento di obiettivi legittimi – espressamente indicati dalle *limitations clauses* - e se necessarie e proporzionate in una società democratica. Qui entra nuovamente in gioco il margine di apprezzamento; infatti, nel raggiungere il “*fair balance [...] between the competing interests of the individual and of the community as a whole, [...] the State enjoys a certain margin of appreciation*”¹⁸.

2. La ratio del margine di apprezzamento: il principio di sussidiarietà

Nonostante varie siano le ricostruzioni sulla natura e l'utilità del margine di apprezzamento, è ampiamente accettato che esso concerna la relazione che, attraverso il sistema del Consiglio d'Europa ed in particolare della Convenzione Europea, si è venuta a creare tra la Corte di Strasburgo e gli ordinamenti nazionali¹⁹. Il margine di apprezzamento è lo strumento principale utilizzato dalla Corte europea per trovare un punto di equilibrio tra il rispetto delle diversità nazionali, della sovranità degli stati e la contemporanea protezione dei diritti convenzionali²⁰.

Le ragioni che stanno alla base di questa dottrina sono varie ma è principalmente nel principio di sussidiarietà che se ne ravvisa la *ratio* principale. Si afferma infatti che il margine di apprezzamento “è inerente e deriva in modo naturale dalla visione originaria della Convenzione come strumento complementare ma sussidiario ai sistemi nazionali”²¹. Questa idea è del resto stata ripetutamente confermata dalla

¹⁸ Caso *Hatton e Altri v. Regno Unito*, ricorso n. 36022/97, 2003, par. 98

¹⁹ SPIELMANN D., *Allowing the Right Margin the European Court of Human Rights...*, cit. nota 7, pag. 2

²⁰ OSTROVSKY A.A., *What's So Funny About Peace, Love and Understanding? How the Margin of Appreciation Doctrine Preserves Core Human Rights within Cultural Diversity and Legitimizes International Human Rights Tribunals*, in *Hanse Law Review*, Vol. 1, n. 1, 2005

²¹ ARAI-TAKAHASHI Y., *Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Antwerpen, 2002, pag. 3

Corte stessa. Già nel 1968 con il caso c.d. Linguistica Belga, la Corte si era espressa a favore della sussidiarietà affermando che essa “cannot assume the rôle of the competent national authorities, for it would thereby lose sight of the subsidiary nature of the international machinery of collective enforcement established by the Convention”²².

Nel sistema CEDU, la tutela dei diritti umani è quindi una responsabilità condivisa tra Stati e Corte: ogni Stato Membro detiene in via primaria l’obbligo di assicurare il rispetto dei diritti e delle libertà sancite dalla Convenzione, fungendo la Corte da supervisore finale del comportamento statale²³. In un certo modo, si può affermare che il sistema Cedu è doppiamente sussidiario rispetto al livello nazionale; in primo luogo perché la Convenzione lascia ad ogni Stato, per primo, il compito di assicurare i diritti e le libertà che essa contempla e in secondo luogo, perché le istituzioni di Strasburgo entrano in gioco solo quando viene presentato un ricorso dinnanzi alla Corte e previo esaurimento di tutti i rimedi nazionali²⁴. La giurisdizione della Corte Europea infatti non si attiva da sola ma attraverso un ricorso individuale o interstatale, ricevibile solo in presenza di requisiti formali, procedurali e di merito. In particolare il previo esaurimento dei rimedi nazionali riempie di un primo significato concreto il principio di sussidiarietà della tutela internazionale dei diritti²⁵.

Anche nel caso fondamentale *Handyside v. Regno Unito*, relativo ad una presunta violazione della libertà di espressione, essa ha ribadito “[t]he machinery of protection

²² Caso Linguistica Belga (case “Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” v. Belgium), ricorsi n. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64), 1968

²³ CEDU, Art. 1 Obbligo di rispettare i diritti dell’uomo: “Le Alte Parti contraenti riconoscono a ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nel Titolo primo della presente Convenzione”.

CEDU, Art. 19 Istituzione della Corte: “Per assicurare il rispetto degli impegni derivanti alle Alte Parti contraenti dalla presente Convenzione e dai suoi Protocolli, è istituita una Corte europea dei Diritti dell’Uomo, di seguito denominata «la Corte». Essa funziona in modo permanente”.

²⁴ CEDU, Art. 35 Condizioni di ricevibilità: “1. La Corte non può essere adita se non dopo l’esaurimento delle vie di ricorso interne, come inteso secondo i principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti ed entro un periodo di sei mesi a partire dalla data della decisione interna definitiva.

²⁵ BARTOLE S., DE SENA P., ZAGREBELSKY V., *Commentario breve alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2012, pag. 656

established by the Convention is subsidiary to the national systems safeguarding human rights. The Convention leaves to each Contracting State, in the first place, the task of securing the rights and liberties it enshrines"²⁶; in ragione del legame continuo e diretto con realtà e rispettivi contesti nazionali, le autorità nazionali sono in linea di principio "*in a better position*" rispetto ad un giudice internazionale per riempire di contenuto i requisiti della Convenzione; per questo motivo le autorità nazionali debbono poter godere di un certo margine di discrezionalità nel scegliere i mezzi idonei per proteggere un diritto e nel valutare la necessità di una eventuale limitazione del suo godimento²⁷. Se spetta *in primis* allo Stato la tutela dei diritti fondamentali, la Corte opera come un "*check and balance*" di questo processo²⁸. Alla presenza del margine di apprezzamento statale essa assume un atteggiamento di *self-restraint, comity, deference* verso le scelte assunte dagli organi nazionali. Tuttavia, anche quando la Corte riconosce un ampio margine di apprezzamento a favore dello Stato, questo non si traduce nella concessione di carta bianca²⁹; il potere di apprezzamento non è illimitato e la discrezionalità concessa è sempre accompagnata, almeno in linea teorica, dalla supervisione della Corte circa la legittimità della *policy* nazionale e il rispetto dei requisiti di proporzionalità e necessità³⁰.

Attraverso la valorizzazione della sussidiarietà, si può dedurre che la Corte europea accetti una certa diversità nella protezione dei diritti umani³¹; ad esempio nel caso *Kurtulmus v. Turchia*, la Corte nota una certa differenza tra gli Stati per quanto

²⁶ Caso *Handyside v. Regno Unito*, ricorso n. 5493/72, 1976, par. 48

²⁷ IDEM, par. 48

²⁸ LEGG A., *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law...*, cit. nota 1, pag. 61-62; "*In the context of the Treaties, a primary role is envisaged for states. This means that, in the first instance and on the whole, it is for the state to interpret and implement its human rights obligations, and the Tribunals operate as a check and balance on this process. Where the Tribunals give appropriate deference to the state, their decisions uphold comity, which is the duty of an authority to respect the role of institutional authorities, in this case for the Tribunals to respect the primary role of states in implementing their human rights obligations*".

²⁹ RORIVE I., *Religious Symbols in the Public Space: In Search of a European Answer*, in *Cardozo Law Review*, Vol. 30, n. 6, 2009, pag. 2682

³⁰ Caso *Leyla Sahin v. Turchia*, ricorso n. 44774/98, 2005, par. 110: "*This margin of appreciation goes hand in hand with a European supervision embracing both the law and the decisions applying it. The Court's task is to determine whether the measures taken at national level were justified in principle and proportionate*".

³¹ LEGG A., *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law...*, cit. nota 1, pag. 63

riguarda gli obblighi dei dipendenti pubblici ma afferma anche “[d]ifferences in the rules applied by the States may thus be regarded as coming within the scope of the margin of appreciation”³². Ben conscia delle differenze, alla Corte di Strasburgo non spetta un’opera di unificazione del diritto, bensì lo sviluppo di standard minimi, comuni, di protezione³³. A suffragio di un sempre maggiore utilizzo del margine di apprezzamento si è detto, ad esempio, che seppur vi sia un diritto umano al giusto processo, ciò non significa che tutti gli stati del Consiglio d’Europa debbano adottare le medesime regole procedurali³⁴. Questo aspetto è sottolineato anche dal giudice Martens in *Borgers v. Belgium*³⁵, in cui si esprime a favore di un certo “self-restraint” della Corte; “[...] the Convention does not aim at uniform law but lays down directives and standards, which, as such, imply a certain freedom for member States”. D’altra parte, egli stesso nota che “[...] the Preamble to the Convention seems to invite the Court to develop common standards”. La Corte si trova a dover mediare tra le prerogative nazionali e lo scopo della CEDU, quello di costruire un sistema volto alla salvaguardia e allo sviluppo dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali con il fine di realizzare

³² Caso *Kurtulmus v. Turchia*, ricorso n. 65500/01, 2006

³³ SPANO R., *Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity*, in *Human Rights Law Review*, Vol. 14, n. 3, 2014, pag. 493; si veda anche LORD REED, *The Common Law and the ECHR*, discorso tenuto presso Inner Temple, 11 Novembre 2013, disponibile al link https://www.innertemple.org.uk/downloads/members/lectures_2013/lecture_reed_2013.pdf; si legge: “the Strasbourg court’s aim is not to construct a code to be adopted by the 47 contracting states. It knows very well that there are important differences between the various societies and their legal systems. But the court is developing a body of high level principles which can be taken to be applicable across the different legal traditions. Bearing that in mind, in the Strasbourg law, as in our own, we need to identify the principles underlying the development of a line of authorities on a particular topic. We can then develop our law, when necessary, by finding the best way, faithful to our own legal tradition, of giving expression to those principles. If we do so, our domestic legal tradition can continue to develop”.

³⁴ LORD HOFFMANN, *The Universality of Human Rights*, in *Judicial Studies Board Annual Lecture*, 12 Marzo 2009: “The fact that the 10 original Member States of the Council of Europe subscribed to a statement of human rights in the same terms did not mean that they had agreed to uniformity of the application of those abstract rights in each of their countries, still less in the 47 states which now belong. The situation is quite different from that of the European Economic Community, in which the Member States agreed that it was in their economic interest to have uniform laws on particular matters which were specified as being within European competence. On such matters, the European institutions, including the Court of Justice in Luxembourg, were given a mandate to unify the laws of Europe. The Strasbourg court, on the other hand, has no mandate to unify the laws of Europe on the many subjects which may arguably touch upon human rights”.

³⁵ Caso *Borgers v. Belgium*, ricorso n. 12005/86, 1991, in tema di giusto processo.

un'unione stretta tra gli stati membri del Consiglio d'Europa³⁶. Ne deriva una certa tensione, che richiede alla Corte di agire consapevolmente per evitare ingiustificate interferenze nelle prerogative nazionali. Questa tensione tra diversità e universalità, vedremo, sarà amplificata nel contesto della libertà religiosa dove differenti sono le dinamiche a livello europeo. In questo settore, la Corte si trova in equilibrio precario: da una parte non può ignorare la profonda diversità dei modelli di relazione tra stato e chiesa esistenti in Europa ma dall'altra non può neppure venir meno all'obiettivo di garantire uguale livello di protezione della libertà religiosa, individuale e collettiva, libertà che la Corte ha ripetutamente definito indispensabile per l'esistenza di una società democratica³⁷. Ecco allora che il ricorso al margine di apprezzamento si rende necessario ed esso opera "*as a lubricant in the interface between individual rights and public interest*", nonché tra autorità nazionali e giudice internazionale³⁸. Ma la *deference* verso le istituzioni nazionali non può essere tale da escludere il controllo internazionale; la Corte di Strasburgo bilancia la deferenza con il principio di proporzionalità: "alla dottrina del margine di apprezzamento [fa] da contrappeso il richiamo da parte della Corte al principio di proporzionalità, al fine di verificare in concreto le specifiche misure adottate dai diversi Stati per valutarne la loro compatibilità con il dettato costituzionale"³⁹.

³⁶ CEDU, Preambolo, "il fine del Consiglio d'Europa è quello di realizzare un'unione più stretta tra i suoi membri [...] uno dei mezzi per conseguire tale fine è la salvaguardia e lo sviluppo dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali".

³⁷ MARTÍNEZ TORRÓN J., *Freedom of Religion in the European Convention on Human Rights Under the influence of Different European Tradition*, Pontifical Academy of Social Sciences, *Acta* 17, 2012 disponibile al link www.pass.va/content/dam/scienze-sociali/pdf/acta17/acta17-martineztorron.pdf, pag. 332

³⁸ CHRISTOFFERSEN J., *Fair balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publisher, Leiden Boston, 2009, pag. 235

³⁹ ANNICCHINO P., *Tra margine di apprezzamento e neutralità: il caso «Lautsi» e i nuovi equilibri della tutela europea della libertà religiosa*, in MAZZOLA R. (a cura di), *Diritti e religione in Europa, Rapporto sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di libertà religiosa*, il Mulino, Bologna, 2012, p. 182

2.1. Margine di apprezzamento, legittimazione democratica e better position.

Seppur sempre nell'alveo del rispetto della sussidiarietà, il margine di apprezzamento, e il conseguente atteggiamento di deferenza, acquisisce diverse sfaccettature⁴⁰: esso si manifesta talvolta nel rispetto delle scelte operate dagli organi nazionali in funzione della loro legittimazione democratica. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in molti casi ha infatti riconosciuto un ruolo speciale del legislatore a giustificazione dell'atteggiamento di *self-restraint*, riconoscendo che essa non è un legislatore e deve prestare attenzione a non assumere funzioni legislative⁴¹. In tal senso, nel caso *SAS v. Francia*, esprimendosi a favore della legittimità del divieto al velo integrale nei luoghi pubblici in Francia, la Corte afferma che "*the Court has a duty to exercise a degree of restraint in its review of Convention compliance, since such review will lead it to assess a balance that has been struck by means of a democratic process within the society in question*"⁴². Tuttavia, v'è da dire che Corte ha più volte ribadito che "democrazia" non significa prevalenza sempre e comunque della volontà della maggioranza: "anche se gli interessi individuali devono in alcune occasioni essere subordinati a quelli del gruppo, la democrazia non si esprime semplicemente nell'assoluto predominio delle convinzioni della maggioranza: bisogna raggiungere un equilibrio che assicuri il giusto e corretto riguardo dei gruppi minoritari e eviti qualsiasi abuso di posizione dominante"⁴³.

Oltre a questo profilo, l'atteggiamento di deferenza deriva dall'ammissione del tribunale internazionale della mancanza di risorse necessarie per valutare adeguatamente certe questioni, ad esempio socio-economiche o particolarmente sensibili a livello domestico; in quest'ultimo caso la Corte ricorre solitamente al concetto di "*better position*" delle autorità nazionali. Esse non solo dispongono di un

⁴⁰ LEGG A., *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law...*, cit. nota 1, pag. 37

⁴¹ In questo senso si esprimono i giudici Wildhaber, Costa, Lorenzen, Kovler e Jebens nell'opinione dissenziente allegata al caso *Hirst v. Regno Unito* (No. 2), ricorso n. 74025/01, 2005

⁴² Caso *S.A.S. v. Francia*, ricorso n. 43835/11, 2014, par. 154

⁴³ Caso *Leyla Sahin v. Turchia*, ricorso n. 44774/98, 2005, par. 108

accesso migliore alle informazioni di fatto, ma sono anche generalmente in una posizione qualificata per valutare una determinata misura nazionale o decisione alla luce delle tradizioni costituzionali, culturali o giuridiche⁴⁴. Dunque, le autorità nazionali godono di un certo vantaggio nell'effettuare la valutazione di proporzionalità: “[b]y reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of these requirements as well as on the “necessity” of a “restriction” or “penalty” intended to meet them”⁴⁵.

3. L'ampiezza del margine di apprezzamento: importanza del diritto in questione e *consensus*.

Come già affermato, la presenza del margine di apprezzamento influisce sull'intensità del controllo operato dalla Corte di Strasburgo. Bisogna però specificare che l'ampiezza del margine, e quindi della correlata deferenza verso gli organi nazionali, non è sempre la stessa. La Corte infatti si avvale di aggettivi come “*wide, narrow, a certain*” per qualificare il margine di discrezionalità concesso. “Laddove la Corte decida che il margine di apprezzamento è limitato, generalmente ci si troverà di fronte ad una violazione della Convenzione; laddove ritenga che il margine di discrezionalità è ampio, lo Stato convenuto di solito sarà assolto”⁴⁶.

Nel corso degli anni, la Corte ha elaborato una serie di criteri cui fare riferimento per determinare la portata del margine di apprezzamento e di conseguenza un atteggiamento più o meno accomodante da parte dell'organo di Strasburgo. Tali fattori attengono innanzitutto al tipo di controversia che la Corte è chiamata a

⁴⁴ GERARDS J., *Diverging fundamental Rights and the Role of the European Court of Human Rights*, versione in corso di pubblicazione in CLAES M., DE VISSER M. (a cura di), *Constructing European Constitutional Law*, Hart Publishing, Oxford, 2014; disponibile al link: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2344626

⁴⁵ Caso *Handyside v. Regno Unito*, ricorso n. 5493/72, 1976, par. 48; si veda anche FOKAS E., *Directions in Religious Pluralism in Europe: Mobilizations in the Shadow of European Court of Human Rights Religious Freedom Jurisprudence*, in *Oxford Journal of Law and Religion*, n. 4, 2015, pag. 58

⁴⁶ Opinione dissenziente del giudice Maliverni in *Lautsi v. Italia* (Grande Camera), ricorso n. 30814/06, 2011, traduzione DUIT, reperibile in www.duitbase.it;

decidere; dall'analisi della giurisprudenza possiamo notare che il margine di apprezzamento è ampio nel caso di deroghe agli obblighi della Convenzione per "stato di urgenza" e nel caso di questioni che implicino delle valutazioni di tipo tecnico, economico, finanziario e sociale, ad esempio nei casi riguardanti la proprietà privata⁴⁷. In secondo luogo, il margine di apprezzamento varia a seconda dell'importanza del diritto in questione: "*the margin will tend to be narrower where the right at stake is crucial to the individual's effective enjoyment of intimate or key rights*"⁴⁸. Il controllo della Corte è più rigoroso e il margine di apprezzamento dello Stato è tanto più limitato quando l'interferenza riguarda un diritto che tocca la sfera privata e intima dell'individuo. Il controllo della Corte aumenta, e il margine di apprezzamento degli Stati è ridotto alla sua forma più semplice, quando ad essere in gioco sono direttamente i valori essenziali della società democratica⁴⁹.

3.1. Il fattore del "common ground"

Il fattore forse più caratterizzante utilizzato da Strasburgo per determinare sia l'attribuzione del margine di apprezzamento, sia l'intensità del controllo, è il c.d. *consensus* o *common ground*; infatti quando la Corte ravvisa una certa uniformità negli approcci degli Stati Parte del Consiglio d'Europa, il margine di apprezzamento, di norma, si restringe e con esso anche la discrezionalità accordata alle autorità nazionali. In altri termini, l'esistenza di una certa somiglianza nelle soluzioni normative di una data materia o nelle prassi vigenti nei vari stati, sarà normalmente accompagnata da un margine di apprezzamento più ristretto per lo stato che esce dal

⁴⁷ Si vedano ad esempio il caso *James e altri v. Regno Unito*, ricorso n. 8793/79, 1986; caso *Scollo v. Italia*, ricorso n. 19133/91, 1995

⁴⁸ Caso *S. e Marper v. Regno Unito*, ricorsi n. 30562/04, 30566/04, 2008, par. 102

⁴⁹ Opinione conforme del Giudice Maliverni allegata al caso *Egeland e Hanseid v. Norvegia*, ricorso n. 34438/04, 2009

modello regolatorio delineato dal fattore del *common ground*⁵⁰. Al contrario, l'assenza di *consensus* è solitamente accompagnata da un ampio margine di apprezzamento.

Nel già citato caso *Handyside v. Regno Unito* del 1976⁵¹ relativo alla confisca di un libro per ragioni di tutela della morale pubblica, emerge per la prima volta il fattore del *consensus* come elemento determinante per l'attribuzione del margine di apprezzamento; “[n]on è possibile identificare nelle legislazioni nazionali dei vari Stati Contraenti un’uniforme concezione Europea di morale. Il punto di vista assunto dalle rispettive legislazioni, circa i requisiti della morale, varia da tempo a tempo e da luogo a luogo, specialmente nella nostra epoca caratterizzata da una evoluzione rapida e di vasta portata delle opinioni su tale questione. In ragione del loro contatto diretto e continuo con le forze vitali dei loro Paesi, le autorità statali sono in linea di principio nella posizione migliore per dare un’opinione sull’esatto contenuto di questi requisiti, così come sulla necessità della restrizione”⁵². La mancanza di un *consensus* tra gli Stati Membri su cosa si debba intendere per “morale”, è il fattore che la Corte reputa fondamentale per riconoscere agli Stati un margine di apprezzamento. Pertanto, le autorità nazionali godono di un vantaggio rispetto al giudice internazionale nel determinare la sussistenza del *pressing social need* che la nozione di “necessità” implica.

Infine, v’è da dire che i vari fattori che contribuiscono alla variabilità del margine possono combinarsi tra loro. Se da una parte il controllo della Corte dovrebbe essere più rigoroso, e quindi la discrezionalità nazionale minore, nel caso di questioni che attengono ai diritti fondamentali per una società democratica, l'assenza del *common ground* permetterebbe di nuovo alla discrezionalità statale di ampliarsi. La Corte infatti ha affermato “[w]here a particularly important facet of an individual’s existence or

⁵⁰ DE LA RASILLA DEL MORAL I., *The Increasingly Marginal Appreciation of the Margin-of-Appreciation Doctrine*, in *German Law Journal*, Vol. 6, n. 7, 2006, disponibile al link SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1658789>, pag. 617

⁵¹ Caso *Handyside v. Regno Unito*, ricorso n. 5493/72, 1976

⁵² IBIDEM, par. 48

*identity is at stake, the margin allowed to the State will be restricted. Where, however, there is no consensus within the member States of the Council of Europe, either as to the relative importance of the interest at stake or as to how best to protect it, the margin will be wide*⁵³.

In realtà, anche in questi casi, le soluzioni adottate non sono sempre univoche e determinate in base a criteri prevedibili *a priori*. È la Corte che decide l'importanza del diritto in questione, se il consenso esista o meno e soprattutto alla luce di quali criteri esso debba essere misurato⁵⁴.

4. Le critiche al margine di apprezzamento

Come già affermato, l'utilità del margine di apprezzamento consiste nell'introdurre le differenze naturalmente esistenti nella società europea dentro il sistema della Convenzione. Una medesima *policy* che si traduce nella restrizione di un diritto può avere a monte degli obiettivi e delle necessità ben differenti, che la Corte europea giustamente non può ignorare; in tal modo il margine di apprezzamento consente un *"nuanced understanding of the rights"*⁵⁵.

Tuttavia, tale dottrina, proprio per il suo stesso utilizzo nell'ambito di un sistema di protezione di diritti umani, non manca di critiche. Alla luce di quanto espresso nel Preambolo, l'obiettivo della Convenzione è quello di "garantire il riconoscimento e l'applicazione universali ed effettivi dei diritti che vi sono enunciati". Nel fare ciò essa trae ispirazione dalla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo. Il margine di apprezzamento è stato criticato proprio come strumento che comprometterebbe tale applicazione universale dei diritti umani, favorendo piuttosto un certo relativismo culturale⁵⁶. V'è chi afferma infatti *"[t]he standardization of human rights*

⁵³ Caso *S. e Marper v. Regno Unito*, ricorsi n. 30562/04, 30566/04, par. 102

⁵⁴ GALLAGHER P., *The European Convention on Human Rights and the Margin of Appreciation*, in *UCD Working Papers in Law Criminology & Socio-Legal Studies Research Paper n. 52/2011*, disponibile al link: <http://ssrn.com/abstract=1982661>, 2011, pag. 11.

⁵⁵ OSTROVSKY A.A., *What's So Funny About Peace, Love and Understanding...*, cit. nota 20, pag. 58

⁵⁶ IBIDEM, pag. 56; si veda anche BENVENISTI E., *Margin of Appreciation, Consensus...*, cit. nota 16, pag. 844

*norms is central to the vision of universalized rights, valid across borders, and despite cultural differences*⁵⁷.

Oltre a questo profilo, il riferimento attraverso il margine di apprezzamento alla volontà statale in un contesto di protezione dei diritti, potrebbe sembrare antitetico rispetto all'essenza stessa di un diritto umano. Il ricorso indifferenziato al margine di apprezzamento rischia di compromettere il ruolo essenziale di un corpo internazionale di garanzia dei diritti umani, quello di proteggere le minoranze⁵⁸. Pertanto, v'è chi afferma che in una situazione di conflitto tra maggioranza e minoranza a livello nazionale, il ricorso al margine di apprezzamento sarebbe inopportuno perché si tradurrebbe nel rimettere una certa decisione ai corpi sì democraticamente eletti ma governati dalle forze maggioritarie che solitamente si avvalgono del potere politico per far valere i loro interessi⁵⁹. Per le posizioni di minoranza *"international judicial and monitoring organs are often their last resort and only reliable avenue of redress"*⁶⁰.

È possibile delineare anche una posizione intermedia; il giudice internazionale dovrebbe partire da una posizione di *deference* riconoscendo il maggior favore delle autorità nazionali per prendere certe decisioni o scelte legislative, alla luce della loro prossimità con le circostanze, i dibattiti, le necessità nazionali. In tal senso, i giudici di Strasburgo dovrebbero limitarsi a esaminare se le istituzioni nazionali si siano mosse in modo arbitrario e irragionevole, e *"they should be reluctant to substitute the national views with their own"*⁶¹; tuttavia, quando dovesse risultare che a certi interessi fondamentali non è stato dato sufficiente peso nel processo decisionale, allora vi sarebbero buone ragioni per un più attento scrutinio giudiziale⁶². Come vedremo in

⁵⁷ AOLAIN F. N., *The Emergence of Diversity: Differences in Human Rights Jurisprudence*, in *Fordham Int'l Law Journal*, Vol. 19, 1995, pag. 101

⁵⁸ Si veda a tal proposito BENVENISTI E., *Margin of Appreciation, Consensus...*, cit. nota 16.

⁵⁹ IBIDEM, 848

⁶⁰ IDEM, pag. 848

⁶¹ GERARDS J., *Pluralism, Deference...*, cit. nota 3, pag. 115-116

⁶² IBIDEM, pag. 115-119

seguito, è forse a questa terza impostazione che la Corte europea si sta avvicinando recentemente nei casi che attengono alla libertà religiosa individuale.

5. Consenso e margine di apprezzamento nel contesto della libertà religiosa.

La continua ricerca di un equilibrio tra universalità e rispetto delle diversità nella definizione dei diritti umani è particolarmente sentita nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo sulla libertà religiosa⁶³. Infatti, come vedremo, il margine di apprezzamento e il fattore del *consensus* hanno rivestito un ruolo fondamentale, per non dire preponderante, nella tutela accordata dall'art. 9 CEDU.

È interessante notare che nel caso *Kokkinakis v. Grecia*, in cui per la prima volta la Corte ha riscontrato una violazione dell'art. 9, e caso fondamentale nell'enucleare i principi cardine nella costruzione della libertà religiosa protetta dalla Convenzione Europea, il riferimento al margine di apprezzamento è del tutto limitato⁶⁴: in un solo punto della sentenza la Corte si riferisce ad un "certo" margine di apprezzamento e soggetto in ogni caso alla supervisione europea. Ciò non fa certo pensare al ruolo preponderante che acquisirà questa dottrina negli anni a venire, in particolare in tema di libertà religiosa individuale.

L'anno successivo rispetto a *Kokkinakis*, con il caso *Otto-Preminger Institut v. Austria*⁶⁵, entrerà però in gioco il secondo grande fattore che caratterizzerà la tutela accordata alla libertà religiosa, il *consensus*. Il caso riguardava la censura e la confisca di un film "Das Liebeskonzil" raffigurante Dio, Cristo e la Vergine Maria, talvolta anche in maniera oscena e irriverente. Nonostante la violazione della Convenzione fosse stata sollevata ex art. 10 - libertà di espressione -, la Corte ha avuto modo esprimersi anche

⁶³ MARTÍNEZ TORRÓN J., *Freedom of Religion in the European Convention on Human Rights...*, cit. nota 37, pag. 1

⁶⁴ Caso *Kokkinakis v. Grecia*, ricorso n. 14307/88, 1993, par. 47: "the Court has consistently held that a certain margin of appreciation is to be left to the Contracting States in assessing the existence and extent of the necessity of an interference, but this margin is subject to European supervision, embracing both the legislation and the decisions applying it, even those given by an independent court. The Court's task is to determine whether the measures taken at national level were justified in principle and proportionate".

⁶⁵ Caso *Otto-Preminger Institut v. Austria*, ricorso n. 13470/87, 1994

sulla libertà religiosa, affermando che “[n]on è possibile discernere in tutta Europa una concezione uniforme del significato della religione nella società, [...] anche all'interno di un singolo paese tali concezioni possono variare. Per questo motivo [...] un certo margine di valutazione deve essere lasciato alle autorità nazionali per valutare l'esistenza e la portata della necessità di tale interferenza”⁶⁶.

La Corte di Strasburgo ha da sempre ravvisato nel panorama europeo una pluralità di modelli costituzionali che disciplinano i rapporti tra lo stato e le denominazioni religiose⁶⁷; questa diversità, frutto di diverse tradizioni storiche, religiose e culturali è da sempre stata ritenuta meritevole di rispetto. In linea di principio, sia uno stato laico sia all'opposto uno stato confessionale⁶⁸ sono compatibili con la Convenzione⁶⁹, purché ovviamente sia rispettata la libertà religiosa di tutti, sia nella dimensione individuale che collettiva. Del resto, come si è già visto, già durante i lavori dell'assemblea consultiva incaricata di redigere il testo della Convenzione, ad alcuni delegati premeva assicurarsi di salvaguardare le peculiarità religiose nazionali, frutto di tradizioni anche secolari. Attestata quindi questa diversità di partenza, l'obiettivo dell'articolo 9 non è stato quello di imporre un criterio uniforme valevole per tutto il Consiglio d'Europa; anzi, la Corte ha ripetutamente affermato che quando “sono in gioco questioni riguardanti il [delicato] rapporto tra Stato e religioni, per le quali le idee in una società democratica possono variare notevolmente, al ruolo di un organo decisionale nazionale deve essere data particolare importanza”⁷⁰. In altre parole, mentre la sostanza del diritto è una tensione comune, vi possono legittimamente

⁶⁶ IBIDEM, par. 50

⁶⁷ Caso *Fernandez Martinez v. Spagna*, ricorso n. 56030/07, 2014, par. 130

⁶⁸ Ad esempio nel caso *Darby v. Svezia* [ricorso n. 11581/85, 1989] la Commissione Europea ha affermato: “*a State Church system cannot in itself be considered to violate Article 9 (Art. 9) of the Convention. In fact, such a system exists in several Contracting States and existed there already when the Convention was drafted and when they became parties to it. However, a State Church system must, in order to satisfy the requirements of Article 9 (Art. 9), include specific safeguards for the individual's freedom of religion. In particular, no one may be forced to enter, or be prohibited from leaving, a State Church*”, par. 45

⁶⁹ MARTÍNEZ TORRÓN J., *Freedom of Religion in the European Convention on Human Rights...*, cit. nota 37, pag. 331

⁷⁰ Caso *Leyla Sahin v. Turchia*, ricorso n. 44774/98, 2005, par. 109

essere delle differenze nel suo esercizio concreto; gli stati hanno a disposizione un certo margine, per “adattare” il godimento della libertà religiosa alle specifiche circostanze nazionali, purché siano rispettati i requisiti minimi imposti dall’articolo 9⁷¹.

Per quanto riguarda l’ampiezza di questo margine, v’è da dire che nel caso della libertà religiosa la Corte europea consente solitamente agli stati un margine di apprezzamento particolarmente ampio. Da quanto si legge nel caso *Kokkinakis*, in cui la Corte ha descritto la libertà religiosa come uno dei fondamenti di una società democratica nonché uno degli aspetti fondamentali per l’identità della persona, si potrebbe, almeno teoricamente, ipotizzare un margine di apprezzamento *narrow* e un ruolo di forte controllo da parte della Corte⁷². Al contrario, il margine di discrezionalità che la Corte è pronta a riconoscere tende ad essere particolarmente vasto: l’assenza di un consenso europeo ma anche la sensibilità della questione dal punto di vista politico e culturale, hanno nel corso degli anni contribuito al rafforzamento della dottrina del margine di apprezzamento in questo contesto⁷³.

Per quanto riguarda in particolare l’utilizzo di simboli religiosi nei luoghi di lavoro, privati o pubblici, o nel contesto educativo, la Corte ha riscontrato che nella maggioranza degli Stati Membri o non vi è una regolazione specifica⁷⁴ o profonde

⁷¹ MARTÍNEZ TORRÓN J., *Freedom of Religion in the European Convention on Human Rights...*, cit. nota 37, pag. 332-333

⁷² HENRARD K., *A Critical Appraisal of the Margin of Appreciation Left to States Pertaining to ‘Church–State Relations’ Under the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in FOGLETS M.C., ALIDADI K., VRIELINK J. (a cura di), *Test of Faith? Religious Diversity and Accommodation in the European Workplace (Cultural Diversity and Law in Association with RELIGARE)*, Aldershot, Ashgate, 2012, disponibile al link SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2307845> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.230784>, pag. 70-71

⁷³ FOKAS E., *Directions in Religious Pluralism in Europe...*, cit. nota 45, pag. 58. In realtà v’è chi fa notare l’esistenza di un consenso europeo “emergente” verso un superamento del modello “stato confessionale” o almeno verso una riduzione del peso delle Chiese di Stato a vantaggio di una maggiore estensione dei diritti delle altre confessioni religiose; si veda a tal proposito HENRARD K., *A Critical Appraisal of the Margin of Appreciation...*, cit. nota 72;

⁷⁴ Caso *Eweida e altri v. Regno Unito*, ricorsi n. 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, 2014, par. 47: “[a]n analysis of the law and practice relating to the wearing of religious symbols at work across twenty-six Council of Europe Contracting States demonstrates that in the majority of States the wearing of religious clothing and/or

sono le differenze a livello europeo⁷⁵. Di conseguenza, questo è un ambito in cui la Corte è pronta a riconoscere un'importanza particolare all'organo decisionale nazionale⁷⁶. In generale, quando si tratta di regolamentare l'uso dei simboli religiosi, gli approcci delle autorità nazionali sono differenti, le discipline variano da un paese all'altro a seconda delle tradizioni nazionali, dei requisiti imposti dalla necessità di proteggere i diritti e le libertà degli altri e mantenere l'ordine pubblico. Quindi, la scelta della misura e forma che tale regolamentazione dovrebbe assumere deve inevitabilmente essere lasciata entro un certo limite allo Stato interessato, in quanto dipende dal contesto nazionale specifico⁷⁷.

6. Il protocollo 15 e la “nuova era” della sussidiarietà.

A seguito delle Conferenze di Alto Livello tenutesi a Brighton 2012, Interlaken 2010 e Izmir 2011, l'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa ha adottato il Protocollo n. 15 alla Convenzione che va a modificarne il Preambolo per dichiarare che “[...] spetta in primo luogo alle Alte Parti contraenti, conformemente al principio di sussidiarietà, garantire il rispetto dei diritti e delle libertà definiti nella presente Convenzione e nei suoi protocolli e che, nel fare ciò, esse godono di un margine di

religious symbols in the workplace is unregulated. In three States, namely Ukraine, Turkey and some cantons of Switzerland, the wearing of religious clothing and/or religious symbols for civil servants and other public sector employees is prohibited, but in principle it is allowed to employees of private companies. In five States - Belgium, Denmark, France, Germany and the Netherlands - the domestic courts have expressly admitted, at least in principle, an employer's right to impose certain limitations upon the wearing of religious symbols by employees; however, there are neither laws nor regulations in any of these countries expressly allowing an employer to do so. In France and Germany, there is a strict ban on the wearing of religious symbols by civil servants and State employees, while in the three other countries the attitude is more flexible. A blanket ban on wearing religious clothing and/or symbols at work by private employees is not allowed anywhere. On the contrary, in France it is expressly prohibited by law. Under French legislation, in order to be declared lawful any such restriction must pursue a legitimate aim, relating to sanitary norms, the protection of health and morals, the credibility of the company's image in the eyes of the customer, as well as pass a proportionality test”.

⁷⁵ Caso *Ebrahimian v. Francia*, ricorso n. 64846/11, 2015, par. 56 [citando *Dahlab v. Svizzera*]

⁷⁶ IDEM, par. 56

⁷⁷ Caso *Leyla Sahin v. Turchia*, ricorso n. 44774/98, 2005, par. 109

apprezzamento, sotto il controllo della Corte europea dei Diritti dell'Uomo istituita dalla presente Convenzione"⁷⁸.

Il principio di sussidiarietà e il margine di apprezzamento sono quindi entrati espressamente nel testo della Convenzione. Secondo un certo orientamento questo avrebbe creato un incentivo allo sviluppo, con un'articolazione più organica e strutturata, del principio di sussidiarietà da parte della Corte europea e una sorta di nuova fase nella vita della stessa, denominata appunto "*the age of subsidiarity*"⁷⁹: il Protocollo 15 è stato enfatizzato come "*momentum for bringing the responsibility for protection of ECHR rights home to the member states*"⁸⁰. Attraverso la maggiore forza acquisita dalla sussidiarietà, il centro di gravità della protezione dei diritti nel sistema del Consiglio d'Europa sarebbe ritornato più vicino a tutti gli europei, sia da un punto di vista temporale che spaziale"⁸¹. Alla luce di ciò anche la recente giurisprudenza della Corte Europea avrebbe assorbito la necessità di far defluire verso il basso la protezione dei diritti. Fermo restando il margine di apprezzamento, sembra assistersi ad un certo cambiamento nel controllo che la Corte opera per assicurare il rispetto degli impegni derivanti dalla Convenzione e dai suoi Protocolli alle Alte Parti contraenti⁸². In particolare, vi sarebbe stato un passaggio da un controllo definito *sostanziale* ad uno di tipo *procedurale*.

La Corte EDU ha sempre sottolineato l'importanza del controllo di ragionevolezza di ogni limitazione ai diritti della Convenzione. Il classico approccio,

⁷⁸ CEDU, Protocollo n. 15 recante emendamento alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali Strasburgo, 24.VI.2013, disponibile al link: http://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_15_ITA.pdf

⁷⁹ SPANO R., *Universality or Diversity of Human Rights...*, cit. nota 33, pag. 491

⁸⁰ ARNADÖTTIR O. M., *Organised Retreat? The Move from Substantive to Procedural Review in the ECtHR's Case Law on the Margin of Appreciation*, in *European Society of International Law Conference Paper 4/2015*, 2015, pag. 3

⁸¹ SPIELMANN D., *Whither the Margin of Appreciation?*, *European Court of Human Rights*, marzo 2014, disponibile al link http://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20140320_London_ENG.pdf

⁸² Ruolo che è attribuito alla Corte dall'Art. 19 della Convenzione; Istituzione della Corte: "Per assicurare il rispetto degli impegni derivanti alle Alte Parti contraenti dalla presente Convenzione e dai suoi Protocolli, è istituita una Corte europea dei Diritti dell'Uomo, di seguito denominata «la Corte». Essa funziona in modo permanente".

definito appunto sostanziale, può essere riassunto nell'elaborazione *in astratto* di una certa interpretazione dei diritti e delle libertà convenzionali, per poi procedere all'applicazione di quei principi, *in concreto*, ai fatti del caso; l'applicazione di questi principi si manifesta nella valutazione di proporzionalità che la Corte opera rispetto ad ogni interferenza con un diritto fondamentale per determinare se questa si traduca o meno in violazione della Convenzione. Infatti, quando la Corte utilizza le espressioni di "giusto bilanciamento" tra i diritti della Convenzione o tra interesse individuale e generale, o quando fa riferimento alla valutazione di proporzionalità per verificare se le giustificazioni addotte siano "*relevant and sufficient*" e volte a soddisfare un "*pressing social need*", o ancora quando valuta se la limitazione è idonea e appropriata a proteggere l'interesse ritenuto minacciato e se le modalità scelte siano le meno invasive per il diritto che è stato limitato, si sta preparando ad operare un controllo che penetra nella sostanza della limitazione del diritto convenzionale, per vagliarne ragionevolezza, proporzionalità ed adeguatezza⁸³.

Nonostante formalmente la Corte di Strasburgo non abbia abbandonato la metodologia della valutazione sostanziale, alcuni esempi recenti nella sua giurisprudenza dimostrerebbero un accresciuto interesse piuttosto verso la correttezza e la diligenza dei processi nazionali che hanno determinato e vagliato una limitazione di un certo diritto⁸⁴. Il caso *Axel Springer v. Germania*, che richiedeva un bilanciamento tra il diritto al rispetto della vita privata e la libertà di espressione, costituisce un esempio di questo nuovo orientamento. La Corte infatti ragiona in questi termini: "*[w]here the balancing exercise between those two rights has been undertaken by the national authorities in conformity with the criteria laid down in the Court's case-law, the Court would require strong reasons to substitute its view for that of the*

⁸³ GERARDS J., *Procedural Review by ECtHR: A Typology*, in GERARDS J., BREMS E. (a cura di), *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017

⁸⁴ IBIDEM, pag. 128

domestic courts"⁸⁵. Quindi, invece di adottare l'approccio che va a guardare alla sostanza delle giustificazioni di una certa limitazione attraverso lo svolgimento dei vari passaggi del test di proporzionalità *in concreto*, la Corte ha ideato un criterio di *self-restraint* rinviando quella valutazione alle autorità nazionali: se nel processo decisionale nazionale è già stata fatta accurata e scrupolosa applicazione dei principi da essa enucleati, tutti gli interessi sono stati soppesati alla luce della proporzionalità, la Corte non procederà nuovamente alla valutazione di proporzionalità, fidandosi di quella già svolta a livello nazionale⁸⁶. In qualche modo il controllo della Corte diventa un controllo *astratto* sul controllo *concreto* svolto primariamente dalle autorità nazionali: se esse sono state sufficientemente attente nell'applicare correttamente gli standard della Convenzione, la Corte sarà pronta ad accettare con più facilità le scelte operate, senza mostrare troppa attenzione a contenuto e sostanza delle giustificazioni addotte⁸⁷. Questa nuova modalità di controllo della Corte, che rinvia al corretto agire delle autorità nazionali nell'applicazione dei principi della Convenzione, è stata appunto definita controllo procedurale. Con il controllo procedurale, la Corte si autolimita a constatare che siano state le autorità nazionali ad aver soppesato tutti gli interessi in gioco e ad aver svolto correttamente il controllo sostanziale.

Nell'ottica di riformulazione dei criteri sostanziali e procedurali che regolano il livello di *deference* da attribuire agli Stati membri, la qualità del processo decisionale diventa fondamentale e decisiva nei casi limite⁸⁸. Ciò si deduce dalle

⁸⁵ Caso *Axel Springer AG v. Germania*, ricorso n. 39954/08, 2012. Si veda anche il citato caso *MGN Limited v. Regno Unito*, ricorso n. 39401/04, 2011, par. 150: "[...] the Court considers that, having regard to the margin of appreciation accorded to decisions of national courts in this context, the Court would require strong reasons to substitute its view for that of the final decision of the House of Lords or, indeed, to prefer the decision of the minority to that of the majority of that court"; O ancora il caso *Palomo Sánchez e altri v. Spagna*, ricorsi n. 28955/06, 2011, par. 57: "If the reasoning of the domestic courts' decisions concerning the limits of freedom of expression in cases involving a person's reputation is sufficient and consistent with the criteria established by the Court's case-law, the Court would require strong reasons to substitute its view for that of the domestic courts".

⁸⁶ ARNADÖTTIR O. M., *Organised Retreat? The Move from Substantive to Procedural Review...*, cit. nota 80, pag. 12

⁸⁷ GERARDS J., *Procedural Review by ECtHR...*, cit. nota 83, pag. 128

⁸⁸ SPANO R., *Universality or Diversity of Human Rights...*, cit. nota 33, pag. 498

parole della Corte ad esempio nel caso *Animal Defenders International v. Regno Unito*⁸⁹; “in order to determine the proportionality of a general measure, the Court must primarily assess the legislative choices underlying it. The quality of the parliamentary and judicial review of the necessity of the measure is of particular importance in this respect, including to the operation of the relevant margin of appreciation”⁹⁰. La qualità del processo decisionale nazionale è un elemento che influenza il controllo di proporzionalità, e poiché il controllo di proporzionalità è interconnesso al margine di apprezzamento, anche questa dottrina trova una sua connessione con il controllo procedurale; secondo taluni infatti la qualità del processo decisionale nazionale influirebbe sull’ampiezza del margine di apprezzamento: “procedural defects can lead to a stricter review on the merits, while carefully constructed processes for domestic decision-making could mean more lenient review by the Court”⁹¹.

Nonostante non vi sia ancora completa chiarezza su questa nuova metodologia utilizzata dalla Corte, è possibile identificare tre direttrici verso cui essa è rivolta; la Corte guarda al processo decisionale legislativo – in particolare alla qualità dei dibattiti parlamentari ma anche alla diffusione e profondità delle discussioni nella società civile-, a quello amministrativo e al processo decisionale delle Corti nazionali.

Per quanto riguarda il livello legislativo, la Corte si interessa primariamente della qualità del discorso democratico; “se un caso solleva delle questioni che dimostrano che non è esistito un appropriato dibattito sociale per giungere a soluzioni giuridiche adeguatamente motivate, allora minor deferenza sarà concessa su tale base agli organi decisionali”⁹². Il caso *Hirst v. Regno Unito*⁹³ è un esempio di come la Corte si sia soffermata sulla qualità del dibattito parlamentare, decidendo a

⁸⁹ Caso *Animal Defenders International v. Regno Unito*, ricorso n. 48876/08, 2013

⁹⁰ IBIDEM, par. 108

⁹¹ ARNADÖTTIR O. M., *Organised Retreat? The Move from Substantive to Procedural Review...*, cit. nota 80, pag. 7

⁹² LEGG A., *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law...*, cit. nota 1, pag. 96

⁹³ Caso *Hirst v. Regno Unito* (No. 2), ricorso n. 74025/01, 2005

sfavore della posizione governativa; “[a]s to the weight to be attached to the position adopted by the legislature and judiciary in the United Kingdom, there is no evidence that Parliament has ever sought to weigh the competing interests or to assess the proportionality of a blanket ban on the right of a convicted prisoner to vote”⁹⁴. La deference sarà quindi rafforzata nel caso risulti che una *policy* sia preceduta e sorretta da un adeguato dibattito parlamentare e sociale; vi sarà maggiore propensione a ritenere che le posizioni, anche dei gruppi di minoranza, siano state considerate e che uno sforzo idoneo è stato fatto per raggiungere un equilibrio tra gli interessi confliggenti⁹⁵.

Quanto invece all’approccio verso le Corti nazionali, l’atteggiamento di “*judicial self-restraint should prevail in the event that superior national courts have analyzed in a comprehensive manner the precise nature of the impugned restriction, on the basis of the relevant Convention case law and principles drawn therefore*”⁹⁶.

Il cambiamento verso il controllo procedurale potrebbe forse essere spiegato come una reazione alle critiche rivolte alla Corte e al discontento emerso tra gli Stati per la sua posizione talvolta troppo “ingombrante” oppure potrebbe anche essere un tentativo della Corte di alleviare l’enorme pressione, aspettativa, nonché carico di ricorsi cui è soggetto il meccanismo europeo, forse addirittura vittima del proprio successo⁹⁷. Certo è che “*the unequivocal call for an increased emphasis by the Strasbourg Court on applying a robust and coherent concept of subsidiarity is thus, by definition, a call for an increased diversity in the protection of human rights*”⁹⁸. L’enfasi, che durante le Conferenze di Alto Livello, è stata posta sulla sussidiarietà e sull’imprescindibilità del margine di apprezzamento sembra essere una conferma del fatto che ad una stessa domanda di protezione dei diritti umani vi possono essere delle differenti

⁹⁴ IBIDEM, par. 79

⁹⁵ Si veda SAUL M., *The European Court of Human Rights’ Margin of Appreciation and the Processes of National Parliaments*, in *Human Rights Law Review*, Vol. 15, n. 4, 2015

⁹⁶ SPIELMANN D., *Allowing the Right Margin the European Court of Human Rights...*, cit. nota 7, pag. 23

⁹⁷ ARNADÖTTIR O. M., *Organised Retreat? The Move from Substantive to Procedural Review...*, cit. nota 80, pag. 20

⁹⁸ SPANO R., *Universality or Diversity of Human Rights...*, cit. nota 33, pag. 491

risposte a livello nazionale. Questo potrebbe provare l'idea emersa ormai qualche anno fa secondo cui i diritti umani sarebbero universali al livello dell'astrazione, ma nazionali al momento della loro applicazione; d'altra parte per quei diritti umani che non sono assoluti, la stessa possibilità di una loro limitazione alla luce della protezione di altri diritti o interessi generali porta con sé la ricerca di un compromesso, l'esercizio di un bilanciamento, che può essere fatto solo nel contesto specifico di una data società o di un certo sistema giuridico⁹⁹. L'applicazione di un diritto in un caso concreto, lo scambio tra un diritto individuale e un interesse generale o tra un diritto individuale e un altro, spesso varia da stato a stato a seconda delle circostanze fattuali e giuridiche¹⁰⁰. Il controllo procedurale potrebbe rispondere proprio a questa richiesta di diversità nell'applicazione dei diritti, nel senso che ogni stato potrebbe applicare da sé i principi generali elaborati nel sistema della Convenzione Europea permettendo al contempo di dare rilevanza al contesto nazionale ed evitando spiacevoli attriti con la Corte di Strasburgo. Tanto più che la Corte sembra più propensa ad adottare questa tipologia di approccio nei casi più ardui o con alto grado di sensibilità, solitamente verso i quali la Corte è già solita concedere un ampio margine di apprezzamento¹⁰¹. Tali sono quelli che comportano delle scelte difficoltose, o delle divergenze già a livello nazionale, come le questioni relative alle unioni omosessuali o alla genitorialità genetica, o ancora all'espressione religiosa individuale nella sfera pubblica. In casi di questo genere difficilmente la Corte devia da quelle che sono le risultanze al livello nazionale, se ritiene soddisfatti i requisiti del controllo procedurale.

Questo nuovo atteggiamento di *deference* e di fiducia nell'operato del livello nazionale di protezione, potrebbe essere la nuova guida con cui guardare alla tutela della libertà religiosa nel contesto lavorativo, e non solo. Spesso infatti, dato il rilevante utilizzo del margine di apprezzamento in questo ambito, v'è chi critica

⁹⁹ LORD HOFFMANN, *The Universality of Human Rights...*, cit. nota 34, par. 15

¹⁰⁰ IBIDEM, par. 24

¹⁰¹ GERARDS J., *Procedural Review by ECtHR...*, cit. nota 83, pag. 147

l'operato della Corte di Strasburgo; alcuni sostengono che essa abbia abdicato al suo ruolo di supervisore delle scelte nazionali: "*several judgments give the impression that the Court does not want to second-guess the assessment and choices of national authorities in this respect*"¹⁰². Altri parlano di "*extremely deferential approach*" o di "*virtual deferential approach leading to a virtual absence of scrutiny of the actual circumstances of alleged violations of religious rights*"¹⁰³. Ancora, si afferma che la Corte si sia scordata del suo ruolo di protezione dei diritti fondamentali¹⁰⁴; o ancora si parla di "non protezione" della libertà religiosa individuale da parte della Corte di Strasburgo¹⁰⁵. Da una esamina più attenta dei casi più recenti sulla libertà religiosa, almeno nel contesto lavorativo, si potrebbe ipotizzare che l'atteggiamento di *self-restraint* della Corte sia in realtà proprio determinato dall'operato delle autorità nazionali, *in primis* delle corti nazionali superiori, nel soddisfare i parametri richiesti dalla Convenzione di Strasburgo ed in particolare nell'adottare come criterio principe di giudizio proprio il principio di proporzionalità. In altre parole, la recente giurisprudenza circa la libertà religiosa nel contesto lavorativo mostrerebbe i sintomi di quel cambiamento nella metodologia del controllo della Corte, da sostanziale a procedurale. I seguenti esempi daranno conto di questo ragionamento.

¹⁰² HENRARD K., *A Critical Appraisal of the Margin of Appreciation...*, cit. nota 72, pag. 71

¹⁰³ LEWIS T., *What not to wear: Religious Rights, the European Court and the Margin of Appreciation*, in *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 56, n. 2, 2007, pag. 396; "It will be suggested that this may be inevitable, given the liberal, secular paradigm, not to mention the current international political climate, within which the Court operates. However, to religious adherents, this judicial deference in religious matters will look as if the leading human rights court in Europe is guilty of disparity of treatment; that it gives far greater protection to those rights (such as political expression and sexual autonomy) that it does have a clear conceptual grasp of, than those rights (such as freedom of religious belief) that it does not".

¹⁰⁴ ZAGREBELSKY V., *Pace sociale e margine di apprezzamento...*, cit. nota 15, pag. 302

¹⁰⁵ MARTINEZ TORRÓN J., *La (non) protezione della libertà religiosa dell'individuo nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in MAZZOLA R. (a cura di), *Diritti e religione in Europa, Rapporto sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di libertà religiosa*, il Mulino, Bologna, 2012

7. Il controllo procedurale applicato alla libertà religiosa individuale:

Come si è visto nel capitolo secondo, l'analisi della giurisprudenza di Strasburgo sull'espressione religiosa nel contesto lavorativo ha dimostrato una certa evoluzione nell'approccio assunto dagli organi di Strasburgo; da una prima fase di interpretazione restrittiva che escludeva *a priori* la protezione delle istanze religiose, si è passati ad un atteggiamento apparentemente più conciliante volto al bilanciamento di tutti gli interessi in gioco e soprattutto alla considerazione degli interessi religiosi individuali nell'analisi di proporzionalità di una eventuale limitazione. Di fatto però, nonostante l'approccio formalmente più accomodante, quasi tutti i ricorsi si sono risolti a favore degli Stati e a discapito della posizione individuale. Il più delle volte ciò è avvenuto tramite il ricorso alla dottrina del margine di apprezzamento e senza che la Corte Europea svolgesse un accurato controllo del soddisfacimento dei requisiti del test di proporzionalità. Utilizzando l'impostazione del controllo procedurale, si potrebbe ipotizzare che le soluzioni cui è giunta la Corte Europea non siano determinate da una forma di abdicazione al suo ruolo ma piuttosto dal riconoscimento che il bilanciamento tra tutti gli interessi in gioco è già stato correttamente effettuato a livello nazionale.

Ad esempio, nel recente caso *Ebrahimian v. Francia*, di cui si è già trattato in precedenza, la Corte ha concluso che nel confermare il mancato rinnovo del contratto della dipendente dell'ospedale per essersi rifiutata di rimuovere il copricapo islamico, lo stato non aveva oltrepassato il proprio margine di apprezzamento. A livello interno, nel legittimare la decisione, i tribunali nazionali avevano fatto notevole riferimento ai principi affermati dal Consiglio di Stato con l'*Avis* del 3 maggio del 2000¹⁰⁶: secondo quest'ultimo, infatti, la libertà di coscienza e il principio di laicità impedivano al dipendente pubblico di avere il diritto di esprimere il proprio sentimento religioso durante il servizio pubblico; indossare un simbolo

¹⁰⁶ Francia, Consiglio di Stato, *Avis* 4 / 6 SSR, del 3 maggio 2000, n. 217017

religioso costituiva una violazione dell'obbligo del funzionario di non-esternalizzare alcuna appartenenza religiosa.

Prima di arrivare alla sua conclusione, la Corte di Strasburgo, da parte sua, procede innanzitutto ad una lunga e dettagliata osservazione di come la questione dei simboli religiosi sia stata affrontata nell'ordinamento giuridico francese nel suo complesso; le prime avvisaglie di una certa tensione tra la manifestazione religiosa e il principio di laicità francese, fa notare la Corte, risalgono già alla fine anni Ottanta; nel 2003 il Presidente della Repubblica francese aveva predisposto una commissione per riflettere sull'applicazione del principio di laicità nello Stato, a seguito del cui rapporto si era arrivati all'approvazione della legge del 15 marzo 2004 che vieta agli studenti di ostentare simboli religiosi nella scuola pubblica. Successivamente nel 2007 era stato proposto un "progetto di carta della laicità nei servizi pubblici". In tempi più recenti, anche il Consiglio Costituzionale si era espresso nel senso della necessità di conciliare la libertà di coscienza del dipendente dello stato con il requisito della neutralità religiosa nel servizio pubblico¹⁰⁷. La Corte EDU, citando nuovamente la giurisprudenza del Consiglio di Stato, richiama anche uno studio del 2013 in cui il Consiglio di Stato aveva ricordato che la libertà di coscienza in Francia è generale; tuttavia il principio di laicità, nonché l'esigenza di neutralità del servizio pubblico, poteva comportare certe limitazioni purché però fosse rispettato il *principio di proporzionalità* come richiesto anche dalla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo¹⁰⁸.

Prima di procedere alla sua valutazione, la Corte ricorda l'importanza del ruolo del decisore nazionale quando si considera il rapporto tra Stato e religioni, e

¹⁰⁷ Caso *Ebrahimian v. Francia*, ricorso n. 64846/11, 2015, par. 23-24

¹⁰⁸ IBIDEM, par. 28, Étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 19 décembre 2013: «L'exigence de neutralité religieuse interdit aux agents des personnes publiques et aux employés des personnes morales de droit privé auxquelles a été confiée la gestion d'un service public de manifester leurs convictions religieuses dans l'exercice de leur fonctions. Cette interdiction doit toutefois être conciliée avec le principe de proportionnalité des atteintes à la liberté d'expression religieuse résultant de l'article 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales [...]».

soprattutto la questione dei simboli religiosi nell'ambito lavorativo, rispetto a cui non vi è uniformità di regolamentazione nel Consiglio d'Europa¹⁰⁹; di conseguenza, la Corte EDU, richiamando la giurisprudenza di cui *supra*, ritiene che la Francia abbia saputo conciliare il principio di neutralità del potere pubblico con la libertà religiosa, determinando così un equilibrio che lo stato deve mantenere tra gli interessi privati e pubblici in conflitto o i vari diritti protetti dalla Convenzione, circostanza che lascia al governo difendere un ampio margine di apprezzamento¹¹⁰. Il fatto che le corti nazionali avessero dato più peso al principio di neutralità, piuttosto che all'interesse della donna, non pone problemi dal punto di vista della Convenzione. Oltretutto la Corte afferma che non spetta a lei giudicare il *modello* francese secondo il quale la neutralità si impone al dipendente pubblico; spetta invece ai giudici amministrativi nazionali garantire, nei casi in cui venga richiamata, che la neutralità non si traduca in una limitazione sproporzionata della libertà di coscienza. Di fatto, la Corte sembra fidarsi della valutazione nazionale: “[l]e juge administratif n’a par ailleurs pas censuré la sanction de non-renouvellement du contrat, la considérant proportionnée à la faute, eu égard au devoir de neutralité des agents publics. La Cour considère que les autorités nationales sont les mieux placées pour apprécier la proportionnalité de la sanction, qui doit être déterminée au regard de l’ensemble des circonstances dans lesquelles un manquement a été constaté, afin de respecter l’article 9 de la Convention”¹¹¹. In conclusione, tenuto conto di tutte queste circostanze, secondo la Corte, le autorità nazionali non avevano oltrepassato il loro margine di apprezzamento ritenendo impossibile conciliare le convinzioni religiose del richiedente con il requisito di neutralità e imparzialità dello Stato. Di fatto, ciò che sembra emergere da questo caso non è un controllo *ex novo* della proporzionalità della limitazione, quanto il riconoscimento di una certa fiducia al modello francese nel suo complesso nonché all’operato delle relative corti. Quello della neutralità è un

¹⁰⁹ IBIDEM, par. 56-65

¹¹⁰ IBIDEM, par. 65 “[l]a Cour retient que la France a opéré une conciliation entre le principe de neutralité de la puissance publique et la liberté religieuse, déterminant de la sorte l’équilibre que doit ménager l’État entre des intérêts privés et publics concurrents ou différents droits protégés par la Convention (paragraphes 21 à 28 ci-dessus), ce qui laisse au gouvernement défendeur une ample marge d’appréciation”.

¹¹¹ IBIDEM, par. 69

principio sicuramente accolto dalla Corte di Strasburgo; ecco allora che anche la fase procedurale è orientata a considerare quel valore.

Forse un'anticipazione del controllo procedurale si può ravvisare anche nel caso *Dahlab v. Svizzera*, già più datato, che però si era concluso con una decisione di inammissibilità del ricorso. Da una parte è presente il noto motivo sul controllo di proporzionalità *in concreto*, secondo cui "gli Stati contraenti hanno un certo margine di discrezionalità nel valutare l'esistenza e l'entità del bisogno di una limitazione, ma questo margine è soggetto alla supervisione Europea, che abbraccia sia la legge che le decisioni che la applicano, anche quelle dei tribunali indipendenti. Il compito della Corte è quello di determinare se le misure adottate a livello nazionale sono in linea di principio giustificate - cioè se le ragioni addotte per giustificarle appaiono "pertinenti e sufficienti" e sono proporzionate allo scopo legittimamente perseguito"¹¹².

D'altra parte, la Corte afferma anche che nell'esercitare la sua supervisione "*must look at the impugned judicial decisions against the background of the case as a whole*"; in particolare la Corte guarda a come il caso era stato affrontato dalla Corte Suprema Federale svizzera e come essa aveva bilanciato i due interessi confliggenti - da una parte la necessità di assicurare la neutralità del sistema educativo e dall'altra la libertà religiosa della donna-. Nel ripercorrere la decisione della Corte Federale, che tra l'altro aveva fatto largo uso del principio di proporzionalità, la Corte EDU conclude che "*religious beliefs were fully taken into account in relation to the requirements of protecting the rights and freedoms of others and preserving public order and safety*"; le autorità statali non avevano quindi oltrepassato il margine di apprezzamento a loro disposizione e la misura che avevano scelto non era sproporzionata.

Nel caso *Eweida e altri v. Regno Unito*, almeno con riferimento al primo ricorso, sembra invece ci sia stata sia una valutazione procedurale ma solo accompagnata a quella sostanziale, operata dalla Corte. Riferendosi infatti al controllo delle corti

¹¹² Caso *Dahlab v. Svizzera*, ricorso n. 42393/98, 2001, pag. 12

nazionali, essa ritiene che *“it is clear that the legitimacy of the uniform code and the proportionality of the measures taken by British Airways in respect of Ms Eweida were examined in detail”*¹¹³, tuttavia non ritiene che il giusto bilanciamento sia stato raggiunto per tutta una serie di considerazioni; le corti nazionali avevano attribuito troppo peso al desiderio della *British Airways* di trasmettere una certa immagine aziendale rispetto alla fondamentale libertà religiosa di Eweida; inoltre, la croce era discreta e altri simboli religiosi erano già stati ammessi nonostante la policy aziendale; infine, il fatto che l’azienda avesse poi cambiato il regolamento sulle uniformi doveva far pensare che le motivazioni addotte non erano poi di cruciale importanza. In questo caso quindi la Corte di Strasburgo sembra aver adottato il tipico controllo sostanziale: nonostante il margine di apprezzamento goduto dalle autorità nazionali, il *fair balance* non era stato raggiunto, quindi la Corte EDU ha spazio per operare *ex novo* la valutazione di proporzionalità¹¹⁴.

Solo a scopo di completezza, anche se esulano dall’ambito lavorativo, si considerano ora altri due casi chiave nella giurisprudenza sui simboli religiosi della Corte EDU dai quali sembra emergere sempre un atteggiamento di *“procedural review”*: *Leyla Sahin v. Turchia* e *S.A.S. v. Francia*.

Il caso di Leyla Sahin trae origine dalla decisione dell’Università di Istanbul di vietare il velo nei locali universitari alle studentesse. In Turchia, nota la Corte di Strasburgo, sulla questione del velo islamico nelle scuole e nelle università *“[t]here has been extensive discussion on the issue and it continues to be the subject of lively debate in Turkish society”*¹¹⁵. Ad esempio, risalivano alla fine degli anni Ottanta i primi regolamenti statali che vietavano alle donne dipendenti di organizzazioni ed istituzioni pubbliche di indossare il velo. Nel 1984 la Corte Suprema Amministrativa aveva ammesso che *“[b]eyond being a mere innocent practice, wearing the headscarf is in the process of becoming the symbol of a vision that is contrary to the freedoms of women and*

¹¹³ Caso *Eweida e altri v. Regno Unito*, ricorsi n. 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, 2013, par. 92

¹¹⁴ IBIDEM, par. 93

¹¹⁵ Caso *Leyla Sahin v. Turchia*, ricorso n. 44774/98, 2005, par. 35

the fundamental principles of the Republic"¹¹⁶. Nel 1989 e nel 1991 la Corte Costituzionale si era espressa nel senso della inviolabilità del diritto alla libertà religiosa e di coscienza, che concerneva prima di tutto il diritto di scegliere o meno se seguire una certa religione; la libertà di coscienza non poteva però essere assimilata al diritto di indossare un certo indumento religioso; anzi, al di fuori della sfera intima della coscienza individuale, la libertà di manifestare un certa religione poteva essere limitata per ragioni di ordine pubblico e difesa del principio di laicità. Non consentire di portare il velo per motivi religiosi nelle istituzioni scolastiche era, secondo la Corte Costituzionale, quindi compatibile con la Costituzione. Ciò considerato, nel 1998, l'Università di Istanbul aveva deciso di vietare quegli indumenti che potessero manifestare una certa religione, fede, convinzione politica o ideologica, per conformarsi ai principi espressi dalla Corte Costituzionale e dalle altre corti supreme¹¹⁷.

Nel decidere il caso, la Corte EDU di nuovo ricorda che, nel contesto delle relazioni tra Stato e religioni, deve essere riconosciuto il ruolo importante dell'organo decisionale nazionale poiché le discipline e le prassi sono difformi tra stato e stato, a seconda delle tradizioni culturali, religiose e giuridiche. Ammessa la tutela del principio del secolarismo tra gli obiettivi meritevoli di protezione, la Corte si appresta a valutare la proporzionalità della limitazione. Tuttavia, il controllo sembra essere sulla qualità del processo decisionale nazionale più che sulla sostanza della limitazione del diritto; essa infatti nota innanzitutto che *"the process whereby the regulations that led to the decision of 9 July 1998 were implemented took several years and was accompanied by a wide debate within Turkish society"*; *"[t]he two highest courts, the Supreme Administrative Court and the Constitutional Court, have managed to establish settled case-law on this issue"*¹¹⁸. Inoltre, rispetto al giudice internazionale, erano proprio le autorità universitarie nella posizione migliore per determinare necessità e

¹¹⁶ IBIDEM, par. 37

¹¹⁷ IBIDEM, par. 47

¹¹⁸ IBIDEM, par. 120

requisiti di un determinato corso universitario¹¹⁹. A detta della Corte, le autorità universitarie avevano cercato un dialogo con gli studenti che volevano indossare l'indumento religioso al contempo assicurando l'ordine e i requisiti imposti dallo specifico corso universitario. La Corte esclude l'esistenza di una violazione della Convenzione sottraendo sè stessa alla valutazione di proporzionalità: *"having found that the regulations pursued a legitimate aim, it is not open to the Court to apply the criterion of proportionality in a way that would make the notion of an institution's "internal rules" devoid of purpose. Article 9 does not always guarantee the right to behave in a manner governed by a religious belief and does not confer on people who do so the right to disregard rules that have proved to be justified"*¹²⁰.

Anche in questa occasione la Corte sembra adottare un atteggiamento di *self-restraint*, di fatto avallando il *modus operandi* delle autorità amministrative nazionali e risultando assente un vero controllo di proporzionalità. Il fatto che la Corte non abbia operato un controllo sostanziale è confermato implicitamente anche dall'opinione dissenziente del giudice *Tulkens* quando si auspica che il controllo di proporzionalità effettuato dal giudice internazionale non sia meramente astratto, bensì concreto e alla luce del test di proporzionalità ben delineato nelle *limitations clauses* della Convenzione¹²¹.

Infine anche in *SAS v. Francia*, la Corte sembra aver adottato l'approccio del controllo procedurale¹²²; il caso seguiva l'entrata in vigore della ben nota legge dell'11 ottobre

¹¹⁹ IBIDEM, par. 121: "[...] by reason of their direct and continuous contact with the education community, the university authorities are in principle better placed than an international court to evaluate local needs and conditions or the requirements of a particular course [...]".

¹²⁰ IDEM, par. 121

¹²¹ IBIDEM, opinione dissenziente di *Tulkens*, pag. 44: "[o]wing to its nature, the Court's review must be conducted in concreto, in principle by reference to three criteria: firstly, whether the interference, which must be capable of protecting the legitimate interest that has been put at risk, was appropriate; secondly, whether the measure that has been chosen is the measure that is the least restrictive of the right or freedom concerned; and, lastly, whether the measure was proportionate, a question which entails a balancing of the competing interests".

¹²² NUSSBERGER A., *Procedural Review by the ECHR: View from the Court*, in GERARDS J., BREMS E. (a cura di), *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017; SAUL M., *The European Court of Human Rights' Margin of Appreciation and the*

del 2010 che vieta di nascondere il volto nei luoghi pubblici¹²³. Seppur non direttamente volta ad escludere la presenza del simbolo islamico dai luoghi pubblici, era chiaro che l'avversione al velo integrale fosse sottesa alla nuova disciplina. La legge seguiva il *report* della commissione parlamentare incaricata nel 2009 di redigere un rapporto sull'utilizzo del velo integrale in Francia, a seguito del quale era emersa non solo la sua incompatibilità con i principi del secolarismo, ma anche con i valori della fraternità, uguaglianza, vivere insieme, e vivere civile¹²⁴. Contemporaneamente la *Commission nationale consultative des droits de l'homme* – CNCDH - si era detta però contraria ad un divieto integrale che sarebbe andato a detrimento delle donne: non potendo più mostrarsi in pubblico con il velo, avrebbero finito per rimanere isolate dalla società. Nel 2010 il Consiglio di Stato, incaricato di studiare le basi legali per un possibile divieto del velo integrale, si era espresso sfavorevolmente ad un divieto mirato del velo solo alla luce della sua incompatibilità con i valori della Repubblica; piuttosto ne ammetteva un divieto limitato e circostanziato a certe situazioni in cui era necessario mostrare il volto, a fini identificativi, di sicurezza o di salvaguardia dell'ordine pubblico. Nonostante queste divergenze di vedute a livello nazionale, il Parlamento aveva successivamente approvato all'unanimità la risoluzione "*on attachment to respect for Republic values at a time when they are being undermined by the development of radical practices*", sulla cui scorta sarà poi approvata la legge 2010-1192 che proibisce, in luoghi pubblici, di indossare indumenti destinati a nascondere il volto¹²⁵. Il Consiglio Costituzionale francese, chiamato a pronunciarsi sulla costituzionalità della legge, si era espresso favorevolmente: la pratica di celare il

Processes of National Parliaments..., cit. nota 95; V'è chi invece lo esclude in questo caso; si veda a tal proposito GERARDS J., *Procedural Review by ECtHR...*, cit. nota 83;

¹²³ Legge n. 2010-1192, 11 Ottobre 2010

¹²⁴ Caso *SAS. v. Francia*, ricorso n. 43835/11, 2014, par. 17: "[g]oing beyond mere incompatibility with secularism, the full-face veil was an infringement of the principle of liberty, because it was a symbol of a form of subservience and, by its very existence, negated both the principle of gender equality and that of the equal dignity of human beings. The report further found that the full-face veil represented a denial of fraternity, constituting the negation of contact with others and a flagrant infringement of the French principle of living together".

¹²⁵ Legge n. 2010-1192 del 11 ottobre 2010, sezione 1: "No one may, in public places, wear clothing that is designed to conceal the face".

volto in pubblico era stata considerata dal legislatore nazionale pericolosa per la sicurezza pubblica e non rispettosa dei requisiti minimi di vita all'interno di una società. Le donne che seguivano tale pratica volontariamente o meno, erano collocate in una situazione di esclusione e di inferiorità che era chiaramente incompatibile con i principi costituzionali di libertà e uguaglianza. Secondo il Consiglio Costituzionale, "[i]n considerazione delle finalità che [aveva] cercato di realizzare e tenendo conto del tipo di sanzione introdotta per il mancato rispetto della norma stabilità [molto lieve], il legislatore [aveva] approvato disposizioni di legge che concilia[vano], in modo non sproporzionato, la salvaguardia dell'ordine pubblico e la garanzia dei diritti costituzionalmente tutelati"¹²⁶. Tuttavia, il Consiglio Costituzionale aveva posto una riserva: il divieto sarebbe stato una misura sproporzionata al proprio obiettivo se esteso anche ai luoghi di culto e preghiera aperti al pubblico: *"prohibiting the concealment of the face in public places cannot, without excessively contravening Article 10 of the 1789 Declaration, restrict the exercise of religious freedom in places of worship open to the public. With this reservation, sections 1 to 3 of the statute referred for review are not unconstitutional"*¹²⁷. Dinanzi alla Corte di Strasburgo, la ricorrente - una donna musulmana che voleva essere libera di indossare *burqa* o *niqab* pubblicamente - sosteneva invece che il divieto violasse la sua libertà religiosa, il suo diritto alla vita privata e familiare, nonché fosse discriminatorio.

Interessante è l'atteggiamento di *deference* che la Corte Europea assume in questo caso; essa sottolinea il ruolo sussidiario del sistema della Convenzione europea e la diretta legittimazione democratica delle autorità nazionali: *"[t]he national authorities have direct democratic legitimation and are, as the Court has held on many occasions, in principle better placed than an international court to evaluate local needs and conditions. In matters of general policy, on which opinions within a democratic society may reasonably differ widely, the role of the domestic policy-maker should be given special weight.*

¹²⁶ Caso SAS. v. Francia, ricorso n. 43835/11, 2014, par. 30

¹²⁷ IDEM, par. 30

*This is the case, in particular, where questions concerning the relationship between State and religions are at stake*¹²⁸. La Corte nota che il divieto era stato motivato dalla tutela della dignità umana, dell'uguaglianza tra uomini e donne ed in particolare, dal rispetto di quei principi base del vivere assieme, il c.d. *living together*, da cui la necessità di creare il contatto visivo con l'altro. Nelle parole della Corte sembra leggersi una certa avversione a questo tipo di misura; si dice infatti che un divieto totale potrebbe sembrare eccessivo visto il ristretto numero di donne che fanno uso del velo integrale in Francia; potrebbe rischiare di limitare la libertà non solo religiosa delle donne ma anche la loro autonomia e di isolarle; è stato ritenuto sproporzionato da una serie di corpi e istituzioni internazionali; e infine, potrebbe rischiare di promuovere intolleranza, stereotipi, islamofobia. Nonostante ciò, in questioni di *general policy*, *“the Court has a duty to exercise a degree of restraint in its review of Convention compliance, since such review will lead it to assess a balance that has been struck by means of a democratic process within the society in question”*¹²⁹. La scelta se permettere o meno l'utilizzo del velo integrale nei luoghi pubblici *“constitutes a choice of society”*¹³⁰. Il processo decisionale nazionale nel suo insieme, cui la Corte si è ampiamente riferita, ha giocato un ruolo dominante nel caso di specie¹³¹.

L'utilizzo del controllo di tipo *“procedurale”* da parte della Corte di Strasburgo è stato esplicitato proprio nel recente caso, attinente alla libertà religiosa, *Belcacemi e Oussar v. Belgio*¹³². Il ricorso concerneva il divieto all'utilizzo del velo integrale nello spazio pubblico, imposto dallo stato belga con la legge 1° giugno 2011. Il caso, fa notare la Corte Europea, ricorda molto il precedente *SAS v. Francia*, sia per le circostanze fattuali sia per le implicazioni giuridiche: la legge belga si allineava a quella francese nel pretendere il bando del velo integrale non solo per motivi di

¹²⁸ IBIDEM, par. 129

¹²⁹ IBIDEM, par. 154

¹³⁰ IBIDEM, par. 153

¹³¹ NUSSBERGER A., *Procedural Review by the ECHR...*, cit. nota 122.

¹³² Caso *Belcacemi e Oussar v. Belgio*, ricorso n. 37798/13, 2017; simile anche il caso *Dakir v. Belgio*, ricorso n. 4619/12, 2017.

sicurezza e difesa dell'ordine pubblico ma anche perché la creazione di relazioni personali, essenziali per la vita sociale, diveniva impossibile se un individuo nei luoghi di incontro della comunità celava il volto, elemento essenziale della propria individualità. Di nuovo veniva richiamato quel concetto, reso celebre proprio dalla sentenza *SAS v. Francia*, del "living together". Anche in questo caso, come nel precedente, la Corte di Strasburgo ricorda l'ampio margine di apprezzamento goduto dallo Stato nel valutare la necessità di una limitazione alla manifestazione religiosa, il ruolo fondamentale e sussidiario del sistema di controllo della Convenzione e il ruolo particolarmente importante delle autorità nazionali dotate di legittimazione democratica diretta¹³³. La questione dell'accettazione o meno del velo integrale in Belgio viene di nuovo liquidata dalla Corte di Strasburgo come una scelta della società,¹³⁴ e la Corte ricorda che essa deve mostrare un certo riserbo nel controllo di decisioni assunte democraticamente nella società belga; in particolare, la Corte evidenzia che la decisione era stata preceduta da un ampio e lungo dibattito parlamentare nonché era stata sottoposta da parte della Corte costituzionale ad un esame attento e completo di tutti gli interessi coinvolti¹³⁵. In cosa consista questo certo riserbo lo esplicherà la Corte nel paragrafo 60 della sentenza: il controllo di proporzionalità in concreto di una certa limitazione derivante dalla legge nazionale spetta al giudice nazionale, dovendosi la Corte, conformemente al suo ruolo sussidiario, limitare al controllo di un eventuale superamento del margine di apprezzamento accordato allo stato¹³⁶. Di fatto, la Corte esclude una violazione della

¹³³ Caso *Belcacemi e Oussar v. Belgio*, ricorso n. 37798/13, 2017, par. 51

¹³⁴ *IBIDEM*, par. 52-53

¹³⁵ *IBIDEM*, par. 54: "La Cour réitère, comme elle l'a souligné dans l'arrêt *S.A.S. c. France* précité (§§ 153-155), que dans un tel cas de figure elle se doit de faire preuve de réserve dans l'exercice de son contrôle de conventionalité dès lors qu'il la conduit à évaluer un arbitrage effectué selon des modalités démocratiques au sein de la société belge. À ce sujet, elle relève que le processus décisionnel ayant débouché sur l'interdiction en cause a duré plusieurs années et a été marqué par un large débat au sein de la Chambre des représentants ainsi que par un examen circonstancié et complet de l'ensemble des intérêts en jeu par la Cour constitutionnelle".

¹³⁶ *IBIDEM*, par. 60: "Elle est d'avis que l'appréciation in concreto du caractère proportionné d'une sanction qui devrait être imposée sur base de la loi du 1er juin 2011 est une tâche qui relève de la compétence du juge national, le rôle de la Cour se limitant à constater, conformément au caractère subsidiaire de son contrôle, un éventuel dépassement de la marge d'appréciation accordée à l'État défendeur".

libertà religiosa della ricorrente rimettendosi semplicemente al margine di discrezionalità; tuttavia, va segnalato che la Corte di Strasburgo anche in questo caso ha riportato dettagliatamente la sentenza della Corte costituzionale belga, di cui si dirà a breve, che si era espressa sulla costituzionalità della legge e anche sulla sua compatibilità con l'articolo 9 della Convenzione europea. Da notare che la sentenza della Corte costituzionale belga interviene temporalmente prima che la Corte di Strasburgo si fosse espressa in *SAS v. Francia*, ed anzi viene da quest'ultima citata in ottica comparata proprio nel caso francese.

La Corte costituzionale belga aveva ritenuto che la legislazione perseguisse degli obiettivi – pubblica sicurezza, eguaglianza tra i sessi e difesa di una certa concezione del vivere in società – che potevano rientrare nelle categorie enumerate dall'art. 9 della Convenzione. Analizzando obiettivo per obiettivo, la Corte costituzionale aveva riscontrato la presenza delle condizioni di necessità in una società democratica e di proporzionalità tra la limitazione dei diritti e la tutela degli interessi addotti, data anche la lieve sanzione connessa alla trasgressione del divieto. La Corte belga aveva opposto una sola riserva: i luoghi pubblici coperti dal divieto non dovevano comprendere i luoghi di culto; *"[i]t would be manifestly unreasonable to consider that such places should include places of worship. The wearing of clothing corresponding to the expression of a religious choice, such as the veil that covers the entire face in such places, could not be restricted without encroaching disproportionately on a person's freedom to manifest his or her religious beliefs"*. È chiaro quindi che il margine di apprezzamento concesso in questo caso e il conseguente atteggiamento di deferenza della Corte di Strasburgo si traduce in una conferma della valutazione di proporzionalità in concreto già svolta a livello nazionale dalla Corte costituzionale belga.

In conclusione, nel ripercorrere la giurisprudenza della Corte europea degli ultimi anni si può notare un rafforzamento della dottrina del margine di apprezzamento nel senso di una maggiore consapevolezza della Corte del suo ruolo

sussidiario nella protezione dei diritti e delle libertà previste dalla Convenzione. Poiché il ruolo primario compete agli stati e la protezione è innegabilmente relazionata ai vari contesti nazionali - tra l'altro alquanto ricchi di differenze quando si tratta di religione - la Corte assume un atteggiamento di *self-restraint*; esso non deve essere inteso come vanificazione della protezione convenzionale ma piuttosto come una sua riconduzione al livello più opportuno, quello statale. Quando sia dimostrato che un certo diritto è stato limitato non in modo arbitrario ma accompagnato da un notevole dibattito nazionale nonché da un pregnante controllo delle corti nazionali anche alla luce dei principi sviluppati dalla giurisprudenza CEDU, primo fra tutti quello di proporzionalità, il compito della Corte EDU è stato svolto. Solo quando queste caratteristiche sono venute a mancare allora il ruolo della Corte sarà più invasivo effettuando essa stessa quel controllo di proporzionalità in concreto che era mancato a livello nazionale.

8. Il controllo procedurale nella tutela della libertà religiosa delle organizzazioni di tendenza:

La Corte di Strasburgo si è interessata della relazione tra lavoro e religione anche in un altro versante, quello della tutela della libertà religiosa non più, o non solo, del lavoratore ma anche del datore di lavoro quando questi si fosse qualificato come "organizzazione di tendenza". Con tale concetto si definiscono quelle formazioni ed organizzazioni sociali che svolgono un'attività ideologicamente orientata ovvero che hanno come fine primario la diffusione di una certa concezione o dei valori sottesi ad essa¹³⁷.

¹³⁷ PACILLO V., *Il divieto di discriminazione religiosa nel rapporto di lavoro subordinato*, in www.olir.it, 2014, pag. 211; a proposito della giurisprudenza di Strasburgo circa le organizzazioni di tendenza si vedano tra gli altri: TOSCANO M., *La libertà religiosa "organizzata" nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: prime linee di lettura*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* Rivista telematica (www.statoechurchese.it), marzo 2008; LEIGH I., *Balancing Religious Autonomy and Other Human Rights under the European Convention*, in *Oxford Journal of Law and Religion*, gennaio 2012; VICKERS L., *Current Approaches of the European Courts to Religious Rights and Freedoms*, disponibile al link: <http://www.faithineurope.org.uk/vickers.pdf>; VALERO ESTARELLAS M. J., *El Derecho De Los Profesores De Religión Católica Al Respeto De Su Vida Privada y Familiar*, in *Revista General de Derecho*

La Corte Europea attraverso una lettura combinata dell'art. 9 e dell'art. 11¹³⁸ CEDU - che tutela la vita associativa - ha ricavato il diritto dei credenti di associarsi liberamente e il cosiddetto principio di autonomia delle organizzazioni religiose. "La loro autonomia, indispensabile per il pluralismo in una società democratica è al centro della protezione offerta dall'articolo 9"¹³⁹. Tranne in casi molto eccezionali, il diritto alla libertà di religione come garantito dalla Convenzione prevede il divieto dello Stato di ingerirsi arbitrariamente nelle determinazioni religiose e soprattutto la libertà delle organizzazioni religiose di stabilire dei requisiti di ammissione o di esclusione alla propria comunità. Se lo Stato infatti potesse imporre alla comunità religiosa di avvalersi di un soggetto o di affidare a qualcuno dei doveri religiosi, verrebbe mortificata la libertà stessa dell'organizzazione. In particolare la Corte Europea ha riconosciuto che un'organizzazione di tendenza può imporre dei particolari obblighi di fedeltà e lealtà all'ideologia di cui si fa portatrice a coloro che si trovino a stipulare con essa un contratto di lavoro, purché tali obblighi siano liberamente accettati dalla persona interessata¹⁴⁰. Quando infatti qualificata in senso ideologico è l'attività del datore di lavoro si dice che la prestazione lavorativa

Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado, n. 33, 2013; ANNICCHINO P., *Il conflitto tra il principio di autonomia dei gruppi religiosi ed altri diritti fondamentali: recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 1, 2013; CROCE M., *Il "Caso Lombardi Vallauri" dinanzi alla C.e.d.u. una riscossa della libertà nella scuola?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* Rivista telematica (www.statoechiese.it), ottobre 2010; RAGONE G., *Enti confessionali e licenziamento ideologico. Uno sguardo alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Ephemerides Iuris Canonici Nuova Serie*, Vol. 54, n. 1, 2014; BETTETINI A., *Identità religiosa del datore di lavoro e licenziamento ideologico nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, n. 2, 2011;

¹³⁸ CEDU, Art. 11, Libertà di riunione e di associazione: 1. Ogni persona ha diritto alla libertà di riunione pacifica e alla libertà d'associazione, ivi compreso il diritto di partecipare alla costituzione di sindacati e di aderire a essi per la difesa dei propri interessi. 2. L'esercizio di questi diritti non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale e alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.

¹³⁹ Si veda ad esempio: CEDU, caso *Fernandez Martinez v. Spagna*, ricorso n. 56030/07, 2014, par.127

¹⁴⁰ IBIDEM, par.131

assumerebbe dei connotati peculiari.¹⁴¹ la tendenza arriverebbe a conformare l'obbligazione lavorativa permettendo al datore di richiedere al lavoratore un'adesione piena all'ideologia dell'organizzazione. Essa infatti si avvale dell'agire dei propri dipendenti per raggiungere le finalità che si propone di perseguire; quindi l'adempimento della prestazione contrattuale si identifica in tutto o in parte con la diffusione dell'orientamento ideologico o dei valori ideali cui l'intera organizzazione risulta ispirata¹⁴². La fedeltà ideologica diventa quindi determinante per il corretto adempimento della prestazione lavorativa nonché per determinare i criteri di giustificazione causale di un eventuale licenziamento.

Si consente dunque all'organizzazione di tendenza di richiedere ai propri dipendenti dei particolari obblighi di fedeltà all'ideologia della stessa; il rischio però è che questi doveri di lealtà finiscano per incidere sull'esercizio di altri diritti fondamentali. La difesa dell'autenticità della tendenza potrebbe comportare il sacrificio di altri diritti convenzionalmente garantiti quali ad esempio la libertà di opinione, la libertà di religione e, nel campo scolastico, la libertà di insegnamento del prestatore di lavoro. Anche in questo caso quindi si rende necessario un bilanciamento tra gli interessi privati contrapposti, volto a evitare che vengano imposti dei doveri di fedeltà ideologica inaccettabili. Lo Stato è chiamato a garantire entrambi i diritti e se la protezione di uno, porta ad un'interferenza con l'altro, è chiamato a scegliere i mezzi adeguati a rendere questa interferenza proporzionata allo scopo perseguito. Nel ricercare il corretto bilanciamento tra gli interessi contrapposti lo Stato gode di un margine di apprezzamento, definito particolarmente ampio poiché si tratta di trovare un bilanciamento tra diversi diritti della Convenzione e soprattutto in una materia in cui non è ravvisabile un consenso tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa; il rapporto tra Stato e religione è "una questione su cui possono ragionevolmente

¹⁴¹ BELLOCCHI P., *Pluralismo religioso, discriminazioni ideologiche e diritto del lavoro*, in ADL *Argomenti di diritto del lavoro*, 2003, n. 1, pag. 181

¹⁴² VIZIOLI M., *Il diritto comunitario tra principio di non discriminazione e tutela delle differenze*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, Vol. 3, 2004, pag. 982

esistere differenze in una società democratica. Questo sarà il caso in particolare degli Stati europei, dove si assiste ad una grande varietà di modelli costituzionali che disciplinano i rapporti tra lo Stato e le confessioni religiose¹⁴³; è necessario dunque dare particolare enfasi al ruolo della decisione nazionale¹⁴⁴, ferma restando la valutazione finale della Corte circa la ragionevolezza dell'equilibrio raggiunto dallo Stato. Anche questo però è un ambito in cui si potrebbero manifestare le avvisaglie di un particolare controllo della Corte; piuttosto che operare l'analisi di proporzionalità delle scelte nazionali, la maggior parte dell'attenzione sembra essere rivolta alla qualità e correttezza del ragionamento delle corti statali ed in particolare all'utilizzo del principio di proporzionalità.

Nel corso degli anni, la Corte ha affermato una serie di principi chiave per risolvere le controversie religiose all'interno dell'organizzazione di tendenza; da un lato, dato il principio di autonomia dell'organizzazione religiosa, la Corte ha affermato che lo Stato non può ingerirsi nella valutazione sostanziale operata dalla Chiesa; dall'altro, all'autonomia di cui essa gode, non può corrispondere una presunzione di legittimità del licenziamento intimato in violazione degli obblighi di fedeltà. È questa la critica che la Corte fa alle autorità nazionali ad esempio nel caso *Lombardi Vallauri v. Italia* (2009)¹⁴⁵. Il caso riguardava un docente universitario dell'Università Cattolica Sacro Cuore il cui contratto non era stato rinnovato poiché si era reso portatore di idee contrarie all'ideologia cattolica. L'interesse dell'Università ad un insegnamento conforme con le proprie convinzioni si scontrava con la libertà di espressione del ricorrente che implicava il diritto di trasmettere le proprie idee senza restrizioni. La Corte riscontra una violazione della libertà di espressione del ricorrente in quanto la misura restrittiva era stata adottata senza fornire una idonea motivazione ed era mancato un adeguato controllo giurisdizionale circa la sussistenza di un effettivo pericolo che le opinioni del docente si ripercuotessero nell'attività di insegnamento e

¹⁴³ CEDU, caso *Fernandez Martinez v. Spagna*, ricorso n. 56030/07, 2014, par. 130

¹⁴⁴ IBIDEM, par.125

¹⁴⁵ CEDU, caso *Lombardi Vallauri v. Italia*, ricorso n. 39128/05, 2009

quindi contrastassero con l'interesse dell'Università a dispensare un insegnamento conforme alle convinzioni cattoliche¹⁴⁶.

Un altro principio sviluppato dalla Corte di Strasburgo mitiga il potere delle organizzazioni di tendenza; nel bilanciamento tra l'autonomia della confessione religiosa e gli altri diritti del lavoratore, secondo la Corte, riveste un ruolo essenziale il livello di "prossimità" tra l'attività del dipendente e la "missione" dell'organizzazione¹⁴⁷; la Corte ritiene che la natura dell'incarico svolto da queste persone sia un elemento importante da prendere in considerazione nel valutare la proporzionalità di un provvedimento restrittivo adottato dallo Stato o dall'organizzazione religiosa di cui trattasi. In particolare, la funzione specifica assegnata alla persona in un'organizzazione religiosa è una considerazione pertinente per determinare se tale persona dovrebbe essere soggetta ad un obbligo accresciuto di lealtà¹⁴⁸.

In questi casi, in particolare, dato il margine di apprezzamento goduto dallo Stato, l'approccio della Corte di Strasburgo si manifesta in un riconoscimento dell'efficacia del bilanciamento operato dalle Corti nazionali; tant'è che la Corte stessa prenderà a modello i principi emersi a livello nazionale per elaborare le proprie sentenze. In particolare, sarà il *leading judgment* della Corte Costituzionale

¹⁴⁶ CEDU, caso *Lombardi Vallauri v. Italia*, ricorso n. 39128/05, 2009, par. 50-51 "[...] la Corte ricorda subito che, in linea di principio, gli Stati devono astenersi dal sindacare la legittimità delle convinzioni religiose o delle modalità di espressione delle stesse (si veda, *mutatis mutandis*, *Chiesa metropolitana di Bessarabia e altri v. Moldova*, n. 45701/99, § 117, CEDU 2001-XII). Nel caso di specie, a giudizio della Corte, la sostanza della decisione adottata dalla Congregazione non era sindacabile dalle autorità dello Stato. Ciò nondimeno, la Corte rileva che i giudici amministrativi interni hanno limitato il loro esame della legittimità della decisione controversa alla constatazione da parte del Consiglio di Facoltà dell'esistenza di una tale decisione".

¹⁴⁷ CEDU, caso *Schiith v. Germania*, ricorso n. 1620/03, 2010, par. 70

¹⁴⁸ CEDU, caso *Fernandez Martinez v. Spagna*, ricorso n. 56030/07, 2014, par. 131

federale tedesca del 4 giugno 1985, reso nel caso *Rommelfanger* di cui si dirà a breve, a fungere da modello dell'impostazione seguita dalla Corte di Strasburgo¹⁴⁹.

8.1. Rommelfanger e le origini della tutela dell'organizzazione di tendenza

Il primo caso affrontato dall'allora Commissione europea, risale alla fine degli anni Ottanta ed è *Rommelfanger v. Germania*¹⁵⁰; il ricorrente svolgeva la professione di assistente medico in un ospedale cattolico nella città di Essen. Era stato licenziato per aver apposto la sua firma ad una lettera in cui si criticava l'atteggiamento di alcuni medici contrari all'aborto, visione opposta ovviamente a quella della chiesa cattolica. Così facendo, secondo l'ospedale, il ricorrente era venuto meno ai suoi obblighi di lealtà ed adesione ai doveri cristiani di carità, obblighi che aveva accettato firmando il contratto di lavoro. Dinanzi alla Commissione europea, il ricorrente lamentava una violazione della sua libertà di espressione, come tutelata dall'articolo 10 della Convenzione. La Commissione esclude la presenza stessa dell'interferenza con la libertà del ricorrente; essa afferma infatti che "è in linea con i requisiti della Convenzione dare uno spazio appropriato alla libertà di espressione del datore di lavoro, quando sia una organizzazione basata su certi valori o convinzioni che reputa essenziali per lo svolgimento delle proprie funzioni. Un datore di lavoro, organizzazione di tendenza, non sarebbe in grado di esercitare in modo effettivo la sua libertà se non potesse imporre certi doveri di lealtà ai dipendenti"¹⁵¹. A livello nazionale, il caso aveva visto il fondamentale intervento della Corte Costituzionale federale che aveva reso il 4 giugno 1985 il suo *leading judgment* che, come già detto, affermerà i principi base anche delle successive sentenze della Corte di Strasburgo¹⁵².

¹⁴⁹ DE SCHUTTER O., *Human Rights in Employment Relationships: Contracts as Power*, in DORSSEMONT F., LÖRCHER K., SCHÖMANN I., (a cura di), *The European Convention on Human Rights and the Employment Relation*, Hart Publishing, Oxford Portland, Oregon, 2013, pag. 124

¹⁵⁰ CEDU, *Caso Rommelfanger v. Germania*, ricorso n. 12242, 1986, par. 2

¹⁵¹ IBIDEM, pag. 9

¹⁵² DE SCHUTTER O., *Human Rights in Employment Relationships...*, cit. nota 149, pag. 124

Secondo la Corte federale, il diritto all'autonomia della Chiesa influenzava anche il contenuto dei contratti che la stessa poteva stipulare nello svolgimento della propria missione; in particolare in questi contratti di lavoro poteva essere richiesta lealtà verso quelli che sono i *"general principles of its dogmatic and moral doctrines"*; *"[b]y imposing such duties of loyalty, the ecclesiastical employer exercised his freedom of contract, and at the same time his constitutional right of church autonomy"*¹⁵³. Tuttavia la Corte costituzionale federale aveva anche riconosciuto che l'autonomia della Chiesa non potesse essere illimitata: essa poteva decidere cosa era indispensabile per la credibilità delle sue funzioni e del suo messaggio, entro però i limiti della legge generale: *"the view of the church were binding unless they were in conflict with fundamentals principles of the legal system, such as the prohibition of arbitrariness or the requirement of compliance with moral principles or with the order public"*¹⁵⁴. In altre parole, il diritto all'autonomia (o *self-determination*) della Chiesa le consente di gestire liberamente la propria organizzazione e anche di terminare i contratti di impiego; nell'esercizio della sua libertà contrattuale, la Chiesa può imporre ai dipendenti dei particolari doveri di lealtà funzionali ad assicurare la credibilità dell'istituzione, purché però non si traducano in limitazioni sproporzionate e arbitrarie delle libertà costituzionalmente protette dei dipendenti, o siano contrarie all'ordine pubblico o alla morale. Se spetta in primo luogo alle confessioni religiose stabilire cosa determina la loro credibilità, spetta tuttavia ai tribunali del lavoro statali verificare che non vengano imposti degli obblighi di lealtà inaccettabili. Anche se non espressamente, sembra che la Corte costituzionale federale, faccia riferimento alla necessità di una proporzione tra il contenuto degli obblighi di lealtà e il rispetto dei diritti costituzionali del dipendente.

La Commissione Europea è soddisfatta dal ragionamento condotto dalla Corte Costituzionale federale; nelle parole della Commissione, esso "tiene conto della

¹⁵³ I tratti della sentenza della Corte Costituzionale federale del 1984 vengono riportati con dettaglio in CEDU, *Schüth v. Germania*, ricorso n. 1620/03, 2010, par. 35

¹⁵⁴ Caso *Schüth v. Germania*, ricorso n. 1620/03, 2010, par. 35

necessità di assicurare la libertà di espressione di un dipendente contro le irragionevoli richieste del suo datore di lavoro, anche se dovessero derivare da un contratto di lavoro valido"¹⁵⁵. "Per quanto riguarda i datori di lavoro come la fondazione cattolica che ha impiegato la ricorrente in un suo ospedale, la legge [tedesca] garantisce in ogni caso un rapporto ragionevole tra le misure che influenzano la libertà di espressione e la natura dell'occupazione nonché l'importanza della questione per il datore di lavoro. In questo modo, protegge un dipendente da un obbligo in materia di libertà di espressione che rischia di inficiare l'essenza stessa di questa libertà"¹⁵⁶.

8.2. Il lavoro nelle organizzazioni di tendenza: i tre ricorsi tedeschi Obst, Siebenhaar, Schüth

Nei ricorsi più recenti, la Corte di Strasburgo affinerà la sua impostazione circa il lavoro nell'organizzazione di tendenza e soprattutto tenderà ad avallare il ragionamento seguito a livello nazionale; i seguenti casi daranno conto di questa impostazione.

Nel caso *Obst v. Germania*¹⁵⁷, il ricorrente era un cittadino tedesco cresciuto secondo la fede mormone e sposatosi secondo il relativo rito nel 1980. Dopo aver occupato diverse posizioni era diventato direttore delle pubbliche relazioni per la Chiesa Mormone in Europa, ma era stato allontanato una volta che aveva confidato al suo pastore che il suo matrimonio era in difficoltà da diversi anni e che aveva intrapreso una relazione extraconiugale. Secondo la Chiesa egli aveva tenuto una condotta totalmente incompatibile con l'ideologia mormone e il licenziamento si era reso necessario per preservare la credibilità della confessione stessa. Il ricorrente, da parte sua, riteneva invece di aver subito una illegittima violazione dell'art. 8 CEDU che tutela il diritto al rispetto della vita privata e familiare. Anche in questo caso, si

¹⁵⁵ Caso *Rommelfanger v. Germania*, ricorso n. 12242, 1986, pag. 9

¹⁵⁶ IBIDEM, par. 2

¹⁵⁷ CEDU, Caso *Obst v. Germania*, ricorso n. 425/03, 2010, par. 48-50

poneva dunque un problema di bilanciamento tra interessi contrapposti; da una parte il diritto del ricorrente al rispetto della sua vita privata e familiare e dall'altro il diritto della Chiesa Mormone a difendere la sua credibilità agli occhi dei fedeli.

La Corte EDU accetta che vi sia stata una limitazione del diritto del ricorrente, tuttavia conclude che il licenziamento era una misura necessaria e proporzionata all'obiettivo di preservare la credibilità della Chiesa, anche considerando il margine di apprezzamento goduto dallo Stato. In particolare, secondo Strasburgo, il ricorrente, essendo cresciuto nella fede mormone, non poteva non sapere che il rispetto del matrimonio era un valore fondamentale della confessione religiosa. La Corte EDU introduce poi la distinzione tra mansioni c.d. *neutre* e mansioni di *tendenza*: il ricorrente, in quanto responsabile delle relazioni pubbliche per la Chiesa Mormone in Europa, svolgeva un'attività "di tendenza" cioè strettamente connessa all'ideologia del credo e di rappresentanza dello stesso; per tale motivo egli viene considerato tenuto addirittura ad accresciuti obblighi di fedeltà. "I legami di lealtà dovevano considerarsi aumentati dato che egli era stato assunto dalla Chiesa Mormone come direttore per l'Europa presso il reparto di pubbliche relazioni"¹⁵⁸.

Anche in questo caso, la Corte di Strasburgo avalla il ragionamento condotto dalle Corti nazionali, in particolare dalla Corte Federale del lavoro che si era rifatta ai principi espressi dalla Corte Costituzionale Federale nel già citato *leading judgment* del 1985. La Corte Federale del lavoro aveva ribadito che, alla luce del citato precedente, la Chiesa poteva pretendere l'osservanza dei dogmi e dei principi morali fondamentali della propria confessione religiosa, tra cui la fedeltà all'interno della coppia; ciò non era in contraddizione con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico¹⁵⁹. Anzi, è la stessa Corte federale del lavoro ad affermare che il licenziamento si era reso necessario per preservare la credibilità della Chiesa

¹⁵⁸ IBIDEM, par. 48-50

¹⁵⁹ IBIDEM, par. 12-17

Mormone soprattutto considerato il ruolo di direttore delle relazioni pubbliche svolto dal ricorrente, dal quale derivavano per lui “obblighi di fedeltà accresciuti”¹⁶⁰.

Dato anche il margine di apprezzamento riconosciuto allo Stato nel bilanciare gli interessi contrapposti, secondo la Corte di Strasburgo il bilanciamento raggiunto dai giudici del lavoro tedeschi poteva dirsi soddisfacente, e allo stato tedesco non era richiesto di offrire una protezione maggiore al ricorrente¹⁶¹.

Nel successivo caso *Siebenhaar v. Germania*¹⁶² le conclusioni sono simili. La ricorrente lavorava come educatrice in un asilo per l’infanzia di una parrocchia protestante. Era stata però licenziata quando la parrocchia era venuta a conoscenza del fatto che la donna era membro della “Chiesa Universale” per la quale svolgeva anche ruoli attivi nella diffusione dei principi della comunità; principi, attività ed obiettivi, secondo la Parrocchia, contrari alla missione della chiesa protestante.

Nel caso di specie, la questione principale posta al tribunale di Strasburgo era se lo Stato avesse adeguatamente protetto il diritto della donna ex. art. 9 CEDU contro il licenziamento pronunciato dall’organizzazione religiosa. La Corte di Strasburgo non si esime dal ricordare che nel bilanciare interessi generali con interessi privati, gli Stati godono di un certo margine di apprezzamento che sarà più ampio qualora sia constatata l’assenza di *consensus*. La Corte rileva che anche in questo caso i tribunali del lavoro nazionali, chiamati ad esprimersi sulla legittimità del licenziamento, avevano fatto riferimento alla sentenza della Corte Costituzionale federale del 1985 concludendo a favore della posizione dell’organizzazione religiosa. Ancora una volta, essi non si erano ritenuti totalmente vincolati ai requisiti di chiese e comunità religiose, ma si erano assicurati che, applicando queste regole non fossero contraddetti i principi fondamentali dell’ordinamento giuridico e che le chiese e le comunità religiose non richiedessero ai loro dipendenti *obblighi di fedeltà inaccettabili*.

¹⁶⁰ IBIDEM, par. 21

¹⁶¹ IBIDEM, par. 42

¹⁶² Caso *Siebenhaar v. Germania*, ricorso n. 18136/02, 2011

Agli occhi di Strasburgo i risultati dei giudici del lavoro non sembrano irragionevoli¹⁶³. A tale riguardo la Corte ritiene che i tribunali del lavoro abbiano sufficientemente dimostrato che gli obblighi di fedeltà erano *accettabili* poiché diretti a preservare la credibilità della Chiesa protestante nei confronti della comunità, tenuto conto della particolare funzione di educatrice della donna. In conclusione, dato il margine di apprezzamento e in particolare il fatto che i giudici del lavoro avessero dovuto trovare un equilibrio tra un certo numero di interessi privati, la Corte ritiene che in questo caso l'articolo 9 della Convenzione non pretendesse dallo Stato una protezione superiore di quella offerta al richiedente¹⁶⁴.

Infine merita particolare interesse per il suo distinguersi rispetto ai precedenti il caso *Schüth v. Germania*¹⁶⁵, deciso nel 2010. In questa occasione, il ricorrente era il soggetto incaricato di suonare l'organo presso una Chiesa cattolica, licenziato dopo essersi separato e aver avuto un figlio da un'altra donna. Era accusato di non aver rispettato la santità del matrimonio e quindi di essere venuto meno agli obblighi di lealtà che lo legavano alla Chiesa cattolica. Il ricorrente da parte sua lamentava di essere stato licenziato solo per aver intrattenuto una relazione extraconiugale e che questo costituisse un'intollerabile e illegittima violazione della sua vita privata.

In questo caso la Corte di Strasburgo si esprime a favore del ricorrente. Essa ammette che firmando il contratto di lavoro egli avesse accettato certi obblighi di lealtà ideologica e una limitazione della sua *privacy*; tuttavia, la firma del contratto non poteva interpretarsi come un impegno personale e inequivocabile a vivere in astinenza in caso di separazione o divorzio; questa, a parere della Corte, era una ingerenza incompatibile con l'essenza stessa del diritto al rispetto della vita privata e familiare del ricorrente e ciò non era tollerabile; un obbligo di lealtà ideologica non può, secondo Strasburgo, andare ad intaccare quello che è il cuore del diritto convenzionale di cui si lamenta l'ingerenza, tenuto soprattutto conto del fatto che il

¹⁶³ IBIDEM, par. 46

¹⁶⁴ IBIDEM, par. 47

¹⁶⁵ Caso *Schüth v. Germania*, ricorso n. 1620/03, 2010

ricorrente, per la natura dell'attività svolta all'interno dell'organizzazione, non poteva dirsi tenuto ad obblighi di lealtà accresciuti¹⁶⁶. L'organista infatti non svolgeva una professione di rappresentanza dell'ideologia della confessione.

Il caso merita particolare attenzione, non solo perché la Corte di Strasburgo sembra aver assunto la distinzione tra mansioni di tendenza e mansioni neutre, ma anche perché è l'unico caso in cui essa si discosta dalle risultanze cui erano giunte le corti nazionali. A livello nazionale il licenziamento era stato inizialmente reputato ingiustificato dal Tribunale del lavoro di primo grado: poiché il ricorrente, organista, non svolgeva attività pastorale o clericale ed era solo un mero membro dello staff durante il servizio liturgico, non poteva essere tenuto ad obblighi di lealtà accresciuti, di conseguenza il licenziamento era una misura ritenuta troppo drastica tra le sanzioni disciplinari a disposizione. Nonostante la vicenda fosse stata oggetto di lungo contenzioso, il Tribunale d'Appello di Düsseldorf aveva finito per accogliere il ricorso della Chiesa ritenendo che gli interessi di quest'ultima fossero prevalenti rispetto a quelli del ricorrente. Il tribunale "[...] *was not unaware of the consequences of the applicant's dismissal [...] [h]owever, it admitted that the parish church could not continue to employ the applicant without losing all credibility in relation to the mandatory nature of its religious and moral precepts*"¹⁶⁷. La Corte Costituzionale federale nel 2002 non aveva consentito il ricorso del ricorrente per scarse probabilità di successo. Sulla questione era intervenuto anche il Tribunale Federale del Lavoro richiamando i principi espressi dalla Corte Costituzionale nel 1985 e ribadendo che la credibilità dell'istituzione religiosa dipendeva anche dalla condotta delle persone che vi prestavano lavoro: gli obblighi di lealtà non sono confinati alla vita lavorativa ma incidono anche nella sfera della vita privata; tuttavia, spetta ai giudici del lavoro fare

¹⁶⁶ IBIDEM, par. 71

¹⁶⁷ IBIDEM, par. 25

in modo che le confessioni religiose non impongano “*excessive requirements of loyalty on their employees*”¹⁶⁸.

Il caso quindi giunge dinnanzi alla Corte di Strasburgo; poiché il licenziamento non era imputabile direttamente allo Stato, la questione principale era valutare se esso avesse sufficientemente adempiuto ai suoi obblighi positivi di proteggere la sfera privata del ricorrente contro interferenze ingiustificate del datore di lavoro; ciò consisteva più concretamente nel valutare come le Corti nazionali tedesche avessero bilanciato il diritto del ricorrente con i diritti della chiesa Cattolica, derivanti dall’art. 9 letto in connessione con l’art. 11. Prima di procedere a qualsiasi valutazione, la Corte EDU ricorda nuovamente il margine di apprezzamento che gli Stati hanno nel bilanciamento tra i vari diritti della Convenzione - che sarà più ampio nel caso di assenza di *consensus*-, il ruolo preminente delle corti nazionali e il conseguente atteggiamento di *deference*¹⁶⁹. Tuttavia, il riferimento al margine di apprezzamento pare più una questione di forma che di sostanza. Diversamente dai precedenti, in questo caso la Corte sottolinea a più riprese l’inadeguatezza del controllo nazionale; essa nota “*the brevity of the employment tribunals’ reasoning*”¹⁷⁰; [...] “*the interests of the employing Church were [...] not balanced against the applicant’s right to respect for his private and family life [...]*”¹⁷¹; [...] “*the Employment Appeal Tribunal did not examine the question of the proximity between the applicant’s activity and the Church’s proclamatory mission, but appears to have reproduced the opinion of the employing Church on this point without further verification*”¹⁷²; [...] “*a more detailed examination was required when weighing the competing rights and interests at stake*”; “[...] *a decision to dismiss based on a breach of [a] duty [of loyalty] cannot be subjected [...] only to a limited judicial scrutiny [...]*

¹⁶⁸ IBIDEM, par. 22

¹⁶⁹ IBIDEM, par. 65: “*The Court reiterates that it is in the first place for the national courts to interpret and apply domestic law [...] however, [...] whilst it is not the Court’s task to substitute its own opinion for that of the domestic courts, it must nonetheless ascertain whether the effects of the domestic court’s findings are compatible with the Conventions*”.

¹⁷⁰ IBIDEM, par. 66

¹⁷¹ IBIDEM, par. 67

¹⁷² IBIDEM, par. 69

*and without properly balancing the interests involved in accordance with the principle of proportionality*¹⁷³". Quindi alla luce di queste parole, secondo la Corte di Strasburgo le corti nazionali non aveva correttamente applicato il controllo di proporzionalità: essa sottolinea la brevità del ragionamento, la scarsità del controllo operato, la mancata considerazione della specifica mansione svolta per la realizzazione della tendenza nonché la mancata considerazione di tutti gli interessi coinvolti secondo quanto richiesto dal principio di proporzionalità.

A suffragio di questa impostazione, la Corte EDU richiama - tra l'altro solo in questo dei tre ricorsi tedeschi ricevuti - anche una nota della Commissione Europea, diretta alla Germania, per l'errata trasposizione della Direttiva 2000/78/CE.

La direttiva 2000/78/CE dell'Unione Europea stabilisce un quadro generale di parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro, vietando la discriminazione del lavoratore per motivi di fede religiosa, convinzioni personali, disabilità, età e orientamento sessuale. Essa prende in esame anche l'ipotesi del lavoro nelle organizzazioni di tendenza; nel caso di attività professionali di chiese o di altre organizzazioni pubbliche o private la cui etica è fondata sulla religione o convinzioni personali, la direttiva consente differenze di trattamento basate sulla religione o sulle convinzioni personali purché queste siano considerate un requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa¹⁷⁴. Inoltre, anche ai sensi della Direttiva, tali soggetti possono richiedere alle persone alle loro dipendenze un atteggiamento di *buona fede e lealtà* nei confronti dell'etica dell'organizzazione¹⁷⁵. Nel gennaio 2008, la Commissione Europea aveva inviato una lettera formale alla Repubblica tedesca concernente la trasposizione della direttiva

¹⁷³ IBIDEM, par. 69

¹⁷⁴ È però richiesto che tale disciplina sia prevista da una legislazione già vigente negli stati alla data d'adozione della direttiva o che già esistente una prassi nazionali in tal senso alla data d'adozione della direttiva.

¹⁷⁵ Direttiva 2000/78/CE, Art 4.2: "[...] *this Directive shall thus not prejudice the right of Churches and other public or private organisations, the ethos of which is based on religion or belief, acting in conformity with national constitutions and laws, to require individuals working for them to act in good faith and with loyalty to the organisation's ethos*".

nel diritto interno, facendo notare che mentre la direttiva acconsentiva ad una differenza di trattamento solo se la religione o le convinzioni avessero costituito un genuino, giustificato e legittimo requisito professionale, tenuto conto dell'etica dell'organizzazione, l'articolo 9 (1) del *General Equal Treatment Act*¹⁷⁶ - con cui il legislatore tedesco aveva trasposto la direttiva nel diritto interno - prevedeva la possibilità di trattamento differenziato quando la religione o le convinzioni avessero costituito - semplicemente - un requisito professionale, sulla base del diritto di autonomia e auto-organizzazione del gruppo religioso, senza avere riguardo alla natura dell'attività. Secondo la Commissione dell'Unione Europea questa differenza non era coperta dai termini della direttiva e tale trasposizione non soddisfaceva gli obiettivi della stessa perché consentiva all'organizzazione religiosa di definire il requisito professionale considerando solamente il proprio diritto di autonomia, senza che tale requisito subisse un controllo di proporzionalità alla luce dell'effettiva attività svolta¹⁷⁷. Sembra quindi che attraverso il richiamo alla nota della Commissione Europea, la Corte di Strasburgo volesse sottolineare il mancato o inadeguato utilizzo del principio di proporzionalità da parte delle autorità nazionali complessivamente considerate.

Seppur non chiaramente esplicitato come nella giurisprudenza sulla libertà religiosa individuale, i tre ricorsi tedeschi sono riprova del fatto che la Corte Europea tenga in notevole considerazione l'operato delle autorità nazionali, *in primis* le corti, per riscontrare o meno una violazione della Convenzione, assumendo di conseguenza un ruolo più o meno deferente. Nel caso *Schüth*, unico in cui si discosta dal ragionamento condotto a livello nazionale, la Corte di Strasburgo ha sottolineato più volte l'inadeguatezza del controllo sostanziale operato dalle corti, oltretutto aggravato a monte dall'errata trasposizione della direttiva anti-discriminazione. È nel controllo della corretta assunzione ed applicazione da parte delle autorità nazionali

¹⁷⁶ 14 Agosto 2006, Gesetz zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung – Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz.

¹⁷⁷ Caso *Schüth v. Germania*, ricorso n. 1620/03, 2010, par. 42

dei principi sviluppati dalla giurisprudenza di Strasburgo e nella considerazione degli interessi di tutte le parti coinvolte alla luce del principio di proporzionalità che si ravvisano i tratti del metodo di controllo procedurale cui si è avvicinata la Corte negli ultimi anni.

8.3. La tutela delle organizzazioni di tendenza: il caso spagnolo Fernandez Martinez

Nel 2014 la Corte è intervenuta ulteriormente in un caso di licenziamento ideologico in un'organizzazione di tendenza. Essa, come vedremo, torna ad allinearsi alla soluzione nazionale che stavolta aveva fatto espresso e chiaro uso del principio di proporzionalità; ci si riferisce al ricorso *Fernandez Martinez v. Spagna*¹⁷⁸. Il caso riguardava un insegnante di religione il cui contratto di docenza in una scuola statale non era stato rinnovato dopo che si era reso noto il suo status di "prete sposato" nonché la sua partecipazione ad un movimento promotore di idee diverse dal magistero cattolico in tema di aborto, omosessuali ecc.. Il contratto non era più stato rinnovato perché era venuta meno l'approvazione dell'autorità religiosa, che in Spagna, come in altri paesi europei, ha un co-ruolo nella scelta degli insegnanti di religione nelle scuole pubbliche.

Il ricorrente lamentava una violazione del suo diritto alla vita privata e familiare ex art. 8 CEDU. Anche in questo caso la Corte di Strasburgo ritiene che, alla luce della protezione offerta dalla Convenzione, fosse necessario un bilanciamento tra il diritto individuale ex art. 8 e il diritto all'autonomia della confessione religiosa e la Corte "accetta che lo Stato [nel fare ciò] goda di un ampio margine di apprezzamento"¹⁷⁹. Di nuovo reputa tale margine particolarmente ampio non solo perché si tratta di bilanciare tra loro diritti egualmente garantiti dalla Convenzione, ma anche perché il

¹⁷⁸ Caso *Fernandez Martinez v. Spagna*, ricorso n. 56030/07, 2014

¹⁷⁹ IBIDEM, par. 123

caso riguardava ancora una volta la relazione tra Stato e Chiesa, settore in cui all'organo decisionale nazionale deve essere data speciale importanza¹⁸⁰.

Il mancato rinnovo del contratto viene ritenuto da Strasburgo una misura proporzionata all'obiettivo di tutelare il diritto della confessione religiosa di servirsi di insegnanti con delle idee conformi all'ideologia dell'organizzazione. Di nuovo Strasburgo fa riferimento alla natura delle mansioni: dal punto di vista degli interessi della Chiesa nel sostenere la coerenza dei suoi precetti, l'insegnamento della religione cattolica per gli adolescenti può essere considerata una funzione cruciale che richiede una fedeltà speciale¹⁸¹. Dunque, *"it is not unreasonable for a church or religious community to expect particular loyalty of religious education teachers in so far as they may be regarded as its representatives. The existence of a discrepancy between the ideas that have to be taught and the teacher's personal beliefs may raise an issue of credibility if the teacher actively and publicly campaigns against the ideas in question"*¹⁸².

Come nei precedenti, anche in questa occasione la Corte presta particolare attenzione alla tutela accordata dalle Corti nazionali e di fatto si conforma al ragionamento operato dalla Corte costituzionale spagnola che aveva fatto largo uso del principio di proporzionalità; secondo la Corte Costituzionale il caso richiedeva un bilanciamento tra diritti fondamentali: la libertà religiosa della Chiesa e la libertà di espressione e di religione individuale. Infatti si legge *"no rights, not even fundamental rights, are absolute or unlimited. In some instances the provision of the Constitution recognizing a right expressly limits that rights; in other cases, the limitation stems from the need to preserve other constitutional rights or values which warrant protection. [...] In any case, the limitations imposed may not impede the exercise of the fundamental rights in question to an*

¹⁸⁰ IBIDEM, par. 130; *"[w]here questions concerning the relationship between State and religions on which opinion in a democratic society may reasonably differ widely, are at stake, the role of the national decision-making body must be given special importance (see Leyla Şahin, cited above, § 109). This will be the case in particular where practice in European States is characterised by a wide variety of constitutional models governing relations between the State and religious denominations"*.

¹⁸¹ IBIDEM, par. 135

¹⁸² IBIDEM, par. 137

*unreasonable degree*¹⁸³. Nel caso di specie, l'interferenza con la libertà religiosa e la libertà di espressione del ricorrente, determinate dal mancato rinnovo del contratto, non viene ritenuta né sproporzionata né incostituzionale, poiché giustificata dal legittimo esercizio della Chiesa Cattolica della sua libertà religiosa collettiva. *"The reasons determining the decision not to propose the appellant as a teacher of Catholic religion and ethics were of an exclusively religious nature, related to the rules of the faith to which he freely adheres and whose beliefs he sought to teach in a public educational establishment"*¹⁸⁴. La relazione che lega un insegnante di religione alla Chiesa è speciale: non si tratta solamente di impartire un certo insegnamento ma di far conoscere la fede stessa; questo richiede che la persona che diffonde una certa fede religiosa debba allo stesso modo professarla¹⁸⁵. Rispetto al caso *Schüth*, l'atteggiamento della Corte di Strasburgo di fronte al ragionamento condotto dalle corti nazionali è totalmente differente; *"the Court finds that the domestic courts took into account all the relevant factors and [...] weighed up the interests at stake in detail and in depth [...] within the limits imposed on them by the necessary respect for the autonomy of the Catholic Church [...]"*¹⁸⁶. Le conclusioni cui sono giunte le corti nazionali non appaiono dunque irragionevoli.

9. Conclusioni

Dall'analisi di tutti questi casi si possono trarre alcune considerazioni; fermo restando il margine di apprezzamento, la diversità degli approcci a livello nazionale per ciò che concerne la fattispecie religiosa in tutte le sue sfaccettature e la rilevanza della sussidiarietà, hanno condotto la Corte europea a delineare un criterio in base al quale rafforzare l'atteggiamento di *deference*. La Corte europea assume un approccio di *self-restraint* quando si ritiene soddisfatta dell'operato del livello nazionale guardando sia alla qualità della discussione parlamentare e sociale sia alla pregnanza e completezza dei ragionamenti delle corti nazionali sia considerando il sistema

¹⁸³ IBIDEM, par. 43

¹⁸⁴ IDEM, par. 43

¹⁸⁵ IBIDEM, par. 44

¹⁸⁶ IBIDEM, par. 151

giuridico nel suo insieme. Questo ha prodotto di fatto una trasformazione nel controllo svolto dalla Corte Europea: di fronte ad una presunta violazione di un diritto essa non opera più un controllo sulla sostanza della limitazione, vagliandone ragionevolezza, proporzionalità ed adeguatezza, ma rimanda questo compito al livello nazionale e si limita a constatare le modalità con cui tale controllo sulla sostanza è stato svolto. Se ritiene che le autorità nazionali abbiano svolto correttamente il loro ruolo di protezione dei diritti fondamentali allora la Corte fa un passo indietro e le autorità nazionali non avranno oltrepassato il margine di apprezzamento a loro disposizione. In tutto ciò, la penetrazione nel sistema giuridico del principio di proporzionalità e il suo utilizzo da parte delle Corti nazionali sembrano svolgere un ruolo determinante.

Nei successivi capitoli si passerà al versante americano e alla tutela approntata dalla Corte Suprema degli Stati Uniti alla libertà religiosa individuale. Come si vedrà, anche la Corte Suprema è stata a lungo interrogata sull'esistenza di una garanzia costituzionale all'accomodamento ragionevole per motivi religiosi e anch'essa ha sviluppato a tal proposito un atteggiamento di *self-restraint*. Sarà interessante valutare se tale approccio si allinei o meno alle caratteristiche dell'impostazione della Corte di Strasburgo.

PARTE SECONDA

CAPITOLO QUARTO

LA TUTELA DELLA LIBERTÀ RELIGIOSA NEL PRIMO EMENDAMENTO DELLA COSTITUZIONE AMERICANA

Nell'ordinamento statunitense si fa spesso riferimento alla libertà religiosa come alla "*first freedom*" per un vario ordine di ragioni. Taluni ritengono che libertà religiosa sia la prima tra le libertà perché la religione stessa è l'aspetto più importante della vita umana in quanto coinvolge l'uomo in una relazione con qualcosa di trascendentale. Thomas Jefferson aveva definito la libertà religiosa come "il più inalienabile e sacro di tutti i diritti umani"¹. James Madison, considerato insieme a Jefferson uno dei padri fondatori della Costituzione, ne parlava come di un diritto inalienabile tale da implicare un dovere verso il Creatore precedente alle pretese della società civile². Tutto ciò che attiene alla sfera religiosa godrebbe di una sorta di priorità; "*religious goods are more valuable or more important than most or perhaps all other human goods*"³. Per altri la libertà religiosa è cronologicamente la prima libertà che le società occidentali hanno riconosciuto essere un diritto umano universale⁴. Ancora, è *the first freedom* poiché è la prima ad essere menzionata e garantita nel *Bill of Rights* della Costituzione americana⁵. La prima parte del *First Amendment*⁶ infatti recita: "*Congress*

¹ SMITH S. D., *The Rise and Fall of Religious Freedom in Constitutional Discourse*, in *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 140, 1991, pag. 153

² MADISON J., *Memorial and Remonstrance Against Religious Assessments*, 1785. "*It is unalienable also, because what is here a right towards men, is a duty towards the Creator. It is the duty of every man to render to the Creator such homage and such only as he believes to be acceptable to him. This duty is precedent, both in order of time and in degree of obligation, to the claims of Civil Society. Before any man can be considered as a member of Civil Society, he must be considered as a subject of the Governor of the Universe: And if a member of Civil Society, who enters into any subordinate Association, must always do it with a reservation of his duty to the General Authority; much more must every man who becomes a member of any particular Civil Society, do it with a saving of his allegiance to the Universal Sovereign*".

³ SMITH S. D., *The Rise and Fall of Religious Freedom...cit. nota 1*, pag. 154

⁴ WEST E. M., *The Religion Clauses of the First Amendment: Guarantees of States' Rights?*, Lexington Book, Lanham, Maryland, 2011, pag. 1

⁵ In realtà ciò che oggi noi leggiamo come Primo Emendamento era stato presentato agli stati come terzo, e probabilmente tale sarebbe ancora se gli stati avessero ratificato gli emendamenti precedenti; si veda a tal proposito MCCONNELL M. W., *Why is religious liberty the First Freedom?*, in *Cardozo Law Review*, Vol. 21, 1999/2000, pag. 1241

shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof [...]". Si usa parlare a tal proposito di *Establishment Clause* e di *Free Exercise Clause*, che insieme vanno a costituire le "*twin religious liberty guarantees of the First Amendment*"⁷.

"La *Free Exercise Clause* – "*Congress shall make no law [...] prohibiting the free exercise [of religion]*" - vieta al governo di proibire l'esercizio della religione, bandisce quelle azioni che impongano oneri eccessivi alla coscienza, che limitino indebitamente l'azione e l'espressione religiosa, che discriminino intenzionalmente la religione o invadano l'autonomia delle chiese e di altri organismi religiosi. L'*Establishment Clause* - "*Congress shall make no law respecting an establishment of religion*" -, a sua volta, vieta al governo di imporre una religione attraverso azioni che costringano la coscienza, che coartino forme di azione e di espressione religiosa, che discriminino intenzionalmente a favore della religione o che uniscano impropriamente lo stato con chiese o altri enti religiosi"⁸. Per riassumere, alla luce del Primo Emendamento i cittadini statunitensi dovrebbero poter esercitare liberamente la propria fede religiosa, e il governo non dovrebbe imporre alcuna religione; sono questi i principi fondamentali della democrazia americana⁹. Nonostante i principi stessi ricevano ampio consenso, vi è disaccordo su cosa significhino e su come si applichino in concreto.

1. Una problematica: "the burden versus benefit issue"

Come noto, nel corso della storia le minoranze religiose sono state ripetutamente oggetto di violente persecuzioni: le autorità pubbliche erano solite imporre sanzioni

⁶ Costituzione Americana, Primo Emendamento, Libertà di espressione e religione: "*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances*".

⁷ WITTE J., NICHOLS J. A., *Religion and the American Constitutional Experiment*, Westview Press, 2010, pag. XXIII

⁸ IDEM, pag. XXIII

⁹ GREENAWALT K., *Religion and the Constitution Free Exercise and Fairness*, Princeton University Press, Princeton, versione e-book, 2006, pag. 1

od ostacoli ai dissidenti religiosi perché non accettavano di sottostare ai dettami della fede maggioritaria. Tuttavia, nelle democrazie moderne, sono relativamente pochi i casi di leggi che colpiscono apertamente la religione, oppure discriminano palesemente una fede in favore di un'altra convinzione religiosa¹⁰. Molto più numerosi sono invece quelli in cui i legislatori adottano delle leggi la cui applicazione appare incontestabile nella maggior parte dei casi, ma che in un certo modo toccano la sfera religiosa di un individuo; la questione cruciale diventa allora determinare se i legislatori o le corti dovrebbero creare delle eccezioni speciali che si basano direttamente sulle convinzioni religiose di una persona¹¹. Il dibattito più centrale sulle *modern Free Exercise laws* riguarda sicuramente la questione delle esenzioni da leggi di applicazione generale.

Nel sistema statunitense la questione è particolarmente problematica perché risente di una certa tensione che vige tra le due clausole del Primo Emendamento; infatti se la *Free Exercise Clause* in certo modo pare spingere verso una protezione sempre maggiore dei sentimenti religiosi della persona, il tentativo di mantenere una certa linearità con la *Establishment Clause* potrebbe creare una tensione tra le due clausole, che potremmo definire come un "*burden-versus-benefit issue*"; se da un lato, la *Free Exercise Clause* proibisce al governo di imporre alla religione "*impermissible burdens*", dall'altro la *Establishment Clause* vieta al governo di avvantaggiare la religione attraverso il conferimento di "*impermissible benefit*"¹². V'è chi fa l'esempio di una legge che criminalizza l'uso del Peyote, un allucinogeno, ma ne consente l'uso religioso attraverso un'esenzione; posto che l'allucinogeno è comunemente usato dai

¹⁰ Un raro esempio è costituito dal caso *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. Hialeah* [508 U.S. 520 (1993)] deciso agli inizi degli anni Novanta dalla Corte Suprema statunitense; le autorità locali della città di Hialeah nello stato della Florida avevano adottato un'ordinanza per vietare il sacrificio di animali, che non fossero destinati al consumo alimentare, durante riti, cerimonie pubbliche o private. Secondo la Corte Suprema, l'ordinanza era apertamente discriminatoria contro la Chiesa di Santeria, che pratica il sacrificio animale per scopi rituali; l'ordinanza non poteva definirsi generale e neutra poiché l'obiettivo dichiarato era quello di impedire la controversa tradizione dell'immolazione di animali da parte dei seguaci di tale fede.

¹¹ GREENAWALT K., *Religion and the Constitution...cit. nota 9*, pag. 2

¹² CONKLE D. O., *Constitutional Law: The Religion Clauses*, Foundation Press, New York, 2009, pag. 51

Nativi Americani durante le cerimonie religiose, l'esenzione rimuove ciò che potrebbe essere interpretato come un *"legal burden on religion"* e quindi potrebbe essere considerata non solo conforme ma anche auspicata dal fine della *Free Exercise Clause*; tuttavia l'esenzione da una legge generale potrebbe essere intesa come il conferimento di un certo vantaggio alla religione in generale o alla particolare religione dei Nativi Americani; potrebbe sollevare quindi delle problematiche secondo la *Establishment Clause*¹³.

2. Un'interpretazione problematica: il ricorso all'*original understanding*

Non è un compito facile determinare come questa tensione possa essere sciolta. La terminologia usata dalle *Religion Clauses* è particolarmente vaga e generica, rendendo difficile coglierne il preciso significato. Un'opera di interpretazione da parte della Corte Suprema si è resa quindi necessaria e la Corte Suprema si è affidata come non mai all'uso della storia per determinare quale potesse essere *l'original understanding* delle *Religion Clauses*. Justice Wiley Rudledge in *Everson v. Board of Education*¹⁴ osserva: *"no provision of the Constitution is more closely tied to or given content by its generating history than the religious clause of the first Amendment. It is at once the refined product and the terse summation of that history"*¹⁵.

Del resto, l'attuazione dei valori costituzionali da parte della Corte Suprema è controversa; si pone spesso volte enfasi sul fatto che si sta consentendo ad una corte non eletta di scavalcare quelle decisioni assunte a maggioranza dai rappresentanti del popolo, scelti democraticamente. La Corte, forse volendo proteggersi dall'accusa di *judicial activism*, si sforza di farsi portavoce dell'*original understanding* delle disposizioni costituzionali. In tal modo essa cerca una sorta di *original justification* per il suo processo decisorio; proteggere i valori originari, seppur in certi casi confliggenti con i principi contemporanei, significa proteggere quei valori che in un

¹³ In tal senso, IDEM, pag. 51

¹⁴ Caso *Everson v. Board of Education*, 330 U.S. 1, 1947

¹⁵ IBIDEM, par. 33

dato momento storico sono entrati in Costituzione attraverso il processo maggioritario. Secondo i giudici della Corte Suprema fare riferimento all'*original understanding* significa in primo luogo richiamare le "*collective intentions of the framers and ratifiers of the relevant constitutional provision*"¹⁶. Il richiamo al fattore storico per determinare *l'original understanding* è assiduo; tuttavia, spesse volte tale rinvio viene fatto ai medesimi fatti o alle medesime fonti per giungere a risultati del tutto contrastanti, impedendo quindi di ravvisare una certa coerenza nella giurisprudenza costituzionale. Ad esempio nel caso *City of Bourne v. Flores*¹⁷, Justice Scalia, negando che *l'original meaning* prevedesse un diritto ad essere esentati per motivi religiosi da leggi generali e non discriminatorie, richiama la concezione pre-costituzionale presente in vari stati e le visioni di Jefferson e Madison. Ma Justice O'Connor richiama la medesima storia pre-costituzionale, in particolare quella della Virginia e le parole di Jefferson e Madison, per affermare esattamente il contrario: "*Smith rejection of constitutionally required exemption [...] dishonored the text and the original understanding of the Free Exercise Clause*"¹⁸.

Anche se il suo richiamo non è a volte coerente, sicuramente la storia che ha condotto a questa particolare conformazione del Primo Emendamento aiuta a caratterizzare un numero di importanti questioni che assumono rilevanza nell'ambito delle clausole di religione. Si farà quindi innanzitutto una breve disamina dei fattori storici che la Corte Suprema ha utilizzato, e ancora utilizza, per determinare *l'original understanding* delle due clausole sulla religione.

2.1. Le Costituzioni nazionali prima dell'avvento della Costituzione federale

La guida più significativa per determinare il significato delle *Religion Clauses* sono forse le costituzioni dei vari stati adottate dopo la guerra di indipendenza e prima dell'assunzione del *Bill of Rights*. Tra il 1776 e 1780 tutti gli stati, tranne Rhode Island

¹⁶ CONKLE D. O., *Constitutional Law: The Religion Clauses...cit. nota 12*, pag. 17

¹⁷ Caso *City of Bourne v. Flores*, 521 U.S. 507, 1997

¹⁸ IBIDEM, par. 548-65

e Connecticut, adottarono delle costituzioni che prevedevano garanzie alla libertà religiosa. La *Virginia Declaration of Rights* del 1776, che sarà modello per le altre carte costituzionali, garantiva libertà di coscienza e il libero esercizio della religione; l'art XVI, redatto principalmente da George Mason e James Madison, recitava: "la religione, o il dovere che noi dobbiamo al nostro Creatore, e il modo di adempierlo possono essere guidati solamente da ragione e convinzione, non da forza o da violenza; e perciò tutti gli uomini hanno eguale diritto al libero esercizio della religione secondo i dettami di coscienza; ed è dovere reciproco di tutti praticare l'indulgenza Cristiana, l'amore, e la carità verso l'un l'altro"¹⁹.

Altri esempi daranno conto di quanto l'idea di proteggere la libertà religiosa fosse profondamente radicata nel *founding period*. La costituzione della Pennsylvania proibiva la partecipazione forzata e il sostegno obbligatorio al culto e prevedeva che tutti gli uomini avessero un naturale e inalienabile diritto a lodare Dio Onnipotente secondo i dettami della propria coscienza. Anche la costituzione del New Jersey del 1776, oltre a riconoscere il diritto di credere secondo coscienza, impediva qualsiasi forma di sostegno obbligato alla Chiesa; inoltre vietava l'*establishment* di qualsiasi denominazione religiosa in preferenza rispetto ad un'altra nel territorio dello stato²⁰. La carta di New York garantiva la libera professione del culto, senza discriminazioni o preferenze, a condizione che la libertà di coscienza concessa non fosse interpretata in modo tale da scusare atti licenziosi o incompatibili con la pace e la sicurezza dello stato²¹. Lo stato del Maryland aveva concesso la libertà religiosa ai soli cristiani; il

¹⁹ Costituzione Virginia, 1776

²⁰ Costituzione New Jersey, 1776; XVIII: "*That no person shall ever, within this Colony, be deprived of the inestimable privilege of worshipping Almighty God in a manner, agreeable to the dictates of his own conscience; nor, under any presence whatever, be compelled to attend any place of worship, contrary to his own faith and judgment; nor shall any person, within this Colony, ever be obliged to pay tithes, taxes, or any other rates, for the purpose of building or repairing any other church or churches, place or places of worship, or for the maintenance of any minister or ministry, contrary to what he believes to be right, or has deliberately or voluntarily engaged himself to perform*". XIX: "*That there shall be no establishment of any one religious sect in this Province, in preference to another; and that no Protestant inhabitant of this Colony shall be denied the enjoyment of any civil right, merely on account of his religious principles [...]*".

²¹ Costituzione di New York, 1777, XXXVIII: "*[...] that the free exercise and enjoyment of religious profession and worship, without discrimination or preference, shall forever hereafter be allowed, within this State, to all*

South Carolina aveva istituzionalizzato la religione cristiana protestante ma nella costituzione del 1790 garantiva ampiamente la libertà religiosa. Anche se vi erano dunque differenti concezioni, soprattutto riguardo l'*establishment*²², tutti gli stati in misura maggiore o minore abbracciavano l'idea della libertà religiosa.

2.2. La vicenda della Virginia

L'episodio storico che ha influenzato maggiormente l'interpretazione che la Corte Suprema ha dato delle *Religion Clauses* risale all'esperienza della Virginia. Prima e successivamente all'adozione della Carta del 1776, lo stato della Virginia aveva vissuto un ampio dibattito contro qualsiasi forma di supporto forzoso della chiesa da parte dei cittadini. Nel 1784 il corpo legislativo dello stato stava considerando una proposta di Patrick Henry, il "*Bill Establishing a Provision for Teachers of the Christian Religion*", chiamato comunemente *Assessment Bill*, che avrebbe richiesto ai cittadini di pagare annualmente un modesto importo a sostegno della religione cristiana²³. Fu in questa occasione che James Madison scrisse il suo *Memorial and Remonstrance Against Religious Assessments*, cui fa riferimento in moltissimi casi la Corte Suprema come emblematico dell'*original understanding* delle *Religion Clauses*; in esso Madison dichiarava con vigore che "una vera religione non ha bisogno del sostegno del diritto, che nessuna persona, credente o non credente che sia, dovrebbe essere tassata per sostenere un'istituzione religiosa di qualsiasi tipo, che l'interesse di una società richiede che le menti degli uomini siano sempre del tutto libere, e che le crudeli persecuzioni non erano che il risultato inevitabile delle religioni istituzionalizzate dal governo"²⁴. "[...] *The same authority which can force a citizen to contribute three pence only*

mankind: Provided, That the liberty of conscience, hereby granted, shall not be so construed as to excuse acts of licentiousness, or justify practices inconsistent with the peace or safety of this State".

²² Sette degli originari tredici stati prevedevano un "*religious establishment*" quando fu redatto il Primo Emendamento nel 1789: Massachusetts, Connecticut, New Hampshire, Georgia, South Carolina, North Carolina e Maryland.

²³ ADAMS A. M., EMMERICH C. J., *A Nation Dedicated to Religious Liberty: The Constitutional Heritage of the Religion Clauses*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1990, pag. 11-12

²⁴ Justice Black in *Everson v. Board of Education*, 330 U.S 1, 1947, pag. 12

of his property for the support of any one establishment, may force him to conform to any other establishment in all cases whatsoever"²⁵. L'Assessment Bill non solo non fu mai approvato ma la Virginia adottò il *Jefferson's Bill for Establishing Religious Freedom* in cui si pose fine ad ogni intromissione della forza statale nelle questioni religiose; vi si affermava infatti: "nessun uomo sarà costretto a frequentare o sostenere alcun culto religioso, luogo o ministero, né sarà forzato, trattenuto, importunato od oppresso nel suo corpo o nei suoi beni, né soffrirà altrimenti per conto delle sue opinioni religiose o credenze; ma tutti gli uomini saranno liberi di professare e mantenere la loro opinione nelle questioni di religione e le stesse non potranno in nessuno modo diminuire, ampliare, o colpire le loro capacità civili"²⁶.

2.3. La Costituzione Federale del 1787

Nella Costituzione federale del 1787, con cui le tredici ex colonie americane diedero vita alla Repubblica federale degli Stati Uniti, non vi è alcun riferimento alla libertà religiosa, né a quale dovesse essere il rapporto più appropriato dello stato con la chiesa. Questa assenza va tuttavia colta nel contesto politico; la libertà religiosa e la religione in genere erano comunemente intese come questioni di normale competenza degli Stati e non del governo federale²⁷. L'unico articolo della Costituzione in cui si accenna esplicitamente alla religione è l'articolo VI che vieta il ricorso a test religiosi o dichiarazioni di fede come condizioni per assumere un pubblico ufficio²⁸. Le autorità civili nella tradizione anglo-americana avevano da sempre utilizzato questo strumento per identificare i dissenzienti religiosi ed escluderli dalla scena politica; quindi questa previsione, seppur sola, è stata ritenuta

²⁵ MADISON J., Memorial and Remonstrance ...*cit. nota 2*, 1785

²⁶ JEFFERSON T., *A Bill for Establishing Religious Freedom*, 1785

²⁷ WITTE J., NICHOLS J. A., *Religion and the American...**cit. nota 7*, pag. 76

²⁸ Costituzione Americana, Art. VI: "[...] I Senatori e i Rappresentanti sopra menzionati, e i membri dei diversi Legislativi statali, e tutti i funzionari amministrativi e giudiziari sia degli Stati Uniti sia dei diversi Stati, saranno tenuti per giuramento o per solenne affermazione a sostenere questa Costituzione; ma nessuna prova di fede religiosa potrà essere richiesta come requisito per qualsiasi ufficio o incarico pubblico alle dipendenze degli Stati Uniti".

un significativo traguardo. *“The ban (is) one of the strongest proofs that could be adduced that it was the intention of those informed this system to establish a general religious liberty in America”*²⁹.

2.4. Il Bill Of Rights e il Primo Emendamento

Nel settembre del 1787 la Convenzione costituzionale finì di stilare la proposta di Costituzione da sottoporre alla ratifica degli stati secondo quanto previsto dall'articolo VII³⁰. Nei dibattiti all'interno dei vari Stati, l'assenza di una carta di diritti che fosse in grado di proteggere cittadini e stati dal nuovo governo federale ed in particolare la mancanza di una garanzia di libertà religiosa, furono un punto di accesa controversia. Nonostante le assicurazioni dei federalisti³¹ che il nuovo Congresso non avrebbe avuto alcun potere sulla religione - che non era tra i poteri enumerati di cui era titolare il governo federale - solo quattro stati ratificarono la Costituzione senza un *federal bill of rights*; i rimanenti ratificarono la Costituzione solo a condizione che il primo Congresso provvedesse ad emendarla introducendo una carta dei diritti.

All'apertura dunque del primo Congresso spettò a James Madison farsi portavoce delle istanze statali a favore della libertà religiosa che egli concentrò in due clausole: *“the civil rights of none shall be abridged on account of religious belief or worship, nor shall any national religion be established, nor shall the full and equal rights of conscience be in any manner, or any pretext infringed. No state shall violate the equal rights of conscience, or the*

²⁹ ADAMS A. M., EMMERICH C. J., *A Nation Dedicated to Religious Liberty...cit.* nota 23, pag. 16, riportando le parole di James Iredell;

³⁰ Costituzione Americana, Art. VII *“La ratifica da parte delle Convenzioni di nove Stati sarà sufficiente a far entrare in vigore questa Costituzione negli Stati che l'abbiano così ratificata”*.

³¹ WITTE J., NICHOLS J. A., *Religion and the American...cit.* nota 7, pag. 77; l'autore riporta le opinioni di James Madison - *“[t]here is not a shadow of a right in the general government to intermeddle with religion. Its least interference with it, would be a most flagrant usurpation”*- e James Iredell che parlando a proposito del governo federale afferma: *“[...] certainly have no authority to interfere in the establishment of any religion whatsoever, and I am astonished that any gentleman should conceive that”*.

freedom of the press, or the trial by jury in criminal cases"³². Nei vari passaggi tra la Camera dei Rappresentanti e il Senato, il testo dell'emendamento cambierà notevolmente e avrà più successo la formula proposta da Samuel Livemore: "*Congress shall make no laws touching religion, or to infringe the rights of conscience*". Anche se gli archivi storici ci dicono quale formulazione è stata proposta e votata nelle varie fasi, il resoconto delle deliberazioni è scarso; per la maggior parte non ci è dato sapere se i membri del Congresso rifiutarono una data formulazione perché non ne dividevano il contenuto oppure semplicemente perché in definitiva risultava ridondante. V'è chi ritiene che lo scarso dibattito, che sembra aver circondato l'adozione delle due disposizioni, non sia altro che la conseguenza del motivo per cui esse sono state richieste: "poiché le clausole sulla religione sono state principalmente adottate per assicurare gli Stati che il governo federale non li avrebbe privati delle loro prerogative per quanto riguarda la religione, e nessuno pensava molto a che legge il Congresso avrebbe potuto adottare [...], non c'è da stupirsi che l'implicazione dell'utilizzo di una certa formula costituzionale sia stata oggetto di poca considerazione"³³.

3. L'interpretazione delle *Religion Clauses*

Si affronta ora la disamina di alcuni principi che emergono dalle *Religion Clauses* e l'interpretazione che di essi ha dato la Corte Suprema. Essi sono interessanti per comprendere l'approccio seguito dalla Corte nella questione delle *religious accommodations*.

3.1. *Le Religion Clauses come Federalist Provisions*

Secondo l'interpretazione c.d. federalista, i padri fondatori quando ratificarono il Primo Emendamento non avevano intenzione di affermare alcun principio generale

³² Riportando le parole di Madison; si veda WEST E. M., *The Religion Clauses of the First Amendment...cit. nota 4*, pag. 90

³³ GREENAWALT K., *Religion and the Constitution...cit. nota 9*, pag. 23

di libertà religiosa sostanziale ma le due clausole sulla religione erano solo una affermazione dei diritti degli Stati; *“the religion clauses have nothing of substance to say on question of religious freedom. The original meaning supplies us neither with concrete answers to particular legal questions nor with any general principle, norm, value, or theory that might serve as a basis for working out such answers”*³⁴.

I padri fondatori, influenzati dalle idee politiche di Locke e Montesquieu, credevano che l'accumulazione di tutti i poteri nelle medesime mani fosse la vera essenza della tirannia. Per questo crearono un governo tripartito; un livello federale con pochi poteri e delegati, e tutto il resto riservato a Stati e popolo. Il *Bill of Rights* circoscrive esplicitamente i poteri del Congresso nelle questioni religiose³⁵. Anche se molti *framers* pensavano che un'espressa limitazione dei poteri del Congresso in quest'ambito non fosse assolutamente necessaria - ed anzi fosse pericolosa perché avrebbe suggerito che il governo federale altrimenti possedeva quella autorità- tutti sembravano concordare che la regolamentazione delle vertenze religiose dovesse essere lasciata, in via primaria se non esclusiva agli stati³⁶; *“the power to prescribe any religious exercise, or to assume authority in religious discipline rested not with the federal government, but with the states, as far it [could] be in any human authority”*³⁷. Secondo la teoria federalista, era naturale che i Padri Fondatori avessero le loro idee sulla libertà di religione, sul rapporto della Chiesa e dello Stato, ma essi non codificarono queste loro visioni nel *Bill of Rights*; quindi *“nessuna teoria della libertà religiosa [...] si può trarre dal testo o dalla storia del Primo Emendamento; queste questioni sono state deliberatamente rimesse agli stati; l'importanza principale del [...] Primo Emendamento [...] è la sua chiara demarcazione della legittima giurisdizione dei*

³⁴ WEST E. M., *The Religion Clauses of the First Amendment...cit. nota 4*, pag. 2. Si veda anche SMITH S., *Foreordained Failure: The Quest for a Constitutional Principle of Religious Freedom*, Oxford University Press, New York, 1995

³⁵ ADAMS A. M., EMMERICH C. J., *A Nation Dedicated to Religious Liberty...cit. nota 23*, pag. 43

³⁶ IBIDEM, pag. 46

³⁷ IBIDEM, pag. 45; si veda anche: Letter from Thomas Jefferson to the Rev. Millar, 1808

governi federali e statali sulle questioni religiose”³⁸. I sostenitori di questa impostazione fanno notare che i *framers* e i primi americani in generale avevano delle visioni così differenti rispetto al contenuto del principio di libertà religiosa che non avrebbero potuto concordare sul significato di una disposizione costituzionale volta a proteggerlo; “*the only consensus among the Framers of the First Amendment about the appropriate relationship between church and state was to allow the states to decide the issue themselves*”³⁹.

Secondo questo orientamento, le *Religion Clauses* avrebbero dunque un contenuto primariamente federalista, poiché come le altre disposizioni del *Bill of Rights* limitano il governo federale e non gli stati. Questo è reso esplicito dalla terminologia utilizzata che si riferisce direttamente e solo al Congresso. Inoltre sarebbe provato anche dal generale scarso dibattito che aveva circondato la redazione delle due clausole, e in particolare della *Establishment Clause*. “Il fatto che [...] non generarono tale dibattito, può essere spiegato solamente con la premessa che gli *enactors* credevano che non stavano rispondendo alla difficile questione chiesa-stato ma stavano soltanto rinviando quella domanda a qualcun altro - lo stato”⁴⁰.

Un’ulteriore argomentazione utilizzata da coloro che propongono questa impostazione riguarda in special modo la *Establishment Clause*. La lettura federalista concorda con il fatto che certi *framers* intesero questa clausola come volta a proteggere gli *state-establishment* esistenti; essa non potrebbe affatto esprimere un valore di “*nonestablishment*” proprio perché al tempo della redazione del Primo Emendamento molti stati avevano a tal proposito visioni assolutamente divergenti. La politica di *disestablishment* della Virginia era lontana dall’essere universalmente accettata; solo sette stati, Virginia compresa, l’avevano adottata, mentre i rimanenti

³⁸ WEST E. M., *The Religion Clauses of the First Amendment...cit. nota 4*, pag. 2, pag. 4

³⁹ IBIDEM, pag. 43; si veda anche BARTOLOMUCCI C., *Rethinking the Incorporation of the Establishment Clause: A Federalist View*, in *Harvard Law Review*, 105 (1992), 1705

⁴⁰ IDEM, pag. 43; si veda anche SMITH S., *Foreordained Failure: The Quest for a Constitutional Principle of Religious Freedom*, Oxford University Press, New York, 1995

autorizzavano e mantenevano ancora elementi di *religious establishment*. Probabilmente se il Primo Emendamento fosse stato adottato per affermare questo principio, non sarebbe stato introdotto⁴¹. I padri costituenti tuttavia non ebbero difficoltà a concordare sul fatto che il governo non potesse legiferare sulla questione; *“this purpose honored the disestablishment policies of states like Virginia, but also preserved the establishments that existed elsewhere as a matter of law. The final language of the Establishment Clause – “Congress shall make no law respecting an establishment of religion” seems well-suited not only to preclude congressional establishments, but also to protect the existing state establishments from congressional interference”*⁴².

La Corte Suprema sembra aderire alla lettura federalista nel caso *Permoli vs. Municipality n. 1 di New Orleans*⁴³ del 1845. Il caso riguardava un prete cattolico che era stato sanzionato per aver officiato un funerale secondo la sua fede contravvenendo ad una ordinanza che vietava l'esposizione di corpi o la celebrazione di riti funebri in qualsiasi chiesa cattolica, essendo predisposta all'uopo una speciale cappella municipale. Negando che la condotta del ricorrente fosse protetta dalla *Free Exercise Clause*, la Corte Suprema afferma: *“the Constitution of the United States makes no provision for protecting the citizens of the respective states in their religious liberties; this is left to the States Constitutions and laws: nor is any inhibition imposed by the Constitution of the United States in this respect on the States”*⁴⁴. Il Primo Emendamento vincola solo il governo federale, lasciando liberi di Stati di regolare la fattispecie religiosa come meglio ritengono, ovviamente nel rispetto delle loro Costituzioni nazionali.

La Corte Suprema manterrà questo orientamento fino ai primi anni XX secolo quando iniziò a farsi strada l'idea che il *Bill of Rights*, anche se tecnicamente non vincolante gli stati, fosse una dichiarazione del popolo americano dei propri diritti naturali e fondamentali che gli stati come i giudici federali dovevano rispettare e

⁴¹ CONKLE D. O., *Constitutional Law: The Religion Clauses...cit. nota 12*, pag. 20

⁴² IBIDEM, pag. 17

⁴³ Caso *Permoli v. Municipality n. 1 of the City of New Orleans*, 44 U.S. 589, 1845

⁴⁴ IBIDEM, par. 609

sostenere. La Corte Suprema comincerà dunque a rivedere leggi statali e locali interessanti la religione, rifacendosi ai principi di libertà fondamentale e libertà religiosa intesi inizialmente in senso astratto e successivamente ricondotti al Quattordicesimo Emendamento e alle garanzie di libertà da questo poste nella c.d. *due process clause*;⁴⁵ leggendo la disposizione del Quattordicesimo Emendamento secondo cui “[...] nessuno Stato priverà alcuna persona della vita, della libertà, o della proprietà, senza una procedura legale nella dovuta forma [...]”⁴⁶, la Corte iniziò a bandire certe leggi statali poiché ritenute non conformi alla *due process clause* del Quattordicesimo Emendamento; successivamente la Corte arrivò ad incorporare direttamente le *Religion Clauses* in tale emendamento ed estenderne quindi l’applicazione agli stati. Questo ha notevolmente rimodellato il contesto giuridico che acquista rilievo per le questioni inerenti la libertà religiosa. I seguenti casi daranno conto di questa evoluzione.

Il primo riferimento che la Corte fa al concetto di libertà religiosa come libertà fondamentale risale al caso *Meyer v. Nebraska*⁴⁷ del 1923. Lo Stato del Nebraska, in un’ottica di sfavorire l’immigrazione tedesca, aveva reso obbligatorio l’insegnamento in lingua inglese in tutte le scuole. Certi insegnanti erano stati sanzionati per aver consentito la lettura in tedesco di alcune parti della Bibbia. La Corte Suprema, nell’annullare la condanna, sostiene che la *due process clause* del Quattordicesimo Emendamento protegge, tra gli altri, il diritto del ricorrente di venerare Dio secondo i dettami della propria coscienza⁴⁸. Successivamente, nel caso *Hamilton v. Regents of the*

⁴⁵ WITTE J., NICHOLS J. A., *Religion and the American...cit. nota 7*, pag. 122

⁴⁶ Costituzione Americana, 14 Emendamento: Privileges and Immunities of Citizenship, Due Process, and Equal Protection: 1: “All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws”.

⁴⁷ Caso *Meyer v. State of Nebraska* (No. 325), 262 U.S. 390, 1923

⁴⁸ IBIDEM, par. 400; “While this Court has not attempted to define with exactness the liberty thus guaranteed, the term has received much consideration and some of the included things have been definitely stated. Without doubt, it denotes not merely freedom from bodily restraint, but also the right of the individual to contract, to engage in any of the common occupations of life, to acquire useful knowledge, to marry, establish a home and

*University of California*⁴⁹ del 1934, Justice Butler pronunciando l'opinione di maggioranza, afferma in modo più completo: "there needs be no attempt to enumerate or comprehensively to define what is included in the "liberty" protected by the due process clause. Undoubtedly it does include the right to entertain the beliefs, to adhere to the principles, and to teach the doctrines" della propria fede⁵⁰. Justice Cardozo, nell'opinione concorrente è ancora più esplicito: "I assume for present purposes that the religious liberty protected by the First Amendment against invasion by the nation is protected by the Fourteenth Amendment against invasion by the states"⁵¹. Nel caso *Palko v. Connecticut*⁵² del 1937 la Corte Suprema fa un passo ulteriore nel suo ragionamento; essa afferma che certe disposizioni del *Bill of Rights* potrebbero essere estese, attraverso l'*incorporation* nel Quattordicesimo Emendamento, agli Stati; la *due process clause* infatti protegge "[the] fundamental principles of liberty and justice which lie at the base of all our civil and political institutions", quei diritti fondamentali che sono in qualche modo enucleati nel *Bill of Rights*⁵³. I primi otto emendamenti della Carta dei Diritti che vincolano il governo federale, potrebbero essere quindi intesi limitare anche gli stati. È nel 1940, nel caso *Cantwell v. Connecticut*⁵⁴, che la Corte estende l'applicabilità della *Free Exercise Clause* agli stati. Jesse Cantwell e figlio erano testimoni di Geova e praticavano attività per cercare nuovi adepti in un quartiere a maggioranza cattolica nello Stato del Connecticut. Furono sanzionati per aver violato un'ordinanza locale che imponeva a coloro che volessero fare del proselitismo, per motivi religiosi o caritatevoli, di munirsi in anticipo di un "solicitation certificate". La Corte ritiene che la legge privasse i ricorrenti della loro libertà, senza *due process of law*, in violazione del Quattordicesimo Emendamento: "Il fondamentale concetto di libertà incarnato in

bring up children, to worship God according to the dictates of his own conscience, and generally to enjoy those privileges long recognized at common law as essential to the orderly pursuit of happiness by free men".

⁴⁹Caso *Hamilton v. Regents of University of California*, 293 U.S. 245, 1934

⁵⁰ IBIDEM, par. 263

⁵¹ IBIDEM, par. 266

⁵² *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319, 1937

⁵³ IBIDEM, par. 329

⁵⁴ Caso *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296, 1940

quell'emendamento abbraccia le libertà garantite dal *First Amendment*. Il Primo Emendamento dichiara che è vietato al Congresso di fare alcuna legge per il riconoscimento di qualsiasi religione o per proibirne il libero culto. Il Quattordicesimo Emendamento ha reso i legislatori statali incompetenti, come il Congresso, ad emanare tali leggi"⁵⁵.

Il medesimo destino abbraccerà anche la *Establishment Clause* nel caso *Everson v. Board of Education*⁵⁶ del 1947 in cui la Corte Suprema sostiene una legge del New Jersey che rimborsava i genitori dei costi sostenuti per il trasporto dei figli alla scuola religiosa. Nel confermare la legge, la Corte afferma che la *Establishment Clause* si applica agli stati come al Congresso, attraverso la *due process of law* del Quattordicesimo Emendamento; "[i]l significato e scopo del Primo Emendamento, prevenendo l'*establishment* di una religione o proibendone a riguardo il libero esercizio, alla luce della sua storia e dei mali che fu progettato per sopprimere per sempre, è stato approfondito molte volte dalle decisioni di questa Corte prima dell'applicazione del Primo Emendamento agli stati attraverso il Quattordicesimo. L'ampio significato dato all'Emendamento da questi casi precedenti è stato accettato da questa Corte nelle sue decisioni rese riguardo alla libertà religiosa di un individuo fino a quando il Quattordicesimo Emendamento fu interpretato per fare le proibizioni del Primo applicabili alle azioni degli stati limitanti la libertà religiosa. C'è ogni ragione per dare la stessa applicazione ed ampia interpretazione alla clausola sull'*establishment*"⁵⁷.

V'è da chiedersi se questa estensione dell'applicabilità del Primo Emendamento anche agli Stati sia conforme all'*original understanding* delle *Religion Clauses* cui la Corte Suprema si affida ripetutamente. Abbiamo visto che una gran parte del dibattito sulle clausole di religione dovrebbe essere letto attraverso le "*lens*

⁵⁵ IBIDEM, par. 304

⁵⁶ Caso *Everson v. Board of Education of the Township of Ewing* (No. 52), 330 U.S. 1, 1947

⁵⁷ IBIDEM, par. 16

of federalism”⁵⁸. Le *Religion Clauses* erano originariamente state pensate per limitare i poteri del Congresso e solo di quest’ultimo e quindi come strumento a difesa dei diritti degli Stati. Aver incorporato le due clausole sulla religione per applicarle contro gli stati potrebbe quindi apparire un contro senso⁵⁹. Di questo avviso Justice Thomas nella sua opinione concorrente in *Cutter v. Wilkinson*⁶⁰; egli sostiene che “a proper historical understanding of the Establishment Clause should lead the Court to understand it as a federalism provision” e “an important function of the Clause was to ma[ke] clear that Congress could not interfere with state establishments”⁶¹. Anche Justice Stewart in *Abington School District v. Schempp*⁶² evidenzia questo contro senso: “accetto che il Quattordicesimo Emendamento abbia in qualche modo assorbito la *Establishment Clause*, tuttavia non è senza ironia che una disposizione costituzionale evidentemente ideata per lasciare gli Stati “liberi di andare per la propria strada” dovrebbe essere ora diventata una restrizione alla loro autonomia”⁶³. Ad avallare questa lettura vi è il fatto che il Congresso si trovò tra il 1875 e il 1876 a considerare attentamente una proposta di emendamento volta proprio a rendere applicabili le due clausole sulla religione agli Stati; il cosiddetto “*Blaine Amendment*”, di cui si è già accennato, in parte prevedeva: “no state shall make any law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof”; passò alla camera ma fu sconfitto al senato. Già il solo fatto che il Congresso si trovò a considerare un emendamento di tal tipo può significare che neppure il Quattordicesimo Emendamento, come originariamente inteso, potesse aver incorporato le *Religion Clauses* attraverso la *due process clause*⁶⁴.

⁵⁸ CONKLE D. O., *Constitutional Law: The Religion Clauses...cit. nota 12*, pag. 20

⁵⁹ IBIDEM, pag. 24

⁶⁰ Caso *Cutter v. Wilkinson*, 544 U.S. 709, 2005

⁶¹ IBIDEM, par. 726,727

⁶² Caso *School District of Abington Township, Pennsylvania v. Schempp*, 374 U.S. 203, 1963

⁶³ IDEM, par. 311

⁶⁴ CONKLE D. O., *Constitutional Law: The Religion Clauses...cit. nota 12*, pag. 23

3.2. Il principio di separazione tra Stato e Chiesa

Un ulteriore principio elaborato dalla Corte Suprema nell'interpretazione del Primo Emendamento è quello della separazione tra Stato e Chiesa. Questa idea trova il suo fondamento già in alcuni passaggi della Bibbia dove si allude a "mura di separazione tra credenti e non credenti" e alla necessità di mantenere "due spade" per governare la vita terrena⁶⁵. Indubbiamente questa idea trovò seguito nelle teorie illuministe ed in particolare ebbe molta influenza il pensiero di Locke. Egli parlando a proposito del potere del clero affermava "*since it is ecclesiastical, ought to be confined with the bounds of the church, nor can it in any manner be extended to civil affairs, because the church itself is a thing absolutely separate and distinct from the commonwealth*"⁶⁶. L'utilizzo del concetto della "separazione" nel contesto dell'eredità americana della libertà religiosa deve essere cauto poiché si ritiene che due convinzioni errate abbiano offuscato il significato proprio di tale termine; il fatto che essa richiederebbe una società secolare e il fatto che essa esigerebbe l'esclusione della religione dal discorso politico⁶⁷. I *founders* concepivano la separazione come istituzionale piuttosto che culturale. Il male principale che essi volevano evitare era un'alleanza tra il potere politico e quello civile che potesse minacciare la libertà religiosa; se non vi era accordo sull'incompatibilità tra gli *state-establishments* esistenti e la garanzia religiosa, i *framers* sembravano invece uniti nel ritenere che una chiesa nazionale, sul modello inglese, fosse senz'altro una grave minaccia alla libertà. Un'alleanza tra il potere religioso e lo stato a livello nazionale e quindi l'accumulo di poteri religiosi e civili nelle stesse mani avrebbe prodotto la vera essenza della tirannia⁶⁸. Ma l'idea che religione e società dovessero rimanere separate era una nozione che avrebbe forse incontrato disapprovazione. La posizione moderata che predominava tra i *founders* riconosceva nella religione una grande maestra di moralità e un pilastro fondamentale della

⁶⁵ WITTE J., NICHOLS J. A., *Religion and the American...cit. nota 7*, pag. 53

⁶⁶ IDEM, pag. 53

⁶⁷ ADAMS A. M., EMMERICH C. J., *A Nation Dedicated to Religious Liberty...cit. nota 23*, pag. 45

⁶⁸ IDEM, pag. 45

società; probabilmente avrebbero concordato con l'impostazione che la Corte assunse in *Zorach v. Clauson*⁶⁹: "noi siamo un popolo religioso, le cui istituzioni presuppongono un Essere Superiore". I *founders* avrebbero rigettato l'idea di utilizzare la *Establishment Clause* per escludere il fenomeno religioso dalla sfera pubblica⁷⁰. "Quando si permette alla religione di manifestarsi liberamente nella società sicuramente potrebbero nascere occasioni di conflitti tra differenti visioni, un po' come avviene in caso di disaccordo politico, ma questo non è un male di per sé; infatti se espresso in modo tollerante, manifesta una sana democrazia"⁷¹.

Nonostante ciò, in certe occasioni la Corte Suprema ha oscillato verso un'idea di rigida separazione tra stato e chiesa. Nel caso *Everson v. Board of Education*⁷² Justice Black dà una interpretazione molto ampia della *Establishment Clause*; "né uno stato né il governo federale possono riconoscere una religione. Nessuno dei due può approvare delle leggi che sostengono una religione o tutte le religioni, o che preferiscono una fede religiosa rispetto ad un'altra. Né [una legge] può forzare, né influenzare una persona a frequentare o allontanarsi dalla chiesa contro la sua volontà o costringerlo a professare una fede o a non credere in alcuna religione". Ciò su cui viene posta una particolare enfasi è il fatto che i *framers*, con la *Establishment Clause*, avrebbero inteso erigere un alto e insormontabile "*wall of separation between church and state*"⁷³. Il preciso riferimento è fatto alla lettera di risposta alla *Danbury Baptist Association* del 1802 di Thomas Jefferson nella quale egli scrive: "[c]redendo

⁶⁹ Caso *Zorach v. Clauson*, 343 U.S. 306, 1952

⁷⁰ ADAMS A. M., EMMERICH C. J., *A Nation Dedicated to Religious Liberty...cit.* nota 23, pag. 52

⁷¹ IDEM, pag. 52

⁷² Caso *Everson v. Board of Education* (No. 52), 330 U.S. 1, 1947

⁷³ IBIDEM, par. 16-17; "The "establishment of religion" clause of the First Amendment means at least this: neither a state nor the Federal Government can set up a church. Neither can pass laws which aid one religion, aid all religions, or prefer one religion over another. Neither can force nor influence a person to go to or to remain away from church against his will or force him to profess a belief or disbelief in any religion. No person can be punished for entertaining or professing religious beliefs or disbeliefs, for church attendance or non-attendance. No tax in any amount, large or small, can be levied to support any religious activities or institutions, whatever they may be called, or whatever form they may adopt to teach or practice religion. Neither a state nor the Federal Government can, openly or secretly, participate in the affairs of any religious organizations or groups, and vice versa. In the words of Jefferson, the clause against establishment of religion by law was intended to erect "a wall of separation between church and State".

con Lei che la religione sia una questione che giace solamente tra l'uomo ed il suo Dio; che lui non deve dare conto a nessun altro della sua fede o della sua devozione; che i poteri legislativi del governo raggiungono solo le azioni, e non le opinioni, Io contemplo con riverenza suprema l'atto di tutte le persone americane che dichiararono che il loro legislatore non dovesse fare alcuna legge volta a riconoscere una religione o a proibirne il libero culto, costruendo così un muro di separazione tra chiesa e Stato". Questa interpretazione, anche se non accolta sempre da tutti i giudici,⁷⁴ regnerà sovrana per quasi quarant'anni dalla sentenza *Everson*, evolvendosi nella formula del c.d. *Lemon Test*⁷⁵: un'azione non viola la *Establishment Clause* se cumulativamente, persegue uno scopo che possa dirsi secolare (*purpose prong*), se non ha l'effetto di privilegiare o reprimere una pratica religiosa (*effect prong*), e se non determina un eccessivo coinvolgimento con una questione religiosa (*entanglement prong*)⁷⁶. Questo test aderisce quindi a un'idea di separazione tra stato e chiesa.

Una diversa impostazione nega che il vero intento dell'*establishment* del Primo Emendamento sia quello di tenere assolutamente separati la religione dallo stato. Posto anzi che "non è possibile una separazione perfetta o assoluta, il vero essere delle *religion clauses* è un coinvolgimento del genere [...] uno che cerca di segnare i confini per evitare un eccessivo coinvolgimento"⁷⁷. Secondo questa impostazione è proprio l'eccessivo coinvolgimento che i *framers* miravano ad evitare e l'esempio paradigmatico era il *religious establishment* della Chiesa di Inghilterra. Quando si

⁷⁴ Ad esempio nel caso *McCullum v. Board of Education* - 333 U.S. 203 - del 1948 Justice Reed affermerà "the phrase 'an establishment of religion' may have been intended by Congress to be aimed only at a state church", pag. 245

⁷⁵ Caso *Lemon v. Kurtzman* (No. 89) 403 U.S. 602, 1971

⁷⁶ IDEM, par. 613, 614. "In the absence of precisely stated constitutional prohibitions, we must draw lines with reference to the three main evils against which the Establishment Clause was intended to afford protection: "sponsorship, financial support, and active involvement of the sovereign in religious activity. [...] Every analysis in this area must begin with consideration of the cumulative criteria developed by the Court over many years. Three such tests may be gleaned from our cases. First, the statute must have a secular legislative purpose; second, its principal or primary effect must be one that neither advances nor inhibits religion, *Board of Education v. Allen*; finally, the statute must not foster "an excessive government entanglement with religion".

⁷⁷ Caso *Walz v. Tax Comm'n of the City of New York*, 397 U.S. 664, 1970

considera il modello dell'*establishment* inglese la caratteristica fondamentale che viene evidenziata è il fatto che la chiesa riconosciuta godesse del sostegno della forza governativa. Le autorità civili imposero pene durissime contro l'eresia, la blasfemia, contro il dissenso religioso; costrinsero il popolo a conformarsi ai dettami della chiesa, ne resero obbligatoria la frequenza e il sostegno anche economico⁷⁸. Il rifiuto contro il "*government compulsion or coercion in religious matters*" emerse ben presto nella storia Americana e in molte costituzioni statali fu da subito proibita qualsiasi forma di partecipazione o sostegno forzati⁷⁹. "*The historical record demonstrates that when a state sought to establish a church it did so by using the civil sword to compel beliefs and conduct supportive of that church*"⁸⁰. L'essenza di un *establishment* di tal tipo può ravvisarsi nella coercizione della coscienza attraverso il potere statale. Dunque, secondo questa diversa impostazione, "*the phrase 'an establishment of religion' may have been intended by Congress to be aimed only at a state church*"⁸¹.

Quindi da una parte abbiamo una lettura che concepisce un muro di separazione tra due mondi che debbono restare incomunicanti, dall'altra una lettura che consente un

⁷⁸ADAMS A. M., EMMERICH C. J., *A Nation Dedicated to Religious Liberty...cit. nota 23*, pag. 54-55. Nell'affermare che la *Congregational Church* in New England era una chiesa di stato simile a quella inglese, vengono così ricostruite le cinque principali caratteristiche di un *Establishment*: "*First, civil authorities required attendance at common worship and holy days, compelled contributions to clergy, and prohibited dissenting faiths. Second, the civil power performed the function of overseeing the conforming and reforming of the Church, the truth or falsehood of the churches, ministries or ministrations, ordinances, doctrine. Third, the magistrates punished the heretic, blasphemer, and seducer by death or banishment. Fourth, the state used its power to enforce public maintenance of the worship, priest, and officers. Finally, as with state or national churches, the representatives of the Congregational churches assembled in synods and council*".

⁷⁹ Ad esempio: Costituzione del New Jersey, 1776 XVIII "*That no person shall ever, within this Colony, be deprived of the inestimable privilege of worshipping Almighty God in a manner, agreeable to the dictates of his own conscience; nor, under any presence whatever, be compelled to attend any place of worship, contrary to his own faith and judgment; nor shall any person, within this Colony, ever be obliged to pay tithes, taxes, or any other rates, for the purpose of building or repairing any other church or churches, place or places of worship, or for the maintenance of any minister or ministry, contrary to what he believes to be right, or has deliberately or voluntarily engaged himself to perform*". Delaware Declaration of Rights 1776, sec. 2 "*That all men have a natural and unalienable right to worship Almighty God according to the dictates of their own consciences and understandings; and that no man ought or of right can be compelled to attend any religious worship or maintain any ministry contrary to or against his own free will and consent, and that no authority can or ought to be vested in, or assumed by any power whatever that shall in any case interfere with, or in any manner controul the right of conscience in the free exercise of religious worship*".

⁸⁰ ADAMS A. M., EMMERICH C. J., *A Nation Dedicated to Religious Liberty...cit. nota 23*, pag. 55

⁸¹ Caso *McCullum v. Board of Education*, 333 U.S. 203, 1948, pag. 245

certo incontro tra religione e stato purché non si arrivi a quell'eccessivo coinvolgimento tipico dell'*establishment* in cui vigeva la regola "*one faith per territory*".

Tra le posizioni intermedie vi è la cosiddetta tesi non preferenzialista, di cui il giudice Rehnquist viene definito precursore. Secondo quest'ultimo infatti era chiaro che nessuno nell'America di fine settecento fosse interessato a ristabilire un *establishment* della sorta di quello inglese; piuttosto la vera preoccupazione del Congresso era quella di evitare un trattamento di favore verso una religione a svantaggio delle altre⁸². Secondo Rehnquist, il vero significato della *Establishment Clause* poteva essere individuato solo attraverso l'analisi storica: "non c'è semplicemente alcuna base storica per l'affermare che i *framers* intesero costruire il "muro di separazione" che è stato costituzionalizzato in *Everson*; la *Establishment Clause* non richiede la neutralità statale tra religione e irreligione né proibisce al Governo Federale di offrire un sostegno non discriminatorio alla religione"⁸³. Quella del muro che separa lo stato e la chiesa è una metafora che si basa su una errata interpretazione della storia e come tale dovrebbe essere abbandonata. Come dovrebbe essere abbandonato anche il test tripartito di *Lemon*, con il quale la Corte ha tentato di aggiungere "un po' di malta al muro di *Everson*"⁸⁴ e che si basa sui medesimi errori di interpretazione dei dati storici. Secondo Rehnquist, la *Establishment Clause* quindi renderebbe illegittimi solo quegli atteggiamenti di preferenza verso una particolare fede e non un supporto alla fede in generale. In conclusione ciò che si richiede al potere pubblico è di assumere un atteggiamento di imparzialità nei confronti di tutte le confessioni religiose.

3.3. Il principio della Religious Accommodation

La libertà religiosa nel suo significato primo si riempie di tre aspetti fondamentali: "*religious voluntarism, religious identity e religious equality*". Innanzitutto essa è *religious*

⁸² WITTE J., NICHOLS J. A., *Religion and the American...cit. nota 7*, pag. 96

⁸³ Caso *Wallace v. Jaffree*, 472 U.S. 38, 1985, par. 113 (opinione dissenziente del giudice Rehnquist)

⁸⁴ IDEM, par. 113

voluntarism poiché, riconosce il diritto di fare le proprie scelte religiose, liberi da qualsiasi influenza esterna. Come tale essa comprende, “*the unalienable right of private judgment in matters of religion, the unencumbered ability to choose and to change one’s religious beliefs and adherences, the unfettered freedom to believe the dictates of one’s own heart and mind*”⁸⁵. È *religious identity* poiché proteggendo queste scelte fondamentali, protegge ciò che attiene all’identità stessa della persona. Inoltre essa presuppone un’idea di *religious equality* non solo tra coloro che hanno diverse convinzioni religiose ma anche tra coloro che non ne hanno affatto; da ciò discende il divieto di discriminare una persona per le sue scelte religiose. Inoltre, per alcuni *founders* la libertà religiosa garantiva la possibilità di sottrarsi da certe imposizioni della società civile. Da qui deriva il concetto di *accommodation* che può essere definito come “*an area of allowable and in some cases, compelled governmental deference to the religious need of people holding a variety of beliefs*”⁸⁶. Generalmente implicata quando sorge una tensione tra doveri civili e sentimenti religiosi, l’*accommodation* richiede un delicato bilanciamento tra il dovere dello stato di promuovere la coesione, necessaria per una società ordinata, e la sua responsabilità di onorare le pratiche religiose dei cittadini astenendosi da una regolamentazione non necessaria o troppo gravosa⁸⁷. Certamente il principio della “*religious accommodation*” ha un significato maggiore in una società caratterizzata da un forte pluralismo religioso e da un potere statale penetrante poiché maggiore è la possibilità che vi sia un attrito tra le imposizioni della società e i sentimenti religiosi. Anche se i padri costituenti americani vivevano in un ambiente caratterizzato da un potere governativo più limitato e in un contesto religiosamente più omogeneo, avevano comunque ben a mente la questione delle *religious accommodations*. Il più chiaro esempio della sensibilità dei *framers* si può riscontrare nell’art. VI della Costituzione federale. Tenuto conto che certe minoranze religiose (in particolar modo i Quaccheri) si rifiutavano per questioni religiose di prestare

⁸⁵ Per questa ricostruzione si veda WITTE J., NICHOLS J. A., *Religion and the American...cit. nota 7*, pag. 42

⁸⁶ ADAMS A. M., EMMERICH C. J., *A Nation Dedicated to Religious Liberty...cit. nota 23*, pag. 58

⁸⁷ IBIDEM, pag. 59

giuramento, i *framers* acconsentirono nel redigere l'articolo in modo tale da richiedere ai funzionari federali e statali di giurare o *affermare* il loro sostegno alla Costituzione⁸⁸. Prima dell'avvento della Costituzione federale, la questione del giuramento aveva già trovato ampia discussione nelle costituzioni statali; tutti gli stati tranne Massachusetts, North Carolina e Virginia, avevano mostrato una certa sensibilità alla problematica. Ad esempio la Costituzione del Delaware del 1776 richiedeva al pubblico funzionario di prestare fedeltà attraverso un'affermazione solenne se per motivi di coscienza non voleva prestare giuramento⁸⁹. Anche la questione dell'obiezione di coscienza al servizio militare era stata affrontata; nel 1775 il primo congresso continentale garantì un'esenzione a chi si opponeva a portare armi per questioni religiose, purché svolgesse comunque altri servizi socialmente utili. Infine Madison propose –anche se non fu approvato– di introdurre in Costituzione un emendamento che prevedesse “*no person religiously scrupulous of bearing arms shall be compelled to render military service in person*”⁹⁰.

Nel prossimo capitolo ci proporremo di analizzare come la Corte Suprema abbia affrontato la questione delle *religious accommodations*, in particolare in relazione alla *Free Exercise Clause*, quali principi abbia sviluppato e se sia rimasta fedele all'*original understanding* o piuttosto abbia giocato, nonostante affermi il contrario, un ruolo più creativo nello sviluppo della giurisprudenza delle *Religion Clauses*.

⁸⁸ Costituzione americana, Art. VI “[...] I Senatori e i Rappresentanti sopra menzionati, e i membri dei diversi Legislativi statali, e tutti i funzionari amministrativi e giudiziari sia degli Stati Uniti sia dei diversi Stati, saranno tenuti per giuramento o per solenne affermazione a sostenere questa Costituzione [...]”.

⁸⁹ Delaware Constitution, 1776, Art. 22. “Every person who shall be chosen a member of either house, or appointed to any office or place of trust, before taking his seat, or entering upon the execution of his office, shall take the following oath, or affirmation, if conscientiously scrupulous of taking an oath, to wit:

I, A B. will bear true allegiance to the Delaware State, submit to its constitution and laws, and do not act wittingly whereby the freedom thereof may be prejudiced [...]”.

⁹⁰ ADAMS A. M., EMMERICH C. J., *A Nation Dedicated to Religious Liberty...cit. nota 23*, pag. 63

4. Un aspetto preliminare: definire il concetto di religione

Definire il concetto di religione è sicuramente un compito difficile, e tuttavia un problema che non può essere evitato. Data la prevalenza negli strumenti internazionali di espressioni come “*right of freedom of thought, conscience, belief*” potrebbe sembrare non necessario distinguere la “religione” da altri sistemi di pensiero, credenze o filosofie. Nelle *Religion Clauses* del Primo Emendamento della Costituzione americana si fa tuttavia riferimento al solo concetto di religione. La grande maggioranza delle decisioni moderne che riguardano queste due clausole si sono focalizzate nel determinare cosa costituisce “*a law respecting the establishment of religion*” o cosa è implicato nel “*prohibiting the free exercise*”; meno frequentemente le corti hanno espressamente considerato il concetto che è il cuore delle *Religion Clauses*, quello di religione⁹¹. Il problema di dare un contenuto a questo concetto è importante per definire l’ambito di protezione assicurato dalla *Free Exercise Clause* ma anche per invalidare quelle politiche statali non accettabili in virtù del loro carattere “religioso”. Il problema di definire la religione assume una maggiore importanza nel momento in cui le *Religion Clauses* sono costruite per deviare dal principio di non discriminazione, permettendo o richiedendo un trattamento speciale per la religione sia nell’imposizione di limiti, sia nel conferimento di benefici⁹². La necessità di riempire di un certo contenuto questo concetto non è un mero esercizio accademico, ma ha dei risvolti pratici; ad esempio nel caso *Africa v. The Commonwealth of Pennsylvania*⁹³, il ricorrente carcerato, definendosi “*Naturalist Minister*” dell’organizzazione MOVE⁹⁴, pretendeva ex *First Amendment* di ricevere una dieta particolare di soli cibi crudi poiché tenere un regime alimentare differente avrebbe costituito una violazione della sua religione. Egli si è visto invece negare la protezione offerta dalla *Free Exercise*

⁹¹ PEÑALVER E, *The Concept of Religion*, in *Cornell Law Library*, Vol. 107, 1997, pag. 791

⁹² CONKLE D. O., *Constitutional Law: The Religion Clauses...cit. nota 12*, pag. 61

⁹³ Corte d’Appello del Terzo Circuito, 662 F.2d 1025 *Africa v. The Commonwealth of Pennsylvania*, 1981

⁹⁴ Il MOVE, chiamato originariamente Movimento Cristiano per la Vita, fu fondato nel 1972 da John Africa. Il movimento si opponeva a qualsiasi forma di scienza, medicina, tecnologia auspicando il ritorno ad un modello di società primitiva composta da cacciatori e raccoglitori.

Clause e quindi il diritto ad accedere anche in carcere a quella dieta personale, proprio perché la Corte d'Appello del Terzo Circuito non aveva riconosciuto nel MOVE le caratteristiche essenziali di una religione.

Vediamo quindi, attraverso una disamina della giurisprudenza della Corte Suprema quali siano le impostazioni da questa adottate.

4.1. Un primo metodo: la definizione di religione secondo l'originalist approach

La Corte Suprema Americana non ha mai adottato una definizione costituzionale di religione bensì ha offerto non più di qualche suggerimento talvolta parziale e anche confliggente. Sicuramente un approccio originalista alle *Religion Clauses* conduce verso un'interpretazione ristretta del concetto di religione. Il contesto inglese dal quale proveniva la maggior parte dei coloni era fermamente cristiano e in gran parte anglicano; sembra che religione e Cristianesimo fossero usati in modo intercambiabile poiché il Cristianesimo era la religione sicuramente dominante al tempo. Il significato originario quindi parrebbe includere solo le religioni monoteiste come Cristianesimo, Ebraismo e Islam; è improbabile che concepisse i culti politeisti ed è sicuro che non includesse l'ateismo⁹⁵. Il delegato Samuel Harrington auspicava infatti che le *Religion Clauses* fossero volte "to secure the rights of conscience, and the free exercise of the rights of religion, but not to patronize those who professed no religion at all"⁹⁶. Neppure i *framers* della Costituzione hanno fornito una definizione di religione ma forse all'epoca non ve n'era motivo; per i *founders* e le generazioni che seguirono identificare la religione non era un compito difficile; essa presupponeva l'esistenza di una divinità e si caratterizzava per la "performance of duties owed to God"⁹⁷. Quindi, per

⁹⁵ STRANG L. J., *The Meaning of Religion in the First Amendment*, in *Duquesne Law Review*, Vol. 40, 2001, pag. 182

⁹⁶ IBIDEM, pag. 234

⁹⁷ CONKLE D. O., *Constitutional Law: The Religion Clauses...cit. nota 12*, pag. 62

riassumere, *“the Framers referred to a Creator, Deity, or Maker whenever they used the term “religion”, the Framers equated religion with theism”*⁹⁸.

Nel primo caso in cui la Corte Suprema ha tentato di affrontare la questione, essa sembra aver accolto la definizione teista di religione. Si tratta del caso *Davis v. Beason*⁹⁹ del 1890, una decisione della Corte Suprema che confermava una legge dell’Idaho che richiedeva agli elettori di giurare di non essere poligami. Secondo il ricorrente Davis, mormone, la legge costituiva una violazione della sua libertà religiosa garantita dalla *Free Exercise Clause* del Primo Emendamento. La Corte, nell’escludere che la poligamia potesse ricevere protezione nell’ambito della *Free Exercise Clause*, afferma *“the term “religion” has reference to one’s views of his relations to his Creator, and to the obligations they impose of reverence for his being and character, and of obedience to his will. It is often confounded with the cult or form of worship of a particular sect, but is distinguishable from the latter”*¹⁰⁰. Per poter godere della protezione costituzionale, oltre alla presenza di un *“Creator”*, Justice Field richiede una certa conformità tra i dettami del gruppo in questione e la morale prevalente *“in all civilized and Christian countries”*¹⁰¹. Questa sovrapposizione tra religione e Cristianesimo verrà esplicitata nel caso *United States v. Macintosh*¹⁰² del 1931 in cui Justice Sutherland afferma *“We are a Christian people according to one another the equal right of religious freedom and acknowledging with reverence the duty of obedience to the will of God”*¹⁰³.

Inizialmente la relativa omogeneità degli Stati Uniti d’America aveva reso semplice l’aderenza a questa stretta definizione di religione, ma durante il ventesimo

⁹⁸ BOOHER T. L., *Finding Religion For The First Amendment*, in *John Marshall Law Review*, Vol. 38, 2004, pag. 474

⁹⁹ Caso *Davis v. Beason*, 133 U.S. 333, 1890.

¹⁰⁰ IBIDEM, pag. 341

¹⁰¹ IBIDEM pag. 341-342. *“Bigamy and polygamy are crimes by the laws of the United States, by the laws of Idaho, and by the laws of all civilized and Christian countries, and to call their advocacy a tenet of religion is to offend the common sense of mankind”*.

¹⁰² Caso *United States v. Macintosh*, 283 U.S. 605, 1931

¹⁰³ IBIDEM, par. 625, citando il caso *Holy Trinity Church v. United States*, 143 U. S. 457, 143 U. S. 470-471.

secolo a seguito della forte immigrazione, l'accresciuta diversità religiosa collideva con la stretta definizione teista e con l'identificazione della Federazione con un paese cristiano. *"While the definition of religion was narrowly defined theistically, the changed circumstances in the form of more religious pluralism made inevitable that the Supreme Court would modify the narrow understanding of religion"*¹⁰⁴. Ben presto infatti la Corte Suprema va oltre gli stretti limiti di Davis; una religione non deve necessariamente includere la fede in una divinità. Infatti nel caso *United States v. Ballard*¹⁰⁵ si legge: "la libertà di pensiero, che include la libertà di credo religioso, è fondamentale in una società di uomini liberi. Essa abbraccia il diritto di sostenere teorie della vita e della morte e dell'aldilà che costituiscono grado di eresia per i seguaci delle religioni ortodosse. I processi per eresia sono estranei alla nostra Costituzione. Gli uomini possono credere ciò che non possono dimostrare. Essi non possono essere costretti a provare le loro dottrine o convinzioni religiose. Esperienze religiose che sono reali come la vita per alcuni, possono essere incomprensibili agli altri"¹⁰⁶.

Qualche anno più tardi la Corte si allontana esplicitamente dall'impostazione teista; nel caso *Torcaso v. Watkins*¹⁰⁷ la Corte colpisce una disposizione della Costituzione del Maryland che obbligava i funzionari pubblici a dichiarare di credere in Dio. Per la prima volta la Corte ammette l'esistenza di una religione non teista ed estende la protezione del Primo Emendamento; Justice Black afferma *"neither a State nor the Federal Government can constitutionally force a person to profess a belief or disbelief in any religion. Neither can constitutionally pass laws or impose requirements which aid all religions as against nonbelievers, and neither can aid those religions based on a belief in the existence of God as against those religions founded on different beliefs"*¹⁰⁸. In una nota vengono proposti esempi di religioni non teiste; *"among religions in this country which*

¹⁰⁴ STRANG L. J., *The Meaning...cit. nota 95*, pag. 204

¹⁰⁵ Caso *United States v. Ballard*, 322 U.S. 78, 1944

¹⁰⁶ IBIDEM, pag. 87

¹⁰⁷ Caso *Torcaso v. Watkins*, 367 U.S. 488, 1961

¹⁰⁸ IBIDEM, par. 495

do not teach what would generally be considered a belief in the existence of God are Buddhism, Taoism, Ethical Culture, Secular Humanism and others"¹⁰⁹.

4.2. Un secondo metodo: Subjective-Functional Approach

Successivamente, la Corte Suprema sembra accostarsi a quello che può definirsi un *"subjective functional approach"*¹¹⁰; tale intendendosi un metodo che guarda alla religione dal punto di vista dell'individuo. Fondamentale è che egli stesso creda in modo sincero nelle cose o persone al centro della sua fede. Un esempio di questa impostazione si può riscontrare nel caso *United States v. Seeger*¹¹¹; la Corte Suprema affronta la definizione di religione data da una disposizione legislativa che proteggeva l'obiezione di coscienza al servizio militare. La sezione 6(j) dell'*Universal Military and Service Act* dava diritto all'esenzione dal servizio militare a tutti coloro che *"by reason of their religious training and belief, are conscientiously opposed to participation in war in any form"*. A proposito di cosa si dovesse intendere per *"religious training or belief"* la legge stessa faceva riferimento a *"an individual's belief in a relation to a Supreme Being involving duties superior to those arising from any human relation, but [not including] essentially political, sociological, or philosophical views or a merely personal moral code"*. Il Signor Seeger era stato condannato per aver rifiutato di sottoporsi al reclutamento nelle forze armate. Egli affermava che la sua obiezione era fondata su un *"belief in and devotion to goodness and virtue for their own sakes, and a religious faith in a purely ethical creed"*¹¹². L'esenzione gli era stata negata solamente perché non era basata su una fede che presupponeva la relazione con un Essere Supremo come richiesto dall'art. 6 (j) della legge¹¹³.

¹⁰⁹ IDEM par. 495, nota 11

¹¹⁰ ADHAR R., LEIGH I., *Religious Freedom In The Liberal State*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pag. 145

¹¹¹ Caso *United States v. Seeger*, 380 U.S. 163, 1965

¹¹² IBIDEM par. 167

¹¹³ IBIDEM par. 168

La Corte introduce il cosiddetto “*parallel position test*”; “una fede sincera e significativa che occupa nella vita di chi la possiede una posizione parallela a quella tenuta dal Dio di coloro che sono certamente qualificati per l'essenzone” è religiosa ai sensi dell'art. 6 (j)¹¹⁴. “*Where such beliefs have parallel positions in the lives of their respective holders, we cannot say that one is “in a relation to a Supreme Being” and the other is not*”¹¹⁵. La Corte nota che la religione stava sostanzialmente cambiando in America andando ben oltre i confini tradizionali di Cristianesimo ed Ebraismo. Ma le fedi tradizionali stesse stavano mutando le loro caratteristiche anche per mezzo dell'opera della teologia moderna. Viene citato il teologo protestante Paul Tillich; “*if that word [God] has not much meaning for you, translate it, and speak of the depths of your life, of the source of your being, or your ultimate concern, of what you take seriously without any reservation. Perhaps, in order to do so, you must forget everything traditional that you have learned about God [...]*”¹¹⁶. La Corte stessa però pone un certo limite quando sostiene che l'essenzone non possa riguardare “coloro che si oppongono alla guerra per una sorta di codice morale meramente personale, né coloro che decidono che la guerra è scorretta sulla base di considerazioni essenzialmente politiche, sociologiche o economiche, piuttosto che sulla fede religiosa”¹¹⁷. Questa costruzione così ampia ha il merito di evitare di imputare al Congresso l'intenzione di classificare i diversi sentimenti religiosi, esonerandone alcuni ed escludendone altri; un intento di tal genere, se volto a favorire le obiezioni di coscienza fondate su una fede teista e non quelle basate su una convinzione diversa, avrebbe violato la *Establishment Clause* del Primo Emendamento¹¹⁸.

Il “*parallel position test*” viene confermato qualche anno più tardi nel caso *Welsh v. United States*¹¹⁹ del 1970 che riguarda sempre la medesima disposizione dell'*Universal*

¹¹⁴ IBIDEM par. 173-180

¹¹⁵ IBIDEM par. 166

¹¹⁶ IBIDEM, par. 187

¹¹⁷ IBIDEM, par. 173.

¹¹⁸ IBIDEM, par. 177; si veda anche caso *Welsh v. United States*, 398 U.S. 333, 1970

¹¹⁹ Caso *Welsh v. United States*, 398 U.S. 333, 1970

Military and Service Act; la Corte Suprema estende ulteriormente le convinzioni personali idonee a far ottenere l'esenzione per l'obiezione di coscienza; la forza e l'intensità del sentimento, piuttosto che la sua riconducibilità ad un sistema religioso consolidato, divengono elementi fondamentali per determinare quali sentimenti diano diritto all'esenzione¹²⁰.

Questo approccio ha tuttavia degli aspetti critici; innanzitutto vi è chi fa notare che *"parallels, by definition, never meet"*¹²¹. L'approccio appare tautologico; per capire se una certa convinzione personale svolga una funzione parallela a quella svolta da una religione tradizionale, è necessario preliminarmente capire che cosa sia una religione. Inoltre questo approccio comporta il rischio di *overinclusiveness*: *"almost any set of sincere beliefs occupying a central role in a person's life could conceivably count"*¹²². La definizione di *Seeger* rischia di confondere inevitabilmente la distinzione tra ciò che è qualificato come religioso e ciò che non lo è. Se la religione stessa comprende *"the source of your being, of your ultimate concern, of what you take seriously without any reversion"* allora la libertà religiosa stessa diviene potenzialmente problematica poiché un'ampia sfera di attività o convinzioni personali potrebbe rientrare in tale qualificazione¹²³.

Forse realizzando le problematiche connesse ad un utilizzo troppo ampio del termine, la Corte Suprema sembra dirigersi verso un'interpretazione più ristretta nel caso *Wisconsin v. Yoder*¹²⁴ del 1972. Il caso riguardava il rifiuto di una comunità Amish di far frequentare ai figli la scuola fino ai 18 anni poiché *"[b]y sending their children to high school, they would not only expose themselves to the danger of the censure of*

¹²⁰ IBIDEM, par. 335-344. *"Under Seeger, § 6(j) is not limited to those whose opposition to war is prompted by orthodox or parochial religious beliefs. A registrant's conscientious objection to all war is "religious" within the meaning of § 6(j) if this opposition stems from the registrant's moral, ethical, or religious beliefs about what is right and wrong and these beliefs are held with the strength of traditional religious convictions. In view of the broad scope of the word "religious," a registrant's characterization of his beliefs as "nonreligious" is not a reliable guide to those administering the exemption"*.

¹²¹ ADHAR R., LEIGH I., *Religious Freedom...cit. nota 110*, pag. 146

¹²² IBIDEM, pag. 147

¹²³ CONKLE D. O., *Constitutional Law: The Religion Clauses...cit. nota 12*, pag. 64

¹²⁴ Caso *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205, 1972

the church community, but, as found by the county court, also endanger their own salvation and that of their children"¹²⁵. L'accertata sincerità delle loro convinzioni religiose, la relazione della fede con il loro modo di vita, il ruolo fondamentale che la fede e il comportamento quotidiano svolgono per la sopravvivenza della comunità *Old Order Amish*, non furono ritenuti di per sè sufficienti per godere della protezione della *Free Exercise Clause*; secondo la Corte doveva essere determinato se la fede religiosa Amish e il loro modo di vita fossero, come da loro affermato, inseparabili e interdipendenti; "[u]n modo di vivere per quanto virtuoso e ammirevole non può essere interposto come ostacolo ad una ragionevole regolamentazione statale dell'istruzione, se è basato su considerazioni puramente secolari; per godere della protezione delle clausole sulla religione tali richieste devono essere radicate nella fede religiosa"¹²⁶. Il concetto stesso di libertà impedisce che ogni persona possa decidere quali siano i propri standard di comportamento in questioni in cui sono in gioco interessi rilevanti per la società nel suo complesso. Se queste convinzioni sono basate su "*purely secular consideration*", "*merely philosophical or personal*" o sul rifiuto del modello di vita adottato dalla maggioranza, esse non possono trovare protezione dell'ambito delle *Religion Clauses*. Esemplificativa è secondo la Corte la scelta del filosofo Thoreau che, respinti i valori sociali del suo tempo, decise di isolarsi a *Walden Pond*; tale scelta era filosofica e personale più che religiosa e come tale non si elevava alle esigenze di protezione delle *Religion Clauses*. Probabilmente anche le convinzioni di Thoreau avrebbero trovato protezione secondo l'approccio sviluppato in Seeger e Welsh¹²⁷. La Corte conclude riconoscendo che "*the record in this case abundantly*

¹²⁵ IBIDEM, par. 210

¹²⁶ IBIDEM, par. 216. "*Although a determination of what is a "religious" belief or practice entitled to constitutional protection may present a most delicate question, the very concept of ordered liberty precludes allowing every person to make his own standards on matters of conduct in which society as a whole has important interests. Thus, if the Amish asserted their claims because of their subjective evaluation and rejection of the contemporary secular values accepted by the majority, much as Thoreau rejected the social values of his time and isolated himself at Walden Pond, their claims would not rest on a religious basis. Thoreau's choice was philosophical and personal, rather than religious, and such belief does not rise to the demands of the Religion Clauses*".

¹²⁷ PEÑALVER E, *The Concept of Religion... cit. nota.* 91, pag. 799

supports the claim that the traditional way of life of the Amish is not merely a matter of personal preference, but one of deep religious conviction, shared by an organized group, and intimately related to daily living"¹²⁸. Il caso *Yoder* rappresenta un'inversione del trend che aveva caratterizzato la giurisprudenza precedente, rendendo difficile stabilire come la Corte affronterà tale questione in futuro. È rimasto dunque irrisolto il dilemma tra una definizione più ampia, con le problematiche che comporta, e una definizione più ristretta, più legata alle religioni convenzionali, che forse però non rifletterebbe al meglio i valori e l'evoluzione del *religious understanding* degli Stati Uniti contemporanei¹²⁹.

4.3. Altri metodi proposti dalla dottrina e dalle Corti inferiori

Gli studiosi hanno proposto una varietà di diverse impostazioni; v'è chi auspica un ritorno ad una concezione ristretta della religione nell'ambito delle *Religion Clauses* in linea con l'*original meaning interpretation*, lasciando ciò che non è riconducibile ad un "*monotheistic belief in one God*" alla protezione di altre clausole costituzionali quali la *Free Speech Clause* o l'*Equal protection Clause*¹³⁰. Altri propongono un "*dual approach*" che suggerisce una definizione più ampia di religione secondo i propositi della *Free Exercise Clause* e una definizione invece più precisa e limitata per la *Establishment Clause*, poichè le due clausole avrebbero obiettivi differenti; "[w]hereas the dynamic of the Free Exercise principle is to encourage an expansive definition of religion, that of the Non-Establishment principle is restrictive, because the purpose of the principle is to invalidate state favoritism whilst ensuring that a broad range of governmental policies will not be delegitimized by virtue of their allegedly religious character"¹³¹. Simile a questo metodo è quello di chi propone di individuare gli aspetti rilevanti di una religione a seconda del contesto che viene in considerazione.

¹²⁸ Caso *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205, 1972, par. 216-217

¹²⁹ CONKLE D. O., *Constitutional Law: The Religion Clauses...cit. nota 12*, pag. 67

¹³⁰ STRANG L. J., *The Meaning...cit. nota 95*, pag. 181

¹³¹ ADHAR R., LEIGH I., *Religious Freedom...cit. nota 110*, pag. 145, citando SADURSKI W., *On Legal Definitions of Religion*, in *Australian Law Journal*, Vol. 63, 1989, pag. 842

L'obiettivo è focalizzare l'attenzione su quando le *Religion Clauses* richiedono una definizione ampia e quando ne richiedano una più ristretta; "*the Religion Clauses do not and could not require a single definition of the term religion; a single definition will not work because what qualifies as religion for legal purposes differs across differing legal context*"¹³². Certe volte la religione viene in considerazione come un aspetto dell'identità della persona, come ideologia o visione del mondo; altre volte è l'aspetto istituzionale e comunitario che acquista rilevanza; per questo non è possibile identificare un singolo contenuto che si adatti in tutti i differenti contesti¹³³.

Un'ulteriore metodologia è il cosiddetto *subjective content approach* che mira ad identificare le religioni individuandone l'essenza comune o le caratteristiche fondamentali. Un esempio è l'approccio per analogia; "*for constitutional purposes, religion should be determined by closeness of analogy in the relevant respects between the disputed instance and what is indisputably religion*". A questo proposito è interessante l'apporto fornito dalle corti inferiori; Judge Arlin Adams, della Corte d'Appello del Terzo Circuito, ha sviluppato questo metodo in una serie di casi intendendolo come un'estensione e un miglioramento del *parallel test approach* adottato dalla Corte Suprema in *Seeger* e *Welsh*. Judge Adams, nel caso *Africa v. The Commonwealth of Pennsylvania*¹³⁴ di cui si è già accennato, osserva che, "di fronte ad un insieme di convinzioni "religiose" non tradizionali, le corti hanno guardato ai modelli religiosi tradizionali e familiari, per identificare attraverso la comparazione, se quei nuovi modelli affrontassero le medesime questioni o servissero gli stessi scopi di quelle che sono considerate senza dubbio religioni¹³⁵. Judge Adams indica quindi "*tree useful indicia*" utilizzabili per svolgere questa comparazione e determinare l'esistenza di

¹³² BOOHER T. L., *Finding Religion...cit.* nota 98, pag. 472

¹³³ IBIDEM, pag. 484

¹³⁴ Corte d'Appello del Terzo Circuito, 662 F.2d 1025 *Africa v. The Commonwealth of Pennsylvania*, 1981

¹³⁵ IDEM, par. 33: "*In considering a first amendment claim arising from a non-traditional "religious" belief or practice, the courts have "look(ed) to the familiar religions as models in order to ascertain, by comparison, whether the new set of ideas or beliefs is confronting the same concerns, or serving the same purposes, as unquestioned and accepted 'religions.'* [...] *In essence, the modern analysis consists of a "definition by analogy" approach. It is at once a refinement and an extension of the "parallel"-belief course first charged by the Supreme Court in Seeger*".

una religione. In primo luogo una religione affronta “*fundamental and ultimate questions having to do with deep and imponderable matters*” quali la morte, il bene e il male, ciò che è giusto e sbagliato. In secondo luogo una religione è “*comprehensive in nature*” cioè consiste in un sistema di convinzioni e non in idee isolate e sconnesse tra loro; “una cosa è credere che, a causa della propria religione, la vita quotidiana assuma maggiore significato e importanza. È del tutto diverso, però, sostenere che certe idee dovrebbero essere ritenute religiose e quindi destinatarie della protezione del primo emendamento [...] solo perché un individuo sostiene che la sua vita è interamente governata da quelle idee. Ci rifiutiamo di adottare tale *self-defining approach* al problema della definizione di religione”¹³⁶. Infine, pur non essendo essenziale, una religione spesso è riconoscibile dalla presenza di certi segni formali come simboli, l’esistenza di un clero, lo svolgimento di cerimonie e funzioni, l’osservanza di certe festività e attività di proselitismo. Utilizzando questi criteri la Corte conclude che il movimento MOVE era “*one-dimensional belief system consisting of a single governing idea and lacking the defining structural characteristic of traditional faiths*”; dunque non era una religione protetta dal Primo Emendamento.

¹³⁶ IBIDEM, par. 47

CAPITOLO QUINTO

L'ELABORAZIONE DEL CONCETTO DI "RELIGIOUS ACCOMMODATION" DA PARTE DELLA CORTE SUPREMA AMERICANA: *DEFERENCE V. ACTIVISM*

1. Introduzione

In questo capitolo si guarderà alla giurisprudenza della Corte Suprema americana relativa alla *Free Exercise Clause* ed in particolare dello sviluppo della dottrina delle c.d. "*constitutionally required exemptions*". Con tale concetto si allude a tutte quelle richieste di non obbedienza ad una legge generale, e neutra, che vada però ad incidere anche se indirettamente sui diritti religiosi di un certo soggetto o gruppo.

Come si è visto, lo scopo originario delle *Religion Clauses* era quello di rendere irrilevante - assente - il governo federale nelle questioni religiose; se in un primo momento questo obiettivo era stato relativamente semplice da raggiungere, dati i poteri limitati di cui il governo federale godeva, con la crescita del *welfare state*, del potere federale e dei settori in cui esso interveniva con una qualche regolamentazione, era diventato praticamente impossibile che essi non entrassero in contatto con i diritti religiosi di qualcuno. A maggior ragione ciò è accaduto da quando il Primo Emendamento è stato esteso anche agli Stati tramite la giurisprudenza dell'*incorporation*¹. Inoltre, la diversificazione e la frammentazione della composizione sociale della società, lo sviluppo del multiculturalismo e di una società multi-religiosa hanno fatto sì che sempre più persone abbiano iniziato a chiedere l'esenzione dal rispetto del principio di maggioranza, di cui si afferma la non adeguatezza nel considerare le necessità di tutti².

Come risposta a questi bisogni nascono la dottrina della "*mandatory accommodation*" o "*constitutionally required exemption*" - l'accomodamento ordinato

¹ MCCONNELL M.W., *Religious Freedom at a Crossroads*, in *The University of Chicago Law Review*, Vol. 59, 1992, 136-137

² BORK R.H., *Il giudice sovrano - Coercing Virtue*, Liberilibri, Macerata, 2007, pag. 24

dalle Corti come attuazione della *Free Exercise Clause* del Primo Emendamento - e la “*statutory accommodation*”, con cui si fa riferimento ad una “area di consentita deferenza politica verso le richieste religiose che emergono da una società pluralista in cui si esplicano una pluralità di differenti sentimenti religiosi”³. Quest’ultima è un esempio di “*voluntary accommodation*”, nel senso che viene decisa autonomamente dal legislatore e che non deve essere quindi confusa con l’accomodamento che, secondo una linea giurisprudenziale e dottrinale, sarebbe richiesto direttamente dalla *Free Exercise Clause*.

Come si vedrà nei paragrafi seguenti, la giurisprudenza della Corte Suprema in merito non è stata affatto costante. Essa ha alternato una prima fase di interpretazione restrittiva della *Free Exercise Clause*, ad un’altra caratterizzata da una certa propensione verso un’estensione delle garanzie, salvo poi andare incontro ad una sorta di “ripensamento”⁴.

Al di là dei risultati cui la Corte è giunta circa l’esistenza o meno di una *constitutionally required exemption*, la sua giurisprudenza è interessante perché offre numerosi spunti di riflessione circa il ruolo della Corte Suprema di garante dei diritti rispetto agli organi democraticamente eletti.

2. La Prima Fase: Reynolds v. United States

Risale al 1879 il primo caso in cui la Corte Suprema viene chiamata ad esprimersi su una pretesa derivante dalla *Free Exercise Clause*: *Reynolds v. United States*⁵. Esso costituisce anche la prima occasione in cui la Corte Suprema approccia la questione dell’esenzione per motivi religiosi dall’applicazione di una legge generale e neutra. Il caso aveva avuto origine da una serie di iniziative del Congresso federale volte a contrastare la pratica dei matrimoni poligamici, incoraggiata e ufficialmente fatta

³ ADAMS A. M., GORDON S. B., *The Doctrine of Accommodation in the Jurisprudence of the Religion Clauses*, in *DePaul Law Review*, Vol. 37, 1988, pag. 319

⁴ D’ANGELO G., *Libertà Religiosa e Diritto Giurisprudenziale: l’Esperienza Statunitense*, Giappichelli Editore, Torino, 2015, pag. 76

⁵ Caso *Reynolds v. United States*, 98 U.S. 145, 1879

propria nel 1852 dalla Chiesa di Gesù Cristo dei Santi degli Ultimi Giorni, comunemente conosciuta come Chiesa Mormone. Infatti nel 1862 una legge federale rese la poligamia un crimine federale in tutti i territori degli Stati Uniti, compreso lo Utah che al tempo non era ancora uno stato, ma un territorio organizzato degli Stati Uniti d'America⁶.

George Reynolds, che aveva subito una condanna per bigamia, sosteneva che la legge federale che puniva tale pratica non potesse applicarsi anche al suo caso poiché la poligamia era incoraggiata dalla sua fede e per questo garantita dalla *Free Exercise Clause*. Per la Chiesa Mormone: “*it was the duty of male members of said church, circumstances permitting, to practice polygamy*”; “*failing or refusing to practice polygamy [...] when circumstances would admit, would be punished, and that the penalty for such failure and refusal would be damnation in the life to come*”.

Decidendo questo caso, la Corte Suprema adotta un approccio estremamente restrittivo circa il significato e la protezione garantita dalla *Free Exercise Clause* e applica un livello di scrutinio debole nei confronti della legge federale; approccio che diverrà il cardine attorno cui ruoterà la sua giurisprudenza negli immediatamente successivi. In primo luogo assume l'idea, attribuita a Jefferson, dell'esistenza del *wall of separation* tra la Religione e Stato, da cui farà poi derivare una interpretazione della *Free Exercise Clause* ridotta a minima garanzia della sola libertà di coscienza⁷. La Corte distingue infatti tra la libertà di avere ed esprimere delle convinzioni religiose e la libertà di porre in essere dei comportamenti motivati dalle stesse. Chief Justice Waite, scrivendo per una Corte unanime, affermerà infatti che “il Congresso è stato privato di ogni potere legislativo che vada ad incidere sulle mere opinioni, ma è stato lasciato libero di raggiungere le azioni che siano in violazione di doveri sociali o sovversive del buon ordine”; alla luce di questa lettura, i comportamenti sono in ogni caso

⁶ WITTE J. JR, NICHOLS J., *Religion and the American Constitutional Experiment Third Edition*, Westview Press, 2011, pag. 141

⁷ IBIDEM, pag. 142

soggetti all'intervento regolatore del potere pubblico che serva obiettivi legittimi, indipendentemente dal fatto che siano motivati o meno da convinzioni religiose.

Nella volontà di giustificare il divieto di poligamia fatto proprio dal Congresso federale, Justice Waite ne ripercorre in qualche modo le vicende. "Non vi è stato mai un momento della storia di nessun Stato dell'Unione in cui la poligamia non è stata ritenuta un'offesa contro la società, conoscibile dalle corti civili e punibile con minore o maggiore severità. La poligamia è sempre stata odiosa tra le nazioni settentrionali e occidentali dell'Europa, e, fino all'istituzione della chiesa Mormone, era quasi esclusivamente una caratteristica della vita dei popoli asiatici e africani. Per diritto comune, il secondo matrimonio era sempre nullo e dalla storia più antica d'Inghilterra, la poligamia è sempre stata trattata come un reato contro la società". La legislazione federale, sotto considerazione, era quindi costituzionalmente legittima e valida.

Quanto alla successiva questione, cioè se coloro che fanno della poligamia una parte della loro fede possono essere esclusi dall'ambito di operatività di detta legge, la Corte lo esclude in modo perentorio. Se lo fossero, allora, ragiona Waite, coloro che non fanno della poligamia una parte del loro credo religioso possono essere ritenuti colpevoli e puniti, mentre quelli che lo fanno, dovrebbero essere assolti e liberati. Il Governo non può obbligare la coscienza o i sentimenti, ma, nel suo potere di organizzazione della comunità, può regolare i comportamenti e le azioni che minaccino il buon ordine della stessa. Altrimenti, ragionando con la logica dell'esclusione, si arriverebbe all'estrema conseguenza che un governo civile non possa intervenire per fermare un sacrificio umano solo affermando che esso è una parte necessaria di un culto religioso; permettere questo *"would make the professed doctrines of religious belief superior to the law of the land, and, in effect, to permit every citizen to become a law unto himself. Government could exist only in name under such circumstances"*⁸.

⁸ Caso *Reynolds v. United States*, 98 U.S. 167, 1879

La distinzione assunta dalla Corte tra comportamenti religiosi ed azioni riduce la *Free Exercise Clause* “to a primarily rhetorical commitment to protecting religious liberty”; era sufficiente infatti che gli interventi dell’ autorità non invadessero la sfera delle convinzioni ma rimanessero confinati a regolare i comportamenti perché la regola Reynolds li proteggesse da qualsiasi critica costituzionale⁹. In altre parole, secondo questa impostazione, la *Free Exercise Clause* protegge le convinzioni religiose anche riguardo alla poligamia, ma non i comportamenti che ne conseguono, i quali possono ben essere limitati dal potere pubblico regolatore se contrari a doveri sociali o al buon ordine della società come nel caso dei matrimoni plurimi; e soprattutto la *Free Exercise Clause* non permette di essere scusati, per motivi religiosi, dal rispetto di una legge valida.

È interessante rilevare come in questa fase emerga l’ equazione tra libertà religiosa e percezione della maggioranza. Ciò che rende la poligamia così mostruosa è il fatto che essa sia un affronto puro e diretto alle convinzioni religiose della maggioranza¹⁰. La poligamia viene contrastata in quanto pratica “odious” alla società, “an offence against society” dalla quale derivano “evil consequences”, “abomination in a Christian country”¹¹.

La portata della libertà religiosa alla fine del diciannovesimo secolo, e anche nei primi decenni del secolo successivo, era quindi circoscritta dall’ interesse della maggioranza della popolazione circa virtù e buon ordine della società¹². La considerazione preminente può essere riassunta dal pensiero di Tocqueville sulla democrazia americana: “via via che gli uomini divengono più simili ed eguali è necessario anzitutto che le religioni, pur mettendosi accuratamente fuori dal

⁹ LUPU I. C., *Where Rights Begin: The Problem of Burdens on The Free Exercise of Religion*, in *Harvard Law Review*, Vol. 102, n. 5, 1989, pag. 938

¹⁰ LASH K. T., *The Second Adoption of the Free Exercise Clause: Religious Exemptions Under the Fourteenth Amendment*, in *Northwestern University Law Review*, Vol. 88, n. 3, 1994, pag. 1126

¹⁰ Caso *Reynolds v. United States*, 98 U.S. 145, 1879

¹¹ Così viene definita in vari passi della sentenza ma anche in quello che doveva essere il preambolo alla legge che avrebbe bandito tale pratica da tutto il territorio degli Stati Uniti;

¹² LASH K. T., *The Second Adoption of the Free Exercise Clause...*, cit. nota 10, pag. 1129

movimento giornaliero degli affari, non urtino senza necessità le idee generalmente ammesse e gli interessi permanenti che regnano nella massa, poiché l'opinione comune appare sempre più come il primo e il più irresistibile dei poteri e non vi è fuori di essa un punto d'appoggio tanto forte che permetta di resistere a lungo ai suoi colpi"¹³. Dunque, nonostante la religione sia essenziale alla democrazia, gli interessi della società prevalgono sulle pretese di un gruppo di minoranza.

3. La Seconda Fase: l'inizio della espansione della *Free Exercise Clause*. Attivismo giudiziario.

L'approccio, alquanto restrittivo, che aveva caratterizzato questo primo contatto della Corte Suprema con la *Free Exercise Clause* ha successivamente lasciato spazio ad una fase di espansione secondo due direttrici della clausola sul libero esercizio. In primo luogo una espansione, che potremmo definire "spaziale" dell'operatività della *Free Exercise Clause* attraverso la dottrina della incorporazione, e in secondo luogo una espansione "sostanziale" della sua portata. Il punto di svolta, come vedremo, sarà la pronuncia nel caso *Cantwell v. Connecticut*¹⁴; essa sembra andare verso ciò che era auspicato dagli stessi *framers* della Costituzione che concepivano la libertà di coscienza come "*the unalienable right of private judgment in matters of religion*"¹⁵.

Come si è già detto nel capitolo precedente, per come originariamente concepito, il Primo Emendamento vincolava espressamente l'azione del solo Congresso Federale nella sfera religiosa. La Corte Suprema e le Corti federali inferiori non avevano quindi alcuna giurisdizione sui ricorsi sollevati contro le leggi degli stati che invadessero la sfera protetta dal Primo Emendamento. Tuttavia, attraverso una lettura del Quattordicesimo emendamento – la c.d. *incorporation*– la Corte Suprema già a partire dagli inizi degli anni venti del ventesimo secolo aveva iniziato a rendere determinate garanzie del *Bill of Rights* vincolanti non solo nei

¹³ TOCQUEVILLE A., *La Democrazia in America*, Einaudi, Torino, Ed. 2006, pag. 496

¹⁴ Caso *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296, 1940

¹⁵ WITTE J. JR, NICHOLS J., *Religion and the American Constitutional Experiment...*, cit. nota 6, pag. 151

confronti del potere federale ma anche dinnanzi agli Stati. Questo era stato possibile, secondo la Corte Suprema, attraverso l'ampio concetto di libertà che il Quattordicesimo Emendamento richiamava¹⁶. Quest'ultimo, introdotto dopo la Guerra Civile americana, richiede infatti agli Stati di garantire a tutti i cittadini degli Stati Uniti l'eguale protezione della legge e di non privare nessuna persona dei diritti alla vita, libertà e proprietà, senza una procedura legale nella dovuta forma – la cosiddetta *due process clause*. La Corte Suprema ha individuato proprio nel concetto di "libertà" la chiave per ricomprendervi molte delle limitazioni rivolte al potere federale contenute nel Bill of Rights; infatti "*immunities that are valid as against the federal government by force of the specific pledges of particular amendments have been found to be implicit in the concept of ordered liberty, and thus, through the Fourteenth Amendment, become valid as against the states*"¹⁷. Quindi nel caso *Cantwell v. Connecticut*¹⁸, una Corte unanime affermerà che "*the fundamental concept of liberty embodied in the Fourteenth Amendment embraces the liberties guaranteed by the First Amendment*", e renderà quindi applicabile le garanzie della *Free Exercise Clause* anche nei confronti degli Stati¹⁹.

Questo costituisce un primo elemento di novità nell'approccio della Corte Suprema alla *Free Exercise Clause*. Sebbene non certo possa essere l'*original intent* dei Framers della Costituzione Americana, quel che è sicuro è che il testo del Primo Emendamento parla esplicitamente di Congresso e non di Stati. Inoltre, tra il 1875 e il 1876 era stato il Congresso stesso a considerare l'opportunità di estendere la vincolatività delle *religion clauses* anche agli Stati con il c.d. *Blaine Amendment* che era

¹⁶ Costituzione degli Stati Uniti d'America, Quattordicesimo Emendamento: "Nessuno Stato emanerà o darà vigore ad alcuna legge che restringa i privilegi e le immunità dei cittadini degli Stati Uniti; così pure nessuno Stato priverà alcuna persona della vita, della libertà, o della proprietà, senza una procedura legale nella dovuta forma, ne rifiuterà a chicchessia nei limiti della sua giurisdizione l'eguale protezione delle leggi".

¹⁷ Caso *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319, 1937, par. 325

¹⁸ Caso *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296, 1940

¹⁹ IBIDEM, "*The enactment by a State of any law respecting an establishment of religion or prohibiting the free exercise thereof is forbidden by the Fourteenth Amendment*". Anche se già la Corte Cantwell aveva suggerito l'incorporazione della *Establishment Clause* accanto alla *Free Exercise Clause*, si dovrà attendere fino al 1947 - e al caso *Everson v. Board of Education* 330 U.S. 1 (1947) - per una decisione esplicita in tal senso.

stato discusso e infine rigettato ma di certo non perché lo si ritenesse superfluo in quanto il medesimo risultato sarebbe stato già raggiunto con l'adozione del Quattordicesimo Emendamento dieci anni prima²⁰. L'incorporazione del Primo Emendamento nel Quattordicesimo, in modo tale da renderlo applicabile anche nei confronti degli Stati, segna quindi un primo cambiamento nell'approccio della Corte Suprema che sembra spingersi verso un ruolo più attivo, meno deferente del potere statale e propenso ad una estensione delle garanzie.

Oltre al profilo finora evidenziato, il caso è di rilevante interesse anche per quanto concerne l'estensione della portata sostanziale della clausola sul libero esercizio. I *Cantwell* erano Testimoni di Geova, arrestati per aver violato un'ordinanza locale, che richiedeva un permesso per svolgere attività di proselitismo, e per incitamento alla violazione della quiete pubblica. Durante l'attività di proselitismo porta a porta in un quartiere a maggioranza cattolica essi avevano infatti provocato una reazione poco amichevole di alcuni passanti con i quali avevano avuto degli scontri. La Corte Suprema ricostruisce l'inibizione costituzionale di una normativa in materia di religione come avente un duplice aspetto: in primo luogo essa impedisce che attraverso la legge si costringa all'accettazione di un qualsiasi credo o alla pratica di una qualsiasi forma di culto. La libertà di coscienza e la libertà di aderire ad una organizzazione religiosa o forma di culto non può essere limitata dalla legge poiché *"under the constitutional guaranty, freedom of conscience and of religious belief is absolute"*.

In secondo luogo, il profilo di discontinuità rispetto alla giurisprudenza precedente consiste nel riconoscimento che il limite costituzionale salvaguarda anche il libero esercizio della religione scelta; *"although freedom to act in the exercise of religion is subject to regulation for the protection of society. Such regulation, however, in attaining a permissible end, must not unduly infringe the protected freedom"*.

²⁰ CONKLE D. O., *Constitutional Law: The Religion Clauses*, Second Edition, Foundation Press, New York, 2009, pag. 23

Sembra chiaro quindi che l'Emendamento, alla luce del nuovo approccio della Corte Suprema, “abbracci due concetti – la libertà di credere e la libertà di agire”²¹. Mentre la prima è assoluta, è nella natura delle cose che la libertà di agire non possa esserlo e che sia soggetta ad una certa regolamentazione per la protezione della società. Per di più, il potere di intervenire dello Stato è evidente quando vi sia un “*clear and present danger*” di disordini e sommosse o quando vi sia una “*other immediate threat*” alla sicurezza pubblica, quiete o ordine pubblico²². Ma in ogni caso, il potere di regolamentazione deve essere esercitato per il raggiungimento di un fine lecito e in modo tale da non violare indebitamente la libertà protetta. Volendo applicare tale ricostruzione all’attività di proselitismo, oggetto del caso di specie, era chiaro secondo la Corte che uno Stato potesse, con una legislazione generale e non discriminatoria, regolare tempi, luoghi e modalità di tale attività per salvaguardare l’ordine all’interno della comunità; ciò doveva tuttavia avvenire senza invadere, in modo incostituzionale, le libertà protette dal Primo Emendamento. Senza dubbio, secondo la Corte Suprema, un divieto assoluto di predicare o diffondere opinioni religiose avrebbe violato i termini della garanzia costituzionale²³.

Come già accennato, il superamento della netta distinzione tra libertà di credere e libertà di agire secondo coscienza sembra essere più in linea con quanto auspicato dagli stessi *founders* della Costituzione. Come concepito dallo stesso James Madison, uno dei più influenti all’epoca, “*the Religion [...] of every man must be left to the conviction and conscience of every man; and it is the right of every man to exercise it as these may dictate*”²⁴.

Nell’affermare però il diritto di agire secondo i dettami della coscienza, emerge di nuovo la necessità di valutare se e in quale misura il diritto individuale possa vincere sulla legge che traduce l’impostazione generale della società e che avevamo visto prevalere nel caso *Reynolds*. Infatti, dall’idea di poter agire secondo le

²¹ Caso *Cantwell v. Connecticut*, 310 U. S., 1940, par. 304

²² IBIDEM, par. 308-309

²³ IBIDEM, par. 303-304

²⁴ MADISON J., *Memorial and Remonstrance against Religious Assessments*, 1785

indicazioni della propria fede deriva la conseguenza di non essere tenuti al rispetto di leggi volute dalla maggioranza che obblighino o proibiscano certe azioni, se ciò provochi un contrasto con i dettami della propria coscienza. Spesso le leggi, seppur generali e legittime per i fini che perseguono, tengono conto degli interessi e dei valori prevalenti nella società e ignorano le richieste dei segmenti meno potenti. Lo stesso Madison parla di pericolo di *tirannia della maggioranza*; egli afferma "in Virginia ho potuto vedere il *Bill of Rights* violato in ogni caso in cui è stato contrapposto ad una corrente popolare. Nonostante la disposizione esplicita a favore dei diritti della Coscienza contenuta in tale documento, è ben noto che [anche] il riconoscimento e il supporto di una religione [*establishment*] avrebbe avuto luogo in tale Stato, se la maggioranza legislativa avesse trovato, come si aspettava, la maggior parte delle persone a favore di tale provvedimento. Ovunque il vero potere giaccia nelle mani di un Governo, c'è il pericolo di oppressione. Nei nostri governi il vero potere risiede nella maggioranza della Comunità, e l'invasione dei diritti individuali deve essere prontamente fermata non rispetto ad atti di governo contrari al buonsenso degli elettori, ma ad atti in cui il governo è solo uno strumento della maggioranza degli elettori"²⁵. Talvolta quindi delle "esenzioni" da leggi volute dalla maggioranza potrebbero rendersi necessarie per proteggere i diritti delle minoranze religiose.

Non è ancora di quest'avviso la Corte Suprema nel caso *Minersville School Board v. Gobitis*²⁶, tra l'altro deciso nel medesimo anno di *Cantwell*; "il semplice fatto di avere delle convinzioni religiose che contraddicono gli interessi rilevanti di una società politica non esime il cittadino dall'assolvere le proprie responsabilità politiche". La Corte Suprema rigetta l'idea che obbligare gli studenti Testimoni di Geova a recitare *the Pledge of Allegiance* e a giurare fedeltà alla bandiera americana fosse una violazione della loro libertà di coscienza, nonostante per la loro religione

²⁵ Madison a Thomas Jefferson, 17 Ottobre 1788; *The Founders' Constitution*, Vol. 1, capitolo 14, doc. 47, The University of Chicago Press

²⁶ Caso *Minersville School Board v. Gobitis*, 310 U.S. 586, 1940

questi atti fossero proibiti in quanto forme di falsa adorazione. Con una maggioranza di otto ad uno, la Corte afferma che “il diritto alla libertà di credo religioso, per quanto dissidente e comunque sgradevole alle preziose convinzioni degli altri - anche di una maggioranza - è esso stesso la negazione di un assoluto. Ma affermare che la libertà di seguire la coscienza non abbia limiti nella vita di una società ripudierebbe la molteplicità di principi che, per una questione di storia, sono alla base della protezione della tolleranza religiosa”; pertanto, conclude la Corte, “le convinzioni religiose non sollevano l'individuo dall'obbedienza ad una legge generale altrimenti valida non finalizzata a favorire o ridurre le credenze religiose”²⁷. Tuttavia, soli tre anni più tardi la Corte Suprema, guidata da Chief Justice Harlan F. Stone, e con una maggioranza di sei a tre, ribalta la decisione *Gobitis*. Il caso presentava delle circostanze del tutto simili al precedente. In *West Virginia State Board of Education v. Barnette*²⁸, sempre studenti Testimoni di Geova erano stati espulsi da scuola in seguito al persistente rifiuto di recitare *the Pledge of Allegiance*. Questa volta però la Corte giudica incostituzionale costringere gli studenti a giurare pubblicamente fedeltà alla bandiera americana. Nella decisione di maggioranza, redatta dal giudice Jackson, si legge: “se c'è una qualche stella fissa nella nostra costellazione costituzionale, è che nessuna autorità statale, alta o piccola, possa prescrivere ciò che dovrebbe essere ortodosso in questioni di politica, patriottismo, religione o altro, o possa costringere qualsiasi cittadino a confessare con la parola o un atto la propria fede in merito”²⁹. Nonostante l'indubbia rilevanza del valore dell'Unità Nazionale simboleggiato dalla bandiera, non era possibile in nome di questo valore obbligare all'uniformità di comportamenti o sentimenti. Anzi, in modo suggestivo, Jackson ricorda che la storia insegna che coloro che iniziano ad eliminare il dissenso con la forza si ritrovano ben presto a sterminare i dissidenti. “*Compulsory*

²⁷ IBIDEM, par. 595

²⁸ Caso *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624, 1943

²⁹ IBIDEM, par. 642

unification of opinion achieves only the unanimity of the graveyard"³⁰. Le limitazioni volute dalla Costituzione devono essere applicate senza timore che dalla libertà di essere intellettualmente e spiritualmente diversi o addirittura contrari ne derivi un pericolo per l'organizzazione sociale. Quindi la maggioranza conclude che l'azione delle autorità locali, costringendo al saluto e giuramento alla bandiera andasse oltre le limitazioni costituzionali al loro potere, e invadesse la sfera dell'intelletto e dello spirito, che preservare da qualsiasi controllo dell'autorità è lo scopo precipuo del Primo Emendamento.

L'approccio della Corte fa emergere due punti interessanti. Innanzitutto, la sentenza *Barnette* è rilevante perché riconduce i principi del *Bill of Rights* ad una logica contro-maggioritaria; si legge infatti che "il reale obiettivo del *Bill of Rights* è quello di sottrarre certe materie dalle vicissitudini delle controversie politiche, di porle al di fuori della portata delle maggioranze o dei funzionari, e di renderle principi giuridici applicati dalle Corti. Il diritto di ognuno alla vita, alla libertà, alla proprietà, alla libertà di espressione, di stampa, di preghiera, di assemblea, e altri diritti fondamentali non possono sottostare al voto; essi non dipendono dal risultato delle elezioni". Le garanzie costituzionali non sono legate alle contingenze politiche. Ma esse non sono neppure ancorate al passato; di qui il secondo punto fondamentale riguarda il ruolo interpretativo della Corte Suprema nel tradurre le idee generali e solenni del *Bill of Rights*, concepite come parte di un modello di governo liberale nel XVIII secolo, in vincoli concreti alle autorità che si occupano dei problemi del XX secolo³¹.

Sebbene la Corte Suprema con *Barnette* non risolva ancora il dilemma circa l'esenzione per motivi religiosi dal rispetto di leggi generali e altrimenti valide, sembra comunque potersi riscontrare un ulteriore passo verso un ruolo più attivo dei giudici nell'interpretare la Costituzione, meno deferente verso le scelte maggioritarie e più garante delle necessità delle minoranze.

³⁰ IBIDEM, par. 641

³¹ IBIDEM, par. 639

4. La Terza Fase: la nascita dello *Sherbert Test* e *Wisconsin v. Yoder*

La fase di espansione della *Free Exercise Clause* subirà un significativo incremento durante gli anni sessanta del ventesimo secolo con due casi in particolare che segneranno la definitiva “sepoltura” di Reynolds ma anche la trasformazione della clausola sul libero esercizio verso una potenziale fonte di potere dei giudici per la tutela della libertà religiosa contro l’insensibilità o l’ostilità diretta del governo³². Ci riferiamo a *Braunfeld v. Brown*³³ e *Sherbert v. Verner*³⁴.

In *Braunfeld* ad essere contestata era la previsione dello Stato della Pennsylvania che stabiliva la domenica come giorno di chiusura obbligatorio delle attività commerciali; in tal modo a venire penalizzati erano quei gruppi religiosi – nel caso specifico ebrei ortodossi – che festeggiavano lo Shabbat di sabato; infatti essi erano costretti a chiudere le loro attività sia la domenica perché così prevedeva la legge, sia il sabato per potersi dedicare alle attività religiose. Riducendo l’attività a cinque giorni lavorativi, risultavano economicamente svantaggiati rispetto ad altri commercianti che, obbligati sia legalmente che moralmente a chiudere la sola domenica, conducevano le proprie attività per sei giorni alla settimana. L’obiettivo del ricorso era determinare l’esistenza di un diritto discendente dalla *Free Exercise Clause* ad essere esentati dal rispetto della legge che obbligava alla chiusura domenicale.

Nella sua analisi, la Corte ritiene che il rifiuto di concedere l’esenzione ai commercianti ebrei fosse giustificato e l’effetto prodotto dalla legge in esame viene descritto come un aggravio solo indiretto al libero esercizio della religione dei commercianti ebrei ortodossi.

Nonostante questa conclusione, la Corte fa in generale salva una possibilità per riscontrare una violazione della *Free Exercise Clause*, anche in tal caso, guardando allo scopo della legge. Se si venisse infatti a determinare che lo scopo della legge è in

³² LUPU I. C., *Where Rights Begin...*, cit. nota 9, pag. 941-942

³³ Caso *Braunfeld v. Brown*, 366 U.S. 599, 1961

³⁴ Caso *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398, 1963

realità quello di impedire l'osservanza di una o più religioni o di discriminare tra esse, la legge sarebbe invalida. Ma se lo stato regola una condotta promulgando una legge generale che rientra nei suoi poteri e il cui scopo ed effetto è quello di promuovere obiettivi secolari, la legge sarebbe valida nonostante l'aggravio indiretto sulla osservanza religiosa, a meno che lo Stato possa realizzare il suo scopo con altri mezzi che non impongano un tale onere³⁵. Nel caso in esame la Corte ritiene che lo Stato avrebbe incontrato rilevanti difficoltà ad applicare la legge se avesse iniziato a consentirne delle esenzioni³⁶.

La seconda e fondamentale pronuncia è il caso *Sherbert v. Verner*³⁷ deciso nel 1963. La Corte Suprema è guidata da Chief Justice Warren e l'opinione di maggioranza verrà redatta dal giudice William J. Brennan.

Adeil *Sherbert* era membro della Chiesa Avventista del Settimo Giorno ed era stata licenziata perché si era rifiutata di lavorare il sabato, giorno del Shabbat per la sua fede. La donna sosteneva che lo stato del South Carolina avesse violato i diritti che le garantiva la *Free Exercise Clause* nel negarle l'indennità di disoccupazione a seguito del suo licenziamento. La legge pertinente infatti prevedeva che per ottenere l'assegno il richiedente dovesse essere in grado di lavorare ma anche disponibile a farlo; e secondo le autorità competenti le motivazioni religiose non costituivano una "good cause" tale da giustificare il suo rifiuto di lavorare il giorno del sabato. L'argomentazione elaborata dalla *Employment Security Commission* non viene accolta dalla Suprema Corte. Anzi, la conclusione cui giunge la maggioranza è che il rifiuto di concedere l'assegno di disoccupazione avesse soffocato il libero esercizio della religione, violando in tal modo i diritti costituzionali della donna.

Sebbene fosse vero che non vi era alcuna norma che obbligasse la donna a lavorare il giorno del Shabbat, era evidente la pressione che le veniva in ogni caso posta: "la decisione la costringeva a scegliere tra seguire i precetti della sua religione

³⁵ Caso *Braunfeld v. Brown*, 366 U.S. 599, 1961

³⁶ IBIDEM, par. 607-609

³⁷ Caso *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398, 1963

e rinunciare ai benefici da un lato, o abbandonare uno dei precetti della sua religione per accettare un lavoro, dall'altro". Secondo la Corte: "l'imposizione governativa di tale scelta pone lo stesso tipo di aggravio al libero esercizio della religione quale sarebbe un'ammenda inflitta contro la ricorrente per la sua preghiera del Sabbath; [...] condizionare la disponibilità dei benefici alla volontà della ricorrente di violare un principio cardine della sua fede religiosa penalizza effettivamente il libero esercizio delle sue libertà costituzionali"³⁸. Alla luce di quanto affermato, la Corte esclude che Stato possa qualificare *l'idoneità* in un modo tale da costringere un lavoratore ad abbandonare le sue convinzioni religiose circa il giorno di riposo settimanale.

In *Sherbert*, quindi, la Corte amplia la propria concezione della libertà di credo e coscienza ritenendo che la *Free Exercise Clause* non solo consenta di non partecipare a cerimonie o forme di giuramento (*Barnette*), ma possa anche esentare dal rispetto di altre leggi o disposizioni generali che aggravino indebitamente la coscienza³⁹; a meno che lo Stato non possa opporre un "*compelling state interest*" tale da giustificare una sostanziale violazione dei diritti che derivano dal Primo Emendamento.

L'elemento di novità di *Sherbert* consiste proprio nella qualificazione dell'interesse che deve opporre lo Stato e quindi nell'introduzione del requisito del "*compelling state interest*" che diventerà trenta anni più tardi il fulcro dell'assunzione da parte del legislatore federale del compito di difendere la libertà religiosa⁴⁰. Laddove lo Stato rifiuti di permettere un certo comportamento religiosamente motivato, deve opporre un interesse pubblico definito "*compelling*"⁴¹; quanto al contenuto di questo interesse statale particolarmente rilevante, la Corte afferma che a tal proposito non sarà sufficiente provare la mera esistenza di "*a rational relationship to some colorable state interest*"; [...] ma "*in this highly sensitive constitutional area*", "*only the gravest abuses*,

³⁸ IBIDEM, par. 406

³⁹ WITTE J. JR, NICHOLS J., *Religion and the American Constitutional Experiment...*, cit. nota 6, pag. 152

⁴⁰ LUPU I.C., *Hobby Lobby and The Dubious Enterprise of Religious Exemptions*, in *Harvard Journal of Law & Gender*, Vol. 38, 2015, pag. 49

⁴¹ D'ANGELO G., *Libertà Religiosa e Diritto Giurisprudenziale...*, cit. nota 4, pag. 72

*endangering paramount interests, give occasion for permissible limitation" e "no such abuse or danger has been advanced in the present case"*⁴².

Justice Douglas, nell'opinione concorrente in *Sherbert* si augura che tale sistema di esenzioni derivanti dalla *Free Exercise Clause* diventi norma comune poiché l'ambiente americano, sempre più pluralistico e multi religioso, ha delle necessità che differiscono da quelle maggioritarie. "Gli scrupoli religiosi dei Musulmani richiedono loro di frequentare una moschea il venerdì e di pregare cinque volte al giorno. Gli scrupoli religiosi di un Sikh gli richiedono di portare con sé una spada autentica o simbolica. Gli scrupoli religiosi di un Testimone di Geova gli insegnano ad essere un colportore, andando di porta in porta, di città in città, distribuendo i suoi opuscoli religiosi. Gli scrupoli religiosi di un Quacchero lo costringono ad astenersi dal giuramento. Gli scrupoli religiosi di un Buddista possono richiederli di astenersi dal consumare qualsiasi tipo di carne, o anche di pesce. Gli esempi potrebbero essere molteplici, compresi quelli di un Avventista, il cui Shabbat è il sabato e a cui è consigliato di non mangiare alcune carni. Questi sono sufficienti, tuttavia, a dimostrare che molte persone hanno credenze estranee alla maggior parte della nostra società - credenze che sono protette dal Primo Emendamento, ma che potrebbero facilmente essere calpestate con il pretesto di regolamentazioni per la "sorveglianza" o "salute" che riflettono il punto di vista della maggioranza"⁴³.

Nonostante questo auspicio, nei casi successivi la Corte Suprema raramente ha sostenuto la parte che vantava una pretesa derivante dalla *Free Exercise Clause*. Generalmente ha infatti riscontrato o che la libertà religiosa non fosse stata violata o che lo Stato potesse vantare un *compelling state interest* per giustificare la sua posizione. Ma in realtà neppure il *compelling interest test* ha avuto una grande forza dinnanzi ad un caso di esenzione per motivi religiosi; v'è chi afferma infatti che se fosse stato applicato con lo stesso vigore che aveva avuto in altri settori in cui era

⁴² Caso *Sherbert v. Verner*, 374 U. S., par. 407

⁴³ IBIDEM, par. 411

stato utilizzato, quali le discriminazioni razziali o leggi che violavano la libertà di espressione, l'azione statale o federale avrebbe avuto veramente poco spazio per sopravvivere allo scrutinio costituzionale⁴⁴. Di fatto, la Corte Suprema ha rigettato tutte le richieste di *free exercise exemptions* da leggi che aggravavano il libero esercizio della libertà religiosa del ricorrente, eccetto quelle che riguardavano indennità di disoccupazione che erano governate dal precedente *Sherbert*. Tant'è che si parla del *free exercise compelling interest test* come di una "*Potemkin doctrine*"⁴⁵. L'unica eccezione è costituita dal caso *Wisconsin v. Yoder*⁴⁶ di cui tratteremo a breve.

Solitamente si parla del caso *Sherbert* come del primo caso in cui la Corte Suprema ha riconosciuto un diritto all'esenzione dal rispetto di una legge generale e neutra, per motivi religiosi. V'è invece chi sostiene che il caso *Sherbert* sia in realtà un "*false exemption case*"; secondo questa diversa analisi si tratterebbe più propriamente di una estensione del concetto di giusta causa per rifiutare un'offerta di occupazione in modo tale da ricomprendervi anche il rifiuto per motivi religiosi, piuttosto che di una esenzione imposta dal soddisfacimento del requisito della *good cause*⁴⁷. Il "*true exemption case*" sarebbe invece il solo *Wisconsin v. Yoder* deciso nel 1972 dalla Corte Suprema guidata dal Chief Justice Warren E. Burger, che sarà anche il redattore della sentenza unanime⁴⁸. In questo caso la Corte Suprema estenderà la logica della *free exercise exemption* fino al suo punto massimo⁴⁹.

In *Yoder* oggetto di contestazione era il rifiuto da parte dello Stato di consentire un'esenzione ad alcuni bambini Amish dal rispetto della normativa sulla frequenza scolastica obbligatoria. Lo stato del Wisconsin infatti prevedeva che tutti i bambini dovessero frequentare la scuola, pubblica o privata accreditata, fino all'età

⁴⁴ GREENAWALT K., *Religion and the Constitution Free Exercise and Fairness*, Princeton e Oxford, Princeton University Press, versione e-book, 2006

⁴⁵ MCCONNELL M.W., *Free Exercise Revisionism and The Smith Decision*, in *The University of Chicago Law Review*, 1990, pag. 1110

⁴⁶ Caso *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205, 1972

⁴⁷ LUPU I.C., *Hobby Lobby and The Dubious Enterprise...*, cit. nota 40, pag. 51

⁴⁸ IDEM, pag. 51

⁴⁹ WITTE J. JR, NICHOLS J., *Religion and the American Constitutional Experiment...*, cit. nota 6, pag. 154

dei 16 anni. Ma un gruppo di seguaci della fede Amish si opponeva a questa regola: essi non volevano che i figli frequentassero la scuola oltre l'ottavo grado – quindi oltre i 13-14 anni – adducendo motivazioni religiose. I genitori affermavano di voler preservare i figli da influenze del modo di vivere occidentale durante un'età nella quale avrebbero appreso gli aspetti fondamentali del modo di vivere della cultura Amish, tra cui tecniche di agricoltura e carpenteria per i maschi, cucito e lavori domestici per le femmine. Il fatto che lo Stato obbligasse i genitori a mandare i figli nelle scuole statali oltre i limiti imposti dalla loro cultura, costituiva secondo loro una violazione della *Free Exercise Clause*.

Secondo la Corte Suprema, "l'interesse dello Stato a garantire un'educazione universale non è totalmente svincolato da un processo di bilanciamento con altri diritti fondamentali, come quelli protetti dal Primo Emendamento e dalla *Free Exercise Clause*, e il tradizionale interesse dei genitori all'educazione religiosa dei loro figli"⁵⁰. La Corte Suprema riconosce che l'obiezione degli Amish fosse saldamente radicata nella loro concezione religiosa: la famiglia sosteneva infatti che i valori insegnati nella scuola superiore fossero in generale contrasto con i loro valori e con il loro modo di vivere; obbligare all'istruzione scolastica secondaria obbligatoria costituiva un'esposizione alla competitività, al successo mondano, alle realizzazioni intellettuali, alle conoscenze tecniche e scientifiche, tutti valori in conflitto con le loro credenze. Il bambino posto in un ambiente ostile alle credenze Amish veniva separato, fisicamente ed emotivamente, dalla sua comunità durante la fase della adolescenza, cruciale e formativa della vita.

Secondo l'approccio che era stato teorizzato in *Sherbert*, l'unica possibilità che lo Stato aveva per imporre la frequenza scolastica obbligatoria oltre l'ottavo grado anche contro la pretesa che ciò costituisse una interferenza con il libero esercizio di una religione, era opporre un interesse di grandezza tale da ignorare la protezione di quegli interessi risalenti alla clausola del libero esercizio; emerge infatti dalla

⁵⁰ Caso *Wisconsin v. Yoder*, 406 U. S. 214, 1972

pronuncia che solo gli interessi di ordine più alto e quelli non realizzabili con altri mezzi possono vincere sulle pretese derivanti dal libero esercizio della religione⁵¹.

Secondo la Corte Suprema, per quanto forte fosse l'interesse dello Stato a garantire l'istruzione obbligatoria universale, esso non poteva affatto dirsi assoluto, ma era necessario operare un bilanciamento con altri interessi in gioco. *"The traditional way of life of the Amish is not merely a matter of personal preference, but one of deep religious conviction, shared by an organized group, and intimately related to daily living"*; *"compulsory school attendance to age 16 for Amish children carries with it a very real threat of undermining the Amish community and religious practice as they exist today; they must either abandon belief and be assimilated into society at large or be forced to migrate to some other and more tolerant region"*⁵². Alla luce di quanto affermato la Corte conclude che il Primo e il Quattordicesimo Emendamento impedivano allo Stato di obbligare i figli dei ricorrenti a frequentare la scuola statale per 16 anni⁵³.

Yoder, come *Sherbert*, utilizza i concetti di *substantial burden* e *compelling state interest*, ma è chiaro leggendo le opinioni dei giudici, che la Corte ha optato per un bilanciamento degli interessi in gioco, dello Stato e dei genitori – risolvendo infine il caso in favore dei genitori Amish⁵⁴. La Corte sottolinea che gli Amish sono una congregazione religiosa con secoli di storia, che hanno fatto parte della storia americana da un lungo periodo e che hanno dimostrato in modo convincente la sincerità delle loro credenze religiose, l'interrelazione della fede con la loro modalità di vita, il ruolo vitale che la fede insieme alla vita quotidiana giocano nel garantire la sopravvivenza della comunità *Old Order Amish* e i rischi presentati dalla applicazione da parte dello Stato di una legge generale⁵⁵. D'altra parte, spettava allo Stato provare che concedere una esenzione agli Amish avrebbe danneggiato il suo interesse a

⁵¹ IBIDEM, par. 215

⁵² IBIDEM, par. 216-218

⁵³ IBIDEM, par. 235

⁵⁴ LUPU I.C., *Hobby Lobby and The Dubious Enterprise...*, cit. nota 40, pag. 50-51

⁵⁵ Caso *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 215, 1972. Secondo la Corte *"the Amish have demonstrated the sincerity of their religious beliefs, the interrelationship of belief with their mode of life, the vital role that belief and daily conduct play in the continuing survival of Old Order Amish communities"*.

garantire un'istruzione universale. Ma nel bilanciamento tra gli interessi coinvolti erano stati i credenti Amish a fornire la prova più convincente per accogliere le loro obiezioni religiose: rinunciare ad uno o due anni di istruzione obbligatoria non avrebbe messo in pericolo né la salute fisica o mentale del bambino né la sua capacità di essere autosufficiente o di svolgere i compiti e le responsabilità della cittadinanza, né avrebbe rischiato in qualsiasi altro modo di sminuire il benessere della società⁵⁶.

Ovviamente quando si parla di bilanciamento si affida un compito delicato ad una Corte ma anche un certo spazio di discrezionalità nell'interpretazione. È la Corte stessa ad evocare una certa preoccupazione: le Corti devono muoversi con grande prudenza nello svolgimento del compito sensibile e delicato di bilanciare una legittima preoccupazione sociale di uno Stato con le rivendicazioni religiose all'esenzione dagli obblighi di istruzione generalmente applicabili, poiché esse non sono né "consigli di istituto" né il legislatore e sono mal equipaggiate per determinare la "necessità" di interesse statale⁵⁷.

Per riassumere, in *Yoder* la Corte Suprema ha affermato che la legge del Wisconsin, pur formalmente neutrale, non poteva essere applicata nei confronti del popolo Amish. Quindi, nonostante la legge fosse costituzionale in quanto rispondente all'esercizio di un potere dello Stato, non lo era l'applicazione nel caso concreto al popolo Amish che aveva diritto ad una esenzione.

L'affermazione di un diritto all'esenzione per motivi religiosi da una legge generale e neutra comporta però due ordini di problemi: innanzitutto questa esenzione potrebbe essere letta come un "trattamento di favore"; si rischia così di trasformare una legge neutrale rispetto alla religione in una che ne garantisce un trattamento preferenziale, creando delle tensioni con *l'Establishment Clause*. In secondo luogo, un obbligo costituzionale di esenzione in *Yoder* ha reso necessaria una valutazione della Corte sulla sincerità dei sentimenti religiosi che erano alla base

⁵⁶ IBIDEM, par. 229-234

⁵⁷ IBIDEM, par. 235

della richiesta di esenzione per determinare la meritevolezza della richiesta; valutazione che non spetterebbe ad una Corte condurre⁵⁸.

5. La Quarta Fase: Smith e il ritorno del Judicial Restraint.

Le problematiche summenzionate ritorneranno in auge nella sentenza *Employment Division Department of Human Resources of Oregon v. Smith*⁵⁹ che concluderà ufficialmente l'era delle "constitutionally required exemptions"; con *Smith*, la Corte Suprema abbandona la dottrina del *compelling state interest* – o come sostenuto dalla dissenziente O' Connor "dramatically departs from well settled First Amendment jurisprudence" - ritenendo che "the right of free exercise does not relieve an individual of the obligation to comply with a valid and neutral law of general applicability on the ground that the law proscribes conduct that his religion prescribes"⁶⁰.

La pronuncia *Smith* è stata sommersa da un forte ondata di critiche provenienti dal mondo accademico, ma anche dalla politica e dai social media; è stata dipinta come "a sweeping disaster for religious liberty"⁶¹ o addirittura "the most dangerous attack on our civil rights in this country since the Dred Scott decision in 1850s declared that blacks were not fully human beings"⁶²; si è detto anche che con essa alla Corte Suprema era bastato un colpo di penna per eliminare la libertà religiosa dal *Bill of Rights*⁶³. Indipendentemente dal fatto che si possa essere d'accordo o meno con la pronuncia, è innegabile che *Smith* abbia rappresentato e rappresenti tuttora un punto fondamentale nell'interpretazione della *Free Exercise Clause* da parte della Suprema Corte.

⁵⁸ In tal senso STONE G.R., *Constitutionally Compelled Exemptions and Free Exercise Clause*, in *William and Mary Law Review*, Vol. 27, 1986, pag. 987-988

⁵⁹ Caso *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872, 1990

⁶⁰ IBIDEM, par. 879

⁶¹ GARNETT R. W., *The Political (And Other) Safeguards Of Religious Freedom*, in *Cardozo Law Review*, Vol. 32, n. 5, 2011, pag. 1815 (citando EDWARD MCGLYNN GAFFNEY, DOUGLAS LAYCOCK & MICHAEL W. MCCONNELL, *An Open Letter to the Religious Community*, FIRST THINGS, 1991)

⁶² RYAN J.E., *Smith and The Religious Freedom Restoration Act: An Iconoclastic Assessment*, in *Virginia Law Review*, Vol. 78, 1992, 1409-1410

⁶³ IDEM, 1409-1410

Anche il caso *Smith*, come *Sherbert*, trae origine da un licenziamento; due nativi americani dipendenti in una clinica di riabilitazione per tossicodipendenti erano stati licenziati per cattiva condotta – *misconduct* – dopo aver fatto utilizzo di peyote, una sostanza stupefacente utilizzata da secoli dai nativi americani nelle loro cerimonie religiose. Per l'*Employment Division, Department of Human Resources of Oregon* questo era stato sufficiente per negare loro l'indennità di disoccupazione. La Corte d'Appello e la Corte Suprema dell'Oregon avevano ribaltato però la decisione sostenendo che lo Stato non potesse qualificare l'esercizio di una pratica religiosa come *misconduct*.

Nel caso, la Corte Suprema era stata chiamata a decidere se la *Free Exercise Clause* permettesse allo stato Oregon di includere nel divieto generale all'uso del peyote, anche l'assunzione della sostanza per motivi religiosi e se, di conseguenza, allo Stato fosse permesso negare l'indennità di disoccupazione per cattiva condotta derivante dall'assunzione di quella droga. La maggioranza decide a favore dello stato: le convinzioni religiose individuali non scusano la persona dall'adempiere e rispettare una legge, in ogni altro aspetto valida, che vieta un comportamento che lo Stato è libero di regolare⁶⁴. La sentenza è ricca di spunti interessanti che meritano di essere affrontati separatamente.

5.1. La distinzione *Belief – Conduct*.

La Corte Suprema, ricollegandosi a ciò che aveva già affermato in precedenza a partire dal caso *Cantwell*, ribadisce superata l'impostazione che differenziava tra la libertà di avere delle convinzioni religiose e la libertà di esercitare tali convinzioni attraverso veri e propri comportamenti e che limitava la protezione della *Free Exercise Clause* solo alla prima. Si legge infatti "*the exercise of religion often involves not only belief and profession but the performance of (or abstention from) physical acts: assembling*

⁶⁴ Caso *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872, 1990, par. 878- 879

with others for a worship service, participating in sacramental use of bread and wine, proselytizing, abstaining from certain foods or certain modes of transportation”⁶⁵.

Tuttavia, sebbene sia indubbio che la *Free Exercise Clause* garantisca una sfera di protezione anche alle pratiche religiose, la Corte non concorda con la lettura che ne danno i due convenuti: seguendo *Sherbert* e *Yoder*, essi affermavano che proibire il libero esercizio della religione consisteva anche nel pretendere che una persona osservasse una legge generalmente applicabile che richiedeva però la prestazione di un atto che la propria religione proibiva⁶⁶. In altre parole, sebbene la legge in questione non fosse affatto volta a limitare una pratica religiosa e non ne fosse messa in dubbio la costituzionalità se applicata a tutti coloro che assumevano la sostanza per altre ragioni, i due convenuti affermavano che la motivazione religiosa che stava alla base del loro uso del peyote li ponesse oltre la portata della legge che ne proibiva l'utilizzo. Ma la maggioranza della Corte, guidata dal giudice Scalia, non concorda e si dissocia da quella che era sembrata dover essere ormai una costante della giurisprudenza; se limitare il libero esercizio della religione è solo l'effetto incidentale di una legge generalmente applicabile e altrimenti valida, il Primo Emendamento non è in alcun modo leso⁶⁷. Citando *Reynolds*, Scalia afferma *“conscientious scruples have not, in the course of the long struggle for religious toleration, relieved the individual from obedience to a general law not aimed at the promotion or restriction of religious beliefs; [...] to permit this would be to make the professed doctrines of religious belief superior to the law of the land, and in effect to permit every citizen to become a law unto himself”⁶⁸.*

⁶⁵ IBIDEM, par. 878

⁶⁶ IBIDEM, par. 878- 879

⁶⁷ IDEM, par. 878- 879

⁶⁸ IBIDEM, par. 878- 880

5.2. Le eccezioni alla Regola Smith

Se è vero che la pronuncia *Smith* ha posto fine alla dottrina delle “*constitutionally required exemptions*” è altrettanto vero che *Smith* non fa un *overruling* di *Sherbert*. Anzi, lascia aperti degli spiragli per delineare delle eccezioni capaci di sfuggire alla sua stessa regola.

Secondo *Smith*, se il vincolo al libero esercizio della religione è solo l’effetto incidentale di una legge generalmente applicabile e altrimenti valida, il Primo Emendamento non viene leso. In altre parole, leggi che impongono un limite sostanziale al libero esercizio della religione possono sfuggire allo scrutinio della *Free Exercise Clause* solamente se posseggono due requisiti: debbono essere “neutre” e “generalmente applicabili”. “Neutre” nel senso che non nascondono un intento discriminatorio e che hanno un effetto solo incidentale sul libero esercizio della religione; “generalmente applicabili” nel senso che non prevedono già un meccanismo di possibile esenzione⁶⁹.

5.2.1. Il requisito della generale applicabilità

Quanto all’ultimo requisito, la Corte, nel tentativo di distinguere *Smith* dal precedente *Sherbert*, nota che quest’ultimo si inserisce in un contesto in cui lo Stato aveva già previsto un meccanismo di esenzione individuale dall’applicabilità della legge. In *Sherbert* infatti la normativa statale prevedeva che l’indennità di disoccupazione fosse negata a coloro che avevano perso il lavoro o rifiutato un’occupazione disponibile, senza una giusta causa. Era proprio il criterio della “*good cause*” a creare un meccanismo di esenzione individuale⁷⁰. E quindi “*where the State has in place a system of individual exemptions, it may not refuse to extend that system to cases of religious hardship without a compelling reason*”. “*If there are exceptions for secular interest, the religious claimant has to be treated as favorably as those who benefit from the*

⁶⁹ CONKLE D. O., *Constitutional Law the Religion Clauses...cit. nota 20*, pag. 102

⁷⁰ Caso *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872, 1990 par. 884

secular exceptions”⁷¹. Per i casi che trattano un’indennità di disoccupazione continua a valere il precedente *Sherbert* e di conseguenza il *compelling state interest test*: quando lo Stato ha ideato un sistema di esenzioni individuali non può rifiutare di estendere quelle esenzioni anche a chi soffre degli svantaggi a causa della religione, a meno che non possa contrapporre un interesse estremamente persuasivo. Questa è quindi la ratio che sta alla base del *distinguishing* rispetto al caso *Sherbert*.

5.2.2. Il requisito della neutralità

Quanto invece alla neutralità, la Corte Suprema sembra suggerire che una legge che ha come effetto quello di incidere su una pratica religiosa nascondendo un intento in realtà discriminatorio, non possa sopravvivere lo scrutinio di costituzionalità. Questo, ad esempio, sarà il caso del successivo *Church of Lukumi Babalu Aye, Inc. v. City of Hialeah*⁷² in cui la Corte Suprema chiarirà maggiormente la regola *Smith*.

La Chiesa di *Lukumi Babalù Aye* praticava la religione Santeria che prevede come forma di culto anche il sacrificio animale. Poco dopo l’annuncio della creazione di un luogo di preghiera di Santeria stabile a Hialeah, in Florida, il consiglio comunale aveva adottato diverse ordinanze per proibire il sacrificio di animali in seguito ad una dimostrata preoccupazione pubblica verso tali pratiche. Sebbene il sacrificio animale fosse generalmente vietato, erano state previste però alcune deroghe specifiche per le attività – a scopo alimentare - con licenza dello Stato.

Justice Kennedy redige l’opinione di maggioranza e ribadisce la regola emersa durante *Smith*: “alla luce della *Free Exercise Clause*, una legge che vincola una certa pratica religiosa non necessita di essere giustificata da un *compelling interest* statale, se è neutra e di applicazione generale”. “Tuttavia se non è generale o se non è neutra

⁷¹ LAYCOCK D., *The Supreme Court and Religious Liberty*, in *Catholic Lawyer*, Vol. 40, n. 1, 2000-2001, pag. 35

⁷² Caso *Church of Lukumi Babalu Aye, Inc. v. City of Hialeah*, 508 U.S. 520, 1993

verrà sottoposta al più forte degli scrutini: dovrà infatti essere sorretta da un interesse di speciale importanza e direttamente intesa a perseguire quell'interesse".

Dal testo delle ordinanze, la Corte desume che esse non fossero affatto neutrali ma che celassero un obiettivo diretto alla soppressione del sacrificio rituale della religione Santeria. Inoltre, come spesso accade, alla mancanza di neutralità si accompagna anche la mancanza di generalità: il fatto che gli interessi invocati dall'autorità pubblica – moralità, sicurezza, salute pubblica, impedire atti di crudeltà verso animali – fossero in realtà perseguiti solo contro pratiche motivate da convinzioni religiose dimostra che le ordinanze non fossero affatto di applicazione generale; *"the city's assertions that it is "self-evident" that killing for food is "important," that the eradication of insects and pests is "obviously justified," and that euthanasia of excess animals "makes sense" do not explain why religion alone must bear the burden of the ordinances"*⁷³.

Alla luce di queste argomentazioni la Corte conclude che "le ordinanze non possono resistere al controllo rigoroso, che è richiesto, data la loro incapacità di soddisfare lo standard *Smith*. Esse non sono strettamente rivolte a realizzare gli interessi governativi affermati. Tutti e quattro sono eccessivi [e] non sono perseguiti rispetto ad analoghi comportamenti non religiosi, [...] tali interessi potrebbero essere raggiunti con ordinanze più limitate che aggravino in misura di gran lunga minore la religione. Laddove, come in questo caso, il governo limiti solo un comportamento protetto dal Primo Emendamento e non riesca a mettere in atto le misure possibili per limitare altri comportamenti che producano un danno sostanziale o un presunto danno dello stesso tipo, gli interessi governativi indicati per giustificare la restrizione non possono essere considerati *compelling*"⁷⁴.

⁷³ IBIDEM, par. 542-546

⁷⁴ IBIDEM, pag. 546-547

5.2.3. Hybrid Claims

L'ultima ipotesi di eccezione alla regola *Smith* sono gli "hybrid claims". In *Smith*, la Corte Suprema suggerisce che le rivendicazioni che in passato si erano rivelate vittoriose anche nei confronti di una legge neutrale e generalmente applicata, avevano in realtà avuto ad oggetto "hybrid claims"; con tale concetto la Corte definisce quelle pretese che non implicano solo il libero esercizio della religione ma anche altre garanzie costituzionali, quali le libertà di espressione o i diritti dei genitori nell'educazione dei figli. In tal modo la Corte Suprema distingue il caso *Yoder* da *Smith*, affermando appunto che nel primo oltre a rivendicazioni radicate nella *Free Exercise Clause* sussisteva anche la necessità di garantire il diritto dei genitori di provvedere direttamente all'educazione religiosa dei figli. Questa teoria degli "hybrid claims" è stata criticata come una soluzione di facciata, creata ex post dalla Corte Suprema per giustificare probabilmente la dipartita dalla giurisprudenza precedente e dal caso *Yoder* stesso; certo è che lo sviluppo di questa dottrina da parte della Corte Suprema rimane ad oggi incerto ed incompleto, tant'è che si dubita che essa possa avere in realtà un significato o una applicazione più generali⁷⁵.

5.3. Judicial Restraint e Legislative Deference

Al di là della decisione nel merito della sentenza, un aspetto sicuramente di grande interesse è la definizione del ruolo del giudice rispetto all'organo legislativo.

Uno dei punti centrali avallati dalla maggioranza nel caso *Smith* è che il *compelling state interest* forzerebbe i giudici a fare delle valutazioni che non spetterebbe loro condurre; essi sarebbero chiamati ad operare un bilanciamento tra gli interessi generali ed il significato di una certa pratica religiosa nonché la sua centralità per la fede in questione e "it is not within the judicial ken to question the centrality of particular beliefs or practices to a faith, or the validity of particular litigants' interpretation of those

⁷⁵ CONKLE D. O., *Constitutional Law the Religion Clauses...cit. nota 20*, pag. 106; si veda anche MCCONNELL M.W., *Free Exercise Revisionism and The Smith Decision...*, cit. nota 45, pag. 1121-1122

creeds". Ma se un giudice non può fare questa valutazione, e una certa selezione, significa che qualsiasi rivendicazione nascente da motivazioni religiose risulterebbe nella maggior parte dei casi vittoriosa se il *compelling interest test* fosse applicato con il rigore che lo ha caratterizzato in differenti contesti. Questo condurrebbe, secondo il giudice Scalia, ad una disastrosa anarchia poiché aprirebbe la strada ad un'esenzione da obblighi civili di qualsiasi genere: da quello di prestare il servizio militare obbligatorio, ai sistemi di vaccinazione obbligatoria o a leggi relative al lavoro dei minori, o al pagamento di determinate tasse. Ciò produrrebbe l'avvento della "*parade of horrible*" o di una "marcia degli spettri": "*behind every free exercise claim is a spectral march; grant this one, a voice whispers to each judge, and you will be confronted with an endless chain of exemption demands from religious deviants of every stripe*"⁷⁶. Il pericolo di anarchia, secondo Scalia, è maggiormente accresciuto considerando la società americana assolutamente multi-religiosa: "*[w]e are a cosmopolitan nation made up of people of almost every conceivable religious preference; [...] precisely because we value and protect that religious divergence, we cannot afford the luxury of deeming presumptively invalid, as applied to the religious objector, every regulation of conduct that does not protect an interest of the highest order*"⁷⁷.

Evidente è l'ostilità che mostra la Corte Suprema nel pregiudicare le scelte operate dal legislatore quando la richiesta di *exemption* viene concepita niente altro come *luxury*; queste pretese religiosamente fondate, nascono nei confronti di una decisione governativa che nonostante tutto è stata assunta dagli organi politici e che è giustificata da un legittimo interesse pubblico⁷⁸. Dopo tutto, l'autore dell'opinione, il giudice Scalia, è da sempre sostenitore della prevalenza del processo democratico: "*in a democratic system, of course, the general rule of law has special claim to preference,*

⁷⁶ LUPU I. C., *Where Rights Begin...*, cit. nota 9, pag. 947

⁷⁷ Caso *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872, 1990, par. 888

⁷⁸ LUPU I. C., *Where Rights Begin...*, cit. nota 9, pag. 947

since is the normal product of that branch of government most responsive to the people”⁷⁹; e coerente nel considerare non desiderabile la discrezionalità giudiziale. “When an appellate judge says that the remaining issue must be decided on the basis of the totality of the circumstances, or by a balancing of all the factors involved, he begins to resemble a finder of fact more than a determiner of law. To reach such a stage is, in a way, a regrettable concession of defeat – an acknowledgment that we have passed the point where “law” properly speaking, has any further application”⁸⁰.

Quindi, alla luce di queste considerazioni la maggioranza della Corte preferisce porre fine alle “constitutionally required exemptions” aprendo piuttosto alle “statutory exemptions”: la scelta se concedere delle esenzioni particolari per motivi religiosi deve essere lasciata al decisore politico. In altre parole le Corti non potranno più ordinare eccezioni da leggi generali, ma potrà farlo, e talvolta anche opportunamente, il legislatore.

Riporre la decisione nelle mani dell’organo politico comporta un rischio evidenziato dai critici della pronuncia: “gli organi politici, essendo appunto politici, tenderanno a valutare con maggiore premura quei valori più familiari, tradizionali e socialmente accettati; in un mondo in cui certe convinzioni religiose sono più preminenti di altre, gli organi politici saranno inevitabilmente selettivi, nel senso che solo quelle disposizioni che abbiano delle ripercussioni sulle pratiche religiose delle fedi più numerose e diffuse saranno notate e vi sarà posto rimedio”. Prima di *Smith*, la *Free Exercise Clause* fungeva da correttore di questa “sensibilità selettiva” consentendo alle Corti, che dovrebbero essere istituzionalmente più sensibili e inclini agli interessi dei segmenti meno potenti della società, di estendere alle religioni di minoranza quello stesso grado di premura che le religioni più diffuse e maggioritarie

⁷⁹ SCALIA A., *The Rule of Law as a Law of Rules*, in *University of Chicago Law Review*, Vol. 56, n. 4, 1989, pag. 1176

⁸⁰ IBIDEM, pag. 1182

erano in grado di ottenere attraverso il processo politico. Ora questo equilibratore è venuto meno⁸¹.

Il rischio di svantaggiare quelle pratiche religiose non così diffuse e di minoranza è evidente anche per la Corte stessa ma Scalia lo liquida come *“the unavoidable consequence of democratic government”* che *“must be preferred to a system in which each conscience is a law unto itself or in which judges weigh the social importance of all laws against the centrality of all religious beliefs”*⁸². Di qui la replica della dissenziente O'Connor; *“il Primo Emendamento è stato emanato proprio per proteggere i diritti di coloro le cui pratiche religiose non sono condivise dalla maggioranza e possono essere viste con ostilità. La storia della nostra dottrina sul libero esercizio dimostra ampiamente il duro impatto che la regola maggioritaria ha avuto sui gruppi religiosi impopolari o emergenti, come i Testimoni di Geova e gli Amish”*⁸³. Come già affermato nel già citato caso *Barnette* *“lo scopo di una Carta dei Diritti – Bill of Rights – era proprio quello di sottrarre certi temi dalle vicissitudini della contingenza politica e porli al di là della portata delle maggioranze e dei risultati elettorali”*. Della stessa opinione sono i dissenzienti Blackmun, Marshall e Brennan; *“I do not believe the Founders thought their dearly bought freedom from religious persecution a luxury, but an essential element of liberty, and they could not have thought religious intolerance unavoidable, for they drafted the Religion Clauses precisely in order to avoid that intolerance”*; [...] *I do not think that the courts must turn a blind eyes to the severe impact of a State’s restrictions on the adherents of a minority religion”*⁸⁴. Se Smith insiste sul primato della società civile rispetto alla coscienza, James Madison, aveva affermato l’esatto contrario. *“It is the duty of every man to render to the Creator such homage and such only as he believes to be acceptable to him. This duty is precedent, both in order of time and in degree*

⁸¹ MCCONNELL M.W., *Free Exercise Revisionism and The Smith Decision...*, cit. nota 45, pag. 1132-1136

⁸² Caso *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872, 1990, par. 890

⁸³ IBIDEM, par. 902-903

⁸⁴ IBIDEM, par. 909, 919

of obligation, to the claims of Civil Society. Before any man can be considered as a member of Civil Society, he must be considered as a subject of the Governor of the Universe"⁸⁵.

In realtà, prima che intervenisse *Smith* vi era già una forte divergenza tra l'apparente forte protezione del *compelling interest test* e i reali successi; dopo *Sherbert*, su diciassette ricorsi presentati ne erano stati rigettati tredici, e dei quattro rimanenti solo *Wisconsin v. Yoder* poteva essere considerato una vera vittoria per la libertà religiosa⁸⁶. Quindi, in realtà anche prima di *Smith*, la forte protezione che la Corte sembrava garantire era più apparenza che sostanza⁸⁷. Anzi v'è chi sostiene che proprio per tale motivo l'impatto di *Smith*, al di là dell'ovvia trasformazione della dottrina della *Free Exercise Clause*, sarebbe in realtà stato di poco significato. Soprattutto considerando che anche prima della pronuncia i gruppi religiosi erano riusciti ad avere maggiori successi nell'arena politica di quanti non ne avevano avuti dinnanzi ad una Corte. Esistevano già allora numerose ipotesi di esenzioni per gruppi religiosi sia in leggi federali che statali ed anche norme che vietavano la discriminazione religiosa. Ad esempio nel settore lavorativo il Titolo VII del *Civil Rights Act* del 1964, come emendato nel 1972, prevede che il datore di lavoro debba cercare di accontentare le necessità religiose del proprio dipendente che non causino *undue hardship* – eccessiva difficoltà - per l'attività. Almeno a livello federale è evidente che i gruppi religiosi avevano avuto un'attenzione maggiore dagli organi legislativi che dalle Corti⁸⁸.

Inoltre, il fatto che le minoranze religiose si sarebbero trovate in posizione di svantaggio se lasciate nelle sole mani degli organi politici, non si era sempre dimostrato; basti pensare che già prima di *Smith* il governo federale e quasi la metà

⁸⁵ MADISON J., *Memorial and Remonstrance Against Religious Assessments*, 1785

⁸⁶ RYAN J.E., *Smith and The Religious Freedom Restoration Act...*, cit. nota 62, pag. 1414

⁸⁷ DUNCAN R.F., *Free Exercise is Dead, Long Live Free Exercise: Smith, Lukumi, and the General Applicability Requirement*, *Journal of Constitutional Law*, Vol. 3, 2001, pag. 852

⁸⁸ RYAN J.E., *Smith and The Religious Freedom Restoration Act...*, cit. nota 62, pag. 1449

degli Stati avevano consentito eccezioni ai nativi americani per l'utilizzo del peyote, al contrario della Corte Suprema che l'aveva negata⁸⁹.

Per quanto riguarda infine la contrapposizione tra religioni di maggioranza e di minoranza, se è vero che "nella maggior parte dei casi il legislatore ignora del tutto i problemi dei gruppi minori molti dei quali godono di scarse risorse per difendere i loro interessi,⁹⁰" è vero anche che tutte le religioni nonostante le differenze teologiche sono accomunate da tutta una serie di necessità. Se il legislatore offre una certa protezione ai gruppi religiosi, tutti se ne potranno avvalere, che siano le religioni più diffuse o le più minoritarie.

V'è chi sostiene quindi che, probabilmente, "*the most lasting and helpful legacy of the [Smith] case will be that it finally dispelled the mistaken notion that courts were the leading institutional protectors of religious liberty*⁹¹". Solitamente infatti si è portati a pensare al *judicial review* come fondamentale per la protezione degli interessi individuali dalle distorsioni della regola maggioritaria. Se le istituzioni democratiche rappresentano la volontà della maggioranza, le Corti dovrebbero essere più inclini alle necessità delle minoranze religiose. La realtà americana sulla libertà religiosa ha messo in dubbio questo modello tradizionale. Anzi, a partire dal caso *Smith* la Corte ha affermato che non era il suo compito quello di difendere le minoranze religiose, che devono cedere il passo alle decisioni assunte dai rappresentanti democraticamente eletti; vedremo invece che sarà proprio il Congresso federale a prendere l'iniziativa – con il *Religious Freedom Restoration Act* – di contrastare la regola *Smith* e di ricreare, a dispetto degli interessi maggioritari, uno spazio anche per le voci di minoranza. Paradossalmente quindi "*it was the legislature, not the judiciary, that was more responsive to minority interests; and it was the Court, not the legislature, that was most solicitous of majoritarian values*"⁹².

⁸⁹ IBIDEM, pag. 1452

⁹⁰ MCCONNELL M.W., *Free Exercise Revisionism and The Smith Decision...*, cit. nota 45, pag. 1136

⁹¹ RYAN J.E., *Smith and The Religious Freedom Restoration Act...*, cit. nota 62, pag. 1413

⁹² MCCONNELL M.W., *Religious Freedom, Separation of Powers, and the Reversal of Roles*, in *Brigham Young University Law Review*, 2001, pag. 611-612

6. Sherbert e Smith: judicial activism v. judicial restraint

Vi è un ultimo aspetto che merita di essere rilevato. Nelle due pronunce che hanno segnato l'inizio e la fine delle *"constitutionally required exemptions"* si fronteggiano due visioni contrapposte del ruolo del giudice sia rispetto alla Costituzione e alla sua interpretazione, sia rispetto all'organo politico. Due visioni opposte che sono state fatte proprie dai due giudici, estensori delle relative opinioni di maggioranza, nei casi *Sherbert* e *Smith*.

In *Sherbert*, a redigere l'opinione di maggioranza è il giudice William Brennan, guarda caso uno dei più forti sostenitori della necessità di leggere la Costituzione come un *"documento vivente"* che i giudici devono interpretare alla luce dei cambiamenti sociali e dei nuovi valori e bisogni fronteggiati dalla società, con il fine di promuovere sempre la dignità umana⁹³. La cultura americana di oggi, considerevolmente differente da quella dei *framers* rende necessaria, secondo Brennan, la lettura della Costituzione alla luce dei principi fondamentali che essa enuclea.

La pronuncia *Smith* viene redatta invece dal giudice Scalia, oppositore dei giudici attivisti e dell'interpretazione evolutiva della Costituzione e sostenitore forte della *"teoria democratica"*: *"in a democratic system, of course, the general rule of law has special claim to preference, since is the normal product of that branch of government most responsive to the people"*⁹⁴; egli è un oppositore del giudice creatore del diritto: *"the judge makes law, by extorting from precedents something which they do not contain. He extends his precedents, which were themselves the extension of others, till, by this accommodating principle, a whole system of law is built up without the authority or interference of the legislator"*⁹⁵. Secondo Scalia, al giudice non può essere affidato il potere di bilanciare gli interessi generali con gli interessi religiosi individuali e di

⁹³ ADAMS A. M., *Justice Brennan and the Religious Clauses: The Concept of a Living Constitution*, in *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 139, 1991, pag. 1319

⁹⁴ SCALIA A., *The Rule of Law...*, cit. nota 79, pag. 1176

⁹⁵ SCALIA A., *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton University Press, Princeton New Jersey, 1997, pag. 11

creare in tal modo ipotesi di “esenzioni religiose”; la creazione non spetta alle Corti ma deve essere lasciata al processo politico e democratico; se poi questo porrà le minoranze religiose in posizione di svantaggio, ciò dovrà essere accettato come l’inevitabile conseguenza della democrazia⁹⁶.

Dunque, secondo l’orientamento della teoria democratica: “*because ours is a government of the people’s elected representatives, substantive value choices should by and large be left to them*”, [to] “*the predominant contemporary authority of the elected branches of government*”⁹⁷. L’effetto sul ruolo interpretativo della Costituzione è che “*faith in the majoritarian process counsels restraint*”⁹⁸.

Brennan non concorda con questa impostazione: “*faith in democracy is one thing, blind faith quite another*”. Per il giudice, “il vero scopo della Costituzione, e in particolare del *Bill of Rights*, è quello di proclamare certi valori trascendenti, oltre la portata delle maggioranze politiche temporanee. Non ci si può aspettare che il processo maggioritario corregga le rivendicazioni di diritti delle minoranze che si presentano come risposta agli esiti proprio di quel processo maggioritario”⁹⁹. Il testo della Costituzione racchiude dei valori supremi, la dignità umana, la libertà, la giustizia, che stanno oltre il potere di qualsiasi legislatore, tra i quali anche “*the prohibition of laws tending to establish religion or enjoying the free exercise of religion*”¹⁰⁰. Un approccio interpretativo che sia coerente con il contenuto della Costituzione non può non considerare l’esistenza di queste scelte di valore sostanziali e deve cercare di adattare al cambiamento dei tempi¹⁰¹. Dopotutto, la necessità prevenire fenomeni di oppressione e di avere protezione di questi valori fondamentali era proprio ciò che aveva portato, secondo Brennan, prima all’adozione del *Bill of Rights* per

⁹⁶ Caso *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872, 1990, par. 890

⁹⁷ BRENNAN W. J., *The Constitution of the United States: Contemporary Ratification, Text and Teaching*, Symposium George Town University, Washington D.C., 1985, pag. 5

⁹⁸ IDEM, pag. 5

⁹⁹ IBIDEM, pag. 6

¹⁰⁰ IDEM, pag. 6

¹⁰¹ IDEM, pag. 6

circoscrivere il potere federale; e successivamente all'*incorporation* quando la richiesta era cresciuta nel senso di proteggere le prerogative dei cittadini anche contro il potere degli stati. Attraverso l'incorporazione si era dato vita ad un processo "*by which the guarantees have been taken over from the earlier articles of the federal bill of rights and brought within the Fourteenth Amendment by a process of absorption that had its source in the belief that neither liberty nor justice would exist if those guarantees were sacrificed*"¹⁰².

Il riconoscimento di profondi e ampi diritti di coscienza è richiesto dal valore della dignità umana che permea la Costituzione: "la visione costituzionale della dignità umana rifiuta la possibilità dell'ortodossia politica imposta dall'alto; rispetta il diritto di ogni individuo di formare ed esprimere giudizi politici, per quanto possano essere lontani dalla corrente principale e sconvolgenti per i potenti o per i gruppi più autorevoli"¹⁰³. Certo una piena garanzia della libertà religiosa potrebbe voler dire accrescere il potere e la discrezionalità dei giudici ma "quando la costituzione impone limiti al potere del governo, l'interpretazione di tali limiti in casi marginali è l'inevitabile risultato del costituzionalismo"¹⁰⁴.

7. Il *Religious Freedom Restoration Act*

L'interpretazione restrittiva che aveva caratterizzato la sentenza *Smith* e la fine delle "*constitutionally mandated accommodations*" ha presto generato la forte reazione del Congresso federale che attraverso una legge ha cercato di fornire quella protezione garantita dall'interpretazione costituzionale *pre-Smith*. Nel 1993 il Congresso, quasi all'unanimità¹⁰⁵, ha adottato il RFRA (*Religious Freedom Restoration Act*) con l'esplicito proposito di riportare in vita la precedente dottrina dei casi *Sherbert* e *Yoder* ed in particolare il *compelling interest test*¹⁰⁶. Si afferma infatti che

¹⁰² IBIDEM, pag. 11, citando Justice Cardozo in *Palko v. Connecticut* 302 U.S. 326, 1937

¹⁰³ IBIDEM, pag. 14

¹⁰⁴ MCCONNELL M.W., *Free Exercise Revisionism and The Smith Decision...*, cit. nota 45, pag. 1129, 1153

¹⁰⁵ L'atto è stato approvato all'unanimità dalla Camera dei Rappresentanti, mentre al Senato è passato con soli 3 voti contrari.

¹⁰⁶ Alla sezione *purposes* si legge infatti che gli obiettivi sono: (1) *to restore the compelling interest test as set forth in Sherbert v. Verner and Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972) and to guarantee its application in

l'autorità pubblica federale non può gravare in modo sostanziale l'esercizio della religione di una persona anche se il vincolo imposto deriva da una regola di applicabilità generale, a meno che non dimostri che l'applicazione di tale onere alla persona è in favore di un interesse pubblico pregnante ed è il mezzo meno restrittivo per favorire tale interesse¹⁰⁷.

Attraverso l'adozione del RFRA, la legislazione federale si è dimostrata più sensibile agli interessi dei gruppi minoritari di quanto avesse fatto la Corte Suprema, tant'è che v'è chi fa notare come tale vicenda metta in dubbio quel modello tradizionale in cui *"judicial review provides a backstop for minority interests against a legislative branch that is presumed to be concerned with the majority"*¹⁰⁸. Ma questa ricostruzione non è da tutti condivisa, anzi v'è chi sostiene che il RFRA abbia in realtà rappresentato un *"delegation problem"*: ha offerto al Presidente e ai legislatori l'occasione di mostrarsi paladini a difesa della libertà religiosa lasciando però il problema di interpretare gli standard da esso stabiliti alle corti e in primis alla Corte Suprema¹⁰⁹.

Nella sua configurazione originale il RFRA riguardava non solo gli atti della autorità pubblica federale ma comprendeva anche gli atti degli stati. Tuttavia, nel 1997 la Corte Suprema ne ha ridotto l'estensione materiale; infatti con la sentenza *City of Boerne v. Flores*¹¹⁰ ha invalidato il RFRA laddove si applicava agli stati membri poiché ciò viene considerato dalla Corte una invasione delle competenze statali in violazione della separazione dei poteri e della suddivisione tra competenze federali e statali. Il RFRA è rimasto però valido quando applicato alle leggi e agli atti federali.

all cases where free exercise of religion is substantially burdened; and (2) to provide a claim or defense to persons whose religious exercise is substantially burdened by government. Si veda il link: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/42/2000bb>

¹⁰⁷ 42 U.S. Code § 2000bb-1 -Free exercise of religion protected, reperibile al link: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/42/2000bb%E2%80%931>; *"Government shall not substantially burden a person's exercise of religion even if the burden results from a rule of general applicability, except [...] only if it demonstrates that application of the burden to the person is in furtherance of a compelling governmental interest and is the least restrictive means of furthering that compelling governmental interest"*.

¹⁰⁸ MCCONNELL M.W., *Religious Freedom, Separation of Powers...*, cit. nota 92, pag. 614

¹⁰⁹ LUPU I.C., *Hobby Lobby and The Dubious Enterprise...*, cit. nota 40, pag. 55

¹¹⁰ Caso *City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507, 1997

Nel 2006 la Corte ha deciso il caso *Gonzales v. O Centro Espirita Beneficente União do Vegetal*¹¹¹ che sollevava una questione del tutto analoga al caso *Smith*; l'associazione religiosa *O Centro Espirita Beneficente União do Vegetal* (UDV) sosteneva che il RFRA imponesse al governo di consentire l'assunzione di una sostanza allucinogena - *hoasca tea*, altrimenti vietata dal *Controlled Substance Act* - in assenza di un interesse governativo imponente. Una Corte unanime si è pronunciata a favore del ricorrente rigettando l'argomentazione del governo che non lasciava spazio ad un accomodamento. Interessante nel caso *O Centro* è la definizione che Chief Justice Roberts dà del compito della Corte: “[w]e have no cause to pretend that the task assigned by Congress to the courts under RFRA is an easy one. Indeed, the very sort of difficulties highlighted by the Government here were cited by this Court in deciding that the approach later mandated by Congress under RFRA was not required as a matter of constitutional law under the Free Exercise Clause. But Congress has determined that courts should strike sensible balances, pursuant to a compelling interest test that requires the Government to address the particular practice at issue”¹¹². Dalle parole di Roberts emerge quindi che la Corte ha assunto il compito di fissare il punto di equilibrio tra tutti gli interessi coinvolti perchè a ciò è stata incaricata dalla federazione, non perchè fosse una sua attribuzione o perchè ciò fosse richiesto dalla *Free Exercise Clause*.

8. Il caso Hobby Lobby

Anche se non solleva questioni di interpretazione costituzionale, merita una particolare menzione anche il caso *Burwell v. Hobby Lobby Stores*¹¹³. Se finora ci si era soffermati sulle pretese che un individuo sollevava dinnanzi al potere pubblico per motivi religiosi, il caso *Burwell v. Hobby Lobby Stores* è di particolare interesse perché riguarda invece una pretesa derivante da una persona giuridica, la catena di negozi Hobby Lobby. In esso, la Corte Suprema afferma che anche le organizzazioni *for*

¹¹¹ Caso *Gonzales v. O Centro Espirita Beneficente União do Vegetal* 546 U.S. 418, 2006

¹¹² IDEM, opinione di Justice Roberts

¹¹³ Caso *Burwell v. Hobby Lobby Stores*, 573 U.S., 2014

profit possono “orientare il proprio comportamento secondo i dettami della propria coscienza e [...] prima ancora esercitare la libertà religiosa”¹¹⁴. La questione era determinare se la protezione del RFRA dovesse considerarsi estesa anche alle società *for-profit* a proprietà familiare. In particolare si trattava di decidere se il RFRA permettesse al *Department of Health and Human Services* (d’ora in avanti HHS) di obbligare tre società a proprietà familiare, *Hobby Lobby*, *Conestoga Wood Specialties* e *Mardel*, a fornire la copertura assicurativa sanitaria per quei metodi di contraccezione che violassero le credenze religiose dei proprietari delle società. Essi infatti credevano fermamente che la vita umana iniziasse già al momento del concepimento e sostenevano che fosse contrario alle loro convinzioni religiose e morali essere costretti a partecipare a quel processo che avrebbe terminato la vita umana attraverso la copertura sanitaria anche delle pillole abortive.

Per prima cosa, la Corte Suprema valuta se la protezione del RFRA possa riguardare, oltre alle persone fisiche, anche i soggetti collettivi e in secondo luogo se si debba distinguere tra organizzazioni *for-profit* ed organizzazioni *no-profit*. A tal proposito Justice Alito, che redige l’opinione di maggioranza, ritiene non vi sia motivo per escludere che anche le organizzazioni possano godere della protezione della libertà religiosa; anche esse ricadono dunque nell’ambito di protezione del RFRA. Ciò sarebbe confermato non solo dalla precedente giurisprudenza della Corte¹¹⁵ ma anche dal testo stesso del RFRA che parla solo di “*person*” non distinguendo tra persona individuale e collettiva. Attraverso la consultazione del *Dictionary Act* - mezzo per interpretare ogni atto del Congresso - Justice Alito richiama l’ampia definizione di “*persona*” in esso contenuta: “*the wor[d] ‘person’... include[s] corporations, companies, associations, firms, partnerships, societies, and joint stock companies, as well as individuals*”. Non vi era inoltre motivo per distinguere tra

¹¹⁴ D’ANGELO G., *Libertà Religiosa e Diritto Giurisprudenziale...*, cit. nota 4, pag. 144

¹¹⁵ Si vedano: *Braunfeld v. Brown*, 366 U. S. 599, 1961; *Gonzales v. O Centro Espírita Beneficente União do Vegetal*, 546 U. S. 418, 2006 (RFRA); *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. EEOC*, 565 U. S., 2012; *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. Hialeah*, 508 U. S. 520, 1993

organizzazioni no-profit e for-profit [come invece sosteneva il dipartimento di Stato]¹¹⁶.

Posto dunque che anche le organizzazioni for profit vengono ritenute soggette alla protezione del RFRA, la Corte procede ad applicarne il test. Innanzitutto non vi è dubbio per la Corte che i regolamenti HHS impugnati gravino in modo sostanziale sull'esercizio della religione: i proprietari delle imprese obiettano contro l'aborto per motivi religiosi, e secondo le loro credenze, i quattro metodi contraccettivi in questione sono abortivi; i proprietari delle aziende infatti ritenevano che, rispettando il mandato HHS, avrebbero agevolato gli aborti ma erano però anche consapevoli che se non lo avessero rispettato sarebbero stati colpiti da una tassazione molto pesante, pari, nel caso di una delle aziende, a \$ 1,3 milioni al giorno, ovvero circa 475 milioni di dollari all'anno. Queste conseguenze secondo la Corte Suprema costituiscono un peso sostanziale.

Secondo quanto previsto dal RFRA, un'azione pubblica che impone un peso sostanziale all'esercizio della libertà religiosa deve servire un interesse governativo imponente; il criterio viene ritenuto soddisfatto: promuovere la salute pubblica, l'eguaglianza, ma anche assicurare che tutte le donne possano avere accesso gratuito ai metodi contraccettivi in questione, vengono considerati interessi pubblici meritevoli di tutela. Tuttavia è nell'ultimo punto del test che fallisce l'impostazione statale, cioè nel fatto che la limitazione fosse il mezzo meno restrittivo per servire tale interesse. Secondo la Corte, esistono infatti altri modi in cui il Congresso [o l'HHS] avrebbe potuto garantire ad ogni donna l'accesso gratuito ai contraccettivi particolari in questione. Lo stesso dipartimento della salute aveva ad esempio implementato un sistema di *accommodation* per rispettare la libertà religiosa delle organizzazioni no-profit, allo stesso tempo consentendo ai dipendenti l'accesso ai metodi

¹¹⁶ Caso *Burwell v. Hobby Lobby Stores*, 573 U.S., 2014; par. III B: “[...] No known understanding of the term “person” includes some but not all corporations. The term “person” sometimes encompasses artificial persons (as the Dictionary Act instructs), and it sometimes is limited to natural persons. But no conceivable definition of the term includes natural persons and nonprofit corporations, but not for-profit corporations [...] To give th[e] same words a different meaning for each category would be to invent a statute rather than interpret one”.

contraccettivi¹¹⁷. HHS non aveva fornito alcuna ragione per non estendere questo sistema di *accommodation* anche alle organizzazioni for-profit che mostrassero obiezioni della medesima natura.

9. Il caso *Hosanna Tabor* e la Ministerial Exception: forse un cambiamento di rotta?

Anche il successivo caso *Hosanna Tabor*¹¹⁸ riguardava la libertà religiosa di una organizzazione, in questo caso però di un'organizzazione di tendenza¹¹⁹. Il caso concerne una questione di interpretazione della Costituzione. Diversamente da *Hobby Lobby*, non si trattava di applicazione del RFRA quanto piuttosto di determinare se le due clausole del Primo Emendamento, *Establishment Clause* e *Free Exercise Clause*, attraverso l'operatività di una c.d. *ministerial exception*, impedissero l'applicazione di una legge generale contro la discriminazione sul lavoro, all'assunzione o al licenziamento di *minister* nel caso in cui il datore fosse un gruppo religioso. La controversia aveva avuto origine dalla decisione dei funzionari religiosi di una scuola evangelica luterana, *Hosanna-Tabor*, di licenziare una insegnante, la signora Cheryl Perich, che aveva appunto lo status di *minister*. Alla donna non era stato più consentito di riprendere il proprio ruolo dopo che aveva usufruito di un congedo per malattia per problemi di narcolessia. Ella sosteneva di essere stata

¹¹⁷ IBIDEM, “[...] In fact, HHS has already devised and implemented a system that seeks to respect the religious liberty of religious nonprofit corporations while ensuring that the employees of these entities have precisely the same access to all FDA-approved contraceptives as employees of companies whose owners have no religious objections to providing such coverage. The employees of these religious nonprofit corporations still have access to insurance coverage without cost sharing for all FDA-approved contraceptives; and according to HHS, this system imposes no net economic burden on the insurance companies that are required to provide or secure the coverage. [...] Although HHS has made this system available to religious nonprofits that have religious objections to the contraceptive mandate, HHS has provided no reason why the same system cannot be made available when the owners of for-profit corporations have similar religious objections. We therefore conclude that this system constitutes an alternative that achieves all of the Government’s aims while providing greater respect for religious liberty. And under RFRA, that conclusion means that enforcement of the HHS contraceptive mandate against the objecting parties in these cases is unlawful”.

¹¹⁸ *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. EEOC*, 565 U.S., 2012

¹¹⁹ Si veda VANONI L., *Discriminazione Sul Luogo Di Lavoro E Autonomia Delle Organizzazioni Religiose In Usa: Il Caso Hosanna Tabor Evangelical Lutheran Church And School V. Eeoc*, in AIC Associazione Italiana dei Costituzionalisti, n. 2, 2012

discriminata in quanto disabile e minacciava di far valere i suoi diritti per vie legali. Secondo l'*American Disability Act (ADA)* è illegale per un datore di lavoro reagire con ritorsioni contro un dipendente che abbia fatto valere o minacciato di far valere una subita discriminazione per la disabilità. Perich e l'*Equal Employment Opportunity Commission* facevano ampio affidamento sul caso *Smith* nel ribadire che la *Free Exercise Clause* non impediva l'applicazione di una legge generale e neutra, quale quella che vietava la discriminazione sulla base della disabilità. Di opinione contraria è la Corte Suprema; interessante, anche se non privo di perplessità, è il *distinguishing* che essa opera rispetto al caso *Smith*. La Corte riconosce che il divieto di ritorsione previsto dall'ADA, come il divieto dell'uso del peyote da parte dell'Oregon, era previsto da una legge valida e neutrale di generale applicabilità. Ma essa afferma anche che la selezione di una chiesa dei propri ministri è cosa diversa rispetto all'ingestione del peyote da parte di un individuo. *Smith* aveva coinvolto la regolamentazione da parte dello stato di un atto fisico esterno. Nel caso presente invece si trattava dell'interferenza del governo con una decisione interna della chiesa che influenzava la fede e la missione della stessa; la tesi secondo cui *Smith* preclude il riconoscimento di un'eccezione ministeriale radicata nelle clausole religiose non ha quindi, secondo la Corte, alcun merito. Operato quindi un *distinguishing* rispetto al caso *Smith*, la Corte decide facendo applicazione delle due clausole assieme: "*both Religion Clauses bar the government from interfering with the decision of a religious group to fire one of its ministers*". "Richiedere ad una chiesa di accettare o mantenere un ministro indesiderato o punire una chiesa per non averlo fatto, va oltre una mera questione di occupazione. Tale azione interferisce con la gestione interna della chiesa, privandola del controllo sulla selezione di coloro che personificano e trasmettono le sue credenze. Imponendo un ministro indesiderato, lo Stato viola la *Free Exercise Clause*, che protegge il diritto di un gruppo religioso a formare la propria fede e missione attraverso i propri incaricati. Di conseguenza il potere dello Stato di

determinare quali individui serviranno i fedeli viola anche la *Establishment Clause*, che vieta al governo di interferire in tali decisioni ecclesiastiche”¹²⁰. L’interesse della società all’applicazione delle regole contro la discriminazione nell’occupazione è senza dubbio importante. Ma è tale anche l’interesse dei gruppi religiosi a scegliere chi predichi le loro credenze, insegni la loro fede e ne svolga la missione. Quando un ministro che è stato licenziato dalla sua chiesa afferma che il licenziamento è stato discriminatorio, il bilanciamento tra i due interessi è già stato raggiunto dal Primo Emendamento: la Chiesa deve essere libera di scegliere chi la guiderà nel suo cammino. Per la prima volta la Corte riconosce l’esistenza di una “*ministerial exception*” costituzionale che garantisce immunità alle organizzazioni religiose dai ricorsi contro discriminazioni fatti valere dai dipendenti *ministers* anche se prive di motivazioni religiose¹²¹. *Hosanna Tabor* è stato il primo caso in cui la Corte ha chiarito che il principio di separazione tra Stato e Chiesa è a doppio senso: non solo impedisce allo Stato di identificarsi con una religione, ma protegge anche l’autonomia delle organizzazioni religiose¹²²; ma soprattutto con *Hosanna Tabor* si è assicurata una protezione maggiore alle organizzazioni religiose di quanto era stato riconosciuto alla libertà religiosa individuale: “[n]ow, the Free Exercise Clause provides far greater protection to the “faith and mission” of religious institutions than to individual acts of religious exercise, and the Establishment Clause bars the government from interfering in “ecclesiastical decisionmaking”¹²³. Della stessa opinione è chi afferma che “dalla lettura congiunta di *Smith* e *Hosanna-Tabor* emerge che gli individui religiosi non hanno assolutamente alcuna protezione da leggi neutrali di applicabilità generale, anche se tali leggi impediscono loro di partecipare ad un atto sacramentale (la regola *Smith*), mentre le istituzioni religiose possono essere protette in modo assoluto, anche

¹²⁰ *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. EEOC*, 565 U.S., 2012, Syllabus, pag. 3

¹²¹ IDEM; “The purpose of the exception is not to safeguard a church’s decision to fire a minister only when it is made for a religious reason. The exception instead ensures that the authority to select and control who will minister to the faithful—a matter “strictly ecclesiastical—is the church’s alone”.

¹²² MCCONNELL M.W., *Reflections on Hosanna-Tabor*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 35, n. 3, 2012, pag. 834

¹²³ IBIDEM, pag. 836

se i loro atti non hanno fondamenti religiosi (l'eccezione ministeriale approvata da Hosanna-Tabor)"¹²⁴. Di certo, "*Hosanna Tabor* segna una significativa estensione dell'area di specialità invocabile in nome della libertà religiosa nei confronti del diritto comune; un esito che la Corte radica direttamente nelle *Religion Clauses*, senza necessità di fare ricorso a qualche previo accomodamento legislativo, come accaduto nel caso *Smith*"¹²⁵.

¹²⁴ CORBIN M. C., *The Irony of Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School V EEOC*, in *Northwestern University Law Review*, Vol. 106, N. 2, 2012, pag. 951

¹²⁵ D'ANGELO G., *Libertà Religiosa e Diritto Giurisprudenziale...*, cit. nota 4, pag. 133

CONCLUSIONI

In ottica di conclusione è opportuno a questo punto trarre le fila del discorso. Mark Goldfeder, che accomuna assieme le qualità di rabbino, studioso e giudice, ha recentemente affermato che se da un lato “è necessario che ogni comunità [religiosa] si immerga nella propria tradizione, ne approfondisca fonti, insegnamenti, precetti”, dall’altro “nel mondo globale facciamo tutti i conti con le stesse grandi questioni” per le quali “sono necessarie risposte globali”¹. Da qui la ricchezza della comparazione. Si è potuto constatare come la crescita della pluralità religiosa nella società americana come in quella europea, abbia portato entrambi gli ordinamenti a rapportarsi con questa diversità fornendo però risposte dissimili e a livelli differenti.

Sia in Europa che negli Stati Uniti la religione ha da sempre rivestito una posizione importante. L’ordinamento statunitense, di natura federale, si è confrontato fin dalla sua edificazione con la religione; fondato da coloro che erano approdati nel nuovo mondo per sfuggire alle persecuzioni religiose, ha con il *Bill of Rights* dato voce alla prima libertà del popolo americano, la libertà religiosa. Si è visto, ripercorrendo la genesi delle due clausole sulla religione, che esse erano state intese per salvaguardare le prerogative degli stati; la libertà religiosa era inizialmente una questione statale al di fuori della portata della federazione, salvo poi, grazie all’*incorporation* e all’attività interpretativa della Corte Suprema, diventare una libertà fondamentale del popolo americano valevole in ogni dove, anche contro gli Stati. Nel continente europeo, in cui la diversità religiosa è stata alla base della formazione degli stati nazionali, la proposta di una Convenzione europea che tutelava, tra le altre, anche la libertà religiosa aveva creato un certo smarrimento, soprattutto considerando che a presiederla sarebbe stato preposto un tribunale *ad hoc*. Tant’è che quel poco che si può desumere dai lavori preparatori era una preoccupazione tra i

¹ Intervista di Marco Ventura a Mark Goldfeder, “Senza legge la fede non ce la fa”, Corriere della Sera, 11 giugno 2017.

delegati di difendere le prerogative nonché le tradizioni in materia di religione dei vari Stati.

In questi contesti, che accomunavano differenti esperienze religiose, il ruolo della Corte Suprema e della Corte di Strasburgo non poteva che essere alquanto delicato. È innegabile che esse, nel corso degli anni, abbiano saputo svolgere un ruolo dinamico e fondamentale nella creazione di un sistema di protezione della libertà religiosa che sia andato oltre alle iniziali configurazioni che avevano caratterizzato il testo costituzionale americano o l'art. 9 della Convenzione europea, attuando spesse volte un'interpretazione di tipo evolutivo².

Se inizialmente la Costituzione americana poteva essere intesa come un insieme di limiti formali all'attività e al potere del Congresso, con il *Bill of Rights* e l'*incorporation* essa si era arricchita di un insieme di valori sostanziali da cui non poteva che derivare un'attività interpretativa della Corte Suprema non limitata a questioni tecniche³. Tuttavia questo non è andato esente da critiche; già a partire dalla nota sentenza *Marbury v. Madison* con cui *Chief Justice John Marshall* aveva affermato il potere della Corte di invalidare una legge ritenuta incostituzionale, la Corte Suprema è stata ripetutamente coinvolta in quella famigerata discussione su quale debba essere il ruolo delle corti in un stato democratico. I sostenitori del *judicial restraint* solitamente sottolineano l'assenza di una legittimazione democratica delle corti: il giudice attivista, che svolge un ruolo attivo nel forgiare la società e si fa promotore del cambiamento sociale, usurpa una prerogativa che spetta ad un altro potere dello stato; anche se il cambiamento è desiderabile non deve esserne il giudice l'istituzione fautrice, questa è competenza del legislatore⁴. "L'attivismo dei giudici [...] compromette il rispetto del principio democratico e del potere dei cittadini di darsi delle leggi per mezzo dei loro rappresentanti, che hanno scelto tramite il voto e

² PIN A., *(European) Stars Or (American) Stripes: Are The European Court Of Human Rights' Neutrality And The Supreme Court's Wall Of Separation One And The Same?*, in *St. John's Law Review*, Vol. 85, 2011

³ Si veda in generale MEZZANOTTE C., *Corte Costituzionale e legittimazione politica*, Editoriale Scientifica, Napoli, Ed. 2014, pag. 2

⁴ SKELLY WRIGHT J., *The Role of A Supreme Court In A Democratic Society – Judicial Activism Or Restraint?*, in *Cornell Law Review*, Vol. 54, n.1, 1968

che sono verso di loro politicamente responsabili”⁵. “Il modello americano dà alle corti il totale potere di invalidare una certa legislazione sulla base del fatto che essa viola i diritti che il sistema riconosce, ma così facendo rende possibile ad una corte incosciente di interferire superflualmente con le scelte politiche che le maggioranze democratiche dovrebbero essere autorizzate a prendere”⁶. Si parla a tal proposito di “*counter-majoritarian difficulty*”⁷ per indicare che un forte potere di *judicial review* non sarebbe legittimo in quanto consente a un gruppo di giudici di superare una regolamentazione voluta dai rappresentanti eletti, in tal modo stravolgendo la volontà della maggioranza. I sostenitori invece di un ruolo più attivo dei giudici cercano di sfatare la concezione di democrazia basata sulla sola volontà della maggioranza; la democrazia si fonda anche sui diritti umani e il giudice deve salvaguardare non solo la democrazia formale, che si esprime nella supremazia del sistema rappresentativo, ma anche la democrazia sostanziale, fatta del rispetto dei diritti umani; “*a key historical lesson of the Holocaust is that the people, through their representatives, can destroy democracy and human rights. Since the Holocaust, all of us have learned that human rights – the rights of every individual and every minority group – cannot be left only in the hands of the legislature and the executive, which, by their nature, reflect majority opinion*”⁸.

Queste discussioni sono naturalmente amplificate dinnanzi alla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, che non è una corte costituzionale ma un tribunale internazionale posto alla salvaguardia del rispetto di un trattato internazionale e che con le sue decisioni può influire in modo anche significativo con le attività delle autorità nazionali legislative, esecutive e giudiziarie⁹. Questo ha causato non pochi

⁵ VON STADEN A., *The democratic legitimacy of judicial review beyond the state: normative subsidiarity and judicial standards of review*, in I-CON, Vol. 10, n. 4, 2012, pag. 1028

⁶ TUSHNET M., *New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights and Democracy-Based Worries*, in *Wake Forest Law Review*, Vol. 38, 2003, pag. 184

⁷ Espressione coniata da BICKEL A., *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Bobbs-Merrill, 1962

⁸ BARAK A., *A judge on Judging: the Role of a Supreme Court in a Democracy*, in *Harvard Law Review*, Vol. 116, 2002-2003, pag. 20-21

⁹ Si veda VON STADEN A., *The democratic legitimacy of judicial review beyond the state...*, cit. nota 5

attriti con gli Stati aderenti alla Convenzione e si è visto che a tal proposito la Corte ha ideato la dottrina del margine di apprezzamento, cui ha fatto notevole richiamo soprattutto per le questioni religiose. Nonostante ciò, è innegabile il contributo che la Corte di Strasburgo ha dato alla creazione di uno statuto comune europeo sulla libertà religiosa, che pone al primo posto la tutela della coscienza individuale¹⁰.

Sebbene i due ordinamenti presentino delle differenze strutturali, è stato interessante notare come, per quanto riguarda la tutela della libertà religiosa, entrambe le Corti siano giunte a preferire un atteggiamento di *deference*, seppur questo si sia di fatto caratterizzato in modo differente e su basi differenti. La posizione che si è visto caratterizzare la Corte statunitense con riferimento alla libertà religiosa è stata quella di oscillare tra impostazioni di *judicial restraint* e *judicial activism*, favorendo alla fine un atteggiamento di *deference*. In particolar modo per quanto riguarda la questione delle *religious accommodations*, si è deciso con la sentenza *Smith* che la scelta se concedere o meno delle soluzioni ragionevoli per motivazioni religiose dovesse essere lasciata al legislatore, in quanto organo dotato di legittimazione democratica e il solo responsabile di fronte al popolo americano; che il processo legislativo potesse poi essere indotto da considerazioni politiche a preferire gli interessi maggioritari, a discapito delle richieste di minoranza, non era che l'inevitabile conseguenza della democrazia. Ma, forse paradossalmente, la maggior tutela delle istanze minoritarie era arrivata proprio dall'apparato legislativo. Per quanto riguarda la questione dell'accomodamento ragionevole nel settore lavorativo si è già parlato del Titolo VII del *Civil Rights Act* del 1964; nel proibire la discriminazione religiosa del lavoratore, la norma impone al datore di lavoro di cercare di accomodare le richieste religiose del lavoratore purché queste siano ragionevoli e non causino "*undue hardship*" alla conduzione della sua attività economica. A livello federale si è inoltre parlato del *Religious Freedom Restoration Act* (RFRA) con cui il Congresso si era opposto alla sentenza *Smith*; ma gli stati stessi

¹⁰ ANNICHINO P., *How wide is the margin? The United States Supreme Court and the European Court of Human Rights on Religion in Public Schools*, in *Annuaire Droit et Religion*, Vol. 5, 2010-2011, pag. 314

avevano approvato una loro versione del RFRA che trovava applicazione a livello statale. In realtà, già alla fine degli anni Novanta si poteva registrare negli Stati Uniti una moltitudine di leggi sia statali che federali che ammettevano esenzioni per ragioni religiose¹¹. Questo avrebbe rovesciato l'assunto tradizionale secondo cui sarebbero i giudici ad essere in prima linea nella tutela delle minoranze religiose.

Sul versante europeo, nonostante un'innegabile evoluzione della sua giurisprudenza verso una maggior tutela, anche la Corte di Strasburgo ha preferito assumere un approccio deferente verso le istituzioni nazionali. In questo caso però la scelta del riserbo si colloca su basi differenti e si manifesta verso istituzioni differenti. La necessità di *deference* deriva spontaneamente dalla natura di trattato internazionale della Convenzione, dalla sussidiarietà della sua protezione, nonché dalla necessità di dare spazio e voce alle particolarità che ognuno dei 47 stati, di cui si compone il Consiglio d'Europa, possiede. Fattori che sono stati ampiamente fatti valere per quanto concerne la libertà religiosa; basti pensare alle forti critiche seguite alla sentenza c.d. Lautsi I¹² - che aveva bandito il crocifisso dalle aule italiane - che avevano fatto intuire come una Corte più attiva e meno deferente non sarebbe stata così facilmente accettata nel panorama europeo¹³. Tant'è che, come si fa spesso notare, nella successiva sentenza della *Grand Chambre*¹⁴, che ha ribaltato la precedente decisione della Seconda Sezione, il margine di apprezzamento viene nominato ben 27 volte nel testo e 8 volte nei paragrafi finali della decisione¹⁵.

L'atteggiamento di *self-restraint* che la Corte Europea ha assunto nelle questioni concernenti la manifestazione religiosa individuale si è però venuto a configurare diversamente rispetto al caso americano: il riserbo è solo in parte dovuto

¹¹ MCCONNELL M.W., *Religious Freedom, Separation of Powers, and the Reversal of Roles*, in *Brigham Young University Law Review*, 2001, pag. 616

¹² CEDU, *Caso Lautsi v. Italia*, Seconda Sezione, ricorso n. 30814/06, 2009

¹³ MANCINI S., *The Crucifix Rage: Supranational Constitutionalism Bumps Against the Counter-Majoritarian Difficulty*, in *European Constitutional Law Review*, n. 6, 2010

¹⁴ CEDU, *Caso Lautsi v. Italia* (Grande Camera), ricorso n. 30814/06, 2011

¹⁵ RONCHI P., *Crucifixes, Margin of Appreciation and Consensus: The Grand Chamber Ruling in Lautsi v Italy*, in *Ecclesiastical Law Journal*, Vol. 13, n. 3, pag. 295

nei confronti degli organi legislativi alla luce della loro legittimazione democratica; ma con l'attuazione del controllo c.d. procedurale, la scelta per il *self-restraint* sembra essere determinata in maggior misura dalla constatazione di una maturità delle autorità nazionali nell'applicare quei principi che nel corso degli anni la Corte Europea ha sviluppato; principi non soltanto sostanziali ma anche di metodo e *in primis* il principio di proporzionalità. Si è visto infatti che la Corte di Strasburgo è più propensa ad adottare un atteggiamento deferente quando riconosce che il bilanciamento tra tutti gli interessi in gioco, cioè il controllo di proporzionalità in concreto - è già stato correttamente affrontato nell'ordinamento nazionale. In ciò emerge la differenza con l'esperienza statunitense; quando il bilanciamento tra la libertà religiosa e altri diritti si rende necessario, la Corte Europea, diversamente dalla Corte Suprema statunitense, non ritiene che non spetti al Giudice compiere questo passaggio, ma piuttosto che competa prima alle autorità nazionali rispetto ad un tribunale internazionale. In tutto ciò il ruolo delle Corti nazionali e la fiducia nel loro operato rimangono una costante.

BIBLIOGRAFIA

PARTE PRIMA

ADHAR R., LEIGH I., *Religious Freedom in the Liberal State*, Oxford University Press, Oxford, 2013

ALIDADI K., *Reasonable Accommodations for Religion and Belief: Adding Value to Article 9 ECHR and the European Union's Anti-Discrimination Approach to Employment?*, in *European Law Review*, n. 6, 2012

ANNICCHINO P., *Il conflitto tra il principio di autonomia dei gruppi religiosi ed altri diritti fondamentali: recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 1, 2013

ANNICCHINO P., *Tra margine di apprezzamento e neutralità: il caso «Lautsi» e i nuovi equilibri della tutela europea della libertà religiosa*, in MAZZOLA R. (a cura di), *Diritti e religione in Europa, Rapporto sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di libertà religiosa*, il Mulino, Bologna, 2012

AOLAIN F. N., *The Emergence of Diversity: Differences in Human Rights Jurisprudence*, in *Fordham Int'l Law Journal*, Vol. 19, 1995

ARAI-TAKAHASHI Y., *Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Antwerpen, 2002

ARNADÖTTIR O. M., *Organised Retreat? The Move from Substantive to Procedural Review in the ECtHR's Case Law on the Margin of Appreciation*, in *European Society of International Law Conference Paper 4/2015*, 2015

AST F., *Indirect discrimination as a means of protecting pluralism: challenges and limits, in Institutional accommodation and the citizen: legal and political interaction in a pluralist society (Trends in social cohesion n°21)*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2010

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

BATES E., *The Birth of the European Convention on Human Rights and the European Court of Human Rights*, in CHRISTOFFERSEN J., RASK MADSEN M. (a cura di), *The European Court of Human Rights between Law and Politics*, Oxford University Press, Oxford, 2011

BATES E., *The Evolution of the European Convention on Human Rights from its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2010

- BELLOCCHI P., *Pluralismo religioso, discriminazioni ideologiche e diritto del lavoro*, in ADL *Argomenti di diritto del lavoro*, 2003
- BENVENISTI E., *Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards*, in *International Law and Politics*, Vol. 31, 1999
- BETTETINI A., *Identità religiosa del datore di lavoro e licenziamento ideologico nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, n. 2, 2011
- BRATZA N., *The precious asset: Freedom of religion under the European Convention on Human Rights*, in *Religion and Discrimination Law in the European Union*, HILL M. (a cura di), European Consortium for Church and State Research, Tier, 2012
- BRAUCH J. A., *The margin of appreciation and the jurisprudence of the European Court of Human Rights: threat to the rule of law*, in *Columbia Journal of European Law*, Vol. 11, 2004
- BRIBOSIA E., RINGELHEIM J., RORIVE I., *Reasonable Accommodation for Religious Minorities: A Promising Concept for European Antidiscrimination Law?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 17, n. 2, 2010
- BRIBOSIA E., RORIVE I., curato da Waddington L., *Reasonable Accommodation beyond Disability in Europe*, *European Network of Legal Experts in the Non-discrimination fields*, disponibile al link http://ec.europa.eu/justice/discrimination/files/reasonable_accommodation_beyond_disability_in_europeen.pdf, 2013
- CAROZZA P. G., *Subsidiarity as a structural principle of international human rights law*, in *American Journal of International Law*, Vol. 97, 2003
- CHRISTOFFERSEN J., *Fair balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publisher, Leiden Boston, 2009
- CRANMER F., *Accommodating Religion in the Workplace - or Maybe Not? A Note on Chaplin, Eweida, Ladele and McFarlane*, in *Law and Justice*, n. 170, 2013
- CROCE M., *Il "Caso Lombardi Vallauri" dinanzi alla C.e.d.u.: una riscossa della libertà nella scuola?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale Rivista telematica*, ottobre 2010
- DE LA RASILLA DEL MORAL I., *The Increasingly Marginal Appreciation of the Margin-of-Appreciation Doctrine*, in *German Law Journal*, Vol. 07, n. 02, 2006
- DE SCHUTTER O., *Human Rights in Employment Relationships: Contracts as Power*, in DORSEMONT F., LÖRCHER K., SCHÖMANN I., (a cura di), *The European Convention on Human Rights and the Employment Relation*, Hart Publishing, Oxford, Portland Oregon, 2013
- DWORKIN R., *Judicial discretion*, in *The Journal of Philosophy*, Vol. 60, n. 21, 1963

ELÓSEGUI ITXASO M., *El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable. El Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público*, in *Anuario de filosofía del derecho*, n. 30, 2014

EVANS C., *Individual and group religious freedom in the European Court of Human rights: Cracks in the intellectual architecture*, in *Journal of Law and Religion*, Vol. 26, 2010

EVANS C., *Religion and Freedom of Expression*, in WITTE J. JR., GREEN M.C. (a cura di), *Religion and Human Rights*, Oxford University Press., Oxford, 2011

EVANS C., *Religious Freedom in European Human Rights Law: The Search for a Guiding Conception*, in JANIS M.W., EVANS C., *Religion and International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, Boston, London, 2004

EVANS M. D., *Religious Liberty and International Law in Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997

FERRARI S., *Individual Religious Freedom and National Security in Europe After September 11*, in *BYU Law Review*, Vol. 2004, n. 2, art. 3, 2004

FERRARI S., *La Corte di Strasburgo e l'articolo 9 della Convenzione europea. Un'analisi quantitativa della giurisprudenza*, in MAZZOLA R. (a cura di), *Diritto e religione in Europa: rapporto sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di libertà religiosa*, il Mulino, Bologna, 2012

FOKAS E., *Directions in Religious Pluralism in Europe: Mobilizations in the Shadow of European Court of Human Rights Religious Freedom Jurisprudence*, in *Oxford Journal of Law and Religion*, n. 4, 2015

FUHRMANN W., *Perspectives on Religious Freedom from the Vantage Point of the European Court of Human Rights*, in *BYU Law Review*, Vol. 2000, n. 3, 2000

FUMAGALLI CARULLI O., *Costituzione Europea, radici cristiane e Chiesa*, in www.olir.it, disponibile al link http://www.olir.it/areetematiche/83/documents/Fumagalli_Carulli_RadiciCristianeEuropa.pdf, 2005

GALLAGHER P., *The European Convention on Human Rights and the Margin of Appreciation*, in *UCD Working Papers in Law Criminology & Socio-Legal Studies Research Paper n. 52/2011*, disponibile al link: <http://ssrn.com/abstract=1982661>, 2011

GERARDS J., *Diverging fundamental Rights and the Role of the European Court of Human Rights*, versione in corso di pubblicazione in CLAES M., DE VISSER M. (a cura di), *Constructing European Constitutional Law*, Oxford, Hart, 2014

GERARDS J., *Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine*, in *European Law Journal*, Vol. 17, n. 1, 2011

GERARDS J., *Procedural Review by ECtHR: A Typology*, in GERARDS J., BREMS E. (a cura di), *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017

- GERARDS J., SENDEN H., *The Structure of Fundamental Rights and The European Court of Human Rights*, in *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 7, n. 4, 2009
- GERARDS J., *The Margin of Appreciation Doctrine, the Very Weighty Reasons Test and Grounds of Discrimination*, *Editoriale Scientifica (Forthcoming)*, 2015, disponibile al link SSRN: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2875230
- GOMIEN D., *Short Guide to the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 1991
- GREER S., *The interpretation of the European Convention on Human Rights: universal principle or margin of appreciation?*, in *UCL Human Rights Review*, Vol. 3, 2010
- GREER S., *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion Under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, Human Rights files, n. 17, 2000
- GROSS O., AOLAIN N., *From discretion to scrutiny: Revisiting the application of the margin of appreciation doctrine in the context of Article 15 of the European Convention on Human Rights*, in *Human Rights Quarterly*, Vol. 23, n. 3, 2001
- GUNN G., *Adjudicating Rights of Conscience Under the European Convention on Human Rights*, in VAN DER VYVER J. D., WITTE J. JR., *Religious Human Rights in Global Perspective*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, Boston, London, 2000
- HALE B., *Argentoratium Locutum: Is Strasbourg or the Supreme Court Supreme?*, in *Human Rights Law Review*, n. 12, 2012
- HAMBLER A., *Religious Expression in the Workplace and the Contested Role of Law*, Routledge, Abingdon-on-Thames, 2014
- HARRIS D., O'BOYLE M., WARBRICK., *Law of the European Convention on Human Rights*, sec. ed., Oxford University Press, Oxford, 2003
- HELPER L. R., *Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights*, in *Cornell International Law Journal*, Vol. 26, 1993
- HENRARD K., *A Critical Appraisal of the Margin of Appreciation Left to States Pertaining to 'Church-State Relations' Under the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in FOLETS M.C., ALIDADI K., VRIELINK J. (a cura di), *Test of Faith? Religious Diversity and Accommodation in the European Workplace (Cultural Diversity and Law in Association with RELIGARE)*, Aldershot, Ashgate, 2012, disponibile al link SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2307845> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.230784>
- HENRARD K., *Duties of Reasonable Accommodation in Relation to Religion and the European Court of Human Rights: A Closer Look at the Prohibition of Discrimination, the Freedom of Religion and Related Duties of State Neutrality*, in *Erasmus Law Review*, Vol. 5, n. 1, 2012
- HENRARD K., *How the European Court of Human Rights' Concern Regarding European Consensus Tempers the Effective Protection of Freedom of Religion*, in *Oxford Journal of Law and Religion*, Vol. 4, n. 3, 2015

- HILL M., *Religious Symbolism and Conscientious Objection in the Workplace: An Evaluation of Strasbourg's Judgment in Eweida and Others v. United Kingdom*, in *Ecclesiastical Law Journal*, 15, 2013
- HILL QC, M., *Reasonable Accommodation: Faith and Judgment*, in *Robert Schuman Centre for Advanced Studies Research Paper 2016/07*, disponibile al link SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2727157> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2727157>, 2016
- HIRSCHL R., *Towards Juristocracy, The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge, London, 2007
- ITZCOVICH G., *One, none and one hundred thousand margins of appreciations: The Lautsi case*, in *Human Rights Law Review*, Vol. 13, n. 2, 2013
- JACOBS, WHITE R., OVEY C., *The European Convention on Human Rights*, V ed., Oxford University Press., Oxford, 2010
- JIZENG F. A. N., *Deference or Proportionality: Two Concepts of Margin of Appreciation in the Strasbourg Court and Their Influences*, in *The Journal of Human Rights*, Vol. 14, 3, 2015.
- KAMAL J., *Justified Interference with Religious Freedom: The European Court of Human Rights and the Need for Mediating Doctrine Under Article 9(2)*, in *Columbia Journal of Transaction Law*, Vol. 46, n. 3, 2007/2008
- KOENIG M., *Governance of religious diversity at the European Court of Human Rights*, in BOULDEN J., KYMLICKA W. (a cura di), *International Approaches to Governing Ethnic Diversity*, Oxford University Press, Oxford, 2015
- KRATOCHVÍL J., *The Inflation of the margin of Appreciation by the European Court of Human Rights*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 29/3, 2011
- LAMB R., *When human rights have gone too far: Religious tradition and equality in Lautsi v. Italy*, in *NCJ Int'l L. & Com. Reg.*, n. 36, 2010
- LANGLAUDE S., *Indoctrination, Secularism, Religious Liberty and the ECHR*, in *International and Comparative Law Quarterly*, n. 55 (4), 2006
- LEGG A., *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law Deference and Proportionality*, Oxford University Press, Oxford, 2012
- LEIGH I., *Balancing Religious Autonomy and Other Human Rights under the European Convention*, in *Oxford Journal of Law and Religion*, 2012
- LETSAS G., *A theory of interpretation of the European convention on human rights*, Oxford University Press, Oxford, 2007
- LETSAS G., *Two concepts of the margin of appreciation*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, n. 4, 2006
- LEWIS T., *What not to wear: Religious Rights, the European Court and the Margin of Appreciation*, in *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 56, n. 2, 2007

- LOPRIENO D., *La Libertà Religiosa*, Giuffrè editore, Milano, 2009
- LORD HOFFMANN, *The Universality of Human Rights*, in *Judicial Studies Board Annual Lecture*, 12 Marzo 2009, <http://www.brandeis.edu/ethics/pdfs/internationaljustice/bijj/BIIJ2013/hoffmann.pdf>
- LORD REED, *The Common Law and the ECHR*, discorso tenuto presso Inner Temple, 11 Novembre 2013, disponibile al link https://www.innertemple.org.uk/downloads/members/lectures_2013/lecture_reed_2013.pdf
- LUGATO M., *The "Margin Of Appreciation" And Freedom Of Religion: Between Treaty Interpretation And Subsidiarity*, in *Journal Of Catholic Legal Studies*, Vol. 52, 2013
- MAHER J., *Eweida and others: a new era for article 9?*, in *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 63, n. 1, 2014
- MANCINI S., *The crucifix rage: supranational constitutionalism bumps against the counter-majoritarian difficulty*, in *European Constitutional Law Review*, Vol. 6, n. 1, 2010
- MARTÍN SÁNCHEZ I., *Uso de símbolos religiosos y margen de apreciación nacional en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, in *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n. 35, 2014
- MARTÍNEZ TORRÓN J., *Freedom of Religion in the European Convention on Human Rights Under the influence of Different European Tradition*, Pontifical Academy of Social Sciences, Acta 17, 2012, disponibile al link www.pass.va/content/dam/scienze sociali/pdf/acta17/acta17-martineztorron.pdf
- MARTÍNEZ TORRÓN J., *La (non) protezione della libertà religiosa dell'individuo nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in MAZZOLA R. (a cura di), *Diritti e religione in Europa, Rapporto sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di libertà religiosa*, il Mulino, Bologna, 2012
- MARTÍNEZ TORRÓN J., *La cuestión del velo islamico en la jurisprudencia de Estrasburgo*, in *Derecho y Religión*, n. 4, 2009
- MARTÍNEZ TORRÓN J., *Limitations on Religious Freedom in the Case Law of the European Court of Human Rights*, in *Emory Int'l L. Rev.*, n. 19, 2005
- MARTÍNEZ TORRÓN J., *Religious liberty in European Jurisprudence*, in HILL M., (a cura di), *Religious Liberty and Human Rights*, University of Wales Press, Cardiff, 2002
- MARTÍNEZ TORRÓN J., *The European Court of Human Rights and Religion*, in O'DAIR R., LEWIS A. (a cura di), *Law and Religion: current legal issues*, 2001
- MC CREA R., *Religion in the Workplace: Eweida and Others v. United Kingdom*, in *The Modern Law Review*, Vol. 77, n. 2, 2014
- MESEGUER VELASCO S., *La cuestión de las prácticas religiosas en el ámbito laboral: la jurisprudencia de Estrasburgo*, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. 144, 2015

MURDOCH J., *Protecting the right to freedom of thought, conscience and religion under the European Convention on Human Rights*, in Council of Europe human rights handbook, 2012, disponibile al link: http://www.coe.int/t/dgi/hr-natimplement/Source/documentation/hb09_rightfreedom_en.pdf

NUSSBERGER A., *Procedural Review by the ECHR: View from the Court*, in GERARDS J., BREMS E. (a cura di), *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017

OSTROVSKY A.A., *What's So Funny About Peace, Love and Understanding? How the Margin of Appreciation Doctrine Preserves Core Human Rights within Cultural Diversity and Legitimizes International Human Rights Tribunals*, in *Hanse Law Review*, Vol. 1, n. 1, 2005

OVEY C., WHITE R., *The European Convention on Human Rights*, (IV ed.), Oxford University Press, Oxford, 2006

PACILLO V., *Il divieto di discriminazione religiosa nel rapporto di lavoro subordinato*, in www.olir.it, 2014, disponibile al link: https://www.olir.it/aretematiche/84/documents/Pacillo_discriminazione.pdf

PAGOTTO T., ERVAS E., *Achbita v. Eweida, Libertà religiosa e libertà d'impresa a confronto*, in *Federalismi.it Focus Human Rights*, n. 2, 2017

PASQUALI CERIOLI J., *La tutela della libertà religiosa nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Stato Chiese e pluralismo confessionale*, www.statoechiese.it, gennaio 2011

PIN A., *Is There a Place for Islam in the West? Adjudicating the Muslim Headscarf in Europe and the United States*, in *Notre Dame Law Review Online*, in corso di pubblicazione, disponibile su SSRN al link https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2948765

PIN A., *The Costs and Consequences of Incorrect Citations: European Law in the U.S. Supreme Court*, in *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 2, n.1, art. 3, 2016

PLESNER I. T., *The European Court of Human Rights : between fundamentalist and liberal secularism*, In DURHAM C. W. (a cura di), *Islam, Europe and emerging legal issues*, 2012

RAGONE G., *Enti confessionali e licenziamento ideologico. Uno sguardo alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Ephemerides Iuris Canonici Nuova Serie*, Vol. 54, n. 1, 2014

RENUCCI J. F., *Article 9 of The European Convention on Human Rights*, in *Human Rights Files*, n. 20, Council of Europe publishing, Council of Europe, 2005

RINGELHEIM J., *Rights, Religion and the Public Sphere: The European Court of Human Rights in Search of a Theory?*, in UNGUREANU C., ZUCCA L., *A European Dilemma: Religion and the Public Sphere*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012

- RORIVE I., *Religious Symbols in The Public Space: In Search of a European Answer*, in *Cardozo Law Review*, Vol. 30, n. 6, 2009
- SAUL M., *The European Court of Human Rights' Margin of Appreciation and the Processes of National Parliaments*, in *Human Rights Law Review*, Vol. 15, n. 4, 2015
- SPANO R., *Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity*, in *Human Rights Law Review*, 14, 2014
- SPIELMANN D., *Allowing the Right Margin the European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?*, in *CELS Working Papers Series*, versione 2012
- SPIELMANN D., *Whither the Margin of Appreciation?*, *European Court of Human Rights*, marzo 2014, disponibile al link http://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20140320_London_ENG.pdf
- TARANTO S., *Il simbolismo religioso sul luogo di lavoro nella più recente giurisprudenza europea*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 1, 2014
- TEGA D., *Cercando un significato europeo di laicità: la libertà religiosa nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti*, in *Quaderni Costituzionali*, a. XXX, n. 4, 2010
- TOSCANO M., *La libertà religiosa "organizzata" nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: prime linee di lettura*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* Rivista telematica (www.statoechiese.it), marzo 2008
- TSAKYRAKIS S., *Proportionality: An assault on human rights?*, in *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 7, n. 3, 2009
- TULKENS F., *Freedom of Religion under the European Convention on Human Rights: A Precious Asset*, in *BYU Law Review*, Vol. 2014, n. 3, art. 3, disponibile al link <http://digitalcommons.law.byu.edu/lawreview/vol2014/iss3/3>, 2015
- TULKENS F., *Questioni teoriche e metodologiche sulla natura e l'oggetto delle sentenze della corte europea dei diritti dell'uomo*, in MAZZOLA R. (a cura di), *Diritti e religione in Europa, Rapporto sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di libertà religiosa*, il Mulino, Bologna, 2012
- VALERO ESTARELLAS M. J., *El Derecho De Los Profesores De Religión Católica Al Respeto De Su Vida Privada y Familiar*, in *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n. 33, 2013
- VAN DICK P. & VAN HOOFF G.J.H., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Kluwer Law International, The Hague, 1998
- VENTURA M., *La virtù della giurisdizione europea sui conflitti religiosi*, in MAZZOLA R. (a cura di), *Diritto e religione in Europa: rapporto sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di libertà religiosa*, il Mulino, Bologna, 2012

VICKERS L., *Current Approaches of the European Courts to Religious Rights and Freedoms*, disponibile al link: <http://www.faithineurope.org.uk/vickers.pdf>;

VICKERS L., *Religious Freedom, Religious Discrimination and The Workplace*, Hart Publishing, Oxford, 2008

VIZIOLI M., *Il diritto comunitario tra principio di non discriminazione e tutela delle differenze*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, Vol. 3, 2004

WILDHABER L., *The European Court of human rights: the past, the present, the future*, in *Am. U. Int'l L. Rev.*, n. 22, 2006

WINTEMUTE R., *Accommodating Religious Beliefs: Harm, Clothing or Symbols, and the Refusal to Serve Others*, in *The Modern Law Review*, Vol. 77, n. 2, 2014

YOUROW H. C., *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1996

YOUROW H. C., *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, 3 *Connecticut Journal of Int'l Law*, Vol. 3, 1987

ZAGREBELSKY V., *Pace sociale e margine di apprezzamento dei Governi nelle questioni di natura religiosa e morale*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n. 1, aprile, 2013

ZANGHÌ C., *La Protezione Internazionale dei Diritti dell'uomo*, Giappichelli Editore, Torino, 2006

PARTE SECONDA

ADAMS A. M., EMMERICH C. J., *A Nation Dedicated to Religious Liberty: The Constitutional Heritage of the Religion Clauses*", University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1990

ADAMS A. M., GORDON S. B., *The Doctrine of Accommodation in the Jurisprudence of the Religion Clauses*, in *DePaul Law Review*, Vol. 37, 1988

ADAMS A. M., *Justice Brennan and the Religious Clauses: The Concept of a Living Constitution*, in *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 139, 1991

ADHAR R., LEIGH I., *Religious Freedom in The Liberal State*, Oxford University Press, Oxford, 2013

ANNICHINO P., *How wide is the margin? The United States Supreme Court and the European Court of Human Rights on Religion in Public Schools*, in *Annuaire Droit et Religion*, Vol. 5, 2010-2011

BARAK A., *A judge on Judging: the Role of a Supreme Court in a Democracy*, in *Harvard Law Review*, Vol. 116, 2002-2003

BARTOLOMUCCI C., *Rethinking the Incorporation of the Establishment Clause: A Federalist View*, in *Harvard Law Review*, 1992

- BERG T., *Religious Exemptions and Third-Party Harms*, in *The Federalist Society Review*, Vol. 17, n. 3, 2016
- BICKEL A., *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Bobbs-Merrill, 1962
- BOOHER T. L., *Finding Religion for The First Amendment*, in *John Marshall Law Review*, Vol. 38, 2004
- BORK R.H., *Il giudice sovrano Coercing Virtue*, Liberilibri, Macerata, 2007
- BRENNAN W. J., *The Constitution of the United States: Contemporary Ratification, Text and Teaching*, Symposium George Town University, Washington D.C., 1985
- CONKLE D. O., *Constitutional Law: The Religion Clauses*, Foundation Press, New York, 2009
- CORBIN M. C., *The Irony of Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School V. EEOC*, in *Northwestern University Law Review*, Vol. 106, n. 2, 2012
- D'ANGELO G., *Libertà Religiosa e Diritto Giurisprudenziale: l'Esperienza Statunitense*, Giappichelli Editore, Torino, 2015
- DEGIROLAMI M. O., *Constitutional Contraction: Religion and the Roberts Court*, in *Stan. L. & Pol'y Rev.*, Vol. 26, 2015
- DUNCAN R.F., *Free Exercise is Dead, Long Live Free Exercise: Smith, Lukumi, and the General Applicability Requirement*, *Journal of Constitutional Law*, Vol. 3, 2001
- EVANS C., HOOD A., *Religious autonomy and labour law: A comparison of the jurisprudence of the United States and the European Court of Human Rights*, in *Oxford Journal of Law and Religion*, n. 1, 2012
- GARNETT R. W., *The Political (And Other) Safeguards Of Religious Freedom*, in *Cardozo Law Review*, Vol. 32, n. 5, 2011
- GEDICKS F. M. *An Unfirm Foundation: The Regrettable Indefensibility of Religious Exemptions*, in *UALR LJ*, Vol. 20, 1997
- GREENAWALT K., *Religion and the Constitution Free Exercise and Fairness*, Princeton University Press, Princeton, versione e-book, 2006
- JEFFERSON T., *A Bill for Establishing Religious Freedom*, 1785
- KELLEY W. K., *The Primacy of Political Actors in Accommodation of Religion*, in *U. Haw. L. Rev.*, Vol 22, 2000, disponibile al link: <http://ssrn.com/abstract=1136345>
- KURLAND P. B., *The Irrelevance of the Constitution: The Religion Clauses of the First Amendment and the Supreme Court*, in *Villanova Law Review*, Vol. 21, n. 1, 1979
- LASH K. T., *The Second Adoption of the Free Exercise Clause: Religious Exemptions Under the Fourteenth Amendment*, in *Northwestern University Law Review*, Vol. 88, n. 3, 1994

- LAYCOCK D., *The Supreme Court and Religious Liberty*, in *Catholic Lawyer*, Vol. 40, n. 1, 2000-2001
- LUPU I. C., *Where Rights Begin: The Problem of Burdens on The Free Exercise of Religion*, in *Harvard Law Review*, Vol. 102, n. 5, 1989
- LUPU I.C., *Hobby Lobby and The Dubious Enterprise of Religious Exemptions*, in *Harvard Journal of Law & Gender*, Vol. 38, 2015
- MADISON J., *Memorial and Remonstrance Against Religious Assessments*, 1785
- MANCINI S., *The Crucifix Rage: Supranational Constitutionalism Bumps Against the Counter-Majoritarian Difficulty*, in *European Constitutional Law Review*, n. 6, 2010
- MARSHALL W. P., *In Defense of Smith and Free Exercise Revisionism*, in *University of Chicago Law Review*, Vol. 58, n. 1, 1991
- MARSHALL W., *Solving the Free Exercise Dilemma: Free Exercise as Expression*, in *Minnesota Law Review*, Vol. 67, 1983
- MCCONNELL M.W., *Free Exercise Revisionism and The Smith Decision*, in *The University of Chicago Law Review*, 1990
- MCCONNELL M.W., *Religious Freedom, Separation of Powers, and the Reversal of Roles*, in *BYU Law Review*, 2001
- MCCONNELL M. W., *Accommodation of Religion*, in *The Supreme Court Review*, Vol. 1985, 1985
- MCCONNELL M. W., *Why is religious liberty the First Freedom?*, in *Cardozo Law Review*, Vol. 21, 1999/2000
- MCCONNELL M., *Religious Participation in Public Programs*, in *University of Chicago Law Review*, Vol. 59, 1992
- MCCONNELL M.W., *Reflections on Hosanna-Tabor*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 35, n. 3, 2012
- MCCONNELL M.W., *Religious Freedom at a Crossroads*, in *The University of Chicago Law Review*, Vol. 59, 1992
- MEZZANOTTE C., *Corte Costituzionale e legittimazione politica*, Editoriale Scientifica, Napoli, Ed. 2014
- PEÑALVER E., *The Concept of Religion*, in *Cornell Law Library*, Vol. 107, 1997
- PIN A., *(European) Stars Or (American) Stripes: Are the European Court Of Human Rights' Neutrality And The Supreme Court's Wall Of Separation One And The Same?*, in *St. John's Law Review*, Vol. 85, 2011
- PIN A., *Libertà religiosa e rapporti di lavoro in Europa e negli USA: una sfida per il pluralismo*, in *Percorsi Costituzionali*, 2013

- RONCHI P., *Crucifixes, Margin of Appreciation and Consensus: The Grand Chamber Ruling in Lautsi v Italy*, in *Ecclesiastical Law Journal*, Vol. 13, n. 3
- ROSENZWEIG S. A., *Restoring religious freedom to the workplace: Title VII, RFRA and religious accommodation*, in *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 144, n. 6, 1996
- RYAN J.E., *Smith and The Religious Freedom Restoration Act: An Iconoclastic Assessment*, in *Virginia Law Review*, Vol. 78, 1992
- SCALIA A., *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton University Press, Princeton New Jersey, 1997
- SCALIA A., *The Rule of Law as a Law of Rules*, in *University of Chicago Law Review*, Vol. 56, n. 4, 1989
- SKELLY WRIGHT J., *The Role of a Supreme Court In A Democratic Society – Judicial Activism Or Restraint?*, in *Cornell Law Review*, Vol. 54, n.1, 1968
- SMITH S. D., *The Rise and Fall of Religious Freedom in Constitutional Discourse*, in *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 140, 1991
- SMITH S., *Foreordained Failure: The Quest for a Constitutional Principle of Religious Freedom*, Oxford University Press, New York, 1995
- STONE G.R., *Constitutionally Compelled Exemptions and Free Exercise Clause*, in *William and Mary Law Review*, Vol. 27, 1986
- STRANG L. J., *The Meaning of Religion in the First Amendment*, in *Duquesne Law Review*, Vol. 40, 2001
- TOCQUEVILLE A., *La Democrazia in America*, Einaudi, Torino, Ed. 2006
- TUSHNET M., *Accommodation of Religion Thirty Years On*, in *Harvard Journal of Law and Gender*, Vol. 38, 2015
- TUSHNET M., *New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights and Democracy-Based Worries*, in *Wake Forest Law Review*, Vol. 38, 2003
- TUSHNET M., *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton University Press, Princeton, 1999
- VANONI L., *Discriminazione Sul Luogo Di Lavoro E Autonomia Delle Organizzazioni Religiose In Usa: Il Caso Hosanna Tabor Evangelical Lutheran Church And School V. Eeoc*, in *AIC Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 2, 2012
- VON STADEN A., *The democratic legitimacy of judicial review beyond the state: normative subsidiarity and judicial standards of review*, in *I-CON*, Vol. 10, n. 4, 2012
- WEST E. M., *The Religion Clauses of the First Amendment: Guarantees of States' Rights?*, Lexington Book, Lanham, Maryland, 2011
- WITTE J. JR, NICHOLS J., *Religion and the American Constitutional Experiment Third Edition*, Westview Press, 2011

WITTE J., NICHOLS J. A., *Religion and the American Constitutional Experiment*, Westview Press, 2010

ZAINBOLDI R., *Religious Accommodation under Sherbert v. Verner: The Common Sense of the Matter*, in *Villanova Law Review*, Vol. 10, 1965

GIURISPRUDENZA

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

Animal Defenders International v. Regno Unito, ricorso n. 48876/08, 2013
Arrowsmith v. Regno Unito, ricorso n. 7050/75, 1978
Axel Springer AG v. Germania, ricorso n. 39954/08, 2012
Belcacemi e Oussar v. Belgio, ricorso n. 37798/13, 2017
Borgers v. Belgium, ricorso n. 12005/86, 1991
Dahlab v. Svizzera, ricorso n. 42393/98, 2001
Dakir v. Belgio, ricorso n. 4619/12, 2017
Darby v. Svezia, ricorso n. 11581/85, 1989
Dudgeon v. Regno Unito, ricorso n. 7525/76, 1981
Ebrahimian v. Francia, ricorso n. 64846/11, 2015
Egeland e Hanseid v. Norvegia, ricorso n. 34438/04, 2009
Eweida e altri v. Regno Unito, ricorsi n. 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, 2013
Fernandez Martinez v. Spagna, ricorso n. 56030/07, 2014
Grecia v. Regno Unito, ricorso n. 176/56, 1958-1959
Grigoriades v. Grecia, ricorso n. 121/1996/740/939, 1997
Handyside v. Regno Unito, ricorso n. 5493/72, 1976
Hatton e Altri v. Regno Unito, ricorso n. 36022/97, 2003
Hirst v. Regno Unito (No. 2), ricorso n. 74025/01, 2005
Irlanda v. Regno Unito, A 25, 1978
James e Altri v. Regno Unito, ricorso n. 8793/79, 1986
Karaduman v. Turchia, ricorso n. 16278/90, 1993
Konttinen v. Finlandia, ricorso n. 24949/94, 1996
Kosteski v. Repubblica di Macedonia, ricorso n. 55170/00, 2006
Kurtulmus v. Turchia, ricorso n. 65500/01, 2006
Lautsi v. Italia (Grande Camera), ricorso n. 30814/06, 2011
Lautsi v. Italia (Seconda Sezione), ricorso n. 30814/06, 2009
Lawless v. Irlanda (n. 3), ricorso n. 332/57 report della Commissione, 1961

Leyla Sahin v. Turchia, ricorso n. 44774/98, 2005
Linguistica Belga (case "Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" v. Belgium), ricorsi n. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64), 1968
Lombardi Vallauri v. Italia, ricorso n. 39128/05, 2009
MGN Limited v. Regno Unito, ricorso n. 39401/04, 2011
Naidin v. Romania, ricorso n. 38162/07, 2014
Obst v. Germania, ricorso n. 425/03, 2010
Otto-Preminger Institut v. Austria, ricorso n. 13470/87, 1994
Pichon e Sajous v. Francia, ricorso n. 49853/99, 2001
Rommelfanger v. Germania, ricorso n. 12242, 1986
S. e Marper v. Regno Unito, ricorsi n. 30562/04, 30566/04, anno
S.A.S. v. Francia, ricorso n. 43835/11, 2014
Schüth v. Germania, ricorso n. 1620/03, 2010
Scollo v. Italia, ricorso n. 19133/91, 1995
Sessa v. Italia, ricorso n. 28790/08, 2012
Siebenhaar v. Germania, ricorso n. 18136/02
Silver e Altri v. Regno Unito, ricorso n. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, 1983
Soering v. Regno Unito, ricorso n. 14038/88, 1989
Stedman v. Regno Unito, ricorso n. 29107/95, 1997
Sunday Times v. Regno Unito, ricorso n. 6538/74, 1979
Thlimmenos v. Grecia, ricorso n. 34369/97, 2000
Valsamis v. Grecia, ricorso n. 21787/93, 1996
Vogt v. Germania (Grande Camera), ricorso n. 17851/91, 1995
X v. Regno Unito (decisione), ricorso n. 7992/77, 1978
X v. Regno Unito, ricorso n. 5442/72, 1974
X v. Regno Unito, ricorso n. 7291/75, 1977
X v. Regno Unito, ricorso n. 8160/78, 1981

CORTE SUPREMA STATUNITENSE

Braunfeld v. Brown, 366 U.S. 599, 1961
Burwell v. Hobby Lobby Stores, 573 U.S., 2014
Cantwell v. Connecticut, 310 U.S. 296, 1940
Church of Lukumi Babalu Aye, Inc. v. City of Hialeah, 508 U.S. 520, 1993
City of Boerne v. Flores, 521 U.S. 507, 1997

Cutter v. Wilkinson, 544 U.S. 709, 2005
Davis v. Beason, 133 U.S. 333, 1890
Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith, 494 U.S. 872, 1990
Everson v. Board of Education of the Township of Ewing (No. 52), 330 U.S. 1, 1947
Gonzales v. O Centro Espírita Beneficente União do Vegetal 546 U.S. 418, 2006
Hamilton v. Regents of University of California 293 U.S. 245, 1934
Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. EEOC, 565 U.S., 2012
Lemon v. Kurtzman (No. 89), 403 U.S. 602, 1971
McCullum v. Board of Education, 333 U.S. 203, 1948
Meyer v. State of Nebraska (No. 325), 262 U.S. 390, 1923
Minersville School Board v. Gobitis, 310 U.S. 586, 1940
Palko v. Connecticut, 302 U.S. 319, 1937
Permoli v. Municipality n. 1 of the City of New Orleans, 44 U.S. 589, 1845
Reynolds v. United States, 98 U.S. 145, 1879
School District of Abington Township, Pennsylvania v. Schempp, 374 U.S. 203, 1963
Sherbert v. Verner, 374 U.S. 398, 1963
Torcaso v. Watkins 367 U.S. 488, 1961
United States v. Ballard, 322 U.S. 78, 1944
United States v. Macintosh, 283 U.S. 605, 1931
United States v. Seeger, 380 U.S. 163, 1965
Wallace v. Jaffree, 472 U.S. 38, 1985
Walz v. Tax Comm'n of the City of New York, 397 U.S. 664, 1970
Welsh v. United States, 398 U.S. 333, 1970
West Virginia State Board of Education v. Barnette, 319 U.S. 624, 1943
Wisconsin v. Yoder, 406 U.S. 205, 1972
Zorach v. Clauson, 343 U.S. 306, 1952