



LA CEDU DOPO I PRIMI 70 ANNI. ATTI DEL CICLO DI SEMINARI  
PRESSO L'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI "G. D'ANNUNZIO" CHIETI -  
PESCARA - 11 FEBBRAIO-23 APRILE 2021

4 A G O S T O 2 0 2 3

# Divieto di velo integrale e protezione dei diritti e libertà altrui

di Paola Puoti

Professoressa associata di Diritto internazionale  
Università degli Studi "G. D'Annunzio" Chieti-Pescara



# Divieto di velo integrale e protezione dei diritti e libertà altrui\*

**di Paola Puoti**

Professoressa associata di Diritto internazionale  
Università degli Studi “G. D’Annunzio” Chieti-Pescara

**Abstract [It]:** Il lavoro esamina i fattori che hanno portato la Corte EDU e il Comitato dei diritti umani ONU a interpretare identiche disposizioni in modo opposto, e a pronunciarsi di conseguenza in relazione al divieto di velo integrale adottato da alcuni Stati parti della CEDU e del Patto ONU sui diritti civili e politici. L'incertezza del diritto che ne segue porta a chiedersi se il giudice nazionale possa farsi garante di ultima istanza dell'effettività del diritto di libertà di manifestazione religiosa, nel caso, di porto del velo integrale.

**Title:** Full veil ban and the protection of the rights and freedoms of others

**Abstract [En]:** The essay discusses the factors that have led the ECHR Court and the UN Human Rights Committee to interpret identical provisions in opposite ways and to rule accordingly in relation to the full headscarf ban adopted by some States Parties to the ECHR and the UN Covenant on civil and political rights. The ensuing legal uncertainty raises the question of whether the national judge can be the last resort for the effectiveness of the right to freedom of religious manifestation in the case of wearing the full veil.

**Parole chiave:** divieto di velo integrale; libertà dalla religione; prassi internazionale; interpretazioni confliggenti; giudice interno

**Keywords:** full face veil; freedom of religion; international practice; conflicting interpretations; role of the national judge

**Sommario:** **Sezione I. 1.** Introduzione e piano di indagine. **2.** La crescente ostilità nei confronti dell'ostensione di simboli religiosi e i suoi rapporti con i valori della democrazia e del pluralismo culturale. **3.** La prassi internazionale sul divieto di velo integrale o quasi integrale. **3.1.** La giurisprudenza della Corte EDU. **3.2.** Le *views* del Comitato ONU. **Sezione II. 4.** I fattori che incidono sulla diversa interpretazione di identiche disposizioni. **4.1.** Principio di sussidiarietà, margine di apprezzamento statale e *consensus*. **4.2.** Modelli di supervisione internazionale. **4.3.** Legittimità del fine e principio di non discriminazione. **5.** Inesistenza di un diritto di libertà *dalla* manifestazione della propria fede. **6.** Incertezza del diritto internazionale e ruolo del giudice nazionale. **Conclusioni.**

## Sezione I

### 1. Introduzione e piano di indagine

Il Comitato ONU che controlla il rispetto del Patto sui diritti civili e politici (d'ora in poi Comitato ONU) e la Corte europea dei diritti dell'uomo (d'ora in poi Corte EDU), alla quale fa capo il sistema di supervisione del rispetto della Convenzione per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali dell'uomo (d'ora in poi CEDU), si sono di recente pronunciati, in modo opposto, sulla compatibilità

---

\* Articolo sottoposto a referaggio.

convenzionale del divieto di porto del velo integrale (o semi integrale)<sup>1</sup>, suscitando un vivace dibattito dottrinale e creando incertezza sul piano giuridico, per quel che riguarda la sfera di tutela della libertà di manifestazione religiosa da riconoscere ai singoli individui<sup>2</sup>. Va ricordato che i due organi di controllo erano già stati investiti di controversie riguardanti divieti di porto di vestiario religioso diverso dal velo integrale, – con esiti anche in quei casi confliggenti – da parte di alunni e studenti universitari di istituti di istruzione pubblica, in relazione ai quali la Corte EDU si pronunciava per la compatibilità convenzionale<sup>3</sup>, mentre il Comitato assumeva una posizione contraria<sup>4</sup>. Ugualmente, rispetto al divieto di esibire immagini a capo coperto per motivi religiosi in documenti di identità personale, come patenti o passaporti, la Corte EDU<sup>5</sup> e il Comitato<sup>6</sup> erano arrivati ad opposte soluzioni.

In questa sede limiteremo la nostra riflessione al solo problema del divieto di porto del velo integrale, senza estenderla alla più generale questione del divieto di ostensione di simboli religiosi, in considerazione della vasta giurisprudenza e della diversità dei problemi giuridici che quest'ultimo comporta<sup>7</sup>. Una prima

---

<sup>1</sup> Il velo integrale copre anche gli occhi, per cui si può vedere solo attraverso una grata (*burqa*), mentre quello semi integrale lascia scoperti gli occhi (*niqab*). Entrambi sono vietati dalle leggi sul divieto di copertura del volto in spazi aperti. Per semplificare d'ora in poi ogni riferimento al velo integrale si intende esteso a quello semi integrale.

<sup>2</sup> Corte EDU (G.C.), 1 luglio 2014, *S.A.S. c. Francia*, ric. n. 43835/11; *Id.*, Sez. II, 11 luglio 2017, *Dakir c. Belgio*, ric. n. 4619/12 e *Belcacemi e Oussar c. Belgio* ric. n. 37798/13. Comitato ONU, “constatazioni” (d’ora in poi “*views*”, 17 ottobre 2018, *Miriana Hebbadj*, com. n. 2807/2016; *Id.*, “*views*”, 7 dicembre 2018, *Sonia Yaker*, com. n. 2747/2016.

<sup>3</sup> Corte EDU (G.C.), 10 novembre 2005, *Leyla Sabin c. Turchia*, ric. n. 44774/98, riguardante una studentessa turca di fede islamica alla quale era rifiutato l'accesso ai corsi universitari e la possibilità di sostenere esami a causa del porto del velo, in violazione della normativa turca; *Id.*, Sez. V, 4 dicembre 2008, *Dogru v. France* ric. n. 27058/05 e *Kervanci v. France*, ric. n. 31645/04, concernenti l'espulsione di due alunne di scuola secondaria pubblica per il loro rifiuto di togliere il velo durante l'ora di ginnastica; *Id.* Sez. V, decisioni d'inammissibilità per manifesta infondatezza del 30 giugno 2009 nei casi *Aktas v. France*, ric. n. 43563/08, *Bayrak v. France*, ric. n. 14308/08, *Gamaleddyn v. France*, ric. n.18527/08, *Ghazal v. France*, ric. n. 29134/08, *J. Singh v. France*, ric. n. 25463/08 e *R. Singh v. France*, ric. n. 27561/08, relative all'espulsione di studenti dalla scuola per il rifiuto di obbedire alla legge francese che vieta l'ostensione di simboli religiosi (in tali casi velo islamico e *keski*, copricapo il porto del quale è obbligatorio per la fede *sikh*) negli spazi pubblici chiusi; *Id.*, Sez. II, *Köse and 93 Others v. Turkey*, decisione di inammissibilità per manifesta infondatezza del 24 gennaio 2006, ric. n. 26625/02, relativa al divieto di porto del velo islamico in una scuola pubblica che forma funzionari religiosi ma non è una “*denominational school*”, cioè un istituto a chiara connotazione religiosa formalmente riconosciuta come tale.

<sup>4</sup> Comitato ONU, “*views*”, 18 gennaio 2005, *Raibon Hudoyberganova*, com. n. 931/2000, CCPR/C/82/D/931/2000, relativo all'espulsione di una studentessa da una scuola pubblica per il suo reiterato rifiuto di togliere il velo. Nel caso, tuttavia, non era chiaro se si trattasse di velo integrale o meno (v. sul punto le osservazioni di una dei componenti del Comitato, Ruth Wedgwood, nella sua opinione individuale); *Id.*, “*views*”, 22 ottobre 2018, *Seyma Türkan*, com. n. 2274/2013, CCPR/C/123/D/2274/2013/Rev.1, riguardante il rifiuto di iscriversi all'Università una studentessa che aveva passato il *test* d'ingresso per il fatto di indossare una cuffia/parrucca non potendo indossare il velo islamico; *Id.*, “*views*”, 4 febbraio 2013, *Bikramjit Singh*, com. n. 1852/2008, *Bikramjit Singh* CCPR/C/106/D/1852/2008, concernente l'espulsione da scuola di un alunno di fede *sikh* a causa del suo rifiuto di togliere il *keski*.

<sup>5</sup> Commissione EDU, 3 maggio 1993 (dec.), *Karaduman c. Turchia*, ric. n. 16278/90, relativo al rifiuto di rilasciare un certificato di laurea a causa del rifiuto della studentessa di fornire una foto senza il velo islamico (non integrale); Corte EDU, Sez. II; *Id.*, Sez. V, 13 novembre 2008, (dec.), *Shingara Mann Singh c. France*, ric. n. 24479/07 riguardante il rifiuto di rilasciare un duplicato della patente di guida a un *sikh* praticante che aveva fornito fotografie in cui indossava il turbante.

<sup>6</sup> Comitato ONU, “*views*”, 26 settembre 2013, com. n. 1928/2010, *Shingara Mann Singh*, CCPR/C/108/D/1928/2010, relativo al rifiuto di rinnovare il passaporto a un *sikh* praticante per la stessa ragione.

<sup>7</sup> I limiti all'ostensione di simboli religiosi coinvolgono questioni giuridiche diverse a seconda del luogo dove sono esibiti. Così, in relazione all'abbigliamento dettato da motivi religiosi e con riferimento agli edifici pubblici, come uffici, tribunali,

ragione di interesse per la questione dell'interdizione del velo integrale è il suo carattere marcatamente discriminatorio, poiché le normative nazionali adottate, sebbene vietino in modo generale e neutrale di circolare “a volto coperto” in spazi pubblici e aperti al pubblico, contengono una serie di eccezioni tale da applicarsi praticamente al solo porto del velo integrale, mostrando così la loro effettiva connotazione religiosa<sup>8</sup>. In secondo luogo leggi del genere appaiono sproporzionate sia sotto il profilo degli effetti che producono, poiché ostacolano il godimento di altri diritti fondamentali, primo tra tutti la possibilità per le donne di fede islamica – spesso appartenenti a gruppi vulnerabili in quanto immigrate – di circolare liberamente; sia sul piano delle sanzioni, poiché addirittura criminalizzano una pratica religiosa del tutto innocua.

Le decisioni internazionali confliggenti oggetto del presente lavoro aggiungono poi un ulteriore tassello alla ricostruzione dei diversi percorsi interpretativi seguiti dai due organi, in materia di limiti alla libertà di manifestazione religiosa. Viene in fatti in rilievo, nei casi che qui si esamineranno, il concetto del “vivere insieme” come giustificazione del divieto del porto del velo integrale, mai sollevato nei precedenti in materia portati all'attenzione dei due organi di controllo. Questo motivo di deroga alla libera manifestazione della propria fede non è espressamente previsto né dall'art. 9 par. 2 della CEDU né dall'art. 18 par. 3 del Patto sui diritti civili e politici<sup>9</sup>. La Corte EDU tuttavia ne ha riconosciuto l'esistenza ricavando il “vivere insieme” da una interpretazione estensiva del limite della “protezione dei diritti e libertà altrui”, previsto dall'art. 9 par. 2 della Convenzione. Il contrasto tra i due organi internazionali sulla possibilità di utilizzare una tale giustificazione ai fini della legittimità di misure statali di questo tipo costituisce un importante spunto di riflessione sul ruolo che giocano certi principi interpretativi, come il margine di apprezzamento statale, o tecniche come il *consensus*, nell'accertamento della compatibilità convenzionale del divieto di ostensione di simboli religiosi.

Una ulteriore ragione della scelta di approfondire questa materia è costituita dal fatto che soluzioni confliggenti rispetto all'interpretazione dello stesso diritto, da parte di organi internazionali di controllo diversi, generano confusione con riguardo alla certezza del diritto e alla precisa portata degli obblighi in materia di diritto alla libertà di manifestazione religiosa, e rischiano di minare il carattere universale dei diritti umani e l'uniformità degli *standards* di protezione<sup>10</sup>. Va infine ricordato che nei due casi sottoposti

---

aeroporti, e istituti di istruzione pubblica, la libertà di manifestazione religiosa si contrappone ai principi di laicità e di neutralità contenuti in alcune carte costituzionali. In relazione ai luoghi di lavoro privati, questo diritto di libertà si scontra invece con il diritto di libera iniziativa privata.

<sup>8</sup> Per questa ragione ci riferiremo d'ora in poi ai divieti previsti dalla Francia e dal Belgio indifferentemente come “divieti di porto del velo integrale” e “di circolare a volto coperto in spazi pubblici”, considerandoli di fatto sinonimi.

<sup>9</sup> Le due disposizioni prevedono gli stessi motivi di deroga: sicurezza, salute o morale pubblici e protezione dei diritti e libertà altrui. I rispettivi testi sono pubblicati, nella versione italiana, in R. LUZZATTO, F. POCAR, F. C. VILLATA, *Codice di diritto internazionale pubblico*, VIII ed., Torino, 2020, rispettivamente alle pp. 167 ( art. 18 del Patto), e 191 (art. 9 CEDU).

<sup>10</sup> Particolarmente illuminante al riguardo ci sembra il documento predisposto dal Consiglio d'Europa sull'interazione

all'esame del Comitato, le parti attrici *Hebbadj* e *Yaker* si erano prima rivolte alla Corte EDU, contestando l'incompatibilità della legge francese con diverse disposizioni della Convenzione e, vistesesi rigettare il loro ricorso, si erano successivamente rivolte al Comitato, investendolo della stessa questione giuridica sulla base degli stessi fatti, per ottenere un esito favorevole. Tale situazione costituisce un altro fattore di preoccupazione, poiché si favorisce la duplicazione dei ricorsi da parte degli stessi soggetti di fronte a più istanze internazionali, così generando fenomeni di “*forum shopping*”.

Il lavoro si divide in due sezioni. La prima è dedicata allo spazio che viene riservato oggi all'interno delle società europee al diritto di libertà religiosa. Seguirà un esame critico della prassi giudiziaria della Corte EDU e delle “*views*” del Comitato ONU, queste ultime rese in sede di procedura di comunicazione individuale, sui casi del porto di velo integrale o semi-integrale.

La seconda sezione si propone di approfondire i fattori che hanno portato agli esiti confliggenti in materia di porto del velo integrale. Cercheremo di dimostrare che ciò è dovuto alla diversità di approccio adottata dai due organi di controllo nell'interpretare disposizioni di identico tenore riguardanti la libertà religiosa e i suoi limiti. Sindacati contraddittori producono poi una situazione di incertezza giuridica sulla condotta da tenere per chi, - come le donne di fede islamica che per scelta indossano il velo integrale -, contesti davanti a organi internazionali di controllo che non hanno lo stesso potere di decisione vincolante, la legittimità di misure statali che negano il diritto di manifestazione religiosa. Di fronte alla stessa incertezza si troveranno gli organi giudiziari interni di Stati che siano parti di più accordi internazionali sui diritti umani, chiamati a scegliere quale applicare nel caso concreto. *Quid* nell'eventualità che nuovi casi possano in futuro presentarsi davanti al giudice nazionale di uno degli Stati aderenti sia alla CEDU, sia al Patto? Alla questione sarà dedicato l'ultimo paragrafo del lavoro, dove si svolgerà una riflessione sul ruolo del giudice nazionale quale possibile garante di ultima istanza dell'effettività del diritto di ostensione di simboli religiosi, a fronte dell'incertezza del controllo internazionale.

---

tra la Convenzione EDU e i due Patti ONU, rispettivamente sui diritti civili e politici, e sui diritti economici, sociali e culturali, del 1966, rispetto agli Stati che hanno ratificato tutti e tre gli accordi: Council of Europe - Committee of Experts on the System of the European Convention on Human Rights (DH-SYSC) Steering Committee for Human Rights (CDDH) *Drafting Group on the Place of the European Convention on Human Rights in the European and International Legal Order* (DH-SYSC-II) Draft Chapter of Theme 2: *Challenge of the Interaction between the Convention and Other International Human Rights Instruments to which the Council of Europe Member States are Parties* (As written by the Rapporteur, Ms Sofia Kastranta, in view of the 5th DH-SYSC-II Meeting, February 2019) DH-SYSC-II (2018) 26 - 05/11/2018. V. anche A. SKANDER GALAND, *Defer or Revise? Horizontal Dialogue Between UN Treaty Bodies and Regional Human Rights Courts in Duplicative Legal Proceedings*, in *Human Rights Law Review*, 2023, fasc. 23, pp. 1–21.

## 2. La crescente ostilità nei confronti dell'ostensione di simboli religiosi e i suoi rapporti con i valori della democrazia e del pluralismo culturale

Le recenti tendenze restrittive al diritto di libera manifestazione della fede portano ad interrogarsi sul posto che occupano la religione e il diritto di libertà religiosa nelle società contemporanee, quali componenti culturali di rilievo all'interno delle democrazie europee<sup>11</sup>. Questo diritto di libertà esprime infatti uno dei tanti aspetti, forse tra i più complessi, del “pluralismo culturale”<sup>12</sup>, il quale costituisce oggi

<sup>11</sup> Sulla libertà di religione nel diritto internazionale la letteratura è vastissima. Si rinvia, qui, *ex multis* e senza alcuna presunzione di esaustività, ai seguenti contributi: B. TAHZIB, *Freedom of Religion or Belief: Ensuring Effective International Legal Protection*, M. Nijhoff, The Hague - Boston, 1996; T. VAN BOVEN, *Advances and Obstacles in Building Understanding and Respect Between People of Diverse Religions and Beliefs*, in *Human Rights Quarterly* 1991, vol. 13, p. 439 ss.; M. W. JANIS - C. EVANS (a cura di), *Religion and International Law*, Brill Nijhoff, s.l. 2004; N. LERNER, *The nature and minimum standards of freedom of religion or belief*, in *Brigham Young University L. Rev.* 2000, p. 905 ss.; H. BIELEFELD'T - N. GHANEA - M. WIENER, *Freedom of Religion or Belief: An International Law Commentary*, OUP, Oxford, 2016; H. BIELEFELD'T, *Misperceptions of freedom of religion or belief*, in *Human Rights Quarterly*, 2013, p. 33 - 68; B. CONFORTI, *La tutela internazionale della libertà religiosa*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, vol. XV, 2002, p. 269 ss.; S. KNIGHTS, *Freedom of religion, Minorities and the Law*, Oxford 2007; C. FOCARELLI, *Evoluzione storica e problemi attuali del diritto alla libertà religiosa*, in DUDI, 2008, fasc. 2, pp. 229-252; C. MORVIDUCCI, *Libertà di religione o di convinzioni - dir. int.* in *Enc. Giur.* XIX, 1990, p. 3 ss.; M. LUGATO (a cura di), *La libertà religiosa secondo il diritto internazionale e il conflitto globale dei valori - International Religious Freedom and the Global Clash of Values - Proceedings of the International Conference held in Rome, 20 - 21 June, 2014* Torino, 2016; M. I. PAPA - G. PASCALE - M. GERVASI, *La tutela internazionale della libertà religiosa: problemi e prospettive*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019. Per la posizione della Santa Sede sulla libertà religiosa si vedano: Papa Paolo VI, *Dichiarazione sulla Libertà Religiosa "Dignitatis Humanae"* Roma, documento espresso dal Concilio Vaticano II e pubblicato il 7 dicembre 1965; Commissione Teologica Internazionale - Sottocommissione Libertà Religiosa, *La libertà religiosa per il bene di tutti: approccio teologico alle sfide contemporanee*, 21 marzo 2019, sul sito: [www.vatican.va](http://www.vatican.va). Sulla protezione della libertà di pensiero, coscienza e religione nel sistema ONU: D.J. SULLIVAN, *Advancing the Freedom of Religion or Belief through the UN Declaration on the Elimination of Religious Intolerance*, in *The American Journal of International Law*, vol. 82, 1988, p. 488; N. LERNER, *Religious Human Rights Under The United Nations* in J.D. VAN DER VYVER - J. WITTE JR, (a cura di), *Religious Human Rights in Global Perspective: Legal Perspectives*, in *BYU L. Rev.*, 1998, p. 681 ss.; C. D. DE JONG, *The Freedom of Thought, Conscience and Religion or Belief in the United Nations (1946-1992)*, Intersentia/Hart, Antwerpen 2000; D. H. DAVIS, *The Evolution of Religious Freedom as a Universal Human Right: Examining the Role of the 1981 United Nations Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief*, in *BYU L. Rev.* 2002, pp. 217-236; E. BREMS, *Article 14: The Right to Freedom of Thought, Conscience and Religion*, in T. LIEFAARD - J. SLOTH-NIELSEN, (a cura di), *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Brill-Nijhoff, Leiden, 2006, vol. 14; S. ANGELETTI, *Libertà religiosa e Patto internazionale sui diritti civili e politici: la prassi del Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite*, Giappichelli, Torino 2008. Con riferimento alla libertà religiosa nel sistema di salvaguardia CEDU v.: M. D. EVANS, *Religious Liberty and International Law in Europe*, CUP, Cambridge, 1997; F. MARGIOTTA BROGLIO, *La protezione internazionale della libertà religiosa nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano, 1967; S. LARICCIA, *Articolo 9. Libertà di pensiero, di coscienza e di religione*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario CEDU*, CEDAM, Padova, 2001; S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELKY, *Commentario breve alla CEDU*, Padova, 2012; C. EVANS, *Freedom of Religion under the European Convention on Human Rights*, OUP, Oxford, 2012; W. A. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights A Commentary*, OUP, Oxford, 2015; J. TEMPERMAN - T. JEREMY GUNN - M.D. EVANS, (a cura di), *The European Court of Human Rights and the Freedom of Religion and Belief*, Brill - Nijhoff, Leiden, 2019. Sulla libertà religiosa nella Carta UE sui diritti fondamentali si veda F. DONATI, *Art. 10 Libertà di pensiero, di coscienza e di religione*, in R. MASTROIANNI - O. POLLICINO - S. ALLEGREZZA - F. PAPPALARDO - O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 205 ss.

<sup>12</sup> Sul pluralismo e sui suoi rapporti con la teoria politica v., nella letteratura internazionale: C. TAYLOR, *Multiculturalism. Examining the Politics of Recognition*, Princeton University Press, Princeton, 1994; W. KYMLICKA, *Multicultural Citizenship*, Oxford University Press, Oxford, 1995; Id., *Multicultural Odysseys: Navigating the New International Politics of Diversity*, Oxford University Press, Oxford, 2007; J. RAZ, *"Multiculturalism: A Liberal Perspective"*, in J. RAZ, *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Revised Edition, Oxford University Press, Oxford, 1994, Reprinted 2001, pp.170-191; B. BARRY, (a cura di), *Culture and Equality*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 2001; S. BENVENISTE, *The Claims of Culture. Equality and Diversity in the Global Era*, Princeton University Press, Princeton, 2002; J. CROWDER

una sfida per le nostre democrazie liberali<sup>13</sup>. Un recente studio promosso dal Consiglio dei diritti umani dell'ONU attribuisce questo fenomeno ad una serie di fattori, tra i quali i movimenti migratori, la globalizzazione, lo sviluppo delle tecnologie nel settore della comunicazione, e le preoccupazioni dovute al crescente fenomeno del terrorismo internazionale di matrice religiosa fondamentalista<sup>14</sup>. Questi diversi fattori concorrono tutti a determinare una continua rimodulazione dei rapporti tra Stato e religione<sup>15</sup>, in termini di maggiore attenzione alla neutralità della sfera pubblica, rispetto al crescente pluralismo religioso delle moderne società democratiche<sup>16</sup>. Nel dibattito europeo vi è chi fa notare che “... *il diritto di libertà religiosa rappresenta oggi, nella coscienza europea contemporanea, non un elemento accessorio o secondario di cui si potrebbe forse fare a meno, ma uno dei pilastri che formano la cornice giuridico-istituzionale necessaria a sostenere e garantire l'integrazione tra diversi popoli e culture in un clima di pacifica convivenza e reciproco rispetto...*”<sup>17</sup>. In una cruciale pronuncia, la Corte EDU ha affermato che la libertà di pensiero, coscienza e religione costituisce uno dei fondamenti di una società democratica poiché è da tale libertà che dipende il pluralismo, a sua volta indissolubilmente legato al carattere democratico di una società<sup>18</sup>. Si osserva molto opportunamente, in

---

(a cura di), *Liberalism and Value Pluralism*, Continuum, London and New York, 2002; W. A. GALSTON (a cura di), *The Practice of Liberal Pluralism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005. Per la dottrina italiana si rinvia a : N. MATTEUCCI, *Pluralismo*, in *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, 1996, p. 2 ss. ([www.treccani.it](http://www.treccani.it)); N. BOBBIO, *Pluralismo*, in N. BOBBIO - N. MATTEUCCI - G. PASQUINO, *Il Dizionario di Politica*, Giappichelli, Torino, 2004, p.700 ss.

<sup>13</sup> Sul rapporto tra pluralismo e democrazia, oltre all'opera fondamentale di JOHN LOCKE, considerato il padre del liberalismo politico: *Il secondo trattato sul governo: saggio concernente la vera origine, l'estensione e il fine del governo civile* (trad. italiana a cura di A. GIALLUCA; prefazione di A. PANEBIANCO), Giuffrè, Milano 2010; e *Lettera sulla tolleranza*, a cura di C.A VIANO, Laterza, Bari 2005; si rinvia ai contributi di J. RAWLS, *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York 1993; *Id.*, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, 1971; J. HABERMAS, *The Inclusion of the Other: Studies in Political Theory*, (trad. a cura di C. CRONIN), MIT Press, Cambridge, MA, 1998; J. WALDRON, *Minority Cultures and the Cosmopolitan Alternative*, in W. KYMLIKA (a cura di), *The Rights of Minority Cultures*, OUP, Oxford, 1995, p. 93 ss.; e C. LARMORE, *Patterns of Moral Complexity*, Cambridge University Press, Cambridge, 1987; R. DWORKIN, *Taking rights seriously*, Duckworth, London, 1977.

<sup>14</sup> V. *Report of the Special Rapporteur on freedom of religion and belief - Human Rights Council* Thirty-seventh session 26 February–23 March 2018 Agenda item 3 *Promotion and protection of all human rights, civil political, economic, social and cultural rights, including the right to development*, UN Doc. A/HRC/37/49, 28 February 2018, *CAP.II. Relationships between State and religion and their impact on freedom of religion or belief*, par. 6.

<sup>15</sup> J. FOX, *Political Secularism, Religion, and the State: A Time Series Analysis of Worldwide Data*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.

<sup>16</sup> *Report of the Special Rapporteur on freedom of religion and belief... cit.*, par. 4-9. Nella Guida all'interpretazione dell'art. 9 della CEDU si registra ugualmente il rapporto tra l'aumento dell'attenzione per il fenomeno religioso e la situazione socio-politica attuale: v. *Guide on Article 9 of the Convention – Freedom of thought, conscience and religion*, Council of Europe/European Court of Human Rights, 2019, par. 9, p. 7, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int). Con specifico riferimento al pluralismo religioso, v. T. BANCHOFF (a cura di), *Democracy and the New Religious Pluralism*, OUP, Oxford, 2007; J. L. COHEN - C. LABORDE (a cura di), *Religion, Secularism, and Constitutional Democracy*, Columbia University Press, New York, 2015; A. ARATO, J. L. COHEN, A. VON BUSEKIST, *Forms of Pluralism and Democratic Constitutionalism*, Columbia University Press, New York, 2018. Nella dottrina costituzionalistica italiana v. O. CHESSA, *La laicità come eguale rispetto e considerazione*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2006, pp. 27-49; C. DEL BÒ, *La neutralità necessaria. Liberalismo e religione nell'età del pluralismo*, Edizioni ETS, Pisa, 2014.

<sup>17</sup> P. CAVANA, *Libertà religiosa e proposte di riforma della legislazione ecclesiastica in Italia* in [www.statoecliese.it](http://www.statoecliese.it), n. 41/2017, p. 4 ss.

<sup>18</sup> Corte EDU (Camera), 25 maggio 1993, *Kokkinakis v. Greece*, ric. n. 14307/88, par. 31; *Id.* (G. C.), 7 luglio 2011, *Bayatyan v. Armenia*, ric. n. 23459/03, par. 118; *Id.*, (I sez.), 5 aprile 2007, *Church of Scientology Moscow v. Russia*, ric. n. 18147/02, par.

proposito, che il compito delle autorità statali non è quello di “...rimuovere la cause delle tensioni eliminando il pluralismo, ma di fare in modo che i gruppi in competizione si tollerino a vicenda...”<sup>19</sup>.

Quel che accade nelle odierne società va invece nell’opposta direzione, di marginalizzazione del diritto di libertà religiosa, fenomeno che, come osserva Bielefeldt, comporta “...a real danger for the normative contours of freedom of religion or belief to become increasingly blurred, with possibly grave consequences for practical human rights work...”<sup>20</sup>. Prova ne sono le più recenti tendenze della prassi legislativa nazionale, all’interno del continente europeo, che evidenziano una crescente propensione a vietare il porto di simboli religiosi. Sono già diversi gli Stati che hanno adottato normative che interdicono, in modo assoluto o parziale, la possibilità di circolare in spazi pubblici e aperti al pubblico con il volto coperto<sup>21</sup>. In Italia, almeno per il momento, e con qualche sporadica eccezione, una sentenza del Consiglio di Stato del 2008<sup>22</sup> ha affermato che le normative vigenti in materia di pubblica sicurezza, devono interpretarsi nel senso che è consentita, in via di deroga, la possibilità di circolare a volto coperto per motivi religiosi<sup>23</sup>. Il carattere apparentemente

---

64; *Id.*, (I sez.), 13 dicembre 2001, *Metropolitan Church of Bessarabia and Others v. Moldova*, ric. n. 45701/99, par. 114; *Id.*, (G. C.), 18 febbraio 1999, *Buscarini and Others v. S. Marino*, ric. n. 24645/94, par. 34.

<sup>19</sup> Così W. A. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights... cit.*, p. 421. Traduzione nostra.

<sup>20</sup> H. BIELEFELDT, *Misperceptions... cit.*, p. 34.

<sup>21</sup> Gli Stati europei che vietano il velo integrale su tutto il territorio nazionale negli spazi pubblici e aperti al pubblico sono aumentati nel corso del tempo, ma costituiscono ancora una minoranza. Si tratta di: Francia (2010), Belgio (2011), Bulgaria (2016), Austria (2017), Danimarca (2018) Svizzera (2021). Divieti parziali esistono in altri Paesi. Nel 2019 i Paesi Bassi hanno vietato il velo integrale nelle istituzioni scolastiche e pubbliche, negli ospedali e nei trasporti pubblici, pena una multa di 150 euro, ma di fatto il divieto non viene applicato, almeno con riferimento ai servizi di trasporto pubblico. La Norvegia vieta dal 2018 al personale di indossare il velo integrale nelle scuole e negli asili. Il Regno Unito, la Svezia e la Germania hanno approvato leggi che consentono alle scuole o ai distretti scolastici - e nel caso del Regno Unito anche agli ospedali - di decidere se vietare il velo integrale. In Svezia il divieto vige solo in due comuni. In Gran Bretagna i datori di lavoro devono avere un motivo pratico o di salute e sicurezza “legittimo” per vietarlo. In Germania, anche i dipendenti pubblici e i funzionari, compresi i giudici e i soldati, devono avere il volto scoperto, e alle persone può essere chiesto di togliersi il velo per controllare i loro documenti d’identità. In Irlanda il Primo Ministro ha dichiarato nel 2018 che non ci sarebbe stato un divieto di velo integrale nel suo Paese. In Lettonia una proposta di legge del 2016 non è stata approvata dal Parlamento (fonte: [www.ednb.news](http://www.ednb.news)).

<sup>22</sup> Consiglio di Stato, sez. VI, 15 aprile 2008, n. 3076.

<sup>23</sup> L’Italia dispone di due normative in materia di divieto di coprirsi il volto in luoghi pubblici: l’art. 85 del t.u.l.p.s. (r.d. 18 giugno 1931 n. 773/1931) che vieta di «comparire mascherato in luogo pubblico» e l’art. 5 l. n. 152/75 che vieta l’uso di caschi protettivi, o di qualunque altro mezzo atto a rendere difficoltoso il riconoscimento delle persona, in luogo pubblico o aperto al pubblico, senza giustificato motivo. Ordinanze di divieto sono state adottate dai sindaci di diversi Comuni italiani, i quali hanno richiamato l’art. 54, comma 4, del t.u.e.l. così come sostituito dall’art. 6 della l. n. 15/2008, che consente al sindaco di provvedere contro «gravi pericoli che minacciano l’incolumità pubblica e la sicurezza urbana». A fronte dell’incertezza derivante da un’interpretazione non pienamente conforme al testo della legge, dal 2010 in poi si sono susseguite una serie di proposte di legge volte a precisarne il contenuto, e quasi tutte finalizzate, tranne una (n. 3205 del 2010), a vietare espressamente il porto del velo integrale o quasi integrale (nn. 627-2422-2769-3018-3020-3183-3205-3368-3715-3719-3760-A presentate tra il 2008 e il 2010; n. 467 del 2013 e n. 265 presentata il 23 marzo 2018). Al momento nessuna di queste risulta approvata dal Parlamento. Invece sono in vigore divieti localizzati, come quello previsto dalla Regione Lombardia nella deliberazione di Giunta del 10.12.2015 avente ad oggetto il “rafforzamento delle misure di accesso e permanenza nelle sedi della giunta regionale e degli enti società facenti parte del sistema regionale” che vieta “l’uso di caschi protettivi o di qualunque altro mezzo atto a rendere difficoltoso il riconoscimento della persona” presso gli enti individuati dall’art. 1 della l.r. 30/2006, tra i quali anche le strutture sanitarie. In argomento v. M. MÖSCHEL, *La burqa en Italie: d’une politique locale à une législation nationale*, in D. KOUSSENS - O. ROY (a cura di), *Quand la burqa passe à l’ouest; Enjeux éthiques, politiques et juridiques*, Presses Universitaires de Rennes, 2014; G.

neutrale ma sostanzialmente discriminatorio (in via indiretta) delle predette leggi denota, secondo molti, una montante xenofobia, in specie islamofobia, nel continente europeo<sup>24</sup>, che si esprime *anche* con una più generale ostilità nei confronti del porto di simboli religiosi diversi dal velo integrale<sup>25</sup>. Leggi di questo tipo, oltre a determinare ingiustificate e sproporzionate limitazioni alla libertà di espressione e alla identità culturale e religiosa di chi li indossa, producono, – nel caso del velo, che viene usato esclusivamente dalle donne –, discriminazioni multiple: di genere, etniche e religiose<sup>26</sup>.

Questo ci porta alla questione dei limiti ammessi all'ostensione di simboli religiosi. Tutti gli strumenti convenzionali sui diritti umani ammettono restrizioni alla libertà di manifestazione religiosa, tuttavia i motivi di deroga, – tutela della sicurezza, salute e morale pubbliche, protezione dei diritti e libertà altrui –, sono limitati, tassativi, e vanno interpretati restrittivamente<sup>27</sup>. Ogni deroga non giustificata, oltre a porsi in contrasto con valori fondamentali quali la democrazia, il pluralismo e la tolleranza<sup>28</sup>, comporta effetti discriminatori e sproporzionati, poiché incide su tutta una serie di altri diritti fondamentali dei portatori dei simboli, quali la libertà di espressione, la libera circolazione, l'accesso al lavoro e il mantenimento dell'occupazione, l'accesso all'istruzione, il diritto alla salute, il rispetto della vita privata e familiare. Per questa ragione le dette restrizioni si pongono in aperto contrasto con l'universalità, indivisibilità, interdipendenza e interconnessione di tutti i diritti umani<sup>29</sup>. Abbiamo in altra sede evidenziato come la natura di pietra miliare della libertà religiosa, in una concezione olistica della tutela dei diritti dell'uomo, si colga guardando più ai suoi aspetti di riconoscimento dell'identità dell'individuo e del suo stile di vita, che alla sua considerazione come credenza<sup>30</sup>. La religione come *identità*, più che sottolineare l'aspetto teologico, valorizza storie, culture, etnie e tradizioni condivise<sup>31</sup>. Sotto questo profilo, l'attenzione si

---

CARAVAGGION, *Gli enti locali e le limitazioni del diritto alla libertà religiosa: il divieto di indossare il velo integrale*, in [www.statoecliese.it](http://www.statoecliese.it), n. 28/2016.

<sup>24</sup> Il contesto di ostilità nei confronti dell'Islam è sottolineato da due organizzazioni non governative intervenute nel giudizio nel caso *Dakir c. Belgio cit.* Si veda in particolare l'intervento della OnG Liberty, par. 33 e 44.

<sup>25</sup> Leggi che vietano in generale il porto di simboli religiosi (velo non integrale, *kippah*, turbante *sikh* e *keske*) sono presenti in vari Paesi europei, quali ad es. Francia, Turchia, Svizzera, Belgio. Si rinvia in materia allo studio dell'Ufficio dell'Alto Commissario dei diritti umani dell'ONU: E. HOWARD, *Human Rights of Women Wearing the Veil in Western Europe. Research Paper*, in [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org).

<sup>26</sup> *Miriana Hebbadj cit.*, - *Joint Opinion of Committee members Ilze Brands Kebris and Sarah Cleveland (concurring)*, par. 4. In dottrina A. XANTHAKI, *When Universalism Becomes a Bully: Revisiting the Interplay Between Cultural Rights and Women's Rights in Human Rights Quarterly*, vol. 41, n. 3, 2019, pp. 701-724; H. BIELEFELDT *Misperceptions...*, *cit.*, p. 38.

<sup>27</sup> La Corte ha ribadito la necessità di una interpretazione restrittiva delle deroghe ammesse all'art. 9 della CEDU in *S.A.S. c. Francia, cit.*, par. 113. Si rinvia al subpar. 3.1. *infra*.

<sup>28</sup> *Kokkinakis v. Greece, cit. supra* in nota (18) e relativo testo.

<sup>29</sup> Dichiarazione di Vienna e Programma d'azione (1993) del 25 giugno 1993 adottata dalla Seconda Conferenza Mondiale delle Nazioni Unite sui diritti umani, Vienna, 14 - 25 giugno 1993, par. 5.

<sup>30</sup> Ci permettiamo di rinviare sul punto al nostro: *La definizione di "religione" Tra dottrina, prassi convenzionale e giurisprudenza internazionale e interna*, in *I diritti dell'uomo*, vol. 2, 2021, pp. 257-296.

<sup>31</sup> T. J. GUNN, *The Complexity of Religion and the Definition of "Religion" in International Law*, in *Harvard Human Rights Journal*, vol. 16, 2003, pp. 189-215, a p. 202; J. MARSHALL, *The Legal Recognition of Personality: Full Face Veils and Permissible Choices*, University of Leicester School of Law, *Research Paper n. 14-11*.

sposta dai rapporti tra Stato e fede al problema della discriminazione posta in essere attraverso misure statali restrittive nei confronti di individui appartenenti ad una determinata confessione. La questione centrale diventa allora quella di stabilire se l'ingerenza dello Stato nella sfera privata dell'individuo debba essere considerata un atto di persecuzione o una discriminazione arbitraria, quando vada a incidere negativamente sui diritti che permettono alla persona di costruire la propria identità, di esistere e di riconoscersi come tale, e di seguire le proprie convinzioni e il proprio stile di vita<sup>32</sup>.

### 3. La prassi internazionale sul divieto di velo integrale o quasi integrale

Le pronunce più rilevanti in relazione al porto di simboli religiosi in spazi pubblici e aperti al pubblico provengono dalla Corte EDU e dal Comitato ONU dei diritti umani, quest'ultimo nella sua funzione quasi-giudiziaria di controllo, nel contesto delle procedure di comunicazione individuale ai sensi del Primo Protocollo annesso al Patto<sup>33</sup>. Si tratta, per entrambi gli organi di controllo, dei primi casi sul divieto di velo integrale di cui si sono occupati, e sui quali, come già detto, hanno offerto soluzioni interpretative opposte. Ricordiamo anche quanto abbiamo detto nell'introduzione in merito all'interesse che hanno suscitato i due casi portati davanti al Comitato ONU, dopo essere già stati dichiarati irricevibili dalla Corte EDU, ai fini del rischio di duplicazione dei giudicati internazionali e di "forum shopping".

#### 3.1. La giurisprudenza della Corte EDU

La Corte EDU si è occupata del porto di abbigliamento religioso in spazi pubblici in diversi casi, dei quali quasi tutti riguardanti il divieto di velo integrale<sup>34</sup>, mentre uno solo relativo all'ostensione di vestiario diverso<sup>35</sup>. Con riguardo a quest'ultimo, deciso nel 2010, – quindi prima che la Corte si confrontasse con la questione del velo integrale –, l'organo era chiamato a decidere se il porto di una tunica e di un turbante per motivi religiosi in un luogo pubblico costituisse un reato. Nella specie le autorità turche arrestavano e mettevano in custodia cautelare gli appartenenti (127) ad un gruppo religioso, denominato "Aczimendi tarikati", che provenivano da varie parti della Turchia, e che si erano dati appuntamento ad Ankara per partecipare ad una cerimonia religiosa che si doveva svolgere presso la moschea di Kocatepe, indossando il caratteristico abito del loro gruppo, composto da un turbante, un *şalvar* (calzoni alla zuava) e una tunica, tutti neri, ed erano dotati di un bastone, che secondo loro ricordava quello dei principali profeti, in

---

<sup>32</sup> T. J.GUNN, *The Complexity of Religion...*, cit., p. 203-204.

<sup>33</sup> Protocollo Opzionale relativo al Patto internazionale sui diritti civili e politici, New York, 16 dicembre 1966, (in vigore sul piano internazionale dal 23 marzo 1976), art. 1. L'art. 5 par. 2 lett. a) e b) esclude che il Comitato prenda in considerazione ricorsi individuali quando: "a) la stessa questione non sia già in corso di esame in base a un'altra procedura internazionale di inchiesta o di regolamento pacifico; b) l'individuo abbia esaurito tutti i ricorsi interni disponibili. Questa norma non si applica se la trattazione dei ricorsi subisce ingiustificati ritardi".

<sup>34</sup> *S.A.S. c. Francia, Dakir c. Belgio, Belcacemi e Oussar c. Belgio cit. supra* in nota (2).

<sup>35</sup> Corte EDU, II sez., 23 febbraio 2010, *Abmet Arslan e altri c. Turchia*, ric. n. 41135/98.

particolare di Maometto. Il gruppo, girando per la città così abbigliato, era protagonista di alcuni incidenti che determinavano i citati provvedimenti restrittivi e un'azione penale davanti alla Corte per la sicurezza dello Stato di Ankara, con l'accusa di aver violato disposizioni di leggi contro il terrorismo, per il fatto di indossare abiti religiosi in spazi pubblici.

La Corte EDU constatava in quell'occasione la violazione dell'art. 9 par. 1 della Convenzione da parte delle autorità turche per gli arresti compiuti, perché non era stato dimostrato che i ricorrenti minacciassero l'ordine pubblico. Essa infatti, dopo un'accurata analisi delle circostanze di fatto che avevano portato all'irrogazione di sanzioni penali per aver indossato abiti religiosi in spazi pubblici, escludeva che le autorità disponessero di un ampio margine apprezzamento<sup>36</sup>, e concludeva per il carattere non necessario delle misure restrittive<sup>37</sup>.

Al contrario, in tutti e tre i casi sul divieto del velo integrale, il giudice di Strasburgo ne accertava la compatibilità con la Convenzione, sul presupposto di un ampio spazio di manovra riconosciuto alla Francia e al Belgio<sup>38</sup>. La giustificazione addotta dalla Corte per differenziare il caso *Abmet Arslan e altri c. Turchia* da *S.A.S c. Francia*, si fondava sul fatto che il primo caso non riguardava l'integrale – o quasi – copertura del volto<sup>39</sup>. Trattandosi comunque del porto di abbigliamento religioso in spazi pubblici da parte di privati, in dottrina si evidenziava l'incoerenza delle pronunce, per la chiara disparità di trattamento di casi che presentavano circostanze di fatto analoghe. Si sottolineava anche, con preoccupazione, il crescente favore per l'attribuzione di un ampio margine discrezionale agli Stati, che denotava l'emergere di un generale mutamento di approccio dell'organo nel decidere casi relativi alla libertà di ostensione di simboli religiosi portati alla sua attenzione<sup>40</sup>.

Nel 2014 la Corte decideva il primo caso riguardante il divieto di porto del velo integrale. La causa *S.A.S. contro Francia*<sup>41</sup> riguardava la nota legge francese che aveva introdotto, nel 2010, il divieto di indossare oggetti o indumenti che nascondessero il volto, tra i quali rientrava anche il porto del velo integrale da parte delle donne islamiche negli spazi pubblici<sup>42</sup>. La legge prevedeva eccezioni al divieto nel suo art. 2

<sup>36</sup> D. F. ROJO, *Pertinence of a General Prohibition of the Burqa and Niqab in Spain: A Human Rights Perspective*, in *Anuario de Acción Humanitaria y Derechos Humanos*, 2014, pp. 209-234, a p. 232. Sulla dottrina del margine di apprezzamento statale *infra*, Sez. II, subpar. 4.1.

<sup>37</sup> *Abmet Arslan e altri c. Turchia*, *cit.*, par. 49-52.

<sup>38</sup> *S.A.S. c. Francia*, *cit.*, par. 153-155; *Belcacemi et Oussar* *cit.*, par. 55; *Dakir* *cit.*, par. 59.

<sup>39</sup> *Abmet Arslan e altri c. Turchia*, *cit.*, par. 136

<sup>40</sup> D. F. ROJO, *Pertinence of a General Prohibition...*, *cit.* p. 232.

<sup>41</sup> *S.A.S. c. Francia*, *cit.* La ricorrente aveva adito la Corte, pur non essendo ancora stata vittima di un provvedimento penale per la sua condotta contraria alla legge francese, sostenendo che il fatto stesso della sua entrata in vigore l'avrebbe costretta a modificare il suo comportamento per evitare che ciò accadesse.

<sup>42</sup> *Loi du 11 octobre 2010 « interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public »*, (JORF n. 0237 du 12 octobre 2010) entrata in vigore nell'aprile 2011. La normativa di esecuzione della legge, adottata con una circolare del Primo Ministro del 2 marzo 2011, chiarisce la nozione di "spazio pubblico" quale prevista dall'art. 2 della l. 1192/2010, che dispone: « *l'espace public est constitué des voies publiques ainsi que des lieux ouverts au public ou affectés à un service public* ». Sono comprese le varie amministrazioni statali e gli istituti pubblici, gli enti locali e i loro istituti pubblici, i municipi, i tribunali, le prefetture, gli

punto II, in base al quale il divieto non si applicava se l'abbigliamento era prescritto o autorizzato da disposizioni legislative o regolamentari; se era giustificato da motivi sanitari o professionali; o se faceva parte di pratiche sportive, feste o manifestazioni artistiche o tradizionali. In caso di infrazioni al divieto era prevista una sanzione di 150 euro e/o l'obbligo di completare il corso di cittadinanza di cui all'articolo 131-16 del Codice Penale. L'art. 4 della legge introduceva una nuova disposizione nel codice penale, l'art. 225-4-10, con la previsione di una pena di un anno e una multa di 30.000 euro, per chi avesse costretto un'altra o più persone a nascondere il proprio volto con minacce, violenza, coercizione, abuso di autorità o abuso di potere, a causa del loro sesso. In sostanza, a fronte dell'ampiezza delle eccezioni previste dalla legge francese, – e ferma restando la correttezza della norma penale che puniva chi avesse imposto ad una donna di coprirsi il volto –, il divieto colpiva quasi esclusivamente una pratica di ostensione di simboli religiosi volontariamente seguita da una ristretta minoranza di donne di fede islamica.

Nel merito la ricorrente, pur non essendo stata ancora vittima dell'applicazione della legge francese<sup>43</sup>, lamentava la potenziale violazione – a causa del divieto di porto del velo integrale negli spazi pubblici –, dei suoi diritti e libertà personali, quali il divieto di trattamenti degradanti (art. 3)<sup>44</sup>, il rispetto della vita privata (art. 8)<sup>45</sup>, la libertà di manifestare la propria religione (art. 9), la libertà d'espressione (art. 10)<sup>46</sup> e la libertà di associazione e riunione (art. 11)<sup>47</sup>, presi da soli o congiuntamente all'art. 14, che pone un divieto generale di discriminazione nel godimento dei diritti previsti dalla CEDU e dai suoi Protocolli. La Corte considerava ricevibile il ricorso e, dopo aver dichiarato la manifesta infondatezza delle motivazioni fondate sugli articoli 3 e 11<sup>48</sup>, ed aver escluso il rilievo autonomo di quelle basate sugli articoli 10 e 14<sup>49</sup>, prendeva in considerazione soltanto gli articoli 8 e 9, da soli e letti in congiunzione con l'art. 14 della Convenzione, e si pronunciava, con 15 voti a favore e 2 contrari<sup>50</sup>, in senso negativo, escludendo cioè

---

ospedali, gli uffici postali, gli istituti di istruzione (scuole, collegi, licei e università), i fondi per gli assegni familiari, le casse di assicurazione sanitaria primaria, i servizi del Pôle emploi, i musei e le biblioteche.

<sup>43</sup> Come osserva A. VALENTINO: "... la Corte europea dei diritti ha ammesso la legittimazione ad agire "per violazioni derivanti direttamente da una legge o da un provvedimento di carattere generale" anche in assenza di qualsiasi misura individuale di applicazione quando i ricorrenti siano costretti a "modificare la propria condotta a pena di essere perseguiti penalmente" o facciano parte "di una categoria di persone che rischia di essere direttamente colpita" dalla regolamentazione statale..." (*La sentenza sul caso S.A.S. c. Francia della Corte Europea dei diritti dell'uomo: principio di laicità e divieto assoluto di coprirsi il volto in pubblico*, in [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it), 2014, p. 4). Conforme I. INGRAVALLO, *La Corte di Strasburgo e il divieto di burqa: osservazioni critiche*, in [www.sidi-isil.org](http://www.sidi-isil.org), 24 luglio 2014, par. 2. In argomento v. A. SACCUCCI, *Articolo 34 in Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), CEDAM, Padova, 2012, pp.635 e ss..

<sup>44</sup> *S.A.S. c. Francia, cit.*, par. 69.

<sup>45</sup> *S.A.S. c. Francia, cit.*, par. 79.

<sup>46</sup> *S.A.S. c. Francia, cit.*, par. 163.

<sup>47</sup> *S.A.S. c. Francia, cit.*, par. 72.

<sup>48</sup> *S.A.S. c. Francia, cit.*, rispettivamente, al par. 70 e 73.

<sup>49</sup> *S.A.S. c. Francia, cit.*, rispettivamente, ai parr. 162 e 163.

<sup>50</sup> La Grande camera decideva, più di preciso, con 15 voti a favore e due contro per la non violazione degli articoli 9 e 8 della Convenzione; all'unanimità per la non violazione dell'art. 14 letto in congiunzione con gli articoli 9 e 8 della stessa; infine, stabiliva sempre all'unanimità che non si ponevano questioni distinte sulla base dell'art. 10 preso isolatamente o

che la legge francese integrasse una violazione delle predette disposizioni. Nella specie si faceva leva sul fatto che la normativa francese perseguiva uno scopo legittimo: quello di assicurare le esigenze del “*vivre ensemble*”<sup>51</sup>, come scelta della società francese, che considerava necessario stabilire condizioni minime di interazione tra individui negli spazi pubblici<sup>52</sup>. In un contesto così specifico, proprio dell’ordinamento francese, le scelte di fondo sui mezzi per assicurare la coesione sociale sarebbero spettati, secondo l’organo, al legislatore nazionale, che avrebbe goduto di discrezionalità<sup>53</sup>. Peraltro la Corte ricorreva, ai fini della determinazione dell’ampiezza del margine di apprezzamento statale, alla tecnica del *consensus*<sup>54</sup>, per verificare la sussistenza o meno di un “*common ground*” tra gli Stati europei in materia di disciplina del porto del velo integrale, questione sulla quale potevano esserci profonde divergenze all’interno di uno Stato democratico<sup>55</sup>. Avendone accertato l’assenza, la Corte riconosceva alla Francia (così come avrebbe fatto con il Belgio), nella specie all’organo legislativo, un largo spazio di manovra, ritenendo di dover esercitare il proprio ruolo di supervisione con maggiore cautela<sup>56</sup>. La pronuncia di non violazione dell’art. 9 della CEDU aveva però colto di sorpresa molti studiosi, poiché il ragionamento seguito da Strasburgo sembrava andare in direzione opposta<sup>57</sup>. In effetti la Corte aveva rigettato le giustificazioni della Francia fondate sulla discriminazione di genere<sup>58</sup>, il rispetto per la dignità delle persone<sup>59</sup> e la tutela della sicurezza

---

in congiunzione con l’art. 14. Alla sentenza è annessa l’Opinione in parte dissenziente dei giudici NUßBERGER e JÄDERBLOM.

<sup>51</sup> *S.A.S. c. Francia, cit.*, par. 140.

<sup>52</sup> *S.A.S. c. Francia, cit.*, par. 141.

<sup>53</sup> *S.A.S. c. Francia, cit.*, par. 153.

<sup>54</sup> Su questa tecnica e i suoi rapporti con la dottrina del margine di apprezzamento statale si rinvia *infra*, Sez. II, subpar. 4.1.

<sup>55</sup> *S.A.S. c. Francia, cit.*, par. 156.

<sup>56</sup> *S.A.S. c. Francia, cit.*, par. 154.

<sup>57</sup> J. MARSHALL, *S.A.S. v France: Burqa Bans and the Control or Empowerment of Identities*, in *Human Rights Law Review* vol. 15, n. 2, 2015, pp. 377-389; F. Z. ASHNI - P. GERBER, *Burqa: Human Right or Human Wrong?* in *Alternative Law Journal*, vol. 39(4), pp. 231-234; B. A. CORRAL, *Some Constitutional Thoughts about the Islamic Full Veil Ban in Europe*, in *Vienna Journal on International and Constitutional Law*, 2013, fasc. 3, pp. 275-307; S. OUALD CHAIB - E. BREMS, *Doing Minority Justice Through Procedural Fairness: Face Veil Bans in Europe* in *Journal of Muslims in Europe* 2013, pp. 1-26; A. STEINBACH, *Burqas and Bans: The Wearing of Religious Symbols under the European Convention of Human Rights* in *Cambridge Journal of International and Comparative Law* vol. 4 fasc. 1, 2015, pp. 29-52 A. VALENTINO, *La sentenza sul caso S.A.S. c. Francia della Corte Europea dei diritti dell’uomo: principio di laicità e divieto assoluto di coprirsi il volto in pubblico*, in [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it), 2014, p.; 19-20; I. INGRAVALLO, *La Corte di Strasburgo e il divieto di burqa...*, *cit.*, par. 4; D. F. ROJO, *Pertinence of a General Prohibition...*, *cit.*, p. 229; D. BARTON, *Is the French Burka Ban Compatible with International Human Rights Law Standards?*, in *Essex Human Rights Review*, vol. 9, n. 1, 2012.

<sup>58</sup> *S.A.S. c. Francia*, par. 119, dove la Corte distingueva il fatto di punire severamente chi avesse obbligato una donna a indossare il velo, dal sanzionare penalmente chi lo faceva per libera scelta, perché usare il principio di parità tra uomo e donna per vietare una pratica che la ricorrente e le donne in generale rivendicavano come esercizio dei loro diritti, equivaleva ad ammettere che “*l’on puisse à ce titre prétendre protéger des individus contre l’exercice de leurs propres droits et libertés fondamentaux*” (*ibidem*).

<sup>59</sup> *S.A.S. c. Francia, cit.*, par. 120. Qui la Corte rigettava la giustificazione del Governo francese secondo la quale chiunque si fosse relazionato con una donna dal volto coperto avrebbe potuto sentirsi disprezzato.

pubblica<sup>60</sup>, dopo un attento esame delle argomentazioni delle parti, ai fini del peso da attribuire ai diritti in conflitto in sede di bilanciamento<sup>61</sup>. L'unico argomento accolto dalla Corte come legittimo e proporzionato per escludere la violazione degli artt. 8 e 9 della Convenzione atteneva alle esigenze del “vivere insieme”<sup>62</sup>, espressione che, come già sottolineato, era stata ricavata da una interpretazione estensiva della deroga consentita per garantire il rispetto dei diritti e delle libertà altrui<sup>63</sup>. Così facendo essa si discostava in modo importante dal suo precedente orientamento, secondo il quale i limiti ai diritti protetti dalla Convenzione avrebbero dovuto essere interpretati restrittivamente<sup>64</sup>. Si registrano comunque, da parte di una minoranza di studiosi, valutazioni meno critiche e altre favorevoli all'orientamento della Corte<sup>65</sup>. L'incoerenza tra il ragionamento seguito dall'organo, – ritenuto per lo più bilanciato e ben argomentato<sup>66</sup> –, e l'esito finale del giudizio, era, secondo alcuni, il frutto di diverse contraddizioni, dovute

<sup>60</sup> *S.A.S. c. Francia*, par. 139, dove la Corte negava la proporzionalità del divieto di velo integrale con le esigenze di pubblica sicurezza, potendo benissimo conseguirsi tale scopo col richiedere di scoprire il volto in occasione di controlli da parte delle autorità, eventualità peraltro ritenuta accettabile dalla ricorrente.

<sup>61</sup> Si rinvia, *ex multis*, a: S. BERRY, *SAS v France: Does Anything Remain of the Right to Manifest Religion?*, in [www.ejiltalk.org](http://www.ejiltalk.org), July 2, 2014; E. BREMS, *S.A.S. v. France as a problematic precedent*, in [www.strasbourgobservers.com](http://www.strasbourgobservers.com), 9 luglio 2014; Id., “*SAS v France: A Reality Check*”, in *Social Science Research Network*, July 2016; E. HOWARD, *S.A.S. v France: Living Together or Increased Social Division?* in [www.ejiltalk.org](http://www.ejiltalk.org), July 7, 2014; S. OUALD CHAIB - L. PERONI, *S.A.S. v. France: Missed Opportunity to Do Full Justice to Women Wearing a Face Veil*, in [strasbourgobservers.com](http://strasbourgobservers.com), 3 luglio 2014; I. RUGGIU, “*S.A.S. vs France. Strasburgo conferma il divieto francese al burqa con l'argomento del “vivere insieme”*” in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 12 settembre 2014. Anche i giudici NUBBERGER e JÄDERBLOM, nella loro Opinione comune in parte dissenziente, annessa alla sentenza *S.A.S. c. France*, tenevano a precisare che, pur non condividendo l'esito finale del giudizio: “... *une approche équilibrée y est développée, de nombreux arguments importants des opposants à l'interdiction de dissimuler son visage dans l'espace public y sont soigneusement pesés et les problèmes liés à cette interdiction y font l'objet d'une évaluation...*” (par. 1).

<sup>62</sup> *S.A.S. c. Francia*, *cit.*, par. 116. Sul concetto del “vivere insieme”, oltre agli AA. citati nelle note (58) e (62) *adde*: B. CALI *Coping with Crisis: Whither the Variable Geometry in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights* in *Wisconsin International Law Journal*, vol. 35, n. 2, 2018, pp. 237-276; I. TRISPIOTIS, *Two Interpretations of “Living Together”* in *European Human Rights Law*, in *Cambridge Law Journal*, 2016 vol. 75 n. 3, pp. 580-607; A. PORTARU, *The “Rights and Freedoms of Others” vs. Religious Manifestations: Who Wins at the ECtHR?*, in *European Yearbook on Human Rights* 2015, pp. 367-377; H. YUSUF, *S.A.S v France: supporting ‘living together’ or forced assimilation*, in *International Human Rights Law Review* 2014, pp. 277-302; O. M. ARMADÓTTIR *Rethinking the Two Margins of Appreciation* in *European Constitutional Law Review*, vol. 12 n. 1, 2016, pp. 27 - 53. Nella dottrina italiana: A. VACCARI, *La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e il diritto di “vivere ensemble”*, in *AIC*, aprile 2015; M. LUGATO, *Le ‘condizioni minime del vivere insieme’ nelle limitazioni del diritto di manifestare la propria religione*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 13, 2019, n. 3, pp. 457-486; M. OROFINO, *La tutela del sentimento religioso altrui come limite alla libertà di espressione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *www.AIC*, 30 maggio 2016; A. LICASTRO, *I mille splendidi volti della giurisprudenza della Corte di Strasburgo: “guardarsi in faccia” è condizione minima del “vivere insieme”*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* ([www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), n. 28/2014.

<sup>63</sup> *S.A.S. c. Francia*, *cit.*, par. 157.

<sup>64</sup> In *S.A.S. c. Francia*, *cit.*, par. 113 la Corte riaffermava la giurisprudenza *Kokkinakis* e *ss. cit. supra* in nota (28), per poi sconfessarla.

<sup>65</sup> Per una posizione meno critica e più dubbiosa v. R. McCREA, *The Ban on the Veil and European Law*, in *Human Rights Law Review*, Vol. 13, fasc. 1, 2013, pp. 57-97; M. LUGATO, *Le ‘condizioni minime del vivere insieme’... cit.* Per una decisa difesa del divieto di velo integrale negli spazi pubblici si rinvia a B. DUNLAP, *Protecting the Space to Be Unveiled: Why France's Full Veil Ban Does Not Violate the European Convention on Human Rights*, in *Fordham International Law Journal*, Vol. 35, No. 4, 2017, pp. 968-1026; P. CHESLER, *Ban the Burqa? The Argument in Favor*, in *Middle East Quarterly*, 2010, pp. 33-45; E. CARMONA CUENCA, *El Velo Islámico, la libertad religiosa y la igualdad de género*, in M. REVENGA SÁNCHEZ et. al. (a cura di), *Los símbolos religiosos en el espacio público*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, p. 162 ss.

<sup>66</sup> S. BERRY, *SAS v France: Does Anything Remain of the Right to Manifest Religion?*, *cit.*, p. 3.

fondamentalmente al riconoscimento della legittimità del fine della legge, sulla scorta del conferimento di un ampio margine discrezionale alle autorità francesi<sup>67</sup>.

Questo orientamento veniva confermato dalla Corte nei due casi *Dakir c. Belgio* e *Belcacemi e Oussar c. Belgio*, relativi al divieto di velo integrale imposto dalla legislazione belga, suscitando critiche ancor più aspre rispetto a quelle espresse nel caso *S.A.S.*<sup>68</sup>. Le perplessità riguardavano, *in primis*, il procedimento di adozione e il contenuto della legge belga che non era stata preceduta, a differenza di quella francese, da un approfondito dibattito democratico<sup>69</sup>; *in secundis* non erano previste sanzioni penali analoghe a quelle previste in Francia, nei confronti di chi avesse obbligato qualcuno a coprirsi il volto<sup>70</sup>. Alcuni degli intervenienti invitavano perciò i giudici di Strasburgo a rivedere il loro atteggiamento di *self-restraint* e a procedere invece ad una valutazione nel merito circa la legittimità del fine della restrizione costituito dal “vivere insieme”<sup>71</sup>. Si chiedeva anche un maggiore approfondimento del *test* di necessità e proporzionalità della restrizione, per verificare se lo Stato convenuto avesse in concreto dimostrato l’esistenza di un fine di interesse generale; se il divieto fosse effettivamente adeguato a risolvere il problema concreto; e se lo Stato avesse vagliato o meno la possibilità dell’adozione di misure alternative meno restrittive<sup>72</sup>. La richiesta alla Corte era insomma quella di restringere il margine di manovra statale ai fini di un esame sostanziale della necessità della misura. Interessante sembra in proposito l’opinione concorrente del giudice Spano, il quale, pur condividendo il giudizio finale, riteneva di dover puntualizzare il fatto che, sebbene resa dalla Grande Camera, la sentenza *S.A.S.* non avrebbe potuto rivestire l’autorità di precedente, rispetto a casi diversi dal porto del velo integrale in spazi pubblici<sup>73</sup>. Spano faceva giustamente osservare il fatto che il *fine legittimo* del “vivere insieme” non fosse previsto espressamente né dall’art. 8 par. 2 né dall’art. 9 par. 2 della CEDU<sup>74</sup>; che il concetto di “vivere insieme” avesse carattere vago e

---

<sup>67</sup> S. BERRY, *SAS v France: Does Anything Remain of the Right to Manifest Religion?*, cit., *ibidem*; L. VICKERS, *S.A.S. v. France: the French Burqa Ban and Religious Freedom*, in *E-International Relations*, 10 settembre 2014 ([www.e-ir.info](http://www.e-ir.info)), scrive a proposito dell’incoerenza della sentenza: “...The overall conclusion of the Court in the S.A.S. case is disappointing. The judgment feels internally inconsistent. On the one hand, it contains strong and detailed reasoning on the issues of gender and dignity, issues which have traditionally been subject to significant academic and policy debate. On the other hand, it gives significant leeway to states to legislate to uphold the very nebulous concept of ‘living together’, an aim which could equally be met by promoting a ‘live and let live’ attitude...”.

<sup>68</sup> M. FERRI, *Belcacemi and Oussar v Belgium and Dakir v Belgium: the Court again addresses the full-face veil, but it does not move away from its restrictive approach*, in *strasbourgobservers.com*, 25 luglio 2017; E. BREMS, *Face veils in Strasbourg (bis): the Belgian cases*, 28 dicembre 2015, *ibidem*.

<sup>69</sup> *Dakir c. Belgio*, cit., par. 41, dove il Centro dei diritti dell'uomo dell'Università di Gand, parte interveniente, sottolineava che i dibattiti parlamentari erano stati rapidi, la richiesta di organizzare un'audizione di esperti e la richiesta di un parere della sezione legislativa del Consiglio di Stato erano state respinte, e il disegno di legge era stato discusso solo alla Camera, senza essere stato sollevato in seno al Senato.

<sup>70</sup> *Dakir c. Belgio*, cit., par. 38.

<sup>71</sup> *Dakir c. Belgio*, cit., par. 42.

<sup>72</sup> *Dakir c. Belgio*, cit., par. 45.

<sup>73</sup> *Belcacemi e Oussar c. Belgio*, cit., opinione concorrente del giudice Spano alla quale si unisce il giudice Karakas. Sul valore di “*res interpretata*” dei precedenti della Corte v. *infra*, Sez. II, par. 6, specie pp. 35-36 e note (187) e (188).

<sup>74</sup> *Belcacemi e Oussar c. Belgio*, cit., opinione cit. par. 5.

artificioso, come già rilevato dai giudici dissenzienti nel caso *S.A.S.*; infine, che fosse difficile definire *quali diritti altrui* ai sensi, tra l'altro, dell'art. 9 par. 2 della Convenzione, potessero dedursi dalle “esigenze minime della vita in società”<sup>75</sup>, a causa del carattere talmente flessibile e confuso di concetti simili, tale da portare ad abusi<sup>76</sup>. L'opinione dava anche voce ad una delle critiche più frequenti espresse dalla dottrina e dalla società civile, ovvero l'accusa ai Governi francese e belga di voler attuare, in seno alle rispettive società, delle politiche assimilazioniste, in ragione della stretta vicinanza concettuale tra il “vivere insieme” e il maggioritarismo<sup>77</sup>. Le tre sentenze della Corte suscitavano, più in generale, particolari dubbi con riferimento alla mancanza di un esame approfondito della necessità e proporzionalità delle leggi francese e belga e del loro carattere discriminatorio, nonostante l'annunciata intenzione della Corte di volerlo svolgere<sup>78</sup>.

In conclusione, quest'ultima, esercitando un *self restraint* dovuto senz'altro al carattere molto politicizzato dei rapporti tra Stato e fede nei vari Stati europei, sembrava legittimare, con tali pronunce, l'esistenza di un diritto di libertà *dalla* manifestazione di simboli religiosi in spazi pubblici, come limite che avrebbe giustificato la compressione del diritto *di* libera manifestazione della religione o delle convinzioni personali.

### 3.2. Le *views* del Comitato ONU

L'orientamento del Comitato ONU nei casi *Hebbadj* e *Yaker* si scontrava apertamente con i giudizi della Corte EDU, dal momento che il primo non solo riteneva ingiustificabile un divieto assoluto di porto del velo integrale in luoghi pubblici, in base ai limiti previsti dall'art. 18 par. 3 del Patto, ma soprattutto svolgeva un esame approfondito, alla luce dell'art. 26, del carattere discriminatorio della legge francese. I fatti oggetto delle comunicazioni individuali riguardavano due cittadine francesi, che erano state sanzionate per aver indossato il velo integrale in spazi pubblici. Queste ultime si erano rivolte al Comitato a seguito, come già si è detto<sup>79</sup>, del rigetto nel settembre 2014 dei loro ricorsi da parte della Corte EDU<sup>80</sup>. Il mancato accoglimento di questi da parte del giudice europeo era stato determinato dal fatto che pochi mesi prima, nel luglio 2014, si era decisa la causa *S.A.S. c. Francia*, in senso sfavorevole alla ricorrente. In casi del genere, infatti, l'organo ricorre ad un meccanismo di filtraggio per ridurre il carico giudiziario<sup>81</sup>,

---

<sup>75</sup> *Belcacemi e Oussar c. Belgio*, opinione *cit.* par. 6.

<sup>76</sup> *Belcacemi e Oussar c. Belgio*, opinione *cit.*, *ibidem*.

<sup>77</sup> *Belcacemi e Oussar c. Belgio*, opinione *cit.*, par. 7.

<sup>78</sup> *S.A.S. c. Francia*, *cit.*, par. 160. Sul punto si rinvia *infra*, Sez. II, subpar. 4.2. e 4.3.

<sup>79</sup> *Supra*, par. 1.

<sup>80</sup> *M. Hebbadj e S. Yaker*, *cit.*, che contengono entrambe un identico paragrafo 2.11.

<sup>81</sup> La CEDU è stata oggetto di emendamenti dettati dalla necessità di rendere più effettivo il sistema di controllo anche riducendo il carico giudiziario della Corte, con il Protocollo n. 14 (2004), aperto alla firma il 13 maggio 2004 ed entrato in vigore il 1° giugno 2010, dopo la ratifica di tutti gli Stati contraenti. L'art. 7 del Protocollo introduce il nuovo articolo 27 CEDU, del quale rilevano i par. 1 e 2: “.... 1. Un giudice unico può dichiarare irricevibile o cancellare dal ruolo un

che consente di dichiarare irricevibili, con decisione definitiva, successivi ricorsi che, tra l'altro, siano identici ad altri già decisi<sup>82</sup>. Sul piano procedurale i due casi presentavano quindi la peculiarità di essere stati proposti, in successione temporale, davanti a due organi internazionali di controllo, – prima la Corte EDU e poi il Comitato –, circostanza che avrebbe dovuto sfociare in due decisioni di irricevibilità dei due ricorsi da parte di quest'ultimo. Infatti la Francia aveva apposto una riserva all'art. 5 par. 2 lett. a) del Protocollo opzionale annesso al Patto, mirante ad escludere la competenza del Comitato non solo rispetto a questioni identiche a quelle “in corso di esame”, ma anche “già esaminate” da altre istanze giurisdizionali o quasi-giurisdizionali internazionali. La decisione di non tenere conto della riserva francese, e ammettere le due comunicazioni individuali, veniva giustificata sulla base di un'argomentazione non formalistica, rilevandosi come, sebbene dalle lettere inviate dalla Corte EDU alle due ricorrenti non apparisse che le dichiarazioni di inammissibilità fossero fondate su motivi puramente procedurali, tuttavia il carattere succinto della motivazione fornita dalla Corte non permetteva al Comitato di stabilire con certezza se i due casi fossero stati oggetto di un effettivo esame nel merito. Quest'ultimo notava infatti che non era stato fornito alle due interessate alcun argomento o chiarimento, nelle decisioni di irricevibilità, che potesse giustificare il rigetto delle loro domande sul merito dei loro ricorsi<sup>83</sup>. Con riguardo a tale aspetto, le signore *Hebbadj* e *Yaker*, con le rispettive comunicazioni, denunciavano il carattere illegittimo e discriminatorio della legge francese sul velo integrale e delle sanzioni penali ivi previste, alla luce degli articoli 18 e 26 del Patto relativi, rispettivamente, al diritto di libertà religiosa e al divieto generale di discriminazione. Il Comitato accertava la violazione di entrambe le norme da parte dello Stato francese, affermando altresì, con riguardo all'art. 26, l'esistenza di una discriminazione multipla (*intersectional discrimination*). Si generava così un conflitto tra queste decisioni e quella della Corte EDU rispetto

---

ricorso individuale presentato in virtù dell'articolo 34 nei casi in cui tale decisione può essere presa senza ulteriore esame. 2. La decisione è definitiva ...”. Le condizioni di ricevibilità indicate nell'art. 35 CEDU, che permettono di rigettare tutti quei ricorsi che, tra l'altro, siano essenzialmente identici ad uno già in precedenza esaminato (art. 35 par. 2) sono perciò oggetto di esame preliminare e di una eventuale decisione definitiva di irricevibilità, in conformità al nuovo art. 27 della Convenzione, e all'art. 52A del Regolamento di procedura, disposizione, quest'ultima, introdotta nel regolamento dalla Corte il 13 novembre 2006 con effetto dal 1° giugno del 2010. Dal combinato disposto degli articoli 27, 34 e 35 CEDU e dell'art. 52A del regolamento della Corte, il giudice unico può quindi rigettare in via definitiva un ricorso, facendo un semplice riferimento all'assenza delle condizioni indicate nell'art. 35 senza ulteriori motivazioni.

<sup>82</sup> Le lettere con le quali si comunicava alle interessate l'irricevibilità dei due ricorsi presentati davanti alla Corte EDU, risalivano al settembre 2014, dunque a pochi mesi di distanza dalla sentenza *S.A.S. c. Francia* del luglio dello stesso anno. Le prime, pur facendo generico riferimento all'art. 35 della Convenzione, sembrano fondarsi nello specifico sull'art. 35 par. 2 lett. b) della CEDU, ai sensi del quale: “...La Corte dichiara irricevibile il ricorso individuale introdotto in applicazione dell'art. 34 quando: (...) b) è sostanzialmente uguale ad altro ricorso precedentemente esaminato dalla Corte (...) e non contiene fatti nuovi...”. Stando così le cose, sembra ragionevole presumere che il precedente *S.A.S. c. Francia* abbia determinato le decisioni di irricevibilità dei due casi qui in esame da parte della Corte europea.

<sup>83</sup> *M. Hebbadj cit.*, par. 6.4; *S. Yaker cit.*, par. 6.2. La situazione venutasi a creare dopo tali pronunce ha determinato una revisione dell'art. 52A del regolamento di procedura della Corte, volta ad evitare per il futuro casi del genere, introducendo l'obbligo del giudice unico di fornire una succinta motivazione (*summary reasoning*) in sede di decisione definitiva di irricevibilità. Gli emendamenti, adottati dalla Corte in seduta Plenaria il 4 novembre 2019, sono in vigore dal 1° gennaio 2020.

all'interpretazione dei limiti al diritto di manifestare liberamente la religione, soprattutto per il fatto che l'organo ONU aveva attribuito, a differenza dei giudici di Strasburgo, il dovuto rilievo al divieto di discriminazione. È interessante notare che il Comitato aveva preso in considerazione, nell'esame dei due casi, la sentenza *S.A.S. c. Francia* – già esistente al momento delle decisioni dei casi *Yaker* e *Hebbadj* – dimostrandosi in sintonia con il ragionamento della Corte sull'irrelevanza delle giustificazioni della Francia basate sulle esigenze di sicurezza, sulla discriminazione di genere e sul rispetto della dignità umana. Il primo adottava peraltro gli stessi principi generali del giudice di Strasburgo, chiarendo che le limitazioni previste dall'art. 18 par. 3 del Patto andavano intese restrittivamente, che non potevano avere scopi discriminatori, che dovevano applicarsi in modo non discriminatorio<sup>84</sup>, e rispettare il principio di proporzionalità<sup>85</sup>. Il divario tra i due organi di controllo diventava evidente al momento della valutazione *concreta* dei casi effettuata dal Comitato nell'analizzare le giustificazioni offerte dallo Stato convenuto: la tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico e la protezione dei diritti e libertà altrui. Innanzitutto, il ragionamento che esso svolgeva al fine di respingere il primo motivo, sebbene in linea di massima analogo, come appena detto, a quello della Corte EDU, era molto più articolato, poiché si sottolineava come il carattere non necessario e sproporzionato della legge francese fosse dimostrato dal fatto che la Francia non avesse neppure tentato di dimostrare che il divieto fosse la misura meno restrittiva per il perseguimento del fine di garantire la sicurezza pubblica<sup>86</sup>.

Con riguardo al secondo motivo di giustificazione, – la protezione dei “diritti e libertà altrui” – declinato dalla Francia come “*vivere insieme*”, il Comitato, pur riconoscendo, come già aveva fatto la Corte EDU, che “... *uno Stato può avere un interesse a promuovere la socialità e il rispetto reciproco tra gli individui sul proprio territorio e, in questo contesto, l'interazione sociale tra gli individui in tutta la loro diversità, e quindi che l'occultamento del volto potrebbe essere visto come un potenziale ostacolo a tale interazione...*”<sup>87</sup>, tuttavia ciò non poteva costituire, a suo avviso, una valida giustificazione alla limitazione dei diritti delle ricorrenti. Sotto questo aspetto si ribadiva il fatto che le eccezioni stabilite dall'art. 18 par. 3 del Patto, inclusa la “*protezione dei diritti e delle libertà altrui*”, dovessero interpretarsi restrittivamente e applicarsi in modo concreto e non in astratto, identificando *quali fossero gli specifici diritti fondamentali interessati e le persone che ne erano colpite*<sup>88</sup>. Si faceva notare in proposito che la Francia non solo non aveva “... *individuato alcun diritto o libertà fondamentale specifico di altri che sia interessato dal fatto che alcune persone presenti nello spazio pubblico abbiano il volto coperto, comprese le donne completamente velate...*”<sup>89</sup>, ma soprattutto non aveva “... *spiegato perché tali diritti sarebbero [stati] “ingiustamente”*”

---

<sup>84</sup> *M. Hebbadj, cit.*, par. 7.4., e *S. Yaker, cit.*, par. 8.7.

<sup>85</sup> In tal senso *M. Hebbadj, cit.*, par. 7.4. e *S. Yaker cit.*, par. 8.8.

<sup>86</sup> *S. Yaker cit., ibidem.*

<sup>87</sup> *M. Hebbadj cit.*, par. 7.9.

<sup>88</sup> *M. Hebbadj cit.*, par. 7.10 e *S. Yaker cit.*, par. 8.10.

<sup>89</sup> *Ibidem.* Traduzione nostra.

ostacolati indossando il velo integrale, ma non coprendo il volto in pubblico con i numerosi altri mezzi che sono esenti dalla legge...”<sup>90</sup>. Il Comitato escludeva insomma che il diritto di interagire con qualsiasi persona in uno spazio pubblico, e il diritto di non essere disturbati dal fatto che qualcuno indossasse il velo integrale, fossero protetti dal Patto<sup>91</sup>.

Questo argomento segnava il punto di rottura con la giurisprudenza della Corte EDU, poiché veniva riconosciuto degno di protezione il solo diritto di libertà di manifestazione religiosa, e non anche quello di libertà dalla manifestazione. La posizione assunta dal Comitato ricalcava quella già sviluppata dai giudici Nußberger et Jäderblom nella loro opinione comune parzialmente dissenziente annessa alla sentenza *S.A.S.*, dove questi ultimi avevano opportunamente stigmatizzato il sacrificio dei diritti dell’individuo a principi astratti<sup>92</sup>, e contestato la natura di “scopo legittimo” del “vivere insieme”. I giudici, in *S.A.S.*, avevano infatti escluso l’esistenza di un “...diritto a non essere scioccati o attaccati da diversi modelli di identità culturale o religiosa...”, argomentando in base al fatto che, dai precedenti della Corte in materia di libertà di espressione, quest’ultima avesse “... più volte sottolineato che la Convenzione tutela non solo le opinioni accolte favorevolmente o considerate inoffensive o indifferenti, ma anche ... quelle che offendono, scioccano o disturbano...”<sup>93</sup>.

Il punto di maggiore interesse del ragionamento del Comitato riguarda però il rilievo attribuito al carattere discriminatorio della legge francese. Anche in questo caso, a differenza della Corte EDU, l’organo di controllo svolgeva un’approfondita analisi alla luce dell’art. 26 del Patto, che pone un divieto generale di discriminazione, e sui suoi effetti sugli altri diritti garantiti. *In primis* l’organo rigettava l’argomento dello Stato, secondo il quale il divieto introdotto dalla legge avrebbe dovuto considerarsi di carattere neutrale, poiché non basato sulla connotazione religiosa del capo di abbigliamento in questione, ma sul fatto che quest’ultimo nascondesse il volto. Al contrario, il Comitato considerava la legge francese solo apparentemente neutrale sotto il profilo religioso, in ragione delle eccezioni riconosciute “per la maggior parte dei contesti di copertura del viso in pubblico”<sup>94</sup>.

*In secundis*, sebbene esso, come già aveva fatto la Corte EDU, avesse riconosciuto l’illegittimità del divieto in ragione della pubblica sicurezza, a differenza di quest’ultima ne affermava anche la natura discriminatoria, ritenendo che la Francia non aveva “... fornito alcuna giustificazione o spiegazione di sicurezza pubblica per il motivo che la copertura del viso per determinati scopi religiosi è vietata, mentre è consentito coprire il volto per numerosi altri scopi, tra cui quello sportivo, artistico, e altri scopi tradizionali e religiosi...”<sup>95</sup>. Si escludeva poi, ancora

<sup>90</sup> *Ibidem*. Traduzione nostra.

<sup>91</sup> *Ibidem*. Traduzione nostra.

<sup>92</sup> *S.A.S.*, *cit.*, Opinione *cit.*, par. 1-2.

<sup>93</sup> *S.A.S.*, *ibidem*, par. 7. Traduzione nostra.

<sup>94</sup> *M. Hebbadj cit.*, par. 7.13. Traduzione nostra.

<sup>95</sup> *M. Hebbadj cit.*, par. 7.7; *S. Yaker cit.*, par. 8.6., che si esprimono in termini identici. Al contrario in *S.A.S.* la Corte EDU non aveva preso in alcuna considerazione l’argomento della ricorrente, esposto nel par. 80 della sentenza, relativo al carattere discriminatorio della legge francese.

una volta in sintonia con la Corte, che il divieto avesse lo scopo di proteggere il genere femminile dall'imposizione del velo integrale come forma di soggezione all'uomo, qualora frutto di una libera scelta<sup>96</sup>, esistendo già una specifica e separata disposizione, l'articolo 225-4-10 del codice penale, che puniva severamente chi avesse costretto un individuo a nascondere il volto<sup>97</sup>. Sotto questo profilo è particolarmente evidente la diversità di approccio interpretativo dei due organi di controllo. In effetti la Corte, pur avendo dimostrato attenzione per gli argomenti della ricorrente – con riguardo agli effetti del carattere discriminatorio e sproporzionato del divieto sulla minoranza di donne di fede islamica –, aveva escluso all'unanimità ogni rilievo per l'art. 14 in relazione, tra l'altro, all'art. 9 della Convenzione<sup>98</sup>. Al contrario, l'attento esame della legge alla luce del divieto di discriminazione aveva consentito al Comitato, come appena detto, di rigettare l'argomento della Francia in base al quale il divieto si fondava sul presupposto della natura intrinsecamente discriminatoria del velo integrale, per il fatto che le donne che lo indossavano fossero costrette a farlo. Veniva piuttosto ribadita la posizione, già espressa in altre sedi, dove si era stigmatizzato l'impatto sproporzionato della legge francese sui membri di specifiche religioni e sulle donne in particolare, e sottolineato il fatto che, contrariamente agli obiettivi prefissati, una misura del genere avrebbe alimentato il sentimento di esclusione ed emarginazione di alcuni gruppi<sup>99</sup>. In conclusione, per il Comitato il Patto proteggeva solo la libertà *di* manifestazione religiosa, mentre nessuno spazio doveva riconoscersi ad un presunto diritto di libertà *dalla* manifestazione di simboli religiosi.

## Sezione II

### 4. I fattori che incidono sulla diversa interpretazione di identiche disposizioni

Il Patto e la Convenzione contengono, come abbiamo già visto, limiti sostanzialmente identici alla libertà religiosa. Sia il Comitato che la Corte EDU seguono poi identici criteri quando analizzano la compatibilità convenzionale di misure statali restrittive: la *previsione per legge* della misura restrittiva, il suo *fine legittimo*, individuabile nei motivi che giustificano l'adozione della misura, la *necessità*<sup>100</sup> e la *proporzionalità*<sup>101</sup> della restrizione rispetto al fine perseguito. Allo stesso modo, i due sistemi convenzionali contengono un

---

<sup>96</sup> M. Hebbadj *cit.*, *ibidem*.

<sup>97</sup> M. Hebbadj *cit.*, *ibidem*.

<sup>98</sup> S.A.S. *cit.*, par. 5 del dispositivo.

<sup>99</sup> Comitato ONU, *Concluding observations on the fifth periodic report of France* (CCPR/C/FRA/CO/5), para. 22.

<sup>100</sup> A differenza dell'art. 18 par. 3 del Patto ONU, l'art. 9 par. 2 della Convenzione EDU specifica che deve trattarsi di misure necessarie *in una società democratica*. Ciò potrebbe dipendere carattere universale del Patto, aperto all'adesione di tutti gli Stati della Comunità internazionale, anche non democratici.

<sup>101</sup> Il principio è espressamente previsto solo dall'art. 52 par. 1 della Carta UE dei diritti fondamentali ma il suo utilizzo è prassi consolidata di tutti gli organi giudiziari e quasi giudiziari internazionali chiamati a valutare la legittimità dei limiti ammessi alla libertà di manifestazione della fede o delle convinzioni personali. Per l'utilizzo del principio da parte della Corte EDU come corollario della necessità della restrizione v. G. RAIMONDI, *La controversa nozione di Consensus e le recenti tendenze della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in riferimento agli articoli 8–11 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in [www.magistraturademocratica.it](http://www.magistraturademocratica.it).

divieto di discriminazione che entrambe devono prendere in considerazione nel valutare le modalità di applicazione delle restrizioni ai diritti protetti da parte delle autorità statali<sup>102</sup>. I due organi agiscono poi sulla base del principio di sussidiarietà<sup>103</sup>.

Tuttavia, i classici principi e tecniche interpretative utilizzati dai due organi nella risoluzione dei casi portati alla loro attenzione, e soprattutto quelli peculiari sviluppati dalla giurisprudenza della Corte EDU, diventano delle variabili importanti nella confliggente valutazione della compatibilità convenzionale delle leggi sul divieto di velo integrale<sup>104</sup>.

#### 4.1. Principio di sussidiarietà, margine di apprezzamento statale e *consensus*

Un primo fattore di variabilità, che incide sulla diversa interpretazione dei criteri di compatibilità convenzionale da parte dei due organi, è costituito dalla diversa concezione che ognuno di essi ha del principio di sussidiarietà<sup>105</sup>. Quest'ultimo, nel suo aspetto procedurale, impone, prima che si possa attivare il controllo internazionale, la condizione del previo esaurimento dei ricorsi interni, al fine della ricevibilità dei ricorsi o delle comunicazioni individuali<sup>106</sup>. Ciò, allo scopo di offrire a tutti gli organi statali l'opportunità di assicurare il rispetto degli obblighi convenzionali. Il principio in questione è alla base di tutti i sistemi internazionali di controllo sul rispetto dei diritti umani, a livello universale<sup>107</sup> e regionale<sup>108</sup>.

---

<sup>102</sup> E. AKBULUT, *Limitations on Religious Headdress and Two Different Viewpoints: Inferences from Findings of the European Court of Human Rights and the United Nations Human Rights Committee*, in *Anayasa Yargısı* vol. 38, n. 2, 2021, pp. 177–220.

<sup>103</sup> Il carattere sussidiario del controllo della Corte fu affermato a partire da una celebre sentenza del 23 luglio 1968: Corte EDU (Plenaria), 23 luglio 1968, *Caso relativo ad alcuni aspetti del regime linguistico nell'insegnamento in Belgio c. Belgio*, ric. n. 1474/62 e altri 5, ed è stato via via precisato in altre importanti pronunce: *ex multis* Corte EDU (GC), 6 marzo 2007 *Scordino c/Italia* ric. n. 43662/98.

<sup>104</sup> E. AKBULUT, *Limitations on Religious Headdress...*, *cit.*, *ibidem*.

<sup>105</sup> Per la letteratura internazionalistica si rinvia a S. BESSON, *Subsidiarity in International Human Rights Law - What is Subsidiary about Human Rights?*, in *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 61, n. 1, 2016, pp. 69–107; P. G. CAROZZA, *Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law*, in *American Journal of International Law*, 2003, pp. 38 - 79; M. LUGATO, *Sulla Sussidiarietà in Diritto Internazionale (On Subsidiarity in International Law)* (May 3, 2011). Archivio Giuridico Filippo Serafini, Vol. CCXXX, Fascicolo 2-2011, pp. 129-157.

<sup>106</sup> Il principio di sussidiarietà nel sistema EDU è stato definito e precisato in tutti i suoi aspetti in un documento esplicativo (*Interlaken Follow Up - Note by the Juriconsult - Principle of subsidiarity*, dell'8 luglio 2010), quale seguito della *Interlaken Declaration of 19 February 2010 the High Level Conference on the future of the European Court of Human Rights*. In esso si distinguono la sussidiarietà sostanziale, che attiene alla ripartizione di ruoli e responsabilità tra Corte EDU e gli organi nazionali, da quella procedurale, relativa alle condizioni di ricevibilità e in particolare al previo esaurimento dei ricorsi interni.

<sup>107</sup> Protocollo opzionale al Patto ONU sui diritti civili e politici, art. 5 par. 2 lett. b); Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale adottata il 21 dicembre 1965, art. 14 par. 2; Protocollo opzionale alla Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne adottato il 6 ottobre 1999, art. 4 par. 1; Protocollo opzionale alla Convenzione sui diritti del fanciullo che stabilisce una procedura di presentazione di comunicazioni, adottato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 19 dicembre 2011, art. 7; Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti adottata il 10 dicembre 1984, art. 22 par. 5 lett. b). I testi dei predetti accordi possono leggersi in R. LUZZATTO, F. POCAR, F. C. VILLATA, *Codice di diritto internazionale pubblico*, VIII ed., Torino, 2020.

<sup>108</sup> Convenzione EDU, art. 35 par. 1; Convenzione americana sui diritti umani (1969), art. 46 par.1 lett. a); Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli (1981), art. 56 par. 5, disposizione che sarà sostituita dal Protocollo sullo statuto della

Tuttavia, nel sistema CEDU si è andato sempre di più affermando l'aspetto *sostanziale* della sussidiarietà, relativo alla *ripartizione di responsabilità tra Corte e autorità statali nel rispettivo ruolo di tutela dei diritti protetti dalla Convenzione*. Il forte desiderio degli Stati membri del Consiglio d'Europa di vedere tutelata la diversità dei rispettivi valori costituzionali e le conseguenti scelte legislative hanno determinato una forte spinta per il rafforzamento della sussidiarietà in direzione, secondo alcuni, di un "ridimensionamento" del ruolo di controllo della Corte<sup>109</sup>. In effetti questa "nuova era della sussidiarietà" ha suscitato le perplessità di molti<sup>110</sup>, inducendo la stessa Corte a precisare che essa non comporta uno "slittamento" di responsabilità in favore degli Stati, ma una "condivisione" delle funzioni di controllo sul rispetto dei diritti previsti dalla Convenzione tra la Corte e gli Stati membri<sup>111</sup>. Quel che è certo è che con la revisione si è inteso valorizzare soprattutto il corollario di questo principio, la dottrina del margine di apprezzamento statale<sup>112</sup>. In base a quest'ultima, allo Stato è concesso un margine di manovra, che gli consente di godere di un certo grado di discrezionalità nel limitare i diritti protetti, in particolare quelli soggetti a deroghe<sup>113</sup>. L'utilità della dottrina del margine di apprezzamento sta nel fatto che essa serve a realizzare due vantaggi: da una parte aiuta la Corte a gestire *standards* nazionali divergenti e al tempo stesso proteggere i diritti fondamentali a un livello sufficientemente alto; dall'altra contribuisce alla prevedibilità del suo

---

Corte africana di giustizia e diritti umani, 2008, art. 30 lett. f), quando quest'ultimo entrerà in vigore. I testi sono disponibili sul sito [www.unipd-centrodirittiumani.it](http://www.unipd-centrodirittiumani.it).

<sup>109</sup> Questo processo ha trovato espressione nei lavori della Conferenza sul futuro della Corte EDU, ed in particolare nella Dichiarazione di Brighton del 2012 (High-Level Conference on the future of the European Court of Human Rights, 18–20 April 2012, *Brighton Declaration*, CDDH(2012)007) e nella successiva revisione della CEDU ad opera del Protocollo n. 15, che ha inserito nel preambolo un richiamo espresso al principio di sussidiarietà e al margine di apprezzamento statale: v. *Protocol n. 15 amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* (CETS No. 213), Strasburgo, 24 giugno 2013, entrato in vigore 1° agosto 2021.

<sup>110</sup> Tra i quali spicca l'intervento dell'ex presidente Bratza, che durante la conferenza di Brighton ha affermato di non sentirsi a proprio agio con l'idea che gli Stati possano "imporre alla Corte come deve evolvere la sua giurisprudenza o come deve svolgere le funzioni giudiziarie che le sono state conferite" in considerazione dell'importanza dell'indipendenza giudiziaria in un sistema governato dallo Stato di diritto: v. High Level Conference Brighton, *Speech by Sir Nicolas Bratza, President of the European Court of Human Rights* (18-20 April 2012), disponibile al seguente indirizzo: <http://www.echr.coe.int>; v. anche O. M. ARNARDÓTTIR, *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 (ESIL) 2015 Annual Conference (Oslo) - Conference Paper No. 4/2015 disponibile in <https://esil-sedi.eu>, p. 3.

<sup>111</sup> *Contribution of the Court to the Brussels Conference*, 26 gennaio 2015, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

<sup>112</sup> R. ST. J. MACDONALD, *The Margin of Appreciation in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights* in *Collected Courses of the Academy of European Law*, 1992; E. BENVENISTI, *Margin of Appreciation, Consensus and Universal Standards in International Law and Politics* 1999, vol. 31, p. 843 ss.; H.C. YOUROW, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, in *Connecticut Journal of International Law*, vol. 3, n. 1, 1988, pp. 118-121; S. MATTHEW, *The ECtHR's Margin of Appreciation and the Processes of National Parliaments*, in *Human Rights Law Review*, 2015, vol. 15, pp. 745 ss.; C. ROZAKIS, *Through the Looking Glass: An 'Insiders's' view of the Margin of Appreciation*, in *Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Paris, 2011, pp. 527-537; J. GERARDS, *Margin of Appreciation and Incrementalism in the Case Law of the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 2018, pp. 1- 21; O. M. ARNARDÓTTIR, *Rethinking the Two Margins of Appreciation*, *cit.*, pp. 27-53; M. AJEVSKI, *Forced to Argue in Two World Views - the Margin of Appreciation and the Schismatic Identity of the ECtHR*, in [www.jus.uio.no](http://www.jus.uio.no); E. BATES, *Activism and self-restraint: the margin of appreciation's Strasbourg career... its 'coming of age'?*, in *Human Rights Law Journal*, 2016, vol. 36 n. 7-12, pp. 261-276.

<sup>113</sup> Enunciati negli artt. 8, 9, 10 e 11 della CEDU e negli artt. 17, 18, 19, 21 e 22 del Patto sui diritti civili e politici.

orientamento per quanto riguarda l'esame delle misure nazionali<sup>114</sup>. Tuttavia, un'analisi "qualitativa" della prassi dimostra che questa dottrina raramente si traduce in *standards* di controllo certi, a causa della scarsa chiarezza dei criteri di utilizzo da parte della Corte, con riferimento alla sua funzione in sede di valutazione di compatibilità convenzionale, e alla determinazione della portata del margine da concedere<sup>115</sup>.

Per quel che riguarda i fattori utili ad ampliare o restringere lo spazio lasciato agli Stati, questi possono riguardare la materia oggetto del diritto, l'esistenza di un'uniformità o di un *consensus* nel diritto e nella prassi tra gli Stati contraenti in una determinata materia<sup>116</sup>, o se un *test* di bilanciamento tra interessi concorrenti sia stato debitamente condotto dalle autorità nazionali. Con specifico riferimento al *consensus*, la sua esistenza si può ricavare, oltre che dall'analisi comparata delle legislazioni degli Stati, dai trattati internazionali, dalla situazione interna ad uno Stato o da ragioni scientifiche<sup>117</sup>. In ogni caso, l'ultima parola per stabilire se gli Stati hanno rispettato gli *standards* convenzionali, sotto il profilo sostanziale, spetta di norma all'organo internazionale di controllo<sup>118</sup>.

La dottrina del margine di apprezzamento statale, e la connessa tecnica del *consensus*, costituiscono il secondo fattore di variabilità dei percorsi interpretativi seguiti dai due organi per risolvere casi riguardanti la stessa questione giuridica: in questa sede quella dei limiti alla libertà di ostensione di simboli religiosi, nella specie il velo integrale. Infatti i "monitoring bodies" degli altri sistemi convenzionali di protezione dei diritti umani, sia a livello universale, sia a livello regionale, si rifanno all'aspetto procedurale della sussidiarietà, mentre sono molto restii ad accoglierne quello sostanziale, sul quale si fonda la dottrina del margine di apprezzamento statale. Si ritiene infatti che questa dottrina incontri scarso successo al di fuori del sistema CEDU<sup>119</sup>. In questa prospettiva deve rilevarsi, con la maggioranza della dottrina, che il Comitato ne rifiuta in linea di principio l'utilizzo<sup>120</sup>, addirittura escludendone espressamente l'applicazione

<sup>114</sup> V., per tutti, J. GERARDS, *Margin of Appreciation...*, cit., pp. 5-7.

<sup>115</sup> *Id.*, *ibidem*. Per analoghi rilievi critici v. S. GREER, *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights*, in *Human Rights Files*, 2000, n. 17, p. 5; J. KRATOCHVÍL, *The inflation of the margin of appreciation by the European Court of Human Rights in Netherlands Quarterly of Human Rights* n. 29, 2011, pp. 324 ss., p. 325; R. NIGRO, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Case-Law of the European Court of Human Rights on the Islamic Veil*, in *Human Rights Review*, 2010, n. 11, pp. 531-564, p. 537-538.

<sup>116</sup> L. WILDHABER - A. HJARTARSON-S. DONNELLY, *No Consensus on Consensus? The Practice of the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Journal*, 2013, vol. 33, p. 257 ss.; P. MAHONEY-R. KONDAK, *Common Ground: A Starting Point or Destination for Comparative-Law Analysis by the European Court of Human Rights*, in: M. ANDENAS - D. FAIRGRIEVE (a cura di), *Courts and Comparative Law*, OUP, Oxford, 2015, pp 119-176; E. BENVENISTI, *Margin of Appreciation...*, cit., p. 850 - 853; K. DZEHTSIAROU, *Does Consensus Matter? Legitimacy of European Consensus in the Case Law of the European Court of Human Rights*, in *Public Law*, 2011, p. 548-553; G. RAIMONDI, *La controversa nozione di Consensus...*, cit., par. 23-39; P. MARTENS, *Les désarrois du juge National face aux caprices du consensus européen*, in *Cour européenne des droits de l'homme, Dialogues entre juges* -, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2008, p. 80-99.

<sup>117</sup> G. RAIMONDI, *La controversa nozione di Consensus...*, cit., par. 27, che si rifà alla classificazione proposta da K. DZEHTSIAROU, *Does Consensus Matter? ...*, cit., p. 548-553.

<sup>118</sup> Corte EDU, 7 dicembre 1976, *Handyside c. Regno Unito* ric. n. 5493/72, par. 49.

<sup>119</sup> E. BENVENISTI, *Margin of Appreciation...*, cit., p. 844 ss.; A. SKANDER GALAND, *Defer or Revise?...*, cit., p. 18 ss.

<sup>120</sup> Uno dei pochissimi casi nei quali l'organo ha applicato la dottrina del margine di apprezzamento e ha fatto espresso uso della tecnica del *consensus* riguarda un caso relativo alla restrizione della libertà di espressione giustificata da ragioni

quando si tratti di restrizioni che riguardano determinati diritti<sup>121</sup>. Lo sfavore per la dottrina in questione è confermata dall'esito dei casi *Yaker* ed *Hebbadj*, rispetto ai quali non si erano tenuti in alcun conto gli argomenti della Francia, relativi al fatto che essa avrebbe goduto di un ampio margine di manovra<sup>122</sup>. È per tale ragione che il Comitato aveva potuto effettuare un *test* di necessità *stricto sensu*, – ossia valutare *in concreto* la legittimità del fine, la necessità e la proporzionalità del divieto francese, nonché la sua possibile natura discriminatoria –, ed escludere che il “vivere insieme” costituisse un giustificato motivo all'adozione del divieto di velo integrale in Francia.

Al contrario, frequente è il suo ricorso da parte della Corte EDU, che ne fa uso per verificare, spesso utilizzando la tecnica del *consensus*, se esista o meno una tendenza all'interno degli ordinamenti della maggioranza degli Stati del Consiglio d'Europa su di una determinata questione. Con riferimento ai casi *S.A.S.*, *Belcacemi e Oussar e Dakir*, la Corte, come si ricorderà, aveva infatti riconosciuto a Francia e Belgio un ampio spazio di manovra, rifacendosi proprio all'assenza di un *consensus* europeo relativo alla disciplina della libertà di circolare a volto coperto negli spazi pubblici<sup>123</sup>. In questo caso, la mancanza di un “*common ground*” a livello europeo veniva ricavata dai giudici di Strasburgo sulla base di un'analisi comparativa degli ordinamenti giuridici degli Stati membri del Consiglio d'Europa. L'organo infatti, come si è detto, interpretava l'assenza di leggi al riguardo in quasi tutti gli Stati – all'infuori della Francia e del Belgio – come una prova dell'assenza di un *consensus* europeo. Questa esegesi però non era l'unica possibile, anzi, una lettura diversa sarebbe forse stata più coerente con il ruolo di supervisione della Corte, più aderente all'oggetto e allo scopo della Convenzione e, soprattutto, maggiormente conforme al principio fondamentale di effettività, per il quale eventuali deroghe ai diritti protetti non possono mai avere l'effetto di vanificarne il nucleo essenziale. Quest'ultimo principio, riconosciuto sia dal Comitato ONU<sup>124</sup> che dalla Corte EDU<sup>125</sup>, opera come un limite al margine di apprezzamento statale, e alla stessa tecnica del *consensus* europeo. Ad esempio, nel caso *Dudgeon c. Regno Unito*, il giudice di Strasburgo aveva valorizzato

---

di morale pubblica. Comitato ONU dei diritti umani, *views* del 2 aprile 1982, *Leo Hertzberg et al. v. Finland*, Comunicazione n. 61/1979, U.N. Doc. CCPR/C/OP/1, par. 10.3. Peraltro la dottrina non ha mancato di criticare l'uso di questa dottrina da parte del Comitato, sia pure limitata a questo specifico motivo: I. Y. NUGRAHA, *From 'Margin of Discretion' to the Principles of Universality and Non-Discrimination: A Critical Assessment of the 'Public Morals' Jurisprudence of the Human Rights Committee*, in *Nordic Journal of Human Rights*, 2021, pp. 243-258. Di diverso avviso è Y. SHANY, “*All Roads Lead to Strasbourg?: Application of the Margin of Appreciation Doctrine by the European Court of Human Rights and the UN Human Rights Committee*”, in *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 9, 2018, pp.180-198, secondo il quale esiste un divario tra il rifiuto percepito della dottrina del margine di apprezzamento da parte del Comitato e la sua pratica effettiva di utilizzare approcci sostitutivi, simili al MoA.

<sup>121</sup> Comitato dei diritti umani, General Comment n. 34 “*Art. 19 Libertà di opinione e di espressione*”, par. 36.

<sup>122</sup> *M. Hebbadj cit.*, par. 7.9, e testo corrispondente. In tal senso E. AKBULUT, *Limitations on Religious Headdress...*, *cit.*, p. 209, dove si sottolinea come il Comitato non avesse attribuito alcun peso all'argomento della Francia relativo al godimento di un ampio margine di discrezionalità.

<sup>123</sup> *S.A.S. c. Francia, cit.*, par. 156; *Belcacemi e Oussar c. Belgio, cit.*, par. 55 e *Dakir c. Belgio, cit.*, par. 59.

<sup>124</sup> Comitato ONU, *General Comment* n. 22/1993 relativo all'interpretazione dell'art. 18 del Patto, par. 26: “... Limitations imposed (...) must not be applied in a manner that would vitiate the rights guaranteed in article 18...”.

<sup>125</sup> Corte EDU, 13 marzo 1980, *Artico c. Italia*, ric. n. 6694/74, par. 33.

L'importanza fondamentale di una effettiva tutela del diritto alla vita privata e familiare, rispetto all'assenza di un *consensus* europeo sulla (in)compatibilità convenzionale della criminalizzazione di relazioni omosessuali nella vita privata<sup>126</sup>. Si osserva in dottrina che: "...[C]hiamata a fare i conti con una tradizione locale di radicata ostilità nei confronti dell'omosessualità, la Corte non si è limitata a sanzionarla facendo leva sulla sua natura minoritaria rispetto agli altri paesi europei, ma ha saggiato la sua portata sulla base degli altri parametri quali la natura del diritto e la proporzionalità dell'agire statale..."<sup>127</sup>. In sintesi, le differenze culturali che si traducono in tradizioni legislative minoritarie, possono essere "*salvaguardate solamente se non contrastano con il nucleo maggiormente protetto del diritto in questione*"<sup>128</sup>. L'esigenza di proteggere il nucleo essenziale di un certo diritto svolge quindi un ruolo essenziale anche nella successiva operazione di bilanciamento tra diritti in conflitto. Nei casi qui in esame, e in linea con il precedente *Dudgeon*, la Corte avrebbe potuto considerare irrilevante l'assenza di un *consensus* europeo, ed evitare di concedere un ampio margine di discrezionalità, argomentando col fatto che, in caso contrario, si sarebbe impedito l'effettivo godimento di un diritto così importante come quello di libera manifestazione della religione. Invero, piuttosto che parlare di assenza di *consensus*, si sarebbe dovuto riconoscere che la mancanza di disciplina in questa materia, all'interno degli ordinamenti della stragrande maggioranza degli Stati membri del Consiglio d'Europa, esprimeva in modo evidente un *consensus* circa la *non necessità* di disciplinare il porto del velo integrale<sup>129</sup>. Per questa ragione i divieti non avrebbero potuto né dovuto in nessun caso giustificarsi sulla base di un "*pressing social need*"<sup>130</sup> della maggior parte degli Stati europei<sup>131</sup>. La Corte

<sup>126</sup> Corte EDU (Plenaria), 22 ottobre 1981, ric. n. 7525/76, par. 52. In dottrina G. REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, 2011, p. 143 osserva che: "...Solo alla fine di un giudizio che chiama prima in causa la natura del diritto e poi la necessità della misura contestata, quindi, la sentenza in questione si affida alla ricerca di un consenso europeo per modulare gli obblighi statali di protezione sulla base di uno standard comune..."

<sup>127</sup> G. REPETTO, *Argomenti comparativi...*, cit., p. 144. L'A. tuttavia rigetta la tesi di una "gerarchizzazione delle situazioni protette", ritenendo che anche i parametri della natura del diritto e la proporzionalità dell'ingerenza statale debbano considerarsi parte "...di una più complessa metodologia interpretativa fondata proprio sulla comparazione giuridica..." (p. 144).

<sup>128</sup> *Id.*, *ibidem*, p. 145.

<sup>129</sup> In tal senso i due giudici parzialmente dissenzienti nella loro opinione annessa al caso *S.A.S.*: "...*Le fait que quarante-cinq États membres sur quarante-sept – donc une écrasante majorité – n'aient pas estimé nécessaire de légiférer dans ce domaine est un indicateur très fort de l'existence d'un consensus européen...*" (par.19).

<sup>130</sup> Si tratta di un concetto utilizzato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo come base per valutare se un'interferenza statale sia necessaria o meno in una società democratica: Corte EDU (Plenaria), 26 aprile 1979, *Sunday Times c. Reno Unito*, ric. n. 6538/74, par. 59. In dottrina v. R. ST. J. MACDONALD, *The Margin of Appreciation, in The European System* in R. ST. J. MACDONALD - F. MATSCHER - H. PETZOLD (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1993, p. 87; G. REPETTO, *Argomenti comparativi...* cit., pp. 141 ss.

<sup>131</sup> In linea con quanto sostenuto, nel caso *Lautsi c. Italia* (Corte EDU (G.C.), 18 marzo 2011, ric. n. 30814/06), dal giudice Malinverni nella sua opinione dissenziente, dove si faceva osservare, - in relazione all'obbligo di esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche imposto da una risalente normativa (regi decreti) -, che dal momento che erano pochissimi gli Stati a disciplinare la materia, mentre nella grande maggioranza degli Stati europei una tale questione non formava oggetto di una regolamentazione specifica, non sarebbe stato possibile far derivare da questo stato di fatto conclusioni certe quanto al *consensus* europeo. Anche le leggi sul divieto di circolare a volto coperto, come si è rilevato *supra*, in note (21) e (129), riguardano una netta minoranza di Stati europei.

avrebbe anche potuto evitare di utilizzarlo nei casi *S.A.S., Belcacemi e Oussar e Dakir*, argomentando dal fatto che non fossero rilevabili posizioni chiare su questioni nuove. Come osserva qualcuno, in simili situazioni l'organo non avrebbe dovuto necessariamente rigettare del tutto un'interpretazione progressista, poiché un'assenza di *consensus* non dovrebbe interpretarsi per forza come prova di un'attiva resistenza a nuove soluzioni<sup>132</sup>. In proposito l'ex Presidente della Corte EDU, Guido Raimondi, fa osservare che un'applicazione meramente aritmetica di quest'ultima tecnica non sia consigliabile quando non è rilevabile una *communis opinio* degli Stati europei su una determinata questione. È importante infatti, a suo avviso, che non si faccia un uso eccessivo del margine di manovra statale fondato sul *consensus*, rischiando altrimenti di vanificare l'essenza stessa della funzione di controllo propria della Corte EDU, che mostrerebbe così di abdicare ai suoi compiti. Raimondi richiama, a conforto di questa posizione, la riflessione di Martens, secondo il quale: "... *inclinandosi davanti ad un consensus la cui assenza o esistenza dipende dalla volontà o dal rifiuto di una maggioranza, il giudice non finisce per conferire a questa maggioranza un potere normativo indebito, giacché il suo ruolo è esattamente quello di proteggere le minoranze contro l'intolleranza delle maggioranze?*..."<sup>133</sup>. Vi è chi sostiene in proposito che la tecnica del consenso sia in contrasto con la natura contro-maggioritaria dei diritti umani<sup>134</sup>. Ciò è tanto più vero in quanto, così come la sua esistenza non dovrebbe potersi invocare per abbassare gli *standards* (già minimi) di protezione garantiti dalla Convenzione, lo stesso dovrebbe dirsi in caso di sua assenza<sup>135</sup>. Va infine ricordato che il *consensus* può essere rilevato dai trattati internazionali<sup>136</sup>: anche sotto questo aspetto la Corte aveva del tutto trascurato di tenere nella dovuta considerazione le posizioni contrarie al divieto e fondate su tutta una serie di strumenti

---

<sup>132</sup> Corte EDU, *Dialogue between judges, European Court of Human Rights, Council of Europe, 2008*, Proceedings of the Seminar of 25 January 2008, Strasburgo: "...The absence of consensus may, however, have very different causes, such as the lack of a uniform practice or divergent approaches, or the fact that no clear position has been adopted in relation to novel issues. In other words, the lack of consensus does not necessarily mean that there is active resistance to a new solution..." (evidenza nostra). G. RAIMONDI, (*La controversa nozione di Consensus...*, cit., punti 38 e 39) richiama le opinioni dei giudici dissenzianti nei casi *Van der Heijden c. Paesi Bassi* e *Lautsi* per chiedersi se sia corretto agganciare il *consensus* al margine di apprezzamento o se non sia il caso di dissociare il problema della rilevazione di una *communis opinio* da quest'ultimo.

<sup>133</sup> P. MARTENS, *Les désarrois du juge National face aux caprices du consensus européen, Dialogues entre juges – Cour européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2008, p. 80-99, citato da RAIMONDI, *op. cit.* in nota (28) a p. 17.

<sup>134</sup> F. RIGAUX, *Interprétation consensuelle et interprétation évolutive*, in F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 44; E. BENVENISTI, *Margin of Appreciation...*, cit., p. 852 ss.

<sup>135</sup> Corte EDU, *Dialogue...*, cit. dove, a p. 15, si afferma che l'assenza di *consensus*: "... does not totally exclude a progressive interpretation. It is worth repeating that the existence of common ground cannot be invoked to weaken the Convention guarantees..." (evidenza nostra). In dottrina c'è chi si preoccupa del fatto che: "... in *Scoppola* No. 3, the ECtHR showed its readiness to lower the standard of human rights protection because of consensus..." (C. DJEFFAL, *Consensus, Stasis, Evolution: Reconstructing Argumentative Patterns in Evolutive ECHR Jurisprudence*, in P. KAPOTAS - V. TZEVELEKOS, *Building Consensus on European Consensus: Judicial Interpretation of Human Rights in Europe and Beyond*, Cambridge University Press, 2019, pp. 71 ss.

<sup>136</sup> M. SØRENSEN, *Do the Rights Set Forth in the European Convention on Human Rights in 1950 Have the Same Significance in 1975?*, in Council of Europe (ed.), *Proceedings of the Fourth International Colloquy about the European Convention on Human Rights: Organised by the Ministry of Foreign Affairs of Italy and the Secretariat General of the Council of Europe*; Rome, 5–8 November 1975 (Strasbourg: Council of Europe, 1975), pp. 83–109, cit. da C. DJEFFAL, *Consensus, Stasis, Evolution...*, cit., p. 83, nota (51).

internazionali convenzionali e di *soft law*, adottati da importanti organi internazionali, organizzazioni della società civile e ONGs<sup>137</sup>.

#### 4.2. Modelli di supervisione internazionale

Il diverso modo di intendere il principio di sussidiarietà, e il conseguente diverso approccio rispetto al margine di apprezzamento statale, influiscono sul tipo di controllo di compatibilità convenzionale esercitato dal Comitato e dalla Corte, come ulteriore fattore di variabilità che ha condotto ai giudicati contraddittori. Basta dare uno sguardo alla prassi internazionale per rendersi conto che il modello tradizionale di valutazione, normalmente seguito dagli organi internazionali giudiziari o quasi-giudiziari di controllo dei diritti umani, è costituito dalla supervisione sostanziale (*substantive review*)<sup>138</sup>. Questo tipo di controllo richiede una valutazione puntuale della concreta condotta delle autorità interne e delle specifiche circostanze di fatto del caso<sup>139</sup>, allo scopo di valutare se le misure restrittive da queste ultime adottate rispettino i criteri indicati nei vari strumenti convenzionali. L'interferenza dello Stato con i diritti individuali è ammissibile, sotto questo profilo, soltanto se si dimostra, con prove oggettive, *necessaria* al perseguimento di un *fine legittimo* e attuata con mezzi *proporzionati*, verificando che la sua concreta applicazione non sia fatta in *modo discriminatorio* o non abbia effetti *discriminatori*. Secondo il modello della “*substantive review*” è richiesta allo Stato la *prova* dell'esistenza del rischio *concreto* che, in assenza dell'interferenza restrittiva di un diritto protetto, si compromettano bisogni impellenti della società, – come il mantenimento della pubblica sicurezza, l'ordine pubblico, la pubblica morale o i diritti e libertà altrui –, e che non vi siano misure alternative meno invasive per conseguire quello specifico fine. Nel caso di conflitto tra diritti individuali, – quello colpito dalla restrizione e i “diritti e libertà altrui” –, è ugualmente necessaria, in sede di bilanciamento, la concreta individuazione degli specifici diritti in conflitto con quello oggetto dell'interferenza restrittiva; dei titolari di quei diritti; e le ragioni per le quali si fa prevalere l'interesse pubblico o il diritto altrui sul diritto individuale “sacrificato”.

Il Comitato ONU applica sistematicamente, nel decidere le comunicazioni individuali, la “*substantive review*”, e di conseguenza è poco propenso a riconoscere spazio discrezionale agli organi statali<sup>140</sup>. La Corte

---

<sup>137</sup> Questo, nonostante il fatto che nella sentenza *S.A.S. c. Francia, cit.*, parr. 142-149 la Corte avesse effettuato un'ampia panoramica di tali documenti e del loro contenuto in sede di valutazione della proporzionalità del divieto. In *Belcavemi e Oussar* (par.52) e *Dakir* (par. 55) c'è solo un rinvio alla prima pronuncia, a riprova del fatto che la Corte è rimasta ferma sulla sua posizione.

<sup>138</sup> Sugli *standards* internazionali di supervisione L. GRUSZCZYNSKI - W. WERNER (a cura di), *Deference in International Courts and Tribunals: Standard of Review and Margin of Appreciation*, 'Introduction', Oxford, 2014; J. PAINE, *Deference and Other Standards of Review in International Adjudication*, in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 21, fasc. 2, 2022, pp. 431-44

<sup>139</sup> Per quanto riguarda la Corte EDU si rinvia a O. M. ARNARDÓTTIR, *Organised Retreat?...*, *cit.*, p. 4.

<sup>140</sup> V. però la posizione di Y. SHANY, “*All Roads Lead to Strasbourg?...*, *cit. supra*, subpar. 4.1. in nota (120).

EDU, dal canto suo, sin dal notissimo caso *Handyside*<sup>141</sup> aveva precisato che il margine di apprezzamento statale non è illimitato, e che spettava solo a lei il giudizio finale sulla necessità e proporzionalità, mostrando così di abbracciare lo stesso modello di controllo sostanziale adottato dal Comitato. Gli sviluppi più recenti della sua giurisprudenza hanno però fatto emergere come il giudice di Strasburgo abbia via via sostituito, piuttosto che affiancato, al modello di supervisione sostanziale un modello di “*procedural justice*”<sup>142</sup>. Questo si sostanzia nell’attribuzione di maggiori responsabilità agli organi degli Stati parti della CEDU in materia di controllo del rispetto dei diritti protetti dalla Convenzione e riguarda, in via generale, la verifica della correttezza delle procedure con cui all’interno di uno Stato viene presa una decisione, o con cui si arriva a un certo risultato in un caso concreto<sup>143</sup>. Secondo la dottrina sono quattro le componenti considerate utili a valutare la correttezza procedurale: partecipazione<sup>144</sup>, affidabilità<sup>145</sup>, neutralità<sup>146</sup> e rispetto<sup>147</sup>.

La ragione di questo sviluppo può attribuirsi al già citato rafforzamento del principio di sussidiarietà sostanziale, definita come un “*procedural turn*” nei rapporti tra la Corte e gli organi statali<sup>148</sup>. Vi è chi ritiene che quest’ultima sia una strategia giudiziaria della Corte per “ordinare il pluralismo”<sup>149</sup>, e che sia stata valorizzata, rispetto alla “*substantive review*”, a favore di un maggiore controllo della qualità del processo decisionale giudiziario e parlamentare nazionale<sup>150</sup>. Osserviamo però che una eccessiva fiducia

---

<sup>141</sup> *Handyside c. Regno Unito cit. supra* in nota (118), par. 49.

<sup>142</sup> S. OUALD CHAIB, E. BREMS, *Doing Minority Justice...*, cit., pp.1-26; O. M. ARNARDÓTTIR, *Organised Retreat?...*, cit., p. 4 ss.; E. BREMS, L. LAURENS, *Procedural Justice in Human Rights Adjudication: The European Court of Human Rights*, in *Human Rights Quarterly*, vol. 35 no. 1, 2013, pp. 176-200; J. GERARDS, *Procedural Review by the ECtHR: A Typology*, in J. GERARDS - E. BREMS, *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 127-160; T. KLEINLEIN, *The Procedural Approach of the European Court of Human Rights: Between Subsidiarity and Dynamic Evolution*, in *ICLQ* 2019, vol. 68, pp. 91-110.

<sup>143</sup> S. OUALD CHAIB, E. BREMS, *Doing Minority Justice...cit.*, p. 2.

<sup>144</sup> La partecipazione rappresenta l’esigenza delle persone di poter esprimere il proprio punto di vista, indipendentemente dal fatto che la loro voce abbia o meno un impatto e che questo venga realmente preso in considerazione. I giudici possono dimostrarlo facendo riferimento alle argomentazioni delle parti nella sentenza ed esaminando attentamente il merito del caso (S. OUALD CHAIB, E. BREMS, *Doing Minority Justice...*, cit., pp. 4-5).

<sup>145</sup> L’affidabilità si riferisce alla condotta delle autorità che devono dimostrare di fare ogni sforzo per adottare decisioni eque senza fondarsi su pregiudizi personali (*Id.*, *ibidem*, p. pp. 4-5).

<sup>146</sup> La neutralità riguarda sia gli organi legislativi che giudicanti. I primi devono prendere in considerazione gli interessi dell’intera popolazione e tutti i punti di vista, senza concedere vantaggi politici a determinate componenti della società. Quando le minoranze non sono rappresentate negli organi legislativi, i legislatori devono informarsi sugli interessi e le esigenze delle minoranze quando emanano leggi che le riguardano. Ai giudici è richiesta imparzialità rispetto alle parti in causa, e trasparenza sul processo decisionale, vagliando attentamente le argomentazioni di tutte le parti e le informazioni oggettive e astenendosi dal fondarsi su ipotesi personali (*Id.*, *ibidem*, pp. 5-6).

<sup>147</sup> Il rispetto implica che le autorità non violino la dignità delle persone e che le autorità le trattino in modo educato e rispettoso. Questo criterio è particolarmente rilevante per il sentimento di autostima degli individui (*Id.*, *ibidem*, p. 6).

<sup>148</sup> *Supra* subpar. 4.1., p. 21 e note da (110) a (112). O. M. ARNARDÓTTIR, *Organised Retreat?...*, cit., p. 5.

<sup>149</sup> M. DELMAS-MARTY, *Ordering Pluralism: A Conceptual Framework for Understanding the Transnational Legal World* Hart Publishing, London, 2009 (trad. a cura di N. Norberg).

<sup>150</sup> J. GERARDS, *The European Court of Human Rights and the National Courts: Giving Shape to the Notion of ‘Shared Responsibility’* in J. GERARDS - J. FLEUREN (a cura di), *Implementation of the European Convention on Human Rights and of the Judgments of the ECtHR in National Case-Law*, Intersentia, Cambridge, 2014, p. 62.

nell'operato degli organi statali, specie del legislativo, indebolisce una efficace valutazione, sul piano internazionale, della necessità e della proporzionalità della misura statale restrittiva secondo il modello di “*substantive review*”. Questo è tanto più vero quando sia in dubbio la *qualità dei processi decisionali* a livello nazionale: in casi del genere, infatti, l'intervento di un organo internazionale di controllo è determinante ai fini di una effettiva protezione dei diritti umani. Si fa osservare in proposito che un'applicazione della *procedural review* da parte degli organi internazionali, non affiancata da un controllo sostanziale (*substantive review*) del rispetto dei diritti umani da parte delle autorità statali, comporta il rischio che non si arrivi ad una “giustizia di risultato”<sup>151</sup>. Come sottolinea qualcuno, riflettendo sul rapporto tra pluralismo e processo democratico, non sempre un processo democratico di adozione di leggi garantisce un risultato conforme al rispetto dei diritti umani<sup>152</sup>. Nel caso in cui il volere della maggioranza, sebbene espressa democraticamente, incida negativamente sui diritti fondamentali di individui appartenenti a minoranze vulnerabili, saranno proprio la democrazia sostanziale e la giustizia di risultato a venire meno<sup>153</sup>.

Alla luce di quanto sinora detto bisogna riconoscere che, rispetto agli esiti confliggenti delle decisioni del Comitato e della Corte rispetto ai casi sul velo integrale, un ruolo importante hanno giocato proprio i diversi modelli di supervisione adottati.

Il Comitato dei diritti umani, fedele alla “*substantive review*”, dimostrava piena aderenza alla “giustizia di risultato” come frutto della democrazia sostanziale. Come abbiamo visto illustrando i casi *Yaker* ed *Hebbadj*, infatti, l'organo non aveva preso in considerazione né il carattere democratico di formazione della legge francese, né il giudizio di compatibilità costituzionale che ne aveva confermato la legittimità. La violazione degli articoli 18 par. 3 e 26 del Patto, sarebbe infatti discesa, secondo il suo ragionamento, *in primis*, dall'inesistenza di un *fine legittimo*, in assenza di prove concrete, da parte del governo francese, che dimostrassero che il fatto di circolare in pubblico a volto coperto, minasse la sicurezza pubblica o l'esistenza di un diritto “altrui” all'interazione sociale, implicante l'obbligo di circolare a volto scoperto secondo il modello del “vivere insieme”<sup>154</sup>. Ugualmente, il Comitato rilevava l'assenza da parte del Governo di indicazioni su chi fossero i titolari di quest'ultimo presunto diritto di “vivere insieme”<sup>155</sup>, oltre a constatarne l'estraneità dai motivi tassativamente previsti dall'art. 18 par. 3 del Patto.

<sup>151</sup> S. OUALD CHAIB, E. BREMS, *Doing Minority Justice...*, cit.

<sup>152</sup> O. CHESSA, *La laicità ...*, cit., afferma, a p. 27 “...il pluralismo non è solo un limite interno al processo democratico, (...) esso è anche un vincolo esterno alla deliberazione maggioritaria, al punto che questa non può assestarsi su esiti che, prescrivendo modelli generali ed uniformi di condotta, tradiscono la vocazione pluralistica delle società democratiche contemporanee. (...) Alla “*giustizia di procedimento*” si aggiunge dunque la “*giustizia di risultato*”, alla democrazia procedurale la democrazia sostanziale...”. Evidenza nostra.

<sup>153</sup> *Id.*, *ibidem*.

<sup>154</sup> *M. Hebbadj cit.*, par. 7.9. cit. *supra*, par. 3.2.

<sup>155</sup> *M. Hebbadj cit.*, par. 7.10 e *S. Yaker cit.*, par. 8.10 cit.

In secondo luogo, e con riferimento alla *necessità* e alla *proporzionalità*<sup>156</sup> della misura, va riconosciuto che sia la Corte EDU, sia il Comitato avevano giustamente stigmatizzato il fatto che la Francia non avesse neppure tentato di dimostrare che il divieto fosse la misura meno restrittiva necessaria per perseguire il fine legittimo della pubblica sicurezza<sup>157</sup>. Entrambe gli organi consideravano anzi la legge francese, nonostante il suo carattere formalmente neutrale, come indirettamente discriminatoria, poiché escludeva dal divieto la maggior parte delle situazioni in cui si circola a volto coperto, senza che lo Stato avesse dimostrato in base a quali motivi si dovessero differenziare i contesti nei quali ammettere o vietare questa condotta. Entrambe rigettavano poi l'argomento del governo francese per il quale, col divieto, si sarebbero protetti i diritti delle donne soggette all'imposizione del velo integrale da altri, poiché esisteva già nell'ordinamento interno l'ipotesi di reato in casi del genere, con la previsione di pene severe.

L'esito divergente delle pronunce dei due organi di controllo, e nella specie il giudizio di compatibilità convenzionale dei divieti, era derivato dal riconoscimento di un'ampia discrezionalità a Francia e Belgio da parte della Corte EDU, la quale aveva ritenuto che le autorità statali avessero agito nel rispetto della correttezza (*"procedural fairness"*) in sede di processi decisionali interni di adozione delle leggi contestate. Fermandosi al controllo procedurale, e in virtù dell'esteso margine di manovra riconosciuto agli Stati, questo giudice era in grado di ammettere come giustificazione ai divieti il motivo del "vivere insieme", facendolo discendere da un'interpretazione estensiva della protezione dei diritti e libertà altrui, così attribuendo prevalenza alla restrizione rispetto alla protezione dei diritti religiosi della ricorrente<sup>158</sup>. Il ragionamento della Corte era giustamente considerato in contraddizione con l'annunciata volontà di procedere ad una "rigorosa" supervisione della necessità e proporzionalità del divieto di velo integrale. Essa infatti, pur affermando di volersi attenere ai suoi precedenti in materia di rispetto del pluralismo e della tolleranza, e di interpretazione restrittiva delle clausole di deroga all'art. 9, aveva in concreto evitato di condurre un serio esame sostanziale di compatibilità sostanziale delle due leggi, secondo i criteri indicati nel terzo paragrafo della citata disposizione. Si fa osservare in proposito che: "...*The limitations affecting the necessity test stem from two different, deeply connected, elements: the wide margin of appreciation granted to Belgium by the European Court, and the almost non-existent assessment of proportionality...*"<sup>159</sup>.

---

<sup>156</sup> G. RAIMONDI, (*La controversa nozione di Consensus...*, cit., pp. 8-9) sottolinea che il principio di proporzionalità è un corollario fondamentale del *test* di necessità, e richiama il caso *Olsson* (Corte EDU, 24 marzo 1988, Serie A, n. 130), dove al par. 67 si afferma: "...la nozione di necessità implica un'ingerenza fondata su un bisogno sociale imperioso e in particolare proporzionato al fine legittimo perseguito..."

<sup>157</sup> S. Yaker, cit., par. 8.8.

<sup>158</sup> M. FERRI, *Belkacemi and Oussar v Belgium...*, cit.; S. BERRY, *S.A.S. v. France...*, cit.: "...However, the Court's recognition that it should 'engage in a careful examination of the necessity' of the 'burqa ban' was contradicted by the acceptance of the 'wide margin of appreciation' of France (para 155). It is difficult to see how these two concepts are compatible with one another..." (s. p.).

<sup>159</sup> *S.A.S. c. Francia*, cit., par. 160. In tal senso S. OUALD CHAIB, L. PERONI, *S.A.S. v. France: Missed Opportunity...*, cit., s. p. M. FERRI, *Belkacemi and Oussar v Belgium...* cit., s. p.

Tuttavia, un'analisi più approfondita dei processi legislativi e giudiziari in entrambi i Paesi aveva rivelato, secondo la dottrina, gravi carenze rispetto a diversi requisiti della “*procedural justice*” sia sotto il profilo della scarsa qualità del processo di adozione delle due leggi, sia riguardo ai giudizi di compatibilità costituzionale, da parte dei rispettivi organi legislativi e giudiziari<sup>160</sup>. Innanzitutto si faceva notare che le due leggi non riempivano il requisito della neutralità, poiché mancavano di accurate informazioni che avrebbero permesso, da un lato, di provare che nel processo legislativo si fosse identificato l'esatto problema a cui la legge avrebbe dovuto porre rimedio, dall'altro di sostenere l'affermazione che il rimedio specifico – cioè il divieto – fosse efficace rispetto a quel problema<sup>161</sup>. Dall'erroneo presupposto che tutte – o quasi – le donne che indossavano il velo integrale erano costrette a farlo, a dispetto del fatto che avrebbe potuto invece trattarsi di una libera scelta, scaturiva l'inconsistenza di due degli argomenti usati dal legislatore francese e belga a giustificazione del divieto: i diritti delle donne e l'integrazione sociale<sup>162</sup>. Inoltre né il Consiglio costituzionale francese, né la Corte costituzionale belga, in sede di giudizio sulla compatibilità costituzionale delle rispettive leggi, avevano cercato di correggere questi errori, chiedendo conto al governo di fornire prove sulla corretta valutazione del problema che la legislazione intendeva affrontare e sulla probabilità che il divieto potesse porvi rimedio<sup>163</sup>. È probabile che il riconoscimento della legittimità costituzionale da parte delle due Corti supreme statali sia da attribuire alla loro composizione in tutto o in parte politica<sup>164</sup>. La neutralità dei divieti viene messa poi in discussione come ipocrita, per il fatto che la sua formulazione generale era tesa ad evitare accuse di discriminazione su base religiosa, ma nascondeva in realtà lo specifico intento di vietare il porto del velo integrale. Le rilevate criticità dei procedimenti legislativi e giudiziari interni di adozione dei divieti avrebbero perciò dovuto condurre la Corte ad esercitare un rigoroso controllo in primo luogo procedurale, prendendo in adeguata considerazione le argomentazioni delle ricorrenti, invece di sposare acriticamente le tesi dei governi francese e belga relative alla discutibile giustificazione fondata sul “vivere insieme”. Invece, anche il rispetto della “*procedural justice*” da parte della Corte EDU è sembrato a molti più formale che sostanziale, per il fatto che la Corte era comunque giunta a dichiarare i divieti compatibili con la Convenzione EDU, nonostante il fatto di essersi soffermata a lungo e con attenzione sugli argomenti

<sup>160</sup> S. OUALD CHAIB, L. PERONI, *S.A.S. v. France: Missed Opportunity...*, *cit.*, s. p.

<sup>161</sup> *Id.*, *ibidem*, e autori citati in nota (44) che accompagna il testo.

<sup>162</sup> *Id.*, *ibidem*. Le AA. osservano infatti che, sotto il primo profilo, i divieti, per chi sceglie di indossare il velo, piuttosto che liberare, limitano l'autonomia di chi lo porta e rafforzano gli stereotipi sulla subordinazione delle donne musulmane, ponendosi così in contrasto con i diritti di queste ultime. Per quel che riguarda l'argomento dell'integrazione sociale, se il porto del velo integrale è il frutto di una libera scelta, le credenti preferiranno continuare ad indossarlo ed evitare di uscire, con l'effetto opposto di ridurre la loro vita sociale.

<sup>163</sup> Si vedano le sentenze del Consiglio costituzionale francese, 7 ottobre 2010, n. 613 DC, 4; e della Corte costituzionale belga, 6 dicembre 2012, n. 145, B 20.2.

<sup>164</sup> S. OUALD CHAIB, E. BREMS, *Doing Minority Justice...*, *cit.*, pp. 12-13.

delle ricorrenti – nel rispetto del requisito della partecipazione<sup>165</sup>. Essa aveva infatti preso in attenta considerazione la natura sproporzionata dei divieti per i gravi effetti dei divieti su tutta una serie di altri diritti di queste ultime<sup>166</sup>. Questo aspetto della sentenza è stato del resto salutato in dottrina come uno sviluppo positivo della giurisprudenza della Corte, in termini di *procedural justice*<sup>167</sup>. In effetti essa aveva svolto una importante riflessione sul fatto che il legislatore statale, adottando divieti del genere, più che combattere le discriminazioni di genere, rischiava di contribuire al consolidamento di stereotipi che andavano a colpire certe categorie della popolazione e di incoraggiare l'intolleranza<sup>168</sup>. Lo stesso può dirsi dei rilievi critici che l'organo di Strasburgo rivolgeva alla criminalizzazione della condotta contraria al divieto<sup>169</sup>. Gli stessi argomenti, peraltro, erano stati ritenuti decisivi dal Comitato per riconoscere la natura sproporzionata e discriminatoria della legge francese. Al contrario, le aperture della Corte a favore del diritto di manifestazione religiosa delle ricorrenti, in ossequio al modello di supervisione procedurale, non erano sfociate in una conclusione coerente. In secondo luogo, le rilevate falle nel ragionamento della Corte sotto il profilo della giustizia procedurale determinavano, sotto il profilo della “*substantive review*”, come si è già detto, l'assenza di un effettivo *test* della necessità e proporzionalità e del carattere discriminatorio delle due leggi: *test* che avrebbe invece potuto indurre l'organo a restringere il margine di apprezzamento statale.

### 4.3. Legittimità del fine e principio di non discriminazione

Le maggiori perplessità che suscitano le decisioni della Corte sul velo integrale riguardano, come si è già osservato, la sostanziale assenza di un serio esame del carattere non neutrale delle leggi che vietano di coprirsi il volto in spazi pubblici. La disparità di trattamento basata sulla religione viene definita come “qualsiasi distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla religione o sulle convinzioni personali e avente come scopo o effetto l'annullamento o l'impedimento del riconoscimento, dell'applicazione o dell'esercizio dei diritti fondamentali su base paritaria”<sup>170</sup>. Effetti discriminatori possono anche realizzarsi all'interno del gruppo, in relazione a categorie vulnerabili come le donne ad esso appartenenti rispetto agli altri membri. Si potrebbe così verificare, come aveva in effetti rilevato il Comitato, una discriminazione multipla, di religione e di genere, rispetto al porto del velo da parte delle

---

<sup>165</sup> S. OUALD CHAIB, L. PERONI, *S.A.S. v. France: Missed Opportunity...* cit., p. 2.

<sup>166</sup> *S.A.S. c. Francia*, par. 143-149. Sul punto v. *art. cit.* in nota precedente.

<sup>167</sup> I progressi rispetto ai precedenti dell'organo sono riconosciuti da tutte le AA. citate nelle note da (158) a (164).

<sup>168</sup> *S.A.S.c. Francia cit.*, par. 149. Un breve accenno alla questione degli effetti sulle donne portatrici del velo integrale appare anche in *Oussar e Belacemi c. Belgio, cit.*, par. 61 e *Dakir c. Belgio, cit.*, par. 55.

<sup>169</sup> *S.A.S.c. Francia cit.*, par. 152.

<sup>170</sup> Così E. AKBULUT, *Limitations on Religious Headdress...*, cit., in nota (25) a p. 184. *Adde.* UNHRC, “*General Comment No. 28: The Equality of Rights Between Men and Women (art. 3)*”, 29/3/2000 UN Doc: CCPR/C/21/Rev.1/Add.10. Si veda anche D. WEICHSELBAUMER, *Multiple Discrimination Against Female Immigrants Wearing Headscarves*, in *The Industrial and Labor Relations Review*, vol. 73, Is. 3, 2020, p. 600.

donne di fede islamica. Sulla questione è intervenuto anche il Relatore speciale sulla libertà di religione o di credo<sup>171</sup>. Da questo punto di vista, l'esclusione della natura discriminatoria dei divieti da parte della Corte EDU ha inciso in modo importante sulla valutazione di legittimità del fine delle due leggi. Al contrario, il suo riconoscimento da parte del Comitato ONU è stato determinante per escludere la compatibilità di tale provvedimento con il Patto. Va poi osservato che l'esclusione del carattere discriminatorio dei divieti, giustificata dal giudice di Strasburgo con l'argomento del loro carattere neutrale, comporta, ancora una volta, un'evidente contraddizione. Infatti, come si fa notare sia dai giudici in parte dissenzienti nel caso *S.A.S. c. Francia*, sia dalla dottrina, se le leggi non avevano alcuna connotazione religiosa, per quale motivo la Corte aveva concesso agli Stati un ampio margine di apprezzamento, giustificandolo con il fatto che si trattava di questioni relative al rapporto Stato/religione?<sup>172</sup>.

Come più volte osservato, la disparità di trattamento posta in essere dai due divieti risulta invece evidente dal fatto che essi, seppure si rivolgano in modo "neutrale" a chiunque circoli in spazi pubblici aperti a volto coperto, sono corredati di una serie tale di eccezioni che, nella sostanza, come osservava giustamente il Comitato, colpiscono principalmente, se non esclusivamente, le donne di fede islamica. Questo fatto era stato espressamente invocato dalle ricorrenti e dalle parti intervenienti in tutti e tre i casi presentati alla Corte EDU<sup>173</sup>. Nel caso *S.A.S. c. Francia* la Corte dedica solo 22 righe all'art. 14, da leggere in congiunzione con l'art. 9<sup>174</sup>. In queste, in sostanza, si liquida la questione discriminatoria partendo dal presupposto della legittimità e della necessità del fine della legge francese, fondata sull'ampio margine di manovra riconosciuto allo Stato.

La posizione completamente diversa assunta dal Comitato Onu va invece pienamente condivisa, poiché, evitando il ricorso al margine di apprezzamento statale, l'organo aveva potuto effettuare un *test* rigoroso della proporzionalità della misura e soprattutto dei suoi effetti discriminatori, e pronunciarsi coerentemente per l'incompatibilità convenzionale della legge francese.

## 5. Inesistenza di un diritto "altrui" di libertà *dalla* manifestazione religiosa

In conclusione, in considerazione dei contrasti tra i due organi di controllo, e delle critiche mosse dalla maggioranza della dottrina alle pronunce della Corte EDU, sembra lecito dubitare dell'esistenza di un diritto a non tollerare o essere offesi dall'ostensione di simboli religiosi, non solo perché si tratta di una

---

<sup>171</sup> Consiglio dei diritti umani delle Nazioni Unite, "*Countering Islamophobia/ Anti-Muslim Hatred to Eliminate Discrimination and Intolerance Based on Religion or Belief*", Rapporto del Relatore speciale sulla libertà di religione o di credo, Ahmed Shaheed (2021), A/HRC/46/30, parr. 26, 32, 49, 54 e 75.

<sup>172</sup> Così S. OUALD CHAIB, L. PERONI, *S.A.S. v. France: Missed Opportunity...*, cit..

<sup>173</sup> *S.A.S. c. Francia*, cit., par. 69; *Belcacemi e Onssar c. Belgio*, cit., par. 33; *Dakir c. Belgio*, cit., parr. 33 e 63.

<sup>174</sup> *S.A.S. c. Francia*, cit., par. 161.

pratica innocua, ma soprattutto perché non è ricavabile da nessuno dei motivi tassativi previsti dalle rilevanti norme convenzionali<sup>175</sup>. Inoltre è nostra opinione che un'interpretazione restrittiva di questo motivo comporta che esso possa applicarsi, in linea di principio, solo a quelle pratiche religiose che, lungi dall'essere innocue (come ad es. le mutilazioni genitali), minano l'integrità fisica e psichica delle persone che le subiscono, o per esigenze reali di ordine pubblico o di salute pubblica. L'interferenza statale dovrebbe perciò giustificarsi perché mirante a proteggere la salute dei credenti, e comunque consistere in atti temporanei e contingenti a circostanze particolari. Si pensi al divieto di frequentare le chiese nel periodo del *lock down* imposto a causa della pandemia del Covid 19<sup>176</sup>. Del resto, la stessa Corte EDU, in contraddizione con il suo orientamento in materia di libertà di ostensione di simboli religiosi, riconosce, con riferimento alla libertà di espressione – che può considerarsi come un *genus* rispetto alla prima<sup>177</sup> –, che sia da escludere un'interpretazione estensiva che comprenda la libertà *dall'*espressione, nel senso del diritto altrui a non tollerare espressioni critiche, satiriche persino offensive<sup>178</sup>. In proposito ci trovano concordi le posizioni di diversi organi internazionali che affermano la stretta connessione tra libertà di espressione e di manifestazione religiosa<sup>179</sup>. Tornando al punto qui in esame, e rovesciando la prospettiva, – considerando cioè come “altri” i credenti che ostentano simboli religiosi – un presunto diritto di libertà *dalla* manifestazione porrebbe esso stesso, secondo noi, problemi di compatibilità con la protezione dei “diritti e libertà altrui”. I portatori di simboli religiosi, infatti, nei panni degli “altri”, non potrebbero più esercitare diritti e libertà fondamentali - diversi da quello di ostensione di simboli religiosi - di cui ugualmente godono, poiché il diritto di coloro che vogliono essere liberi *dalla* manifestazione andrebbe a incidere negativamente in modo sproporzionato, e soprattutto discriminatorio, come si è visto, su tutta

---

<sup>175</sup> A. N. GUIORA, *Freedom from Religion: Rights and National Security*, II ed., Oxford, 2013; A. PORTARU, *The “Rights and Freedoms of Others” vs. Religious Manifestations: Who Wins at the ECtHR?*, in *European Yearbook on Human Rights* 2015, pp. 367-377; C. K. ROBERTS, *Is There a Right to Be ‘Free from’ Religion or Belief at Strasbourg?* January 2017 *Ecclesiastical Law Journal* 19 (01) pp. 35-41.

<sup>176</sup> In tema A. CESARINI, *La delibera anti-velo della Giunta lombarda e il nuovo paradigma della pubblica sicurezza*, in *Stato Chiese e Pluralismo Confessionale*, fasc. 7, 2020, p. 23, in [www.statoeconomie.it](http://www.statoeconomie.it).

<sup>177</sup> Nella dottrina costituzionalistica il rapporto di *species a genus* tra libertà religiosa e di espressione viene riconosciuto, ad. es., da S. PRISCO, *Stato democratico, pluralismo dei valori, obiezione di coscienza. Sviluppi recenti di un antico dibattito*, 2007, in [www.associazioneanacostituzionalisti.it](http://www.associazioneanacostituzionalisti.it).

<sup>178</sup> *Handyside c. the United Kingdom*, cit., par. 49. Si veda però il caso *Otto Preminger* dove il principio è contraddetto: Corte EDU, 20 settembre 1994, ric. n. 13470/87.

<sup>179</sup> Sull'interdipendenza tra libertà di manifestazione della fede e di espressione si veda la posizione del relatore speciale sulla libertà di religione e convinzioni nel suo rapporto presentato al Consiglio dei diritti umani, par. 21: “...The aim of the Faith for Rights framework is to mobilize faith-based resources to promote the human rights framework, in particular by recognizing the interdependence of the freedom of expression and the freedom of religion or belief. The Beirut Declaration on Faith for Rights and its 18 commitments promote the resolve not to oppress critical voices and views on matters of religion or belief, however wrong or offensive they may be perceived...”: Human Rights Council 2019, *Report of the Special Rapporteur on freedom of religion and belief* (A/HRC/40/58). V. anche Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on freedom of religion or belief Heiner Bielefeldt*, 23 December 2015 A/HRC/31/18. In dottrina si rinvia a N. FIORITA, D. LOPRIENO (a cura di), *La libertà di manifestazione del pensiero e la libertà religiosa nelle società multiculturali*, Firenze 2009; F. ALICINO, *Costituzionalismo e diritto europeo delle religioni*, Padova, 2011; F. DALCANTO - P. CONSORTI - S. PANIZZA (a cura di), *Libertà di espressione e libertà religiosa in tempi di crisi economica e di rischi per la sicurezza*, Pisa, 2016.

una serie di altri diritti, non solo civili, ma specie economici e sociali, del credente. Non si vede su quali basi la libertà *dalla* manifestazione dovrebbe prevalere sulla libertà *di* manifestare la propria fede mediante il porto di vestiario religioso. Laddove la Corte EDU persistesse nel suo orientamento, essa rischierebbe di compromettere il suo ruolo di tutela delle minoranze dagli abusi della maggioranza,<sup>180</sup> favorirebbe il consolidamento di un diritto di libertà *dalla* manifestazione che non trova fondamento nella Convenzione, e continuerebbe a porsi, come ora accade, in aperto contrasto con i valori fondanti della società europea, quali democrazia, pluralismo e tolleranza, e con il principio di universalità, indivisibilità, interconnessione e interdipendenza di tutti i diritti umani, ai quali si ispirano i maggiori sistemi internazionali di protezione dei diritti dell'uomo<sup>181</sup>. Il contrasto con la posizione del Comitato continuerebbe infine a perpetuare come già detto, la situazione di incertezza giuridica, il rischio di *forum shopping* e la duplicazione delle domande davanti a più organi internazionali di controllo.

## 6. Incertezza del diritto internazionale e ruolo del giudice nazionale

A questo punto ci si deve chiedere se il giudice nazionale di uno qualsiasi degli Stati parti della Convenzione, nel caso siano anche parti del Patto ONU sui diritti civili e politici, di fronte all'incertezza del diritto derivante da interpretazioni contraddittorie dello stesso diritto, nel caso (molto probabile<sup>182</sup>) si trovi a dover giudicare di nuovo della compatibilità costituzionale/convenzionale del divieto di porto del velo integrale, possa giocare un ruolo nell'assicurare l'effettività del diritto di libertà di manifestazione religiosa, allo scopo di non lasciare gli individui totalmente privi di protezione.

Va premesso che ogni Stato procede all'adattamento degli accordi internazionali secondo le modalità del proprio diritto interno. Sul presupposto dell'avvenuta ricezione all'interno degli ordinamenti degli Stati parti dei due accordi, ove un divieto generale venisse approvato con legge, e qualora esso fosse contestato davanti al giudice interno, quest'ultimo potrebbe ravvisare la necessità, per risolvere la controversia, di rifarsi non soltanto al proprio ordinamento, specie al dettato costituzionale, ma anche al diritto

---

<sup>180</sup> M. FERRI, *Belkacemi and Oussar v Belgium... cit.*; S. OUALD CHAIB, L. PERONI, *S.A.S. v. France...*, *cit.*; A. VALENTINO, *La sentenza sul caso S.A.S....cit.*, la quale considera la legge francese sul divieto di coprirsi il volto espressione di un "pluralismo selettivo" e di una "tolleranza limitata" (p. 22). Più in generale sul rischio di far prevalere il volere della maggioranza della società si rinvia alle considerazioni svolte supra, subpar. 4.1. e agli AA. citati nelle note (133) e (134).

<sup>181</sup> *Report of the Special Rapporteur on freedom of religion and belief... cit.*, dove si legge: "...The nature of a State's obligation to promote and protect the right to freedom of religion or belief must be understood within a wider human rights-based framework that stresses the principles of universality, equality and freedom, and which satisfy the duties to respect, protect and promote all human rights for everyone..." In dottrina si rinvia, per tutti, a E. DECAUX, *Universalité, indivisibilité et interdépendance des droits de l'homme: les principes et leur application*, in *Droits Fondamentaux*, n° 16, janvier 2018 – décembre 2018, pp. 11 ss.

<sup>182</sup> La probabilità che nei prossimi anni cresca il contenzioso relativo al divieto di porto del velo integrale è provata dall'aumento del numero degli Stati, almeno in Europa, che hanno adottato o intendono adottare divieti simili. Si rinvia *supra*, Sez. I, par. 2, pp. 7-8 e note corrispondenti.

internazionale convenzionale. In tal caso egli dovrebbe effettuare una scelta tra diverse fonti. Si potrà trattare di fonti sia interne (Costituzione), sia internazionali (accordi universali e regionali sui diritti umani), alla luce del fatto che, come sostiene autorevole dottrina, il giudice interno è libero nell'interpretazione del diritto internazionale, sia pure limitatamente al caso sottoposto al suo giudizio<sup>183</sup>. Resta aperta, per tale motivo, la possibilità di rifarsi a tutti gli accordi internazionali che egli possa considerare rilevanti, così come quella di prendere in considerazione il *soft law*, in quanto utile strumento interpretativo. In sintesi il giudice interno ha, secondo noi, piena libertà di applicare quello, tra gli accordi sui diritti umani contestualmente vigenti e aventi lo stesso oggetto e scopo, che assicuri lo *standard* più alto di protezione del diritto di libertà religiosa, alla luce dell'interpretazione datane dall'organo internazionale di controllo competente. L'obiezione a questo argomento potrebbe riguardare il fatto che, a dispetto dell'esistenza di interpretazioni inconciliabili di disposizioni convenzionali di identico contenuto – art. 9 CEDU e art. 18 Patto –, le pronunce dei due organi hanno effetti diversi. Le sentenze CEDU non solo sono vincolanti per lo Stato parte della controversia<sup>184</sup>, ma possono avere effetti *de facto erga omnes*<sup>185</sup> se riguardano questioni di principio identiche che possano sorgere all'interno dell'ordinamento di altri Stati contraenti<sup>186</sup>, considerando perciò i precedenti alla stregua di *res interpretata*<sup>187</sup>, anche se la dottrina è divisa al riguardo<sup>188</sup>. Al contrario le *views* del Comitato, nonostante

---

<sup>183</sup> In tal senso B. CONFORTI-M. IOVANE, *Diritto internazionale*, XII ed., Napoli, 2021, p. 124.

<sup>184</sup> Art. 46 CEDU.

<sup>185</sup> A. DRZEMCZEWSKI-P. TAVERNIER, *L'exécution des «décisions» des instances internationales de contrôle dans le domaine des droits de l'homme*, in *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international* (Colloque de Strasbourg, Société pour le droit international, 1998), pp. 197-270, a p. 252; E. LAMBERT, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, 1Bruylant, Paris, 1999; S. BESSON, 'The "Erga Omnes" Effect of Judgments of the European Court of Human Rights – What's in a Name?', in S. BESSON (ed.), *La Cour européenne des droits de l'homme après le Protocole 14: premier bilan et perspectives*, Zurich 2011, pp.125–75; A. CALIGIURI-N. NAPOLETANO, *The application of the ECHR in the domestic systems*, in *The Italian Yearbook of International Law Online*, 2010, pp. 125-159 (www.brill.com).

<sup>186</sup> A. CALIGIURI-N. NAPOLETANO, *The application...*, *cit.*, p. 154.

<sup>187</sup> Corte EDU, 18 gennaio 1978, *Irlanda c. Regno Unito*, Serie a n. 25 par. 154: "...the final judgments of the ECtHR only bind the respondent State. In other words, they do not have effects *erga omnes*. However, in *Ireland v. United Kingdom*, the first judgment concerning an inter-State case, the ECtHR stated "The Court's judgments [...] serve not only to decide those cases brought before the Court but, more generally, to elucidate, safeguard and develop the rules instituted by the Convention, thereby contributing to the observance by the States of the engagements undertaken by them as Contracting Parties (Article 19)"..."

<sup>188</sup> A. CALIGIURI-N. NAPOLETANO, *The application...* *cit.*, pp. 154-157 e dottrina citata in nota dagli AA.

l'opposta posizione di quest'ultimo<sup>189</sup> e i dubbi di molti studiosi<sup>190</sup>, non sono considerate vincolanti<sup>191</sup>, né l'interpretazione del Comitato può qualificarsi come autentica<sup>192</sup>.

Una simile obiezione potrebbe essere superata per diverse ragioni.

In primo luogo occorre tenere conto del fatto che, se è vero che gli Stati hanno l'obbligo di eseguire le sentenze della Corte, e di tenere conto dei precedenti riguardo questioni di principio già decise, questo concerne il caso in cui quest'ultima *accerti una violazione* della CEDU. Le sentenze della Corte EDU nei casi sul velo integrale *non* hanno portato ad un'accertamento della violazione dell'art. 9. Riconoscendo che la questione del porto del velo integrale rientra nel margine di apprezzamento statale, e che ogni Stato è libero di regolarsi come crede, tali pronunce hanno natura, a nostro avviso, solo "permissiva" o "facoltizzante". Inoltre i loro effetti si esauriscono nell'ambito del sistema CEDU: l'unico valore che potrà rivestire la pronuncia di non violazione consisterà nella compatibilità con la Convenzione della legge statale che impone il divieto, adottata da uno qualsiasi degli Stati membri. È da escludere, secondo noi, che gli effetti vincolanti di una sentenza "facoltizzante" della Corte possano pregiudicare gli obblighi che lo Stato ha contratto in base ad altri accordi internazionali che abbiano lo stesso oggetto, e che risultino, in base alla prassi interpretativa – nel nostro caso il Comitato dei diritti umani in relazione al Patto –, più favorevoli al riconoscimento dei diritti protetti. In questa prospettiva si muove chi ritiene

---

<sup>189</sup> Comitato ONU, *General Comment* n. 33 del 31 ottobre 2008 "*Obligations of States parties under the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights*" (UNDOC CCPR/C/GC/3325 June 2009). In questo documento il Comitato si esprime per l'obbligatorietà delle *views* adottate nei confronti degli Stati che abbiano ratificato il Protocollo Opzionale, e in base al quale hanno accettato di permettere agli individui sotto la loro giurisdizione di rivolgersi all'organo di controllo per contestare violazioni del Patto da parte delle autorità statali.

<sup>190</sup> M. J. BOSSUYT, *Guide to the Travaux Préparatoires of the International Covenant on Civil and Political Rights*, M. Nijhoff, Dordrecht, 1987, p. 653; D. MCGOLDRICK, *The Human Rights Committee. Its Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1994, p. 151; T. BUERGENTHAL, "*The UN Human Rights Committee*" in J. A. FROWEIN, R. WOLFRUM (eds) in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2001, fasc. 5, pp. 341 ss., p. 397; B. SIMMA "*Commissions and Treaty Bodies of the UN System: Comment*" in R. WOLFRUM, V. RÖBEN (eds), *Developments of International Law in Treaty Making*, pp. 581 ss., p. 585; M. KANETAKE, *UN Human Rights Treaty Monitoring Bodies before Domestic Courts*, in *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 67 fasc. 1, 2018, pp. 201-232; Si veda anche, per la prassi degli Stati: *International Law Association Committee on International Human Rights Law and Practice Final Report on the Impact of Findings of the United Nations Human Rights Treaty Bodies* (2004), pp. 3, 5, 43.

<sup>191</sup> La natura non vincolante delle *views* è stata espressamente ribadita da diversi Stati (Australia, Nuova Zelanda, Giappone, Germania, Svizzera, Norvegia, Svezia, Francia, Belgio, Finlandia, Romania, Polonia, Stati Uniti) in sede di osservazioni al progetto del GC n. 33 *cit.*. Le singole posizioni possono consultarsi in [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org). In un rapporto dell'allora Segretario del Comitato dei diritti umani si evince però che, con riguardo alle *views* del Comitato "...many States have revealed their view that they are non-binding...": K. FOX PRINCIPI, *Implementation of decisions...*, *cit.*, p. 12. La scarsa considerazione per le *views* del Comitato risulta anche dal basso tasso di applicazione delle decisioni non solo del Comitato dei diritti umani, ma anche quelle di tutti i "*monitoring bodies*", (tra il 12 e il 21%), e dal fatto che molti Stati si rifiutano di cooperare con il Comitato allo scopo di dare concreta attuazione alle *views* all'interno dei loro ordinamenti. Vi sono però felici eccezioni come ad es. la Spagna. In un caso, relativo però agli effetti delle decisioni del Comitato che controlla il rispetto della Convenzione per l'eliminazione di ogni discriminazione nei confronti delle donne (CEDAW), la Cassazione ha riconosciuto l'obbligo di dare attuazione alla decisione del relativo Comitato, che ne accertava la violazione: v. Comitato CEDAW, *Decision*, 16 July 2014, Com. n. 47/2012, *González Carreño v. Spain*, e Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección Cuarta, Sentencia del 17 de julio de 2018 núm. 1263/2018, R. CASACION núm. 1002/2017.

<sup>192</sup> Si rinvia alle osservazioni degli Stati *cit.* in nota precedente.

che, sebbene le *views* del Comitato non siano vincolanti, gli Stati hanno comunque l'obbligo di attribuire loro: “...*serious consideration, to provide good reasons for not following decisions, and in particular that they have to allow, under domestic law, the possibility to consider and wherever necessary to give effect to such decisions...*”<sup>193</sup>. L'obbligo procedurale in questione, riconosciuto anche da tutti gli Stati che si sono opposti alla posizione del Comitato riguardo alla natura obbligatoria delle *views*<sup>194</sup>, discende dal principio “*pacta sunt servanda*” e dal suo corollario di eseguire “in buona fede” gli obblighi convenzionali contratti, entrambi codificati nell'art. 26 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. Il principio della buona fede si concretizza, in questa sede, nel dovere del giudice nazionale di tenere seriamente conto dell'interpretazione dell'art. 18 del Patto così come espressa dal Comitato nei casi *Yaker e Ebbadj*, e non solo di quella derivante dalle sentenze della Corte EDU, a prescindere dai loro effetti obbligatori o meno. In effetti, considerando che il Patto contiene obblighi che lo Stato deve rispettare e che il giudice non debba considerarsi vincolato da sentenze “facoltizzanti” della Corte EDU, egli ben potrebbe scegliere di applicare questo strumento, seguendo l'interpretazione offertane dal Comitato, dal momento che garantirebbe uno *standard* di protezione maggiore rispetto a quello offerto dalla Convenzione EDU. Quest'ultima, peraltro, assicura solo “*standards minimi*” e contiene una clausola di non pregiudizio (art. 53) in base alla quale: “Nessuna delle disposizioni della presente Convenzione può essere interpretata come recante pregiudizio o limitazione ai diritti dell'uomo e alle libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base a leggi di qualunque Stato contraente o da altri accordi convenzionali di cui tale Stato sia parte”.

Nel caso in cui sia il giudice italiano a mettere in discussione la conformità della legge che impone il divieto – per ipotesi approvata dal nostro Parlamento – con gli obblighi internazionali alla luce dell'art. 117 co.1 Cost., e qualora egli voglia risolvere il caso alla luce del Patto, sorgerebbe per il primo il problema della possibilità o meno di decidere autonomamente la questione.

L'ipotesi è quella di un giudizio instaurato da una donna di fede islamica che contesti l'irrogazione dell'eventuale sanzione prevista per la violazione del divieto di porto del velo integrale, invocandone l'incompatibilità con la Costituzione, in relazione alla violazione, tra l'altro – cioè al di là delle norme di quest'ultima che proteggono la libertà religiosa e altri diritti compromessi dalla sua violazione –, dell'art. 117 co. 1, per il contrasto del divieto di circolare a volto coperto con il Patto Onu sui diritti civili e politici, come interpretato dal Comitato nei casi *Yaker e Hebbadj*. Il convenuto, nel nostro caso il Governo assistito dall'Avvocatura di Stato, rivendicherà probabilmente la conformità del divieto generale di porto del velo

---

<sup>193</sup> R. VAN ALEBEEK - A.NOLLKAEMPER, *The legal status of decisions by human rights treaty bodies in national law*, in H. KELLER - G. ULFSTEIN (a cura di), *UN Human Rights Treaty Bodies: Law and*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 356-413.

<sup>194</sup> *Supra*, nota (191).

con la CEDU, sulla base delle sentenze vincolanti della Corte nei casi *S.A.S.* e ss. e del carattere non obbligatorio delle *viens* del Comitato.

Nel nostro ordinamento, alla luce dell'interpretazione data dalla Corte costituzionale all'art. 117 co. 1 con le sentenze "gemelle" n. 348 e 349 del 2007, anche qualora il giudice di qualsiasi grado volesse accogliere la tesi della parte attrice, e scegliere di decidere il caso alla luce del Patto, egli, in caso di aperta incompatibilità tra la norma interna e quella internazionale, da una parte non potrebbe dare un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata di una legge che vieta espressamente un comportamento che egli ritenga invece permesso; dall'altra non avrebbe la possibilità di disapplicare la legge interna e applicare direttamente la norma internazionale<sup>195</sup>. Si dovrebbe perciò necessariamente sollevare una questione di legittimità costituzionale, chiedendo alla Consulta di pronunciarsi sulla compatibilità del divieto con l'art. 117 comma 1 Costituzione, a causa del mancato rispetto, da parte del nostro Paese, degli obblighi derivanti dall'art. 18 del Patto, così come interpretato dal Comitato nei casi *Yaker* e *Ebbadj*.

Sono diverse le argomentazioni che possono addursi a sostegno di tale ipotesi.

Innanzitutto in Italia sia la Convenzione che tutti gli altri accordi internazionali sui diritti umani dei quali è parte, incluso il Patto sui diritti civili e politici, sono stati recepiti con legge ordinaria, e posseggono per questo pari rango. Il giudice italiano si trova a questo punto di fronte alla possibilità di scegliere quale di essi, *rectius*, quale delle due leggi che li eseguono (ordini di esecuzione), applicare nel caso concreto. Trattandosi di accordi che vertono sulla stessa materia, tutti potenzialmente applicabili e contenenti identiche disposizioni interpretate in modo inconciliabile, sul piano internazionale vige il criterio della *lex posterior*, codificato nell'art. 30 par. 3 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, relativo all'incompatibilità tra accordi<sup>196</sup>. Anche dal punto di vista interno, e in base allo stesso principio di successione delle leggi nel tempo, il Patto prevarrebbe sulla Convenzione EDU, essendo stato adattato con legge successiva<sup>197</sup>.

In secondo luogo, in base alle disposizioni della predetta Convenzione in materia di interpretazione dei trattati, il nostro giudice potrebbe invocare, per giustificare la scelta di applicare il Patto, il principio del

---

<sup>195</sup> Per tutti v. B. CONFORTI-M. IOVANE, *Diritto internazionale cit.*, p. 383 ss., specie p. 386.

<sup>196</sup> Convenzione sul diritto dei trattati, Vienna 23 maggio 1969. Il testo in italiano si può leggere in R. LUZZATTO, F. POCAR, F. C. VILLATA, *Codice di diritto internazionale pubblico*, VIII ed., Torino, 2020, p. 33-48. L'art. 30 par. 3 dispone: "... 3. Quando tutte le parti a un precedente trattato sono anche parti a un trattato posteriore, senza che il trattato anteriore si sia estinto o che la sua applicazione sia stata sospesa in virtù dell'articolo 59, il trattato anteriore si applica soltanto nella misura in cui le sue disposizioni sono compatibili con quelle del trattato posteriore..." (p. 38).

<sup>197</sup> L'ordine di esecuzione del Patto è contenuto nella l. 25 ottobre 1977 n. 881 (G.U.S.O. n. 333 del 7 dicembre 1977) e il Patto è vigore per l'Italia dal 15 dicembre 1978. Nella stessa data è entrato in vigore per l'Italia il Protocollo facoltativo (New York, 16 dicembre 1966), con il quale il nostro Paese riconosce la competenza del Comitato dei diritti umani a ricevere ed esaminare comunicazioni individuali. La CEDU è stata eseguita con l. 4 agosto 1955 n. 848 (G.U. n. 221 del 24 settembre 1955).

*favor individui* ricavabile: (a) dall'interpretazione teleologica degli accordi che hanno per oggetto la tutela dei diritti umani; (b) dal loro contenuto che disciplina rapporti tra soggetti – autorità statali e singoli individui –, che si trovano in posizioni non di parità ma di subordinazione; (c) dal criterio dell'interpretazione restrittiva delle clausole di deroga ai diritti protetti e dalla loro natura tassativa.

La Corte costituzionale potrebbe perciò, sulla scorta di queste argomentazioni, dichiarare l'illegittimità della legge interna "anti-velo" perché il contrasto con l'art. 18 del Patto, come interpretato nei casi *Yaker* e *Hebbadj*, e il giudice interno potrebbe a quel punto disapplicarla, contribuendo così a dare effettività al diritto di manifestare liberamente la propria fede.

## **Conclusioni**

L'esame appena concluso mostra che la giurisprudenza della Corte EDU, nell'asseverare la compatibilità convenzionale del divieto di porto del velo integrale, ha seguito un percorso interpretativo non condivisibile, accogliendo come limiti ammessi alla libertà religiosa concetti vaghi e astratti, come il "vivere insieme". È invece nostra convinzione che sia da escludere l'esistenza di un diritto di libertà *dalla* manifestazione religiosa, quando quest'ultima si realizzi mediante una pratica innocua quale il porto di abbigliamento religioso. Affermare il contrario significherebbe cadere in una contraddizione. Non si capisce perché le società occidentali condannino con veemenza l'imposizione del velo in Paesi come l'Iran, mentre accettano e anzi promuovono il divieto al loro interno. In tutti e due i casi si nega infatti l'esercizio della stessa libertà: quella di manifestare o, nel caso iraniano, di non manifestare, il proprio credo. Vero è che si tratta di un diritto derogabile, tuttavia qualsiasi limite all'ostensione di simboli religiosi, che non sia giustificato da concrete e comprovate esigenze sociali irrinunciabili, come la tutela della salute pubblica, è contrario, a nostro avviso, alle norme internazionali che proteggono la libera manifestazione religiosa. Nei casi qui esaminati, non è giuridicamente fondata la giustificazione ai divieti fondata sul "vivere insieme": non solo non c'è alcun obbligo di interagire con gli altri per la strada, ma soprattutto basta osservare quanti circolano negli spazi e nei trasporti pubblici e verificare che non interagiscono se non con il proprio cellulare. Questo concetto sembra più il frutto di una pretesa prevalenza dei valori propri delle società "occidentali", e di uno svilimento e mancato rispetto per quelli identitari di individui appartenenti ad altre culture e religioni.

L'interrogativo da porsi è però se un conflitto interpretativo, soprattutto se riguarda i diritti e le libertà fondamentali, sia da valutare solo in termini negativi, oppure se esso non comporti anche aspetti positivi. Autorevole dottrina ha fatto notare, in proposito al fenomeno della frammentazione del diritto internazionale discendente dalla moltiplicazione dei tribunali internazionali, che eventuali decisioni confliggenti, da parte di organi di controllo degli accordi sui diritti umani, contribuiscono al formarsi di

una prassi evolutiva che può favorire la promozione di *standards* più alti di protezione<sup>198</sup>. In questo senso va anche la tesi dei “vasi comunicanti”, ovvero il dialogo tra giudice internazionale e interno<sup>199</sup>. Va anche specificato che la Corte EDU ha sviluppato una giurisprudenza piuttosto incoerente principalmente in relazione alla libertà religiosa, a causa della diversità di approccio Stato/fede e della particolare sensibilità della materia tra gli Stati membri del Consiglio d’Europa. Con questo vogliamo dire che le critiche che in questa sede si sono rivolte al modo in cui la Corte ha ragionato, nella soluzione dei casi sul porto del velo integrale e, più in generale, sull’ostensione dei simboli religiosi, non vanno estese al generale *modus operandi* dell’organo, che resta un baluardo fondamentale non solo nel garantire la protezione dei diritti umani in Europa, ma anche nel contribuire alla formazione di *standards* sempre più alti di tutela, attraverso l’interpretazione evolutiva delle norme convenzionali<sup>200</sup>. Vogliamo anche osservare che, al di là dell’evidente incoerenza della sua giurisprudenza sul velo integrale e delle rilevate falle della supervisione sostanziale e procedurale, le riflessioni della Corte e la sua empatia in favore dei diritti delle ricorrenti potrebbero, in positivo, interpretarsi come un monito agli Stati, e forse testimoniare che il suo atteggiamento potrebbe in futuro modificarsi, seguendo la tecnica dell’incrementalismo. Questa nuova modalità di interpretazione, posta in atto più di recente dalla Corte, va affiancandosi, e, secondo alcuni, sostituendosi, con crescente frequenza, al margine di apprezzamento statale<sup>201</sup>. Si tratta di un passaggio molto interessante della giurisprudenza, attraverso il quale la Corte procederebbe a piccoli passi, in modo appunto incrementale, in direzione dell’affermazione di *standards* sempre più elevati di tutela, senza per questo urtare le suscettibilità degli Stati membri, in temi sensibili e controversi, o che coinvolgono scelte etiche, come l’aborto o l’eutanasia. A differenza delle incertezze dovute ad un uso poco chiaro del margine di apprezzamento statale<sup>202</sup>, questa tecnica permette di sviluppare gradualmente principi generali e prevedibili, così permettendo agli Stati maggiori possibilità di adottare condotte conformi alla Convenzione. Sotto questo profilo, riteniamo che la Corte abbia già fatto alcuni piccoli, ma importanti passi, non solo per la maggiore attenzione alla “*procedural justice*”, ma anche dal punto di vista sostanziale, poiché, come riconoscono alcune studiose, rigettando, nel caso *S.A.S.*, la giustificazione ai divieti fondata sulla discriminazione di genere, essa si allontana dalla sua precedente giurisprudenza *Dablab c. Francia* e *Sabin c. Turchia*<sup>203</sup>. Ugualmente si saluta favorevolmente il diverso orientamento della Corte, rispetto ai

---

<sup>198</sup> B. CONFORTI-M. IOVANE, *Diritto internazionale cit.*, p. 201-202.

<sup>199</sup> G. RAIMONDI, *La controversa nozione di Consensus...*, *cit.*, par. 3.

<sup>200</sup> Si rinvia allo scritto di G. RAIMONDI, *Il contributo della Corte EDU all’effettività dei diritti in Italia*, in questo volume.

<sup>201</sup> J. GERARDS, *Margin of Appreciation and Incrementalism in the Case Law of the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 2018, pp. 1–21, p. 1.

<sup>202</sup> J. GERARDS, *op. ult. cit.*, pp. 6-12 e *supra*, subpar. 41, p. 22-23.

<sup>203</sup> S. BERRY, *S.A.S. v. France Does Anything Remain of the Right to Manifest Religion?*, *cit.*; S. OUALD CHAIB, L. PERONI, *S.A.S. v. France: Missed Opportunity...* *cit.*



suoi precedenti in materia, con riguardo all'argomento della tutela della dignità umana<sup>204</sup>. In ogni caso si fa osservare che l'incrementalismo ha tempi lunghi, dipendendo dall'evoluzione del "sentire comune" degli Stati rispetto ad una certa questione, e dalla corrispondente progressiva affermazione di principi generali che alzano un poco alla volta gli *standards* di protezione. In tal senso, le successive pronunce sul velo integrale da parte della Corte, confermando il fine legittimo del "vivere insieme", dimostrano che non si sono ancora fatti passi decisivi in questa direzione. L'augurio è che, sfruttando la tecnica dell'incrementalismo, l'organo riesca in futuro a sviluppare principi generali di maggiore tutela per gli individui che professano qualsiasi fede. Nell'attesa, siamo convinti che sia il giudice nazionale a giocare un ruolo fondamentale nell'assicurare un livello più alto di protezione alle donne di fede islamica che indossano per scelta il velo integrale.

---

<sup>204</sup> S. BERRY, *S.A.S. v. France Does Anything Remain of the Right to Manifest Religion?...*, *cit.*