diritto & religioni

Supplemento alla rivista

2

Quaderno monografico

Libertà religiosa ed eguaglianza. Casi di discriminazione in Europa e nel contesto internazionale

LUIGI PELLEGRINI EDITORE

Diritto e Religioni
Quaderno Monografico 2
Supplemento Rivista, Anno XV, n. 1-2020

Libertà religiosa ed eguaglianza. Casi di discriminazione in Europa e nel contesto internazionale

LUIGI PELLEGRINI EDITORE

Diritto e Religioni

Semestrale

Gruppo Periodici Pellegrini

Direttore responsabile
Walter Pellegrini

Direttore
Maria d'Arienzo

Direttore Fondatore
Mario Tedeschi †

Comitato scientifico
F. Aznar Gil, A. Albisetti, A. Autiero, R. Balbi, G. Barberini, A. Bettetini, F. Bolognini, P. Colella, O. Condorelli, P. Consorti, R. Coppola, G. Dammacco, P. Di Marzio, F. Falchi, A. Fuccillo, M. Jasonni, G. Leziroli, S. Lariccia, G. Lo Castro, M. F. Maternini, C. Mirabelli, M. Minicuci, R. Navarro Valls, P. Pellegrino, F. Petroncelli Hübler, S. Prisco, A. M. Punzi Nicolò, M. Ricca, A. Talamanca, P. Valdrini, G.B. Varnier, M. Ventura, A. Zanotti, F. Zanchini di Castiglionchio

Struttura della rivista:

Parte I

Sezioni	Direttori Scientifici
Antropologia culturale	M. Minicuci
Diritto canonico	A. Bettetini, G. Lo Castro
Diritti confessionali	L. Caprara, M. d'Arienzo, V. Fronzoni, A. Vincenzo
Diritto ecclesiastico	G.B. Varnier M. Jasonni, G.B. Varnier
Diritto vaticano	G. Dalla Torre
Sociologia delle religioni e teologia	M. Pascali
Storia delle istituzioni religiose	R. Balbi, O. Condorelli

Parte II

Settori	Responsabili
Giurisprudenza e legislazione amministrativa	G. Bianco, R. Rolli, F. Balsamo, C. Gagliardi
Giurisprudenza e legislazione canonica	M. Ferrante, P. Stefanì
Giurisprudenza e legislazione civile	L. Barbieri, Raffaele Santoro, Roberta Santoro
Giurisprudenza e legislazione costituzionale e comunitaria	G. Chiara, R. Pascali, C.M. Pettinato
Giurisprudenza e legislazione internazionale	S. Testa Bappenheim
Giurisprudenza e legislazione penale	V. Maiello
Giurisprudenza e legislazione tributaria	A. Guarino, F. Vecchi

Parte III

Settori	Responsabili
Letture, recensioni, schede, segnalazioni bibliografiche	M. D'Arienzo

Comitato Redazione Quaderno Monografico — F. Balsamo, C. Gagliardi, M. L. Lo Giacco

Direzione:
Cosenza 87100 – Luigi Pellegrini Editore
Via Camposano, 41 (ex via De Rada)
Tel. 0984 795065 – Fax 0984 792672
E-mail: info@pellegrinieditore.it

Napoli 80133- Piazza Municipio, 4
Tel. 081 5510187 – 80133 Napoli
E-mail: dirittoereligioni@libero.it

Redazione:
Cosenza 87100 – Via Camposano, 41
Tel. 0984 795065 – Fax 0984 792672
E-mail: info@pellegrinieditore.it

Napoli 80134 – Dipartimento di Giurisprudenza Università degli studi di Napoli Federico II
I Cattedra di diritto ecclesiastico
Via Porta di Massa, 32
Tel. 081 2534216/18

Abbonamento annuo 2 numeri:
per l'Italia, € 75,00
per l'estero, € 120,00
un fascicolo costa € 40,00
i fascicoli delle annate arretrate costano € 50,00
È possibile acquistare singoli articoli in formato pdf al costo di € 10,00 al seguente link: *www.pellegrinieditore.com/node/360*
Per abbonarsi o per acquistare fascicoli arretrati rivolgersi a:
Luigi Pellegrini Editore
Via De Rada, 67/c – 87100 Cosenza
Tel. 0984 795065 – Fax 0984 792672
E-mail: info@pellegrinieditore.it
Gli abbonamenti possono essere sottoscritti tramite:
– versamento su conto corrente postale n. 11747870
– bonifico bancario Iban IT 88R0103088000000000381403 Monte dei Paschi di Siena
– assegno bancario non trasferibile intestato a Luigi Pellegrini Editore.
– carta di credito sul sito *www.pellegrinieditore.com/node/361*
Gli abbonamenti decorrono dal gennaio di ciascun anno. Chi si abbona durante l'anno riceve i numeri arretrati. Gli abbonamenti non disdetti entro il 31 dicembre si intendono rinnovati per l'anno successivo. Decorso tale termine, si spediscono solo contro rimessa dell'importo.
Per cambio di indirizzo allegare alla comunicazione la targhetta-indirizzo dell'ultimo numero ricevuto.
Tutti i diritti di riproduzione e traduzione sono riservati.
La collaborazione è aperta a tutti gli studiosi, ma la Direzione si riserva a suo insindacabile giudizio la pubblicazione degli articoli inviati.
Gli autori degli articoli ammessi alla pubblicazione, non avranno diritto a compenso per la collaborazione. Possono ordinare estratti a pagamento.
Manoscritti e fotografie, anche se non pubblicati, non saranno restituiti.
Per ulteriori informazioni si consulti il link: *https://dirittoereligioni-it.webnode.it/*
Autorizzazione presso il Tribunale di Cosenza.
Iscrizione R.O.C. N. 316 del 29/08/01
ISSN 1970-5301

INDICE

Nota delle Curatrici ..... pag. 13

PARTE I – I CONTESTI NAZIONALI ED EUROPEI
Presiede la prof.ssa Maria d'Arienzo
Ordinario dell'Università degli Studi di Napoli Federico II

MARIA D'ARIENZO
La discriminazione religiosa nel contesto nazionale ed europeo. Considerazioni introduttive ..... » 17

Relazione di apertura
IDA CARACCIOLO
Discriminazione e sterminio delle minoranze religiose nella giustizia penale internazionale ..... » 21

Introduzione ai lavori
GIUSEPPINA SCALA
La discriminazione nei Paesi Nordici. Riconoscimento delle comunità religiose e finanziamento pubblico nell'ordinamento svedese ..... » 41

FLORIANA SANTAGATA
Appartenenza religiosa e discriminazione fiscale in Europa.... » 57

Donne e minori stranieri in Occidente
ANNACHIARA ROTONDO
Diritto all'aborto e discriminazione nell'accesso alle cure sanitarie: l'influenza del fattore religioso nella discriminazione di genere ..... » 77

ANGELA VALLETTA
L'incidenza del fattore religioso nei nuovi modelli di famiglia: la tutela del minore ..... » 95

ADELE PASTENA
Minori e forme di tutela legale religiosamente connotate nella recente giurisprudenza delle Corti Europee ..... » 107

Vasco Fronzoni
La circoncisione maschile in Occidente. Discriminazioni e pronunce giurisprudenziali ..... pag. 121

La discriminazione religiosa in ambito lavorativo
Fabio Balsamo
Il principio di non discriminazione religiosa nelle organizzazioni di tendenza ..... » 133

Caterina Gagliardi
Autonomia contrattuale e divieto di discriminazione religiosa nell'ordinamento giuridico italiano ..... » 147

Stefano Testa Bappenheim
Lavoro anch'io? No, tu no! Discriminazioni religiose in ambito lavorativo nel diritto austriaco ..... » 161

Parte II – Il contesto internazionale
Presiede il prof. Pierluigi Consorti
Ordinario dell'Università degli Studi di Pisa e Presidente ADEC

Pierluigi Consorti
Introduzione ..... » 177

Introduzione ai lavori
Francesca Graziani
Libertà di religione e margine di apprezzamento nelle pronunce della Corte Europea dei Diritti Umani e del Comitato ONU dei Diritti Umani ..... » 181

Maria Luisa Lo Giacco
La persecuzione religiosa come pull factor *delle migrazioni* ... » 207

Rossella Bottoni
Il divieto di discriminazione e la definizione di credo filosofico protetto nel Regno Unito: vegetarianesimo e veganesimo a confronto ..... » 225

La discriminazione religiosa nei *Countries of Particular Concern*
Angela Patrizia Tavani
La discriminazione religiosa in Cina. Il caso dei cristiano-cattolici ..... pag. 245

Silvia Angioi
Identità etnico-religiosa, violazioni dei diritti umani e crimini: uno studio del caso Rohingya ..... » 263

Maria Cristina Ivaldi
Diritto e religione nella Federazione Russa. Emblematici esempi di discriminazione ..... » 297

La discriminazione religiosa nel e verso l'islam
Gian Maria Piccinelli
Le minoranze musulmane e non musulmane nell'Iran sciita ... » 323

Deborah Scolart
La discriminazione religiosa in Pakistan ..... » 339

Francesco Sorvillo
Libertà religiosa ed eguaglianza nella Dichiarazione di Marrakech e nella Carta della Nuova Alleanza per le Virtù ..... » 363

Elenco degli Autori ..... » 383

SUMMARY

Note of the Editors ..... pag. 13

PART I – THE NATIONAL AND EUROPEAN CONTEXTS
Chair: Maria d'Arienzo Full Professor of University of Napoli Federico II

MARIA D'ARIENZO
Religious discrimination in the national and European context. Preliminary remarks ..... » 17

Opening speech
IDA CARACCIOLO
Discrimination and extermination of religious minorities in international criminal justice ..... » 21

Introduction to the works
GIUSEPPINA SCALA
Religious discrimination in the Nordic Countries. Recognition and public funding of religious communities in Sweden ..... » 41

FLORIANA SANTAGATA
Religious affiliation and tax discrimination in Europe ..... » 57

Foreign women and minors in the West
ANNACHIARA ROTONDO
Right to abortion and discrimination in access to health care: the impact of the religious factor in gender discrimination ..... » 77

ANGELA VALLETTA
The incidence of the religious factor in new family models: the protection of the child ..... » 95

ADELE PASTENA
Minors and religiously connoted legal protection in recent European case law ..... » 107

Vasco Fronzoni
Male circumcision in the West. Discrimination and case law ... pag. 121

Religious discrimination in the workplace
Fabio Balsamo
The principle of religious non-discrimination in religious-ethos employers ..... » 133

Caterina Gagliardi
The contractual autonomy and the prohibition of religious discrimination in the Italian legal system ..... » 147

Stefano Testa Bappenheim
Do I work too? No, you don't! Religious discrimination in the workplace in Austrian law ..... » 161

Part II – The international context
Chair: Pierluigi Consorti Full Professor of the University of Pisa and Presidente ADEC

Pierluigi Consorti
Introduction ..... » 177

Introduction to the works
Francesca Graziani
Freedom of religion and margin of appreciation in the decisions of the European Court of Human Rights and the UN Committee on Human Rights ..... » 181

Maria Luisa Lo Giacco
Religious persecution as a pull factor of migrations ..... » 207

Rossella Bottoni
The prohibition of discrimination and the definition of protected philosophical belief in the United Kingdom: comparing vegetarianism and veganism ..... » 225

Religious discrimination in the Countries of Particular Concern

Angela Patrizia Tavani
Religious discrimination in China. The case of the Christian-Catholics ..... pag. 245

Silvia Angioi
Ethnic-religious identity, human rights violations and crimes: The case of Rohingyas as a case-study ..... » 263

Maria Cristina Ivaldi
Law and religion in the Russian Federation. Emblematic examples of discrimination ..... » 297

Religious discrimination in and towards islam

Gian Maria Piccinelli
Muslim and non-Muslim minorities in Shi'i Iran ..... » 323

Deborah Scolart
Religious discrimination in Pakistan ..... » 339

Francesco Sorvillo
Religious freedom and equality in The Marrakech Declaration and The Charter of the New Alliance of Virtues ..... » 363

List of the Authors ..... » 383

Nota delle Curatrici

Note of the Editors

Il volume raccoglie i contributi del Convegno "*Libertà religiosa ed eguaglianza, Casi di discriminazione in Europa e nel contesto internazionale*", organizzato dal Dipartimento di Scienze Politiche Jean Monnet dell'Ateneo Luigi Vanvitelli, a Caserta nei giorni 23-24 gennaio 2020.

L'organizzazione dell'iniziativa è stata patrocinata dall'*European Academy of Religion* (*www.europeanacademyofreligion.org*) e dal gruppo di ricerca DiReSoM (*www.diresom.net*). Le responsabili scientifiche dell'iniziativa, Silvia Angioi e Maria Cristina Ivaldi, ringraziano sentitamente il Dipartimento di Scienze Politiche Jean Monnet, e in particolare il Direttore, professor Pasquale Femia, nonché la Presidente del Corso di Laurea Magistrale in Relazioni e Organizzazioni Internazionali, professoressa Ida Caracciolo – nominata recentemente Giudice del Tribunale Internazionale per il Diritto del Mare – per il loro sostegno anche alla presente pubblicazione.

Caserta, 12 ottobre 2020

Silvia Angioi e Maria Cristina Ivaldi

PARTE I

I contesti nazionali ed europei

La discriminazione religiosa nel contesto nazionale ed europeo. Considerazioni introduttive[*]

Religious discrimination in the national and European context. Preliminary remarks

Maria d'Arienzo

Ringrazio innanzitutto gli organizzatori e in particolare Silvia Angioi e Maria Cristina Ivaldi per il gradito invito a presiedere la prima delle due giornate di studio del Convegno dal titolo: "*Libertà religiosa ed eguaglianza. Casi di discriminazione in Europa e nel contesto internazionale*".

Nel congratularmi per l'organizzazione dell'iniziativa scientifica, esprimo tutto il mio apprezzamento per l'attualità del tema d'indagine individuato, oltre che per la strutturazione delle relazioni, che consentirà ad ognuno di noi – ne sono certa – di trarre da questo incontro spunti interessanti e proficui per il prosieguo della propria attività di ricerca. La varietà degli argomenti discussi ci permetterà, anche grazie al dibattito conclusivo, di sviluppare utili riflessioni.

La partecipazione di numerosi cultori del diritto ecclesiastico, a cui si aggiungono le relazioni di altrettanti studiosi di diritto internazionale, di diritto dei Paesi islamici e di diritto dell'Unione Europea ci permetterà, inoltre, di esaminare in modo tendenzialmente completo e certamente interdisciplinare un tema di grande centralità per le scienze giuridiche, quale quello del rapporto tra eguaglianza e libertà religiosa. Rapporto che, in questa prima giornata di studio, verrà indagato nella prospettiva di analisi delle normative e del diritto giurisprudenziale relativo al divieto di discriminazione, nella interrelazione tra fonti normative sovranazionali dell'Unione Europea e diritti degli Stati membri, con uno specifico *focus* sull'ambito lavorativo e familiare, con particolare riguardo alle condizioni dei minori e delle donne.

---

[*] Rielaborazione in forma scritta della Presidenza della Parte I del Convegno di Studi: "*Libertà religiosa ed eguaglianza. Casi di discriminazione in Europa e nel contesto internazionale*", Caserta, 23-24 gennaio 2020.

Il rapporto tra eguaglianza e libertà religiosa costituisce un tema classico del diritto ecclesiastico italiano, la cui analisi diviene ancora più complessa in ragione sia dell'affermazione di nuove identità confessionali, sia dei fenomeni migratori che hanno accelerato il processo di ibridazione sociale nonché, per molti versi, della stessa nostra cultura giuridica occidentale.

Il principio di non discriminazione, in particolare su base religiosa, rappresenta senz'altro il corollario del principio di eguaglianza sostanziale. La parità di trattamento di situazioni uguali comporta la differenziazione di trattamento per situazioni diseguali. Nella stessa correlazione tra i principi di libertà e uguaglianza – che come sottolineava il filosofo e giurista Ronald Dworkin non possono essere considerati in contrapposizione, pena la flessione proprio della libertà, ma in una intima fusione in quanto «la libertà è essenziale in qualsiasi processo che miri a definire e assicurare l'uguaglianza»[1] – il cosiddetto "diritto antidiscriminatorio" costituisce lo strumento per la gestione di un concreto pluralismo che tuteli le identità specifiche e consequenzialmente la diversità.

Eppure, sebbene tale assunto costituisca ormai un dato acquisito per la nostra civiltà giuridica, ci si ritrova spesso a dover fronteggiare, ancora oggi, situazioni di crescente disparità di trattamento, talvolta alimentate da rigurgiti sovranisti e razzisti.

Da qui l'importanza di dedicare questo momento di incontro e condivisione alla disamina di un tema, purtroppo, quanto mai attuale.

L'appartenenza religiosa ancora oggi rappresenta uno dei principali fattori di discriminazione, come dimostrato dall'*escalation* dei fenomeni di intolleranza nei confronti delle comunità religiose, che spesso possono degenerare nei delitti di persecuzione o genocidio.

Nella sua *Relazione introduttiva* la Prof.ssa Ida Caracciolo, Presidente del Corso di Laurea Magistrale in *Relazioni e Organizzazioni Internazionali* e da poco nominata *Giudice del Tribunale Internazionale per il Diritto del Mare*, ci illustrerà gli strumenti previsti dal diritto penale internazionale per reprimere le condotte di sterminio delle minoranze, anche religiose, nelle distinte ipotesi di genocidio e persecuzione, evidenziando la più agevole applicabilità del delitto di persecuzione per garantire un'effettiva tutela dei gruppi di minoranza.

Seguono gli interventi introduttivi di Giuseppina Scala e di Floriana Santagata, nei quali l'evoluzione del diritto antidiscriminatorio dell'Unione Europea viene affrontato da diverse prospettive. L'intervento di Giuseppina Scala

---

[1] Ronald Dworkin, *Sovereign virtue. The Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, Cambridge-London, 2000; trad. it. *Virtù sovrana. Teoria dell'uguaglianza*, Feltrinelli, Milano 2000, p. 132 ss.

tratteggerà il grado di compiutezza nell'attuazione del diritto di libertà religiosa negli ordinamenti scandinavi in cui si registrano, talvolta, soluzioni legislative potenzialmente discriminatorie sia dei singoli che delle comunità religiose minoritarie. La relazione di Floriana Santagata sottolinea , invece, gli effetti potenzialmente distorsivi delle normative fiscali di vantaggio agevolative emanate dai singoli Stati membri dell'Unione Europea con riguardo alla libertà di religione e al tema della concorrenza tra operatori economici, anche di natura confessionale.

Nel prosieguo dei lavori, la tematica della discriminazione religiosa nel contesto nazionale ed europeo sarà affrontata a partire da due categorie di "soggetti deboli": quella delle donne e dei minori – spesso vittime di discriminazioni nell'ambito familiare e nell'accesso alle cure sanitarie – e quella dei lavoratori subordinati.

La prima sezione sarà aperta dal contributo della dott.ssa Annachiara Rotondo, incentrato sulle forme di discriminazione che tuttora impediscono alle donne un libero e paritario accesso alle cure sanitarie.

La condizione dei minori sarà invece affrontata a partire dall'indagine di specifici ambiti in cui può dispiegarsi l'esercizio della loro libertà religiosa. All'intervento di Angela Valletta, relativo all'esercizio del diritto di libertà religiosa dei minori nelle c.d. "famiglie allargate", seguiranno le relazioni di Adele Pastena, incentrato sull'evoluzione giurisprudenziale delle forme di tutela legale di matrice religiosa nelle Corti europee, e di Vasco Fronzoni che, anche con riguardo alla situazione italiana, offrirà un aggiornato quadro della pratica, purtroppo spesso ancora clandestina, delle circoncisioni maschili.

La seconda sezione, come anticipato, si svilupperà intorno alla figura del lavoratore, quale soggetto debole particolarmente esposto ai rischi di discriminazione su base religiosa.

La relazione di Fabio Balsamo si propone di verificare il grado di attuazione del principio di non discriminazione religiosa del lavoratore nelle organizzazioni di tendenza, comparando la giurisprudenza italiana con quella degli altri Stati membri dell'Unione Europea, rispetto ai più recenti orientamenti della Corte di Giustizia espressi da ultimo nei casi *Egenberger* e *IR* c. *Germania*.

La relazione di Caterina Gagliardi intende invece sottolineare, anche a partire dall'esame di alcune virtuose prassi, l'importanza della valorizzazione del principio di autonomia contrattuale quale deterrente alla proliferazione di trattamenti discriminatori, su base religiosa, dei lavoratori.

A seguire, l'intervento di Stefano Testa Bappenheim, con particolare riguardo all'ordinamento austriaco, si concentrerà sulle discriminazioni derivanti dal riconoscimento delle festività religiose limitatamente agli apparte-

nenti a determinate confessioni, tematica su cui ha inciso di recente la Corte del Lussemburgo con la sentenza nella *causa C-193/17*.

Ritengo davvero che, grazie alla varietà delle prospettive di indagine, questa prima giornata del Convegno possa rivelarsi particolarmente interessante e ricca di spunti.

Discriminazione e sterminio delle minoranze religiose nella giustizia penale internazionale

Discrimination and extermination of religious minorities in international criminal justice

Ida Caracciolo

Abstract

Ethnic cleansing policies and forced displacement of people affect minority groups, including religious groups, with impressive frequency. In these situations, one of the means of reaction available to the international community is the repression of the extermination of minorities through the prosecution of the perpetrators of such atrocities if they amount to criminal conducts, and, first and foremost, to the crime of genocide.

However, it is not easy to prove the genocide because of the many elements required for its subsistence. On the contrary, less problematic is the recourse to the crime of persecution, which is also applicable to massive and generalised violations of human rights in relation to members of minority groups.

The purpose of this article is to analyse this accusatory "bipolarism" between genocide and persecution which characterises, in the perspective of international criminal law, the repression of systematic extermination of minorities, particularly religious minorities.

Key words

Religious minorities – Genocide – Persecution.

Riassunto

Le politiche di pulizia etnica e gli spostamenti forzati di popolazioni colpiscono i gruppi minoritari, compresi quelli religiosi, con impressionante frequenza. In queste situazioni, tra gli strumenti di reazione a disposizione della Comunità internazionale vi è la repressione delle condotte di sterminio delle minoranze attraverso il perseguimento degli autori di tali atrocità se queste ultime equivalgono a condotte penalmente rilevanti ossia, innanzitutto, al genocidio.

Tuttavia, la qualificazione del crimine di genocidio non è priva di difficoltà così che molto spesso tale crimine non è dimostrabile in mancanza di alcuni dei numerosi requisiti necessari per la sua sussistenza. Minori ostacoli si incontrano invece con riferimento al crimine di persecuzione che egualmente si attaglia alle violazioni massicce e generalizzate dei diritti umani rispetto ai membri di gruppi minoritari.

Il presente articolo intende analizzare questo "bipolarismo" accusatorio tra genocidio e persecuzione che caratterizza, nella prospettiva del diritto penale internazionale, la repressione degli stermini sistematici delle minoranze, in particolare quelle religiose.

Parole Chiave
Minoranze religiose – Genocidio – Persecuzione.

Sommario: 1. Premessa – 2. La repressione del genocidio di minoranze religiose: un obiettivo di giustizia penale internazionale difficilmente raggiungibile – 3 La repressione della persecuzione delle minoranze religiose: l'effettività della giustizia penale internazionale – 4. Il fine ultimo: la prevenzione dei crimini contro le minoranze religiose

Premessa

La vulnerabilità delle minoranze e, tra queste, delle minoranze religiose, è purtroppo una constatazione di fatto, nonostante l'obbligo per gli Stati – obbligo sancito dal diritto internazionale convenzionale, a partire dal Patto internazionale delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici del 1966 (art. 27) – di garantire ai membri delle minoranze l'esercizio pieno dei propri diritti culturali, religiosi e linguistici[1].

Le politiche di pulizia etnica e gli spostamenti forzati di popolazioni all'interno ed oltre frontiera, solitamente concepite per creare aree geografiche etnicamente omogenee e realizzate con metodi molto spesso cruenti riguardano i gruppi minoritari, compresi quelli religiosi, con impressionante frequenza. Come ha osservato l'*ex* Segretario generale delle Nazioni Unite, Kofi Annan, nel gennaio 2004 al Forum internazionale di Stoccolma: «We must protect especially the rights of minorities, since they are genocide's most frequent targets»[2].

Queste condotte sono non solo fortemente lesive dei diritti umani ma anche

[1] Art. 27: «In those States in which ethnic, religious or linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right, in community with the other members of their group, to enjoy their own culture, to profess and practise their own religion, or to use their own language». Si veda il *General Comment No. 23: Article 27* del Comitato ONU sui diritti umani (UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.1. par. 38, 1994) e per la dottrina, tra i tanti, Ulrike Barten, *Art. 27 ICCPR. A First Point of Reference*, nel vol. Tove Skutnabb-Kangas, Robert Phillipson (a cura di), *Language Rights: Challenges in Theory and Implementation*, Routledge, Londra – New York, 2016, pp. 67-83.

[2] *Address by Secretary-General Kofi Annan to the Stockholm International Forum in Stockholm, Sweden, on 26 January 2004.*

in numerosi casi minacciano la pace e la sicurezza internazionale, innescando crisi e conflitti che incrementano ulteriormente la vulnerabilità dei gruppi minoritari o comunque più deboli[3]. Infatti, durante crisi e conflitti, sono numerosi i fattori che mettono a rischio l'integrità fisica delle persone appartenenti a gruppi minoritari[4]. La maggior parte dei conflitti contemporanei sono causati da tensioni tra governo centrale e minoranza, o tra popolazione maggioritaria e gruppo o gruppi minoritari. Spesso si tratta di conflitti in cui uno o più gruppi combattono contro il governo centrale nel perseguimento di obiettivi politici come la secessione o l'autonomia di un particolare gruppo etnico, religioso o linguistico, o l'abbattimento del governo esistente. Od ancora i conflitti dipendono dalla circostanza che il governo in carica è crollato o non è in grado o non vuole fermare la violenza tra gruppi armati. In tali contesti, soprattutto quando i gruppi armati non statali esercitano il controllo su territorio e su popolazione, le minoranze sono particolarmente esposte, poiché possono essere associate a un gruppo armato non statale o allo Stato e per tale ragione essere prese di mira. Di conseguenza, le minacce per i gruppi minoritari possono provenire sia dallo Stato che dalle entità private coinvolte nel conflitto.

In queste situazioni, tra gli strumenti di reazione a disposizione della Comunità internazionale vi è la repressione delle condotte di sterminio delle minoranze attraverso il perseguimento degli autori di tali atrocità se queste ultime equivalgono a condotte penalmente rilevanti ossia, *in primis*, al genocidio. La Convenzione sulla prevenzione e punizione del crimine di genocidio del 1948[5] costituisce certamente una tappa fondamentale verso l'obiettivo di una giustizia penale internazionale in grado di punire gli autori di azioni di sterminio sistematico delle minoranze, tra cui spiccano quelle religiose, sia in tempo di pace che in tempo di guerra.

Tuttavia, come è noto, la qualificazione del crimine di genocidio non è priva di difficoltà a causa di alcuni non irrilevanti limiti intrinseci alla stessa fattispecie penale, così che molto spesso il genocidio non si concretizza per assenza di alcuni dei numerosi requisiti necessari per la sua sussistenza. Minori ostacoli si incontrano con riferimento al crimine di persecuzione – definito dall'articolo 7

---

[3] Risoluzione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite n. 60/1 del 16 settembre 2005, *2005 World Summit Outcome*, parr. 138-139 (UN Doc. A/Res.60/1, 24 ottobre 2005).

[4] *Report of the Special Rapporteur on minority issues, Rita Izsàk-Ndiaye*, ove si osserva che: «during the course of her mandate, the Special Rapporteur on minority issues has observed that minorities, whether ethnic, national, religious or linguistic, can be disproportionately affected, either directly or indirectly, owing to their minority status, during the crisis itself or in the aftermath when seeking protection». (UNGA A/71/254, 29 luglio 2016, par. 16).

[5] Testo in *https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CrimeOfGenocide.aspx*.

dello Statuto della Corte penale internazionale del 1998[6] – che egualmente si attaglia alle violazioni massicce e generalizzate dei diritti umani rispetto ai membri di gruppi minoritari. Si tratta infatti di una fattispecie di reato i cui elementi costitutivi sono delineati in modo meno rigido e condizionante di quanto avviene per il genocidio e che quindi presenta una sfera ben più ampia di applicazione.

Nella prospettiva dunque del diritto penale internazionale, la repressione degli stermini sistematici delle minoranze si gioca su una sorta di "bipolarismo" accusatorio tra genocidio e persecuzione. Se il primo costituisce una "promessa di giustizia" a causa delle grandi difficoltà a dimostrarne l'esistenza, il secondo offre una risposta pragmatica ed effettiva alla richiesta di giustizia.

La repressione del genocidio di minoranze religiose: un obiettivo di giustizia penale internazionale difficilmente raggiungibile

Le minoranze religiose sono sempre state tra le vittime più frequenti di stermini sistematici, come è da ultimo dimostrato *inter alia* dalle metodiche campagne di uccisioni di massa di minoranze religiose (cristiani, yazidi e altri gruppi minoritari musulmani) in Siria e nel nord dell'Iraq da parte di Daesh, dalle massicce persecuzioni cui sono sottoposti i rohingya musulmani in Myanmar e i cristiani, i sunniti e i baha'i ad opera del Governo iraniano[7].

La reazione internazionale contro queste condotte particolarmente atroci contro le minoranze religiose può trovare fondamento giuridico nell'obbligo di reprimere il genocidio di cui alla Convenzione del 1948. Nel ricorso presentato alla Corte internazionale di giustizia il 12 dicembre 2019 il Gambia ha contestato al Myanmar la commissione di genocidio contro i rohingya come gruppo, attraverso omicidi di massa, stupri e incendi delle loro abitazioni, spesso con gli abitanti rinchiusi all'interno[8]. Allo stesso tempo, sono in corso indagini da parte del procuratore della Corte penale internazionale su presunti reati di deportazione, persecuzione e qualsiasi altro crimine rientrante nella giurisdizione della Corte commesso contro il popolo rohingya o altri gruppi, sulle violenze avvenute nello Stato di Rakhine e su qualsiasi altro crimine rientrante nella giurisdizione della Corte sufficientemente legato a questi eventi[9].

---

[6] Testo in *https://www.icc-cpi.int/resource-library/documents/rs-eng.pdf*.

[7] Marina Mancini, *La furia dell'ISIS contro le minoranze etniche e religione*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 3, 2016, pp. 619-644.

[8] Testo in *https://www.icj-cij.org/files/case-related/178/178-20200526-PRE-01-00-EN.pdf*.

[9] III Camera preliminare, decisione del 14 novembre 2019, *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the People's Republic*

Come è noto, l'articolo II della Convenzione sul genocidio del 1948 include tra i gruppi protetti quelli religiosi; tutela ripresa *ad litteram* anche negli Statuti del Tribunale penale internazionale per la *ex* Jugoslavia, del Tribunale penale internazionale per il Ruanda e della Corte penale internazionale. In particolare, l'articolo II definisce una serie di atti che costituiscono genocidio se «committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such». Quindi, ciò che tipicamente caratterizza il genocidio è l'intento di prendere di mira un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso, al fine di distruggerlo, in tutto o in parte. Ciò implica che la valutazione del *dolus specialis* deve necessariamente passare anche attraverso la verifica dell'esistenza di uno di questi quattro particolari tipi di gruppo.

Durante i lavori preparatori della Convenzione i dibattiti sulla portata di dette categorie di gruppi furono molto limitati; i negoziatori preferirono invece concentrare i loro sforzi, peraltro senza successo, sull'ampliamento della lista dei gruppi protetti[10]. Per la verità, qualche dubbio sull'inclusione dei gruppi religiosi nella definizione del genocidio fu blandamente sollevato da britannici e sovietici. Secondo il Regno Unito il problema dei gruppi religiosi era la loro instabilità, considerata la libertà delle persone di entrare e uscire dagli stessi gruppi. D'altra parte, l'Unione Sovietica sosteneva che i gruppi religiosi sono di fatto colpiti non per la comune identità religiosa dei membri, ma per la loro comune appartenenza allo stesso gruppo etnico, razziale o nazionale. In altri termini, l'elemento della comunanza religiosa non veniva reputato per sé caratterizzante e pertanto l'inserimento del gruppo religioso nella definizione del genocidio era considerato dai sovietici del tutto superfluo[11]. Alla fine, l'inclusione dei gruppi religiosi nell'articolo II della Convenzione avvenne *de plano* probabilmente anche per l'influenza del processo di Norimberga nel quale, nonostante il silenzio dell'Accordo di Londra, la pubblica accusa aveva ampiamente fatto riferimento, rispetto allo sterminio di massa degli ebrei, al concetto di genocidio di un gruppo etnico, razziale o

---

of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar, caso n. ICC-01/19.

[10] Mark Drumbl, *Genocide: The Choppy Journey to Codification*, nel vol. Morten Bergsmo, Emiliano J. Buis (a cura di), *Philosophical Foundations of International Criminal Law: Correlating Thinkers*, Torkel Opsahl Academic EPublisher, Bruxelles, 2018, pp. 609-636; Fanny Martin, *The Notion of "Protected Groups" in the Genocide Convention and Its Application*, nel vol. Paola Gaeta (a cura di), *The Genocide Convention: A Commentary*, OUP, Oxford, 2009, pp. 114-115; Carola Lingaas, *Defining the Protected Groups of Genocide Through the Case Law of International Courts*, in *ICD Briefs*, 18, dicembre 2015, pp. 1-18.

[11] Daniel D. Nsereko, *Genocide: A Crime Against Mankind*, nel vol. Gabrielle Kirk McDonald, Olivia Swaak-Goldman (a cura di), *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law. The Experience of International and National Courts, Commentary*, I, Kluwer, L'Aja, Boston, 2000, p. 113-140, spec. 132.

religioso elaborato da Lemkin[12].

La definizione di gruppo religioso, come per gli altri gruppi, non è fornita dalla Convenzione del 1948, e ciò per la scelta, esplicitata nell'articolo V, di lasciare il chiarimento di questo ed altri dettagli alle leggi interne di recepimento dell'accordo. Purtroppo, come osservato fin dal primo studio sul genocidio condotto dalle Nazioni Unite: «(t)he lack of clarity about which groups are, and are not, protected has made the Convention less effective and popularly understood than should be the case»[13].

Su tale aspetto un importante contributo ermeneutico viene dalla giurisprudenza internazionale. Il Tribunale penale internazionale per la *ex* Jugoslavia, quello per il Ruanda e la Corte penale internazionale hanno ripetutamente interpretato l'articolo II, cercando di chiarire le nozioni di gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso[14]. Ciò non è avvenuto entrando nel merito dei singoli concetti ma cercando di determinare un metodo trasversale di individuazione del gruppo minoritario. Obiettivo che non è stato del tutto raggiunto, visto che la giurisprudenza rilevante oscilla costantemente tra il ricorso al metodo oggettivo di accertamento del concetto di gruppo e quello soggettivo senza che l'una o l'altra opzione abbia il sopravvento.

Nella sentenza nel caso *Akayesu* del 1998, il Tribunale penale internazionale per il Ruanda – il primo giudice internazionale che abbia condannato un individuo per genocidio – ha optato per l'identificazione dei gruppi minoritari sulla base di criteri oggettivi e ha interpretato il concetto di gruppo in senso

---

[12] Hilary Earl, *Prosecuting Genocide before the Genocide Convention: Raphael Lemkin and the Nuremberg Trials, 1945–1949*, in *Journal of Genocide Research*, 15, 2013, pp. 317-337; Alexa Stiller, *The Mass Murder of the European Jews and the Concept of "Genocide" in the Nuremberg Trials: Reassessing Raphaël Lemkin's Impact*, in *Genocide Studies and Prevention: An International Journal*, 4, 2019, pp. 144-172; Fanny Martin, *The Notion of "Protected Groups"* cit., p. 115, nt. 10.

[13] Comitato economico e sociale delle NU, *Revised and Updated Report on the Question of the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide Prepared by Mr. B. Whitaker*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1985/6, 2 luglio 1985, par. 30.

[14] In particolare, la definizione di genocidio è riprodotta *verbatim* nell'art. 6 dello Statuto della Corte penale internazionale, nell'art. 2 dello Statuto del Tribunale penale internazionale per la *ex* Jugoslavia e nell'art. 4 dello Statuto del Tribunale penale internazionale per il Ruanda. La stessa definizione è utilizzata nel progetto di Codice dei crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità, predisposto dalla Commissione di diritto internazionale delle NU, e negli Statuti dei *Panels* per Timor Est e delle Camere straordinarie per la Cambogia. In dottrina, si vedano Guglielmo Verdirame, *The Genocide Definition in the Jurisprudence of the ad hoc Tribunals*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 3, 2000, pp. 478-498; Simon M. Meisenberg, Ignaz Stegmiller, *The Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia. Assessing Their Contribution to International Criminal Law*, TMC Asser Press, Springer, L'Aja, Berlino, 2016; Gustavo Minervini, *Il contributo dell'ICTY alla definizione del crimine di genocidio*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2, 2018, pp. 243-267.

molto ampio[15]. Per il Tribunale l'intenzione dei redattori della Convenzione era quella di proteggere «qualsiasi gruppo stabile e permanente» indipendentemente dal fatto che il gruppo fosse uno dei quattro elencati nell'articolo II della Convenzione. La successiva giurisprudenza dei Tribunali penali internazionali ha abbandonato questo approccio, preferendo, da un canto, utilizzare il metodo soggettivo e dall'altro non cercare di ampliare le categorie dei gruppi protetti[16]. A questo proposito vale la pena di menzionare la sentenza pronunciata dal Tribunale per la *ex* Jugoslavia nel caso *Jelisić*. Sulla definizione dei quattro gruppi Il Tribunale ha osservato che: «to attempt to define a national, ethnical, racial or religious group today using objective and scientifically irreproachable criteria would be a perilous exercise whose result would not necessarily correspond to the perception of the persons concerned by such categorisation. This progressive move towards a subjective approach entails the avoidance of objective, scientifically verifiable parameters. Instead, the currently prevailing (partially) subjective approach refers to the perpetrator's perception of the victim group. The perpetrator defines the victim as a member of one of the protected groups of genocide»[17]. Allo stesso tempo, la Camera preliminare ha proposto anche il ricorso a un criterio negativo per stigmatizzare un gruppo, cioè «identifying individuals as not being part of the group to which the perpetrators of the crime consider that they themselves belong and which to them displays specific national, ethnical, racial or religious characteristics»[18]. Riassumendo, l'approccio soggettivo attribuisce rilievo alla percezione del gruppo che ha l'autore del genocidio e non alle caratteristiche oggettive che il gruppo presenta, mentre il criterio negativo porta a definire il gruppo per esclusione, cioè dalle caratteristiche che esso non presenta. In altri termini, l'appartenenza ad un gruppo religioso sarebbe data dalla valutazione maturata in tal senso nell'autore del crimine unitamente alla convinzione che gli individui di quel gruppo non appartengano al suo gruppo.

Mentre l'approccio negativo non ha avuto seguito[19], il test soggettivo posi-

---

[15] I Camera, sentenza 2 settembre 1998, caso n. ICTR-96-4-T, *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*.

[16] *Ibidem*, par. 516: «In other words, the question that arises is whether it would be impossible to punish the physical destruction of a group as such under the Genocide Convention, if the said group, although stable and membership is by birth, does not meet the definition of any one of the four groups expressly protected by the Genocide Convention. In the opinion of the Chamber, it is particularly important to respect the intention of the drafters of the Genocide Convention, which according to the travaux préparatoires, was patently to ensure the protection of any stable and permanent group».

[17] Camera, sentenza 14 dicembre 1999, caso n. IT-95-10-T, *The Prosecutor v. Goran Jelisić*, par. 70.

[18] *Ibidem*, par. 71.

[19] La Corte internazionale di giustizia, nella sentenza 26 febbraio 2007, nel caso *Application of*

tivo è stato ulteriormente elaborato nel caso *Krstić*. Per il Tribunale penale per la *ex* Jugoslavia: «(t)o attempt to differentiate each of the named groups on the basis of scientifically objective criteria would thus be inconsistent with the object and purpose of the Convention. A group's cultural, religious, ethnical or national characteristics must be identified within the socio-historic context which it inhabits. As in the Nikolić and Jelisić cases, the Chamber identifies the relevant group by using as a criterion the stigmatisation of the group, notably by the perpetrators of the crime, on the basis of its perceived national, ethnical, racial or religious characteristics»[20]. Il gruppo deve essere valutato alla luce del contesto storico e sociale che in qualche modo si materializza nella valutazione sul punto raggiunta dall'autore dell'atto genocidario.

Sulla stessa linea, la Commissione internazionale d'inchiesta sulle violazioni del diritto internazionale umanitario e dei diritti umani nel Darfur, istituita dal Segretario generale dell'ONU in attuazione della Risoluzione del Consiglio di sicurezza 18 settembre 2004, n. 1564 ha dichiarato che la Convenzione sul genocidio: «hinges on four categories of groups which, however, are no longer identified only by their objective connotations but also on the basis of the subjective perceptions of members of groups»[21]. La Commissione ha dunque utilizzato un approccio soggettivo basato sulla percezione che l'autore del crimine o che le vittime dello stesso hanno circa la loro appartenenza ad un determinato gruppo.

Di contro, la Corte penale internazionale sembra tornare al criterio oggettivo. Anche senza menzionarlo espressamente, la Corte appare seguire un ra-

---

the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro) ha osservato che: «(i)t is a group which must have particular positive characteristics – national, ethnical, racial or religious – and not the lack of them [...] (T)he crime requires an intent to destroy a collection of people who have a particular group identity. It is a matter of who those people are, not who they are not» (par. 182). Si veda anche il Tribunale penale internazionale per la *ex* Jugoslavia, II Camera, sentenza 1° settembre 2004, caso n. IT-96-36-T, *The Prosecutor v. Radoslav Brđanin*, par. 685 e Corte penale internazionale, I Camera preliminare, decisione 4 marzo 2009, caso n. ICC-02/05-01/09, *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, par. 135.

[20] Camera, sentenza 2 agosto 2001, caso n. IT-98-33-T, *The Prosecutor v. Radislav Krstić*. Si veda anche il Tribunale penale internazionale per il Ruanda, II Camera, deci-sione 21 maggio 1999, caso n. ICTR-95-1-T, *The Prosecutor v. Clément Kayshema and Obed Ruzindana*, nella quale il Tribunale ha adottato l'approccio soggettivo nell'individuare i gruppi protetti.

[21] *Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General*, 25 gennaio 2005, par. 501 dove, nel par. 499, si chiarisce che: «In short, the ap-proach taken to determine whether a group is a (fully) protected one has evolved from an objective to a subjective standard to take into account that collective identities, and in particular ethnicity, are by their very nature social constructs, "imagined identities" entirely dependent on variable and contingent perceptions, and not social facts, which are verifiable in the same manner as natural phenomena or physical facts». Sul punto si veda Annachiara D'atti, *Il rapporto della Commissione d'inchiesta sul Darfur, in La Comu-nità internazionale*, 1, 2006, pp. 121-137.

gionamento basato più sulle caratteristiche intrinseche proprie dei gruppi che sulla percezione che gli autori del genocidio hanno di loro. In particolare, la Camera preliminare si è concentrata sul fatto che, poiché le tre tribù vittime dell'azione genocidaria sembravano avere tutte «Sudanese nationality, similar racial features, and a shared Muslim religion», non potevano essere considerate come gruppi nazionali, razziali o religiosi distinti. D'altra parte, la Corte, dopo avere negato la sussistenza di differenze di nazionalità, razziali e religiose tra le tribù in questione, solleva il problema se: «any of the three said groups is a distinct ethnic group. In this regard, the Majority finds that there are reasonable grounds to believe that this question must be answered in the affirmative as there are reasonable grounds to believe that each of the groups (the Fur, the Masalit and the Zaghawa) has its own language, its own tribal customs and its own traditional links to its lands»[22]. In questo modo la Corte risulta propendere per un approccio oggettivo che punta su alcune specificità etniche sussistenti tra i gruppi[23].

La giurisprudenza appena citata conferma come l'accertamento delle caratteristiche del gruppo sia una tappa ineludibile per la punibilità del crimine di genocidio considerata l'esaustività dell'elencazione dei gruppi nell'articolo II della Convenzione del 1948. L'unica flessibilità possibile riguarda il metodo per accertare le caratteristiche del gruppo: si tratti del metodo oggettivo o della visione del presunto autore di condotte genocidarie o di un test misto, oggettivo e soggettivo. Se la sussistenza di uno specifico gruppo tra quelli contemplati dalla norma convenzionale non è dimostrata, il crimine di genocidio non può concretizzarsi.

La giurisprudenza sopra citata si è focalizzata sui gruppi etnici, nazionali o razziali la cui determinazione presenta problemi peculiari dovuti anche alle incertezze e contestazioni sui concetti di etnia e razza. Tuttavia, il ragionamento condotto dai giudici internazionali per l'individuazione di tali gruppi è utilizzabile anche per la definizione di gruppo religioso purché si tenga conto che quest'ultimo si collega ad un concetto storicamente determinato di religione e dunque variabile e mutevole.

Al riguardo, un utile ausilio nell'identificazione del gruppo religioso viene dalla prassi del Comitato per i diritti umani dell'ONU e, in particolare, dal suo

---

[22] I Camera preliminare, decisione 4 marzo 2009, *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir* cit., par. 137.

[23] Barbara Aresi, Giulia Bigi, *Il genocidio nella recente giurisprudenza della Corte penale internazionale nel caso Al Bashir tra diritto consuetudinario e nuovi sviluppi*, in *La Comunità internazionale*, 3, 2011, pp. 407-432; Clauss Kress, *The ICC's First Encounter with the Crime of Genocide*, nel vol. Carsten Stahn (a cura di), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, OUP, Oxford, 2015, pp. 669-704, p. 684.

Commento generale n. 22 del 1993, dedicato al diritto alla libertà di pensiero, coscienza e religione sancito nell'articolo 18 del Patto sui diritti civili e politici[24]. Il Comitato accoglie una concezione molto ampia di libertà di religione – e conseguentemente di religione – che: «encompasses freedom of thoughts on all matters, personal conviction and the commitment to religion or belief, whether manifested individually or in community with others. Article 18 protects theistic, non-theistic and atheistic beliefs, as well as the right not to profess any religion or belief»[25]. Per il Comitato non solo i termini "credo" e "religione" devono essere interpretati in senso lato poiché: «(a)rticle 18 is not limited in its application to traditional religions or to religions and beliefs with institutional characteristics or practices analogous to those of traditional religions. The Committee therefore views with concern any tendency to discriminate against any religion or belief for any reasons, including the fact that they are newly established, or represent religious minorities that may be the subject of hostility by a predominant religious community»[26]. Ma anche il significato di "culto" deve essere inteso estensivamente, comprendendo: «ritual and ceremonial acts giving direct expression to belief, as well as various practices integral to such acts, including the building of places of worship, the use of ritual formulae and objects, the display of symbols, and the observance of holidays and days of rest. The observance and practice of religion or belief may include not only ceremonial acts but also […] the use of a particular language customarily spoken by a group»[27].

Dal canto suo, il Consiglio delle Nazioni Unite per i Diritti Umani ha ribadito in numerose risoluzioni che la libertà di religione: «includes the freedom to have or not to have, or to adopt, a religion or belief of one's choice»[28].

Anche la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha sviluppato un concetto di religione particolarmente ampio. Essa è giunta ad inserirvi alcune convinzioni filosofiche coerenti e sinceramente sostenute, come il pacifismo[29], il veganismo e l'opposizione alla manipolazione di prodotti di origine animale o testati su animali[30] oltre che l'ateismo[31]. Tuttavia, la Corte ha anche affermato che se

---

[24] *General Comment No. 22: The Right to Freedom of Thought, Conscience and Religion (Art. 18)*, 30 *July* 1993 (UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.4).

[25] *Ibidem*, par. 1.

[26] *Ibidem*, par. 4.

[27] *Ibidem*, par. 4.

[28] Sul punto si rinvia a varie risoluzioni del Consiglio ONU per i Diritti Umani, tra cui la Risoluzione 21 marzo 2019, n. 40/10 (UN Doc. A/HRC/RES/40/10, 5 aprile 2019).

[29] Commissione Europea dei Diritti Umani, rapporto 12 ottobre 1978, *Arrowsmith v. the United Kingdom*, par. 69.

[30] Commissione Europea dei Diritti Umani, decisione 10 febbraio 1993, *W. v. the United Kingdom*.

[31] Corte Europea dei Diritti Umani, sentenza (Grande Camera) 18 marzo 2011, *Lautsi and Others*

una convinzione personale o collettiva vuole beneficiare del diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione, deve raggiungere un certo livello di cogenza, di serietà, di coesione e di importanza[32].

Anche la dottrina è intervenuta sul tema. Taluni studiosi ritengono che i gruppi religiosi siano da intendersi in senso lato; secondo altri questi gruppi comprendono qualsiasi comunità religiosa unita da un unico ideale spirituale; altri ancora ritengono che l'espressione comprenda comunità teistiche, non teistiche ed atee[33].

Alla luce dell'interpretazione del termine religione da parte del Comitato dell'ONU sui diritti umani, della prassi internazionale nel campo dei diritti umani e della dottrina, si potrebbe qualificare un gruppo come religioso pure quando i suoi membri condividono una nuova religione o una forma non tradizionale e minoritaria di religione o di credo. Il legame tra i membri potrebbe consistere nella comunanza di idee o convinzioni filosofiche; ad esempio, come filosofia, il pacifismo può essere considerato un credo[34].

Queste riflessioni sul significato del termine religione ai fini dell'identificazione del gruppo religioso nel contesto del genocidio sono certamente centrali sia quando il gruppo è definito, in tutto o in parte, secondo criteri oggettivi, sia nel caso di un approccio puramente soggettivo, cioè quando la qualificazione del gruppo è lasciata alla percezione dell'autore del genocidio. Esse rimangono valide anche se il gruppo viene identificato in negativo come è avvenuto in una giurisprudenza minoritaria.

Infine, resta da vedere se i gruppi religiosi volatili sono ugualmente sotto la protezione della Convenzione sul genocidio o se la loro mancanza di stabilità sposti il *focus* della protezione sui singoli membri e non sul gruppo in quanto tale. A tal fine, occorre ricordare che il Tribunale per il Ruanda nella sentenza

---

v. Italy, par. 58; sentenza 5 dicembre 2017, *Hamidović v. Bosnia and Herzegovina*, par. 35.

[32] Corte Europea dei Diritti Umani, sentenza 27 maggio 2013, *Eweida and Others v. the United Kingdom*, par. 81.

[33] Nicodème Ruhashyankiko, *Study of the Question of the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (UN Doc. E/CN.4/Sub.2/416, 4 luglio 1978, p. 20); John Witte, Johan D. Van der Vyver (a cura di), *Religious Human Rights in Global Perspective. Legal Perspectives,* 2, Nijhoff, L'Aja, 1996; Matthew Lippman, *The Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: Fifty Years Later*, in *Arizona Journal of International and Comparative Law,* 15, 1998, pp. 415-514, p. 435; Daniel D. Nsereko, *Genocide: A Crime against Mankind* cit., p. 132; William A. Schabas, *Genocide in International Law,* Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 127; David L. Nersessian, *The Razor's Edge: Defining and Protecting Human Groups under the Genocide Convention*, in *Cornell International Law Journal*, 26, 2003, pp. 293-327, p. 301; Natan Lerner, *Religious Human Rights Under the UN*, nel vol. Id., *Religion, Secular Beliefs and Human Rights*, Brill, Nijhoff, Leida, 2012, p. 13 ss.

[34] Consiglio d'Europa/Corte Europea dei Diritti Umani, *Research Division, Overview of the Court's Case-law on Freedom of Religion*, 19 gennaio 2011, aggiornato il 31 ottobre 2013.

Akayesu ha concluso che: «it appears that the crime of genocide was allegedly perceived as targeting only "stable" groups, constituted in a permanent fashion and membership of which is determined by birth, with the exclusion of the more "mobile" groups which one joins through individual voluntary commitment, such as political and economic groups. Therefore, a common criterion in the four types of groups protected by the Genocide Convention is that membership in such groups would seem to be normally not challengeable by its members, who belong to it automatically, by birth, in a continuous and often irremediable manner. […] In the opinion of the Chamber, it is particularly important to respect the intention of the drafters of the Genocide Convention, which according to the travaux préparatoires, was patently to ensure the protection of any stable and permanent group»[35].

Per concludere, un'ampia gamma di gruppi religiosi può trovare protezione nella Convenzione del 1948 se interpretata alla luce della giurisprudenza dei tribunali penali internazionali e della prassi dell'ONU che nel tempo hanno dilatato il concetto di religione influendo conseguentemente sulla definizione di gruppo religioso.

Rimane tuttavia il fattore della difficoltà di provare la commissione del genocidio. Non si tratta infatti solo di individuare l'esistenza di un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso, ma anche di accertare l'intento genocidario, ossia l'intento di distruggere, in tutto o in parte, uno di questi gruppi[36]. L'individuazione del *dolus specialis* è molto ardua e quindi è stata spesso di ostacolo alla possibilità di istruire azioni penali per genocidio. Ciò ha spesso portato alla scelta di procedere con altre accuse, ad esempio, quella di persecuzione perché più facilmente dimostrabili[37].

La repressione della persecuzione delle minoranze religiose: l'effettività della giustizia penale internazionale

Se il genocidio è il crimine che tipicamente colpisce i gruppi minoritari in quanto tali, questi ultimi possono essere vittime di altre condotte criminose che, sia pure non direttamente offensive delle minoranze in quanto tali, sfortunatamente servono molto bene allo scopo di distruggere, minare l'appartenenza ad un gruppo accomunato da determinati valori diversi da quelli degli

---

[35] Sentenza 2 settembre 1998, *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu* cit., par. 516.

[36] Si veda la Corte penale internazionale, I Camera preliminare, decisione 4 marzo 2009, *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir* cit., par. 138.

[37] Leo Kuper, *International Action against Genocide*, Minority Rights Group, Londra, 1984, p. 5.

autori della condotta penalmente illecita. È questo il caso della persecuzione che rientra nella categoria dei crimini contro l'umanità. Non è perciò un caso che il procuratore e i giudici del Tribunale per la *ex* Jugoslavia abbiano fatto ampio ricorso alla persecuzione rispetto alle atrocità commesse nel conflitto jugoslavo[38]. Uno studio ha rilevato che, delle circa sessantatré persone che sono state condannate da questo Tribunale, ben quaranta erano accusate di persecuzione[39].

Si tratta di una condotta criminosa che è stata per la prima volta definita nella Carta di Londra del 1945, per essere successivamente ripresa negli Statuti dei Tribunale penali *ad hoc*, nello Statuto della Corte penale internazionale ed infine nel progetto di Convenzione sulla prevenzione e punizione dei crimini contro l'umanità adottato dalla Commissione di diritto internazionale delle NU nel 2019. Mentre la Carta del 1945 e gli Statuti dei Tribunali *ad hoc* facevano riferimento solo alla persecuzione per motivi politici, razziali o religiosi[40], lo Statuto della Corte penale internazionale – così come il progetto di Convenzione sulla prevenzione e punizione dei crimini contro l'umanità[41] – contengono una definizione più ampia di persecuzione che consiste nella privazione intenzionale e severa di diritti fondamentali contraria al diritto internazionale e commessa in ragione dell'identità di un determinato gruppo o collettività (art. 7, par. 2, lett. *g)* dello Statuto della Corte penale internazionale). Inoltre, non è più necessario che questo avvenga per specifici motivi persecutori. In particolare l'art. 7, par. 1, lett. *h)* dello Statuto incorpora la persecuzione: «against any identifiable group or collectivity on political, racial, national, ethnic, cultural, religious, gender as defined in paragraph 3, or other grounds that are universally recognized as impermissible under international law, in connection with any act referred to in this paragraph or any crime

---

[38] Jonas Nilsson, *The Crime of Persecution in the ICTY Case-law*, in vol. Bert Swart, Alexander Zahar, Göran Sluiter (a cura di), *The Legacy of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, OUP, Oxford, 2011, pp. 219-246.

[39] Barbora Holá, Alette Smeulers, Catrien Bijleveld, *International Sentencing. Facts and Figures. Sentencing Practice at the ICTY and ICTR*, in *Journal of International Criminal Justice*, 9, 2011, pp. 411-439.

[40] Rispettivamente articoli: 6, lett. *c)*, 5, lett. *h)* e 3, lett. *h)*. Sulla stessa linea, sono l'art. 2, lett. *h)* dello Statuto della Corte speciale per la Sierra Leone; l'art. 5 della legge sulla creazione delle Camere straordinarie della Cambogia, inclusi gli emendamenti del 27 ottobre 2004; e l'art. 13, lett. *h)* della legge del Kossovo sulle Camere speciali e sull'ufficio speciale del Procuratore (legge n. 05/L-053).

[41] Commissione di diritto internazionale, *Report of the International Law Commission*, 71^ sessione, *UNGA Official Records, Seventy-fourth Session, Supplement No. 10, Chapter IV*, UN Doc. A/74/10. Sul crimine di persecuzione nel contesto del diritto penale internazionale si veda Fausto Pocar, *Persecution as a Crime under International Criminal Law*, in *Journal of National Security Law and Policy*, 2, 2006-2008, pp. 355-365.

within the jurisdiction of the Court». Oltretutto, l'elencazione degli obiettivi della persecuzione non è esaustiva, poiché essi possono essere ampliati in base all'evoluzione dell'opinione degli Stati sul concetto di discriminazione, purché tale evoluzione abbia portata universale. Requisito, quest'ultimo, che sembra per la verità difficile dal verificarsi e dall'essere facilmente provato[42].

Per quanto riguarda il metodo per individuare i vari motivi alla base della persecuzione, sia il Tribunale penale per la *ex* Jugoslavia sia la Corte penale internazionale mostrano una chiara preferenza per un'interpretazione ampia di questi motivi e per il metodo soggettivo di identificazione. In particolare, secondo il Tribunale penale per la *ex* Jugoslavia: «the targeted group does not only comprise persons who personally carry the (religious, racial or political) criteria of the group. The targeted group must be interpreted broadly, and may, in particular, include such persons who are defined by the perpetrator as belonging to the victim group due to their close affiliations or sympathies for the victim group. The Chamber finds this interpretation consistent with the underlying ratio of the provision prohibiting persecution, as it is the perpetrator who defines the victim group while the targeted victims have no influence on the definition of their status. The Chamber finds that in such cases, a factual discrimination is given as the victims are discriminated in fact for who or what they are on the basis of the perception of the perpetrator»[43]. Sulla stessa linea si pone la Corte penale internazionale che, nell'autorizzare attività investigative in Burundi, ha ritenuto che: «(t)he collectivity or group must be identifiable by any of the characteristics mentioned in article 7(2)(g) of the Statute, as defined by the perpetrator»[44]. Pertanto, ciò che sembra contare è la percezione del gruppo o della collettività da parte dell'autore del reato. Tuttavia, nella situazione in Myanmar e nel Bangladesh, la Corte penale internazionale adotta un approccio differente, preferendo utilizzare un metodo misto che considera sia i criteri oggettivi sia quelli soggettivi e «(a)s regards the subjective criteria, the perception of the group by the perpetrator as well as the perception and self-

---

[42] Georg Witschel, Wiebke Rückert, *Article 7(1)(h) – Crime Against Humanity of Persecution*, in vol. Roy S. Lee (a cura di), *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Transnational Publishers, Ardsley (NY), 2001, pp. 103-106. La definizione di persecuzione contenuta nel progetto di Convenzione sui crimini contro l'umanità adottato dalla Commissione di diritto internazionale è del tutto identica.

[43] Camera, sentenza 31 marzo 2003, caso n. IT-98-34-T, *The Prosecutor v. Mladen Naletilic and Vinko Martinovic*, par. 636. Si veda anche la Camera di appello, sentenza 17 settembre 2003, caso n. IT-97-25-A, *The Prosecutor v. Milorad Krnojelac*, par. 185.

[44] Corte penale internazionale, III Camera preliminare, decisione 25 ottobre 2017, caso n. ICC-01/17-X, *Situation in the Republic of Burundi, Public Redacted Version of Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Burundi, ICC-01/17-X-9-US-Exp*, par. 133.

identification of the victims may be considered»[45]. Pertanto, la Corte non solo diluisce la sua giurisprudenza pregressa, dando rilevanza ai criteri oggettivi per l'identificazione del gruppo, ma riduce anche l'importanza specifica della percezione dell'autore del reato, dando rilievo all'auto-coscienza delle vittime di essere membri del gruppo oggetto della persecuzione. Questa soluzione allinea la persecuzione al genocidio quanto al metodo per individuare il gruppo bersaglio della condotta criminale. Essa permette pure di superare le difficoltà che aveva dovuto fronteggiare il Tribunale penale per la *ex* Jugoslavia nel riferirsi esclusivamente alla percezione dell'autore del reato nell'individuazione del gruppo vittima del reato[46].

Con specifico riferimento alla persecuzione per motivi religiosi, la Corte penale internazionale non si discosta dalla giurisprudenza dei Tribunali penali *ad hoc* relativa al genocidio, per la quale un gruppo religioso «may be defined as one whose members share the same religion, denomination or mode of worship»[47]. In tal modo l'individuazione del gruppo religioso perseguitato non risulta particolarmente problematica e ciò permette maggiori probabilità di successo dei processi sulle violenze nei confronti dei gruppi minoritari, inclusi quelli religiosi.

Che il crimine di persecuzione sia più facile da provare rispetto al genocidio discende pure dalla circostanza che la persecuzione può assumere molte forme[48]. Nel caso *Tadić* il Tribunale penale internazionale per la *ex* Jugoslavia ha confermato che la persecuzione può comprendere un'ampia gamma di condotte, che vanno dalle violenze fisiche alla limitazione dell'accesso al lavoro da parte dei membri del gruppo oggetto di persecuzione, a condotte discriminatorie economiche o giudiziarie nei loro confronti o al mancato godimento dei diritti fondamentali[49]. Con specifico riferimento alle minoranze religiose,

---

[45] III Camera preliminare, decisione 14 novembre 2019, *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar* cit., parr. 102-103.

[46] Si veda la Camera di Appello, sentenza 17 settembre 2003, *The Prosecutor v. Milorad Krnojelac* cit., par. 183.

[47] *Ibidem,* par. 103.

[48] Corte penale internazionale, III Camera preliminare, decisione 25 ottobre 2017, *Situation in the Republic of Burundi* cit., par. 131.

[49] Tribunale penale internazionale per la *ex* Jugoslavia, Camera, sentenza 7 maggio 1997, caso n. IT-94-1-T, *The Prosecutor v. Duško Tadić*, par. 704. Si veda anche II Camera, sentenza 14 gennaio 2000, caso n. IT-95-16-T, *The Prosecutor v. Kupreškić et al*, parr. 582-585 e 636; Corte internazionale di giustizia, sentenza 26 febbraio 2007, caso *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* cit., par. 187; e Corte penale internazionale, I Camera preliminare, decisione 4 marzo 2009, *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir* cit., par. 142; Tribunale penale internazionale per la *ex* Jugoslavia, Camera, sentenza 7 maggio 1997, *The Prosecutor v. Duško Tadić* cit., par. 707.

nel caso *Martić* il Tribunale per la *ex* Jugoslavia ha considerato l'attacco ad una chiesa come una componente della strategia persecutoria contro la popolazione non serba di Kijevo che includeva anche altri atti di persecuzione quali il saccheggio e l'incendio di edifici civili[50]. Inoltre, occorre anche tenere in considerazione che, pur essendo il reato di persecuzione caratterizzato dall'intento discriminatorio, ossia dalla volontà di danneggiare i membri di uno specifico gruppo proprio perché condividono legami etnici, razziali, religiosi o di altro tipo, diversi da quelli del gruppo dominante, a differenza del genocidio, non è richiesto che l'autore della persecuzione intenda voler distruggere il gruppo in quanto tale[51].

Non si deve comunque trascurare che non tutti gli atti discriminatori illeciti contro un gruppo o una collettività possono equivalere a una persecuzione. È necessario, infatti, che venga raggiunta una certa soglia, ossia, per usare le parole del Tribunale per la *ex* Jugoslavia, è richiesta per la punibilità la commissione di un «gross or blatant denial, on discriminatory grounds, of a fundamental right, laid down in international customary or treaty law, reaching the same level of gravity as the other crimes against humanity»[52]. Egualmente, anche se con formulazioni meno incisive, lo Statuto di Roma e il progetto di Convenzione sui crimini contro l'umanità richiedono una «grave privazione dei diritti fondamentali» (art. 6, par. 2, lett. *g)* e art. 2, par. 2, lett. *g)*). Su questo punto la Corte penale internazionale ha recentemente chiarito che: «Not every infringement of human rights amounts to persecution, but only a "severe deprivation" of a person's "fundamental rights contrary to international law" (emphasis added). The severity test concerns the character of the deprivation of fundamental rights. The latter may include a variety of rights, whether derogable or not, such as the right to life, the right not to be subjected to torture or cruel, inhuman or degrading treatment, freedom of expression, freedom of assembly and association and the right to education»[53]. Ma anche il diritto a non

---

[50] Camera di appello, sentenza 8 ottobre 2008, caso n. IT-95-11-A, *The Prosecutor v. Milan Martić*, par. 98. Sul punto, si veda William J. Fenrick, *The Crime against Humanity of Persecution in the Jurisprudence of the ICTY*, in *Netherlands Yearbook of International Law*, 32, 2001, pp. 81-96.

[51] «The mens rea for persecutions is the specific intent to cause injury to a human being because he belongs to a particular community or group» (Tribunale penale internazionale per la *ex* Jugoslavia, Camera di appello, sentenza 17 dicembre 2004, caso n. IT-95-14/2-A, *The Prosecutor v. Kordić & Čerkez*, par. 111).

[52] II Camera, sentenza 14 gennaio 2000, *The Prosecutor v. Kupreškić et al* cit., par. 621.

[53] III Camera preliminare, decisione 14 novembre 2019, *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar* cit., par. 101. Sul punto si vedano Machteld Boot, Rodney Dixon, Christopher K. Hall, *Article 7, Crimes against Humanity*, in vol. Otto Triffterer (a cura di), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Nomos Verlag,

essere tenuto in schiavitù o in stato di servitù[54] ed anche il diritto alla proprietà possono essere rilevanti a tal fine[55].

Inoltre, altri limiti all'applicabilità del crimine di persecuzione derivano dalla necessità che i comportamenti rilevanti siano commessi nel contesto di un attacco diffuso o sistematico, diretto contro qualsiasi popolazione civile, con conoscenza dell'attacco. In aggiunta a tale condizione, che costituisce la soglia comune a tutti i crimini contro l'umanità, il crimine di persecuzione è caratterizzato dal cosiddetto «requisito della connessione», nel senso che l'attività persecutoria deve essere commessa in collegamento con un qualsiasi altro crimine contro l'umanità. Secondo la Corte penale internazionale il requisito della connessione costituisce un filtro rispetto a quelle misure discriminatorie che non rientrerebbero nella giurisdizione della Corte in assenza di collegamento con altri crimini contro l'umanità[56]. Questo requisito è previsto anche nel progetto di Convenzione sui crimini contro l'umanità con alcune modifiche formali. In particolare, il richiamo alla giurisdizione della Corte penale internazionale è stato ovviamente eliminato e vi è invece un riferimento diretto al genocidio e ai crimini di guerra (art. 3, par. 1, lett. *h)*). Questa soluzione è stata criticata perché introdurrebbe un limite alla persecuzione non contemplato dal diritto internazionale consuetudinario[57].

In conclusione, esercitare l'azione penale rispetto al crimine di persecuzione può rivelarsi più efficace che perseguire il genocidio. Questo può garantire una migliore tutela dei diritti delle minoranze e in particolare di quelle religiose.

Baden Baden, 1999, pp. 117-186, p. 166.

[54] Corte penale internazionale, II Camera preliminare, 23 marzo 2016, caso n. ICC-02/04-01/15, *Situation in Uganda, Decision on the Confirmation of Charges against Dominic Ongwen*, par. 39.

[55] Corte penale internazionale, III Camera preliminare, decisione 5 ottobre 2017, *Situation in the Republic of Burundi* cit., par. 132 e II Camera preliminare, 9 giugno 2014, caso n. ICC-01/04-02/06, *Situation in the Democratic Republic of Congo, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Bosco Ntaganda*, par. 58.

[56] Corte penale internazionale, III Camera preliminare, decisione 25 ottobre 2017, *Situation in the Republic of Burundi* cit., par. 131. Si vedano Herman Von Hebel, Darryl Robinson, *Crimes within the Jurisdiction of the Cour*t, in vol. Roy S. Lee (a cura di), *The International Criminal Court* cit., p. 101, che ritengono che questo requisito sia una soglia giurisdizionale per limitare la competenza della Corte penale internazionale.

[57] In questo senso, ad esempio, il Tribunale penale internazionale per la *ex* Jugoslavia, II Camera, sentenza del 14 gennaio 2000, *The Prosecutor v. Kupreškić et al* cit., parr. 581 e 615 e le Camere straordinarie della Cambogia, sentenza 7 agosto 2014, caso n. 002/19-09-2007/ECCC/TC, *Nuon Chea and Khieu Samphan,* parr. 431-432. Per la dottrina, Antonio Cassese, *Crimes against Humanity*, in vol. Antonio Cassese, Paola Gaeta, John R.W.D. Jones (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, I, OUP, Oxford, 2009, pp. 353-386. *Contra* Herman von Hebel, Darryl Robinson, *Crimes within the Jurisdiction of the Court* cit., p. 99.

Il fine ultimo: la prevenzione dei crimini contro le minoranze religiose

Gli attacchi alle minoranze religiose possono anche «prendere la forma» di deportazioni e di trasferimenti forzati di popolazioni, crimini gravi che sono stati commessi ripetutamente nei conflitti in Bosnia e in Kosovo e recentemente in Myanmar[58]. Proprio con riferimento alle azioni di sterminio dei rohingya, la Corte penale internazionale ha recentemente avuto l'opportunità di chiarire che la deportazione e il trasferimento forzato sono crimini il cui elemento distintivo consiste nella diversa destinazione imposta al gruppo; lo spostamento oltre i confini nazionali caratterizza la deportazione mentre nel caso del trasferimento forzato si tratta di uno spostamento all'interno dei confini nazionali. Anche gli interessi tutelati dalle due fattispecie criminose non coincidono. Se l'interesse protetto dalla deportazione riguarda il diritto degli individui a vivere nello Stato in cui legalmente si trovano, nel trasferimento forzato è il diritto degli individui a vivere nella loro area di residenza[59].

In conclusione, il diritto penale internazionale contiene certamente un'ampia gamma di disposizioni che incriminano comportamenti violenti contro le minoranze, compresi i gruppi minoritari religiosi in quanto tali, e contro i membri di tali gruppi. Quando si verificano genocidi e altri crimini contro le minoranze è necessario combattere l'impunità e stabilire un'aspettativa credibile che i colpevoli siano ritenuti responsabili. Tuttavia, prevenire la commissione di questi crimini è meglio che perseguirli. Pertanto, poiché le cause alla radice del genocidio, della persecuzione e di altri crimini contro le minoranze

---

[58] La deportazione e il trasferimento forzato della popolazione non costituiscono una fattispecie soltanto di crimini contro l'umanità (si veda l'art. 7, par. 1, lett. *d)* dello Statuto della Corte penale internazionale) ma anche di crimini di guerra (si vedano, nello Statuto della Corte penale internazionale l'art. 8, par 2, lett. *a)*, *vii)* e lett. *b)*, *viii)* per i conflitti internazionali così come l'art. 8, par. 2, lett. *b)*, *viii)* e lett. *e)*, *viii)* per i conflitti armati non internazionali. In particolare, l'art. 49, par. 1 della IV Convenzione di Ginevra del 1949 prevede che: «(i)ndividual or mass forcible transfers, as well as deportations of protected persons from occupied territory to the territory of the Occupying Power or to that of any other country, occupied or not, are prohibited, regardless of their motive» e l'art. 147 della stessa Convenzione stabilisce che: «unlawful deportation or transfer […] of a protected person» costituisce una violazione grave della Convenzione. Ai sensi dell'art. 85, par. 4, lett. *a)* del I Protocollo addizionale: «the deportation or transfer of all or parts of the population of the occupied territory within or outside this territory, in violation of Article 49 of the Fourth Convention» è una violazione grave del Protocollo. Mentre l'art. 17 del II Protocollo addizionale prevede che: «(t)he displacement of the civilian population shall not be ordered for reasons related to the conflict unless the security of the civilians involved or imperative military reasons so demand. Should such displacements have to be carried out, all possible measures shall be taken in order that the civilian population may be received under satisfactory conditions of shelter, hygiene, health, safety and nutrition. 2. Civilians shall not be compelled to leave their own territory for reasons connected with the conflict».

[59] III Camera preliminare, decisione 14 novembre 2019, *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar* cit., parr. 57-58.

ruotano tutte intorno alle disuguaglianze tra i gruppi identitari, la prevenzione di questi crimini inizia garantendo che tutti i gruppi all'interno di una determinata società siano trattati allo stesso modo nel godimento dei loro diritti umani e della loro dignità. La prevenzione diventa quindi una sfida di buon governo e la comunità internazionale dovrebbe prima di tutto investire i suoi sforzi in questo obiettivo.

La discriminazione religiosa nei Paesi Nordici. Riconoscimento delle comunità religiose e finanziamento pubblico nell'ordinamento svedese

Religious discrimination in the Nordic Countries. Recognition and public funding of religious communities in Sweden

Giuseppina Scala

Abstract

The article, which is based on freedom of religion in Scandinavia, starts by analysing the potentially discriminatory features inherent in certain statute laws and the cases deriving from the latter. Secondly, the article addresses certain specific issues concerning the recognition of the legal personality and public funding of religious minorities in the Swedish legal system. This study also deals with elements related to the internal and external democratic nature of a community, a criterion that a religious confession should meet in order to obtain funding from the Swedish state. Finally, the article poses the question of whether, in the light of evident differences in treatment among religious communities in Sweden, one should talk of an incomplete protection of religious freedom and, as a result, determine the path to be taken in order to remove existing obstacles to the full implementation of this fundamental right.

Key words

Religious Discrimination – Sweden – Democratic Criterion.

Riassunto

L'Autrice, prendendo le mosse dal concetto di diritto all'esercizio della libertà di religione negli ordinamenti scandinavi, inizia il contributo con la disamina dei profili potenzialmente discriminatori insiti in alcune soluzioni legislative e nelle pronunzie giurisprudenziali che ne sono originate. In secondo luogo, l'autrice approfondisce alcuni aspetti specifici in tema di riconoscimento della personalità giuridica e di finanziamento pubblico delle comunità religiose minoritarie nell'ordinamento svedese. Questa disamina tocca altresì alcune problematiche connesse alla democraticità interna ed esterna di una comunità, criterio che una confessione religiosa dovrebbe soddisfare al fine di ottenere un

finanziamento da parte dello Stato svedese. Infine, l'autrice si chiede se, alla luce di alcune evidenti differenze di trattamento fra le comunità religiose, nell'ordinamento svedese si possa parlare di una tutela incompiuta della libertà religiosa e quale sia la strada per rimuovere eventuali ostacoli alla piena attuazione di un diritto fondamentale.

PAROLE CHIAVE
Discriminazione religiosa – Svezia – Criterio democratico.

SOMMARIO: 1. Profili introduttivi – 2. La discriminazione religiosa negli ordinamenti giuridici nordici – 3. Aspetti specifici in materia di disciplina sul riconoscimento della personalità giuridica delle comunità religiose di minoranza e finanziamento pubblico nell'ordinamento svedese: il criterio democratico – 4. Brevi considerazioni conclusive: discriminazioni religiose velate

Profili introduttivi

Il presente contributo si prefigge di analizzare la tematica della discriminazione religiosa nell'ordinamento svedese con un particolare riferimento alla disciplina del riconoscimento della personalità giuridica delle comunità religiose di minoranza e il loro finanziamento con fondi pubblici.

Prima di iniziare questa breve disamina è necessario porre mente, ai fini della nostra analisi, alle problematiche strettamente connesse all'espressione "discriminazione religiosa" e, sotto un altro profilo, a quella di "comunità religiosa".

Quando trattiamo di discriminazione religiosa, notiamo come essa implichi molteplici aspetti in ordine alla garanzia di diritti, tanto individuali quanto collettivi, connessi al fenomeno religioso[1]. A titolo esemplificativo, si possono richiamare profili attinenti alla parità di genere; all'uso dell'abbigliamento religioso; al diritto al lavoro; alla tradizione e abitudine alimentare; alle adozioni; alla costruzione di luoghi di culto; alla concessione della cittadinanza e al diritto d'asilo; al ruolo della religione dominante in un dato ordinamento; al riconoscimento della personalità giuridica alle confessioni religiose di minoranza; al finanziamento pubblico.

[1] Si ricordi qui, brevemente, che il principio fondamentale di non discriminazione in base alla religione o alle convinzioni personali è sancito dagli art. 10 e 19, Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea; art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE nonché dalle direttive 2000/43/CE e 2000/78/CE. Per una prima definizione di discriminazione religiosa si veda, fra gli altri, NICOLA COLAIANNI, *Divieto di discriminazione religiosa sul lavoro e organizzazioni religiose*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 18, 2018, p. 1 s.

Quando utilizziamo l'espressione "comunità religiosa", invece, emergono alcuni fattori di criticità tutt'altro che marginali. Si pensi a quanto è stato proposto dalla dottrina italiana prevalente la quale, al fine di definire il concetto di "comunità religiosa", ha individuato alcuni requisiti che la predetta comunità deve soddisfare: l'aspetto quantitativo; l'aspetto progettuale; l'elemento psicologico; l'elemento storico[2].

Tuttavia, le attuali tendenze legislative e giurisprudenziali, tanto nazionali quanto europee ed extraeuropee, mostrano che tali requisiti non sono sufficienti per delineare con certezza il fenomeno di una "comunità religiosa".

Questa precarietà definitoria è riscontrabile soprattutto nell'affermarsi di una certa arbitrarietà nel riconoscere lo *status* di "comunità religiosa" a gruppi che sembrano non poter essere assimilabili alle tradizionali religioni.

A riprova di ciò, altra dottrina italiana ha recentemente posto l'attenzione al variegato panorama del pluralismo religioso che caratterizza gli ordinamenti giuridici odierni, inteso come un «bene comune che il diritto deve proteggere e promuovere»[3].

Rimane perciò ancora da comprendere fino a che punto il legislatore possa spingersi per proteggere e promuovere, in senso positivo e inclusivo, tale pluralismo.

Queste difficoltà ed incertezze definitorie riguardano anche gli ordinamenti scandinavi dove, come vedremo, si assiste oramai, da alcuni decenni e specialmente ai nostri giorni, ad un "allargamento dei confini" del concetto di "comunità religiosa".

La discriminazione religiosa negli ordinamenti giuridici nordici

Nonostante la tradizione costituzionale degli ordinamenti scandinavi[4] sia

---

[2] Si faccia riferimento, a titolo esemplificativo, a Enrico Vitali, Antonio Giuseppe Chizzoniti, *Manuale Breve Diritto Ecclesiastico*, Giuffré, Milano, III ed., 2008, p. 38. Sotto un altro profilo, sull'opportunità di una definizione di religione, si vedano le tesi di uno dei padri della sociologia delle religioni di fine Ottocento-inizi del Novecento: Durkheim, cfr. Émile Durkheim, *Les formes élémentaires de la vie religieuse, le système totémique en Autralie*, Puf, Parigi, 1912, pp. 1-138.

[3] Pierluigi Consorti, *The Meaning of "Religion" in Multicultural Societies Law An introduction*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 39, 2017, p. 3, (la traduzione è nostra).

[4] Su come si debba intendere l'espressione "ordinamenti scandinavi" – tanto sotto il profilo geografico quanto sotto il profilo giuridico – si vedano, fra gli altri Lars Friedner, *Tran-sformation of Church Relations – The Scandinavian Experience*, nel vol. Christian Walter, Antje Von Ungern-Sternberg, *Transformation of Church and State Relations in Great Britain and Germany*, Nomos, Baden-Baden, 2013, pp. 85-90, p. 85; Dag Thorkildsen, *Scandinavia: Lutheranism and National Identity*, nel vol.

particolarmente attenta a garantire la prevenzione di forme di discriminazione[5], sono molti i casi tanto sotto il profilo legislativo quanto sotto quello giurisprudenziale, che hanno messo in discussione il concetto stesso di diritto all'esercizio della libertà di religione negli ordinamenti di Danimarca, Norvegia, Finlandia, Islanda e Svezia.

Si pensi alla legge danese, entrata in vigore il primo agosto del 2018, che proibisce l'uso nei luoghi pubblici di indumenti che coprono il viso, prevedendo una sanzione economica per i trasgressori[6]. Questo divieto ha provocato un acceso dibattito in seno alla comunità musulmana, presso la quale la donna è solita indossare il niqab o il burka[7]. Sempre in Danimarca, il primo gennaio del 2019 è entrata in vigore l'ordinanza di esecuzione della cosiddetta legge del rituale costituzionale che, prevedendo una stretta di mano quale atto obbli-

---

Sheridan Giley, Brian Stanley (a cura di), *World Christianity*: c.1815 c. 1914, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, p. 343; sia consentito, Giuseppina Scala, *Recenti mutamenti nelle relazioni tra Stato e Religioni nel Nord Europa*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2, 2009, p. 347, nt. 10; Jako Husa, *Nordic reflections on Constitutional Law. A comparative Nordic Perspective*, Frankfurt am Main, 2002, p. 168; Anna Silvia Bruno, *La giurisprudenza scandinava tra minimalismo e sfide europee* nel vol. Anna Silva Bruno, Massimo Cavino (a cura di), *Esperienze di diritto vivente. La giurisprudenza negli ordinamenti di diritto legislativo*, vol. II, Giuffré, Milano, 2011, p. 59, nt. 1.

[5] Per quanto riguarda la disciplina giuridica in tema di prevenzione di forme di discriminazione caratterizzante la tradizione scandinava, si faccia riferimento, a titolo esemplificativo, al vigente art. 70 della Costituzione danese: «Nessuno può essere privato del godimento dei diritti civili e politici, né essere dispensato dagli obblighi civili, a causa della sua professione di fede o della sua origine»; all'art. 98 della Costituzione norvegese: «Tutte le persone sono uguali davanti alla Legge. Nessuna persona può essere sottoposta ad un trattamento ingiusto o sproporzionato»; agli articoli 12 e 13 della Costituzione svedese (*Regerinsformen* SFS nr: 1974:152) della sezione rubricata come «Protezione contro la discriminazione»: Art. 12. «No act of law or other provision may imply the unfavourable treatment of anyone because they belong to a minority group by reason of ethnic origin, color, or other similar circumstances or on account of their sexual orientation». Art. 13. «No act of law or other provision may imply the unfavourable treatment of anyone on grounds of gender, unless the provision forms part of efforts to promote equality between men and women or relates to compulsory military service or other equivalent official duties» (Versione ufficiale in inglese, *The Constitution of Sweden, The Fundamental Laws and the Riksdag Act, 2016*, reperibile al: *https://www.riksdagen.se/globalassets/07.-dokument--lagar/the-constitution-of-sweden-160628.pdf*). Per l'ordinamento svedese si faccia anche riferimento alla legge SFS 2008:567 contro ogni forma di discriminazione reperibile in *https://www.riksdagen.se/sv/ dokumentlagar/dokument/svensk-forfattningssamling/diskriminer-ingslag-2008567_sfs-2008-567*.

[6] LOV nr 717 af 08/06/2018. Tale legge prevede la modifica dell'articolo 134 del codice penale danese. L'articolo 1, comma 2 della legge recita infatti: «§ 1. I straffeloven […] foretages følgende ændringer: […] § 134 c. Den, som pa offentlig sted bærer en bekalæningsgenstand, der skjuler vedkommendes ansigt, straffes med bøde» (nel Codice penale […] sono apportate le seguenti modifiche: […] § 134 c. Chiunque indossi in luoghi pubblici un capo che nasconde il viso, viene punito con una sanzione pecuniaria, la traduzione è nostra).

[7] La dottrina in tema di simboli religiosi è copiosa. Ci limitiamo qui a citare, Silvio Ferrari, *I simboli religiosi nello spazio pubblico*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2, 2012; Id., *Il "burqa" e la sfera pubblica in Europa*, *ivi*, 1, 2012; Susanna Mancini, *La Religione nello Spazio Pubblico Europeo in Costituzione e Religione*, Cedam, Padova, 2013, pp. 61-68.

gatorio e concludente il procedimento per la concessione della cittadinanza, ha posto in rilievo sia profili attinenti a una presunta discriminazione religiosa, sia questioni relative alla parità di genere[8].

In Norvegia, invece, nel 2018, il Tribunale per l'Uguaglianza e l'Antidiscriminazione ha deciso che un docente, assunto a tempo determinato, è stato discriminato per ragioni religiose allorquando l'Autorità per il Welfare Norvegese (NAV)[9] decise di diminuirgli l'assegno sociale a causa del suo rifiuto di stringere la mano alle persone di genere diverso. In un altro caso, invece, lo stesso Tribunale, sempre nel 2018, ha stabilito che il mancato rinnovo di un contratto di lavoro a un docente che non stringeva la mano alle donne per motivi religiosi, è legittimo perché in linea con gli obiettivi perseguiti dalla scuola con riguardo alla promozione e alla piena tutela della parità di genere[10].

In Finlandia, una parte della dottrina ritiene che vi sia stata discriminazione nei confronti dei musulmani in tema di costruzione di luoghi di culto, allorquando la proposta per la costruzione di una Grande Moschea ad Helsinki è stata respinta da alcuni rappresentanti dell'amministrazione municipale[11]. A tal proposito, si ricordi che il funzionario presso il Ministero dell'Interno, Tarja Mankkinen, temendo un rischio per la sicurezza del Paese, ha esplicitato la sua contrarietà alla costruzione dell'edificio, adducendo motivazioni circa

---

[8] BEK 27 dicembre 2018, nr 1767, «Bekendtgørelse om kommunalbestyrelsernes afholdelse af grundlovsceremonier» (Ordinanza di Esecuzione sullo svolgimento dei rituali costituzionali in seno ai consigli comunali, la traduzione è nostra). Per un approfondimento, sia consentito il rinvio a Giuseppina Scala, *Regole protocollari e formalità giuridiche nell'ordinamento danese. Considerazioni a margine dell'Ordinanza sulla stretta di mano*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2, 2020, di prossima pubblicazione.

[9] *Diskrimineringsnemnda*, Sak 108/2018. La sentenza (in lingua norvegese) è reperibile al sito internet del Tribunale per l'Uguaglianza e l'Antidiscriminazione (*https://www.diskrimineringsnemnda.no/media/1930/108-2018-endelig-uttalelse-anonymisert.pdf*). Per un approfondimento sul tema, si veda Helge Årsheim, Lene Kuhle, *Governing religion and gender in anti-discrimination laws in Norway and Denmark* in *Oslo Law Review*, 2, 2020, pp. 105-122.

[10] *Diskrimineringsnemnda*, Sak 48/2018. La sentenza (in lingua norvegese) è reperibile al sito internet del Tribunale per l'Uguaglianza e l'Antidiscriminazione (*https://diskrimineringsnemnda.no/media/1931/48-2018-endelig-uttalelse-anonymisert.pdf*).

[11] Il caso del progetto della costruzione della Moschea ad Helsinki è piuttosto articolato. Si ricordi qui che, in primo luogo, la questione è stata trattata solo a livello locale dal Consiglio comunale e che, in secondo luogo, fu la Commissione Ambientale Cittadina a scoraggiare l'uso dell'appezzamento di terreno identificato per la costruzione della Moschea. È per tale ragione che la richiesta di costruire l'edificio venne ritirata. Per un approfondimento della decisione si vedano la comunicazione ufficiale del Consiglio reperibile in *https://www.sttinfo.fi/tiedote/helsingin-kaupunkiymparistolautakunta-ei-puolla-suunnitteluvarausta-moskeijalle-ja-monitoimikeskukselle?publisherId=60577852&releaseId=6524 3188* e la decisione della Commissione Ambientale Cittadina, protocollo 12 dicembre 2017 – Asia 15, reperibile in *https://www.hel.fi/static/public/hela/Kaupunkiymparistolautakunta/Suomi/Paatos/2017/Kymp_2017-12-12_Kylk_17_Pk/CBF2CAC4-314E-C651-B6C6-60727A400002/Kaupunkiymparistolautakunnan_esitys_kaupunginhalli.pdf*.

la dubbia provenienza dei finanziamenti[12].

In Islanda, nel 2018, è stata presentata una proposta di legge in Parlamento (*Althing*) avente ad oggetto il divieto di circoncisione per i bambini maschi, a meno che non sussistano ragioni di natura medico-chirurgiche[13]. Tuttavia, affermando che le motivazioni sottese alla sua proposta erano strettamente legate alla garanzia dei diritti dell'infanzia, la parlamentare Silja Dögg Gunnarsdóttir (Partito Progressista) si giustificò con i leader religiosi della comunità ebraica che criticarono fortemente la proposta[14].

In Svezia, nel 2016, Richard Jomshof, membro del partito *Sweden Democrat* (SD), ha presentato una proposta di legge avente ad oggetto il divieto di indossare il burka in tutti gli spazi pubblici (*Förbud mot heltäckande muslimsk slöja*)[15], al dichiarato fine di tutelare i valori culturali, democratici e laici della società svedese[16]. La sua proposta fu bocciata dal Comitato Costituzionale[17], che ribadì come tutti abbiano il diritto di praticare la propria religione, ai sensi dell'art. 1, comma 6, del capitolo secondo della Costituzione svedese

---

[12] Sull'intervento finanziario straniero, spesso proveniente dal Governo dell'Arabia Saudita, a sostegno delle associazioni islamiche negli Stati dell'Unione Europea e, in particolare, con riferimento agli ordinamenti giuridici di Norvegia, Svezia e Danimarca, si veda, Francesco Saverio Dalba, *Forme e modalità di finanziamento delle associazioni confessionali islamiche in Italia*, nel vol. Carlo Cardia, Giuseppe Dalla Torre (a cura di), *Comunità islamiche in Italia: identità e forme giuridiche*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 310 s.

[13] Si ricordi che in Svezia, la pratica della circoncisione delle donne è considerata un reato ai sensi della legge SFS 1928:316 *med förbud mot könsstympning av kvinnor*; mentre è prevista solo a certe condizioni per i bambini maschi (legge SFS 2001:499). Per un approfondimanto sulla questione, si veda Johanna Schiratzki, *Barnets bästa i ett mångkulturellt Sverige – en rättsvetenskaplig undersökning*, Juridiska fakulteten, Stockholm, 2000, p.119 s.

[14] Per un breve approfondimento, si veda, Méadhbh Mcivor, *Circumscribing the Body Politic: Circumcision, Religious Freedom, and Identity in Europe. The Religion Factor, 2018(https://www.rug.nl/research/centre-for-religious-studies/religion-conflict-globalization/blog/circumscribing-the-body-politic-circumcision-religious-freedom-and-identity-in-europe-29-03-2018?lang= en).*

[15] *Motion till riksdagen* 2016/17:790, reperibile in *https://data.riksdagen.se/fil/65F90B9B-579A-400E-AF7E-28014295EED3*. Una simile proposta fu ripresentata dallo stesso Richard Jomshof nell'ottobre del 2018: *Motion till riksdagen* 2018/19:110, in *https://data.riksdagen.se/fil/CCC66565-7585-4E27-8D7D-3F8DD91AB8B0*. Per i casi di discriminazione religiosa discussi in seno all'*Equality Ombudsman* sul porto del velo in Svezia, si veda, a titolo esemplificativo Emma Ahlm, *Discrimination on the basis of religion in Sweden and beyond,* in *European Journal of Social Law*, 4, 2014, pp. 259- 271.

[16] «Det är av största vikt att vi försvarar våra demokratiska, kulturella och sekulära värderingar mot alla försök att bekämpa dessa» in *Motion till riksdagen* 2016/17:790 cit., p. 2 e in *Motion till riksdagen* 2018/19:110 cit., p. 2.

[17] *Konstitutionsutskottets betänkande* 2017/18:KU34, p. 37 ss. Sul ruolo del Comitato Costituzionale Svedese si veda, Björg Thorarensen, *Mechanisms for Parliamentary Control of the Executive* nel vol. Helle Krunke, Björg Thorarensen (a cura di), *The Nordic Constitutions: A Comparative and Contextual Study*, Hart Publishing, Oxford, 2018, pp. 67-106, spec. p. 80 ss.

(*Regerinsformen*)[18]. In tema di diritto del lavoro, l'*Arbetdomstolen*[19] ha deciso, nel 2018, che Farah Alhajeh è stata discriminata ai sensi della legge sulla discriminazione[20], in quanto non è stata assunta presso una società privata dopo che si era rifiutata di stringere la mano – per ragioni religiose – a colui che era destinato a diventare il suo direttore[21].

A tutt'oggi, però, è la disciplina in materia di riconoscimento della personalità giuridica delle minoranze[22] e di quella ad essa strettamente connessa del finanziamento pubblico[23], oggetto di accesi dibattiti fra i giuristi svedesi.

Pur senza alcuna pretesa di completezza, dunque, al fine di comprendere alcune criticità del sistema svedese sulla predetta disciplina, concentreremo la nostra attenzione, in queste brevi note, sui lavori preparatori pubblicati precedentemente alla presunta separazione tra lo Stato svedese e la Chiesa luterana e sui lavori delle commissioni governative del periodo immediatamente successivo. Questo approccio sarà funzionale anche alla disamina di alcune decisioni adottate dalle autorità amministrative, dagli organi giurisdizionali in sede di tutela e dal Governo.

Aspetti specifici in tema di disciplina sul riconoscimento della personalità giuridica delle comunità religiose di minoranza e finanziamento pubblico nell'ordinamento svedese: il criterio democratico

In Svezia, il pre-requisito necessario affinché una comunità religiosa possa richiedere il finanziamento pubblico[24], e godere di alcuni vantaggi fiscali, è

---

[18] «Freedom of worship: that is, the freedom to practice one's religion alone or in the company of others».

[19] Tribunale del lavoro svedese.

[20] *Diskrimineringslag* (2008: 567) cit.

[21] Per un approfondimento sul caso, si veda, Angelo Licastro, *Toccare con mano i nodi dell'integrazione (a proposito di saluti "proibiti" e divieto di discriminazione)* in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 33, 2018.

[22] Sul riconoscimento giuridico delle minoranze in Europa, si veda, in generale, Rossella Bottoni, *Diritto e fattore religioso nello spazio europeo*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 91-93.

[23] Utilizziamo qui l'espressione "finanziamento pubblico" come sinonimo di "sostegno economico".

[24] Il finanziamento può essere richiesto ai sensi della legge SFS 1999:974, *Förordning om statsbidrag till trossamfund* (Ordinanza sul finanziamento pubblico alle comunità religiose, la traduzione è nostra). Si è deciso qui di utilizzare il termine "comunità religiosa" come sinonimo di "confessione religiosa" ma, per un approfondimento sui termini "confessione" e "comunità", si veda, per tutti, Maria d'Arienzo, *Confessioni religiose e comunità*, nel vol. Mario Tedeschi (a cura di), *Comunità e soggettività*, Luigi Pellegrini Editore, Cosenza, 2006, pp. 279-292. In tema di finanziamento pubblico alle comunità religiose la dottrina italiana è copiosa. In termini generali, si veda Vincenzo Pacillo,

la registrazione presso il *Kammarkollegiet*, l'Agenzia pubblica svedese per i servizi giuridici, finanziari ed amministrativi[25].

Dal primo gennaio del 2000[26], l'iter previsto per la comunità religiosa che intenda registrarsi, al fine di ottenere il riconoscimento della personalità giuridica ed essere formalmente qualificata quale *registerad trossamfund*[27], è regolato dalle leggi SFS 1998:1593, SFS 1999:932 e SFS 1999:974[28]. Ai sensi della predetta legislazione, una comunità religiosa registrata deve svolgere attività e funzioni religiose[29]; deve avere uno statuto che definisce regole sui fini da perseguire; deve essere guidata da organi di governo che stabiliscano le modalità decisionali in seno alla stessa; deve avere una denominazione.

Una prima evidente criticità è qui rappresentata da una lacuna definitoria circa l'aggettivo "religiose", riferito alle attività e alle funzioni che devono essere erogate dalla comunità. Infatti, la dottrina svedese è, unanime nel sottolineare l'assenza di chiarezza circa l'interpretazione del termine «religione» che, incidendo negativamente sulle decisioni che il *Kammarkollegiet* deve adottare, fa emergere almeno due elementi di debolezza[30].

Il primo concerne un possibile adattamento di facciata delle pratiche, dei servizi religiosi e delle strutture organizzative da parte delle comunità religiose al solo fine di ottenere la registrazione. Il secondo riguarda, invece, il

---

Cooperazione dello Stato con le comunità religiose e finanziamenti pubblici, in *Annuario direcom*, 7, 2008, pp. 225-251.

[25] SFS 1999:731, *Förordning om registrering av trossamfund*, (ordinanza sulla registrazione delle comunità religiose, la traduzione è nostra).

[26] Sulla presunta separazione fra Stato e Chiesa Luterana di Svezia avvenuta nel 2000, sia consentito il rinvio a Giuseppina Scala, *Recenti mutamenti nelle relazioni tra Stato e confessioni religiose nel nord Europa. Due "case studies": Svezia e Norvegia*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2, 2009, pp. 353-357; Ead., *Le monarchie di Norvegia e Svezia e il rinnovamento incompiuto del costituzionalismo nordico*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 4, 2018, pp. 989-994; e, in generale, Cynthia Carlson, *Excessive Entanglement of Church and State: Applying the Lemon Test to the Disestablishment of the Church of Sweden*, in *New York Law School Journal of International and Comparative Law*, 21 (3), 2002; Kjell Åker Modéer, *Verhältnis zwischen Staat und Kirche in den skandinavischen Ländern*, in Hörr/Schweden 2001, in *Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht, Internationaler Studienkurs der VELKD über Staat und Kirche*, giugno 2002, pp. 339- 357; Simone Böhne, *Religionsfreiheit in Schweden und Dänemark*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2016, pp. 18-23.

[27] Comunità religiosa.

[28] Rispettivamente *Lag om trossamfund*, *Lag om stöd till trossamfund* e *Förordning om statsbidrag till trossamfund*.

[29] SFS 1998: 1593 *Lag om trossamfund* «§ 2. Med trossamfund avses i denna lag en gemenskap för religiös verksamhet, i vilken det ingår att anordna gudstjänst».

[30] Enkvist Victoria, Per-Erik Nilsson, *The hidden Return of Religion: Problematising Religion in Law and law in Religion in the Swedish Regulation of faith Communities* nel vol. Anna-Sara Lind, Mia Lövheim, Ulf Zackariasson (a cura di), *Reconsidering Religion, Law, and Democracy: New Challanges for Society and Research,* Nordic Academic Press, Lund, 2016, p. 93.

potere discrezionale da parte del *Kammarkollegiet* in sede decisoria. Alcune sue recenti decisioni, infatti, hanno imposto al giurista una profonda riconsiderazione della definizione del termine religione[31]. Si pensi alla decisione sul riconoscimento giuridico della Chiesa Missionaria del Copimismo[32], che ottenne lo *status* di *registerad trossamfunden* nel 2011[33], così come quella relativa alla cosiddetta Chiesa di Satana che lo ottenne nel 2019[34]. O, ancora, la curiosa richiesta della Chiesa del Bacon che non potrà godere dello *status* di comunità religiosa solo a causa di vizi formali emersi durante la fase istruttoria[35].

Il fatto che il *File sharing* sia stato considerato alla stregua di un Dio dalla Chiesa del Copimismo e che Satana, inteso come figura letteraria sia ritenuto oggi un medium idoneo per ottenere dei vantaggi da parte dei suoi adepti[36], sono conseguenze di decisioni che ci sembrano alquanto discutibili.

Per quanto riguarda, invece, il finanziamento pubblico, che in Svezia è concesso in sede governativa e laddove la registrazione sia andata a buon fine, la comunità religiosa registrata[37] deve integrare ulteriori specifici requisiti che

---

[31] A tal proposito, per la tradizione giuridica svedese, si veda la prospettiva di Jarlert in merito all'accezione "strumentale" del termine "religione", così Anders Jarlert, *Individuell eller institutionell religionsfrihet?* nel vol., Anna Singer, Maarit Jänterä-Jareborg, Astrid Schlytter (a cura di), *Familj – religion – rätt. En antologi om kulturella spänningar i familjen*, Iustus förlag, 2010, pp. 113-126. Anche la dottrina italiana si è pronunciata circa le insidie definitorie del termine, si veda Pierluigi Consorti, *The Meaning of "Religion" in Multicultural Societies Law An introduction* cit., pp. 1-193.

[32] La Chiesa missionaria del Copimismo è stata fondata dallo svedese Isac Gerson nel 2010. La sua dottrina si basa sul principio del "copiami" e persegue l'idea che la diffusione di tutte le informazioni è eticamente corretta. Questa dottrina è stata criticata perché sembra essere un mero *escamotage* con l'obiettivo di non violare la legge sul *copyright*.

[33] *Kammarkollegiet*, *Beslut* 2011-12-21, Dnr 19.3.1-04562-2011. Sul caso, sia consentito il rinvio alla mia relazione al Convegno ICON·S Firenze, novembre 2019, *The definition of "faith-based community" and the development of new technologies* e a Enkvist Victoria, Per Erik Nilsson, *Techniques of religion-making in Sweden: The case of the Missionary Church of Kopimism* in *Critical Research on Religion*, vol. 4 (2), 2016, pp. 141–155.

[34] *Kammarkollegiet*, *Beslut* 2019-06-27, Dnr 19.3.1-253419.

[35] *Kammarkollegiet*, *Rätt* Dnr 19-31 00696 2016.

[36] La dottrina della comunità svedese di Satana (*Satanistiska samfundet*) non prevede che Satana sia venerato come un Dio in quanto ciò, come si legge dal loro sito istituzionale, porterebbe ad una superstizione religiosa (*Vi tror inte på Satan eftersom det uppmuntrar till religiös vidskeplighet*). I fedeli considerano Satana come una figura letteraria "ribelle", portatrice di principi quali la giustizia sociale e uno Stato secolare. I principi fondamentali della nuova comunità religiosa registrata sono reperibili al sito *http://www.satanistiskasamfundet.se/*, alla sezione denominata *Grundpelare*.

[37] Come abbiamo visto, la legge che regola il finanziamento pubblico alle comunità religiose è la *Lag om stöd till trossamfund*, SFS 1999:932. In particolare, esso è garantito affinché le comunità religiose possano continuare ad erogare i loro servizi, la cura dell'anima negli ospedali o nelle carceri e l'insegnamento, così art. 2, SFS 1999: 932 «§ 2 Stödet skall bidra till att skapa förutsättningar för trossamfunden att bedriva en aktiv och långsiktigt inriktad religiös verksamhet i form av gudstjänst, själavård, undervisning och omsorg».

rappresentano veri e propri oneri che sembrano produrre un certo grado di discriminazione nei confronti di alcune confessioni religiose.

I requisiti richiesti si riducono così, in buona sostanza, al carattere stabile della comunità religiosa stessa e al rispetto dei *grundläggande värderingar* (valori fondamentali) su cui si basa la società svedese, così come previsto dal vigente articolo 3 della legge sul finanziamento alle comunità religiose[38].

Il predetto articolo è stato – e lo è tutt'oggi – oggetto di critiche da parte dello stesso *KammarKollegiet,* fin dal momento genetico della Riforma delle relazioni fra lo Stato e la Chiesa luterana. Infatti, nella proposta di legge 1998/99:124[39], si legge che la predetta Agenzia riteneva "troppo vaga" la disposizione di cui all'articolo summenzionato[40].

Tuttavia, se da una parte si può facilmente ritenere che per comunità "stabile" si intende un gruppo religioso che gode di un riconoscimento pubblico in modo costante e significativo nel tempo per la tradizione storica svedese, ben più di qualche perplessità emerge, invece, quando si passa ad esaminare l'espressione "valori fondamentali".

A tal proposito, è utile tornare alla disamina della summenzionata proposta di legge attraverso la quale il Governo si prefiggeva di affermare come, da una parte, il requisito formale della promozione dei valori della società svedese non deve in alcun modo implicare una valutazione di merito e un esame approfondito della dottrina della comunità religiosa[41]; dall'altra, si è limitato a prevedere genericamente come una comunità religiosa debba perseguire l'uguaglianza fra uomo e donna, il rispetto di tutti gli individui, collaborare al fine di promuovere una società fondata su idee democratiche, lottare contro ogni forma di razzismo, di violenza e di brutalità[42].

In tal modo, la proposta governativa, non esplicita le modalità attraverso le quali le comunità religiose debbano raggiungere tali obiettivi, lasciando inoltre ampio margine di interpretazione circa il significato delle espressioni

---

[38] *Lag om stöd till trossamfund,* SFS 1999:932 «Förutsättningar för statsbidrag 3. § Statsbidrag får lämnas endast till ett trossamfund som: 1. bidrar till att upprätthålla och stärka de grundläggande värderingar som samhället vilar på, och 2. är stabilt och har egen livskraft».

[39] Proposta di legge presentata dal Governo al Parlamento il 12 maggio 1999, reperibile al: *https://www.regeringen.se/49bb8e/contentassets/d0d5c8d85332474fa848b838c28da997/staten-och-trossamfunden---stod-medverkan-inom-totalforsvaret-m.m.*

[40] «Kammarkollegiet anser dock att den föreslagna lagtexten är alltför vagt utformad» (ovvero: tuttavia, il *Kammarkollegiet* ritiene che il testo proposto sia troppo vago, la traduzione è nostra). Prop. 1998/99:124, p. 63.

[41] 1998/99:124, p. 63.

[42] 1998/99:124, p. 64. Gli obiettivi in lingua originale sono «respekt för alla människors»; «demokratins idéer»; «motverka alla former av racism»; «våld», «brutalitet».

"uguaglianza fra uomo e donna" e "idee democratiche". A questo riguardo vennero mosse accese critiche nei confronti del Governo laddove emerse la palese percezione che si volessero escludere – in modo surrettiziamente intenzionale – le comunità religiose musulmane dal sostegno finanziario pubblico. Sappiamo, infatti, che anche in Svezia la condizione della donna nell'Islam costituisce una criticità in relazione alla forma di Stato democratico[43].

Tuttavia, pochi anni dopo, la dottrina svedese[44] si è espressa in merito alle c.d. "idee democratiche" sottolineando come la comunità religiosa che intenda ottenere la personalità giuridica, non deve essere "democratica" in sé e che i suoi organi rappresentativi non devono obbligatoriamente essere eletti attraverso procedure democratiche[45].

Nonostante ciò, il Tribunale Supremo Amministrativo e il Governo svedese hanno dovuto pronunciarsi proprio in tema di valori democratici fondamentali quando venne negato l'accesso al finanziamento pubblico alla comunità religiosa dei testimoni di Geova, pur regolarmente registrata.

La questione ha origine nel 2007 quando i testimoni di Geova presentarono la richiesta, finalizzata a ricevere il sussidio economico, all'Agenzia per gli aiuti statali ai sensi della già menzionata legge SFS 1999:932[46]. Il 17 giugno del 2009, il Governo la respinse sostenendo che, alla luce dei riscontri effettuati, i testimoni di Geova non integrano compiutamente i requisiti richiesti con riguardo ai valori fondamentali di cui al paragrafo 3.1 della SFS

---

[43] La dottrina in tema di uguaglianza fra uomo e donna nell'islam è copiosa. Per un primissimo approfondimento, si faccia riferimento a Gaetano Dammaco, *La condizione della donna nel diritto delle religioni*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), dicembre 2007, pp. 7-9; Maria d'Arienzo, *La condizione giuridica della donna nell'Islam*, in *Filosofia dei diritti umani. Philosophy of Human Rights*, 11, 2002, pp. 50-55.

[44] Sull'importante ruolo della dottrina nei sistemi nordici, sia consentito il rinvio a Giuseppina Scala, *Elementi peculiari di diritto naturale e criteri interpretativi nella tradizione costituzionale danese. Alla ricerca di una definizione del concetto di forholdets natur* in *Percorsi Costituzionali*, 1, 2018, p. 275 ss.

[45] Maarit Jänterä-Jareborg, *Religion and the Secular State in Sweden*, nel vol. Javier Martinez Torron, W. Cole Durham (a cura di), *Religion and the Secular State*, *National Reports*, pp. 669- 686, p. 678 quando analizza l'SOU 2009: 52, p. 94. SOU è l'acronimo di *Statens offentliga utredningar* («Indagini ufficiali dello Stato» ovvero una raccolta delle relazioni ufficiali delle commissioni nominate dal Governo svedese). A questo proposito ci pare di poter proporre qui un breve parallelo con l'articolo 49 della Costituzione italiana che recita: «Tutti i cittadini hanno diritto di associarsi liberamente in partiti per concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale». La dottrina italiana evidenzia come esistano differenti tesi circa il metodo democratico che dovrebbe caratterizzare i partiti politici. Alcune di queste tesi, infatti, preferiscono identificare il criterio democratico all'interno delle organizzazioni partitiche stesse; altre pongono l'accento sul comportamento esterno tenuto dal partito con riguardo al perseguimento dei propri obiettivi. Cfr. Maurilio Gobbo, *La propaganda politica nell'ordinamento costituzionale. Esperienza italiana e profili comparatistici*, Cedam, Padova, 1997, p. 158.

[46] Ku2007/2561/KT.

1999:932[47].

I testimoni di Geova fecero quindi ricorso al Tribunale Amministrativo Supremo (HFD)[48] chiedendo, senza successo, un riesame della decisione ai sensi della legge 2006:304[49]. Il Governo pose fine alla questione nel 2015, quando affermò che il rifiuto apposto alle emotrasfusioni per i minori, mette gravemente a rischio la vita e la salute di quest'ultimi, evidenziando quindi un atteggiamento non compatibile con i valori fondamentali della società svedese.

Non solo, secondo il Governo i testimoni di Geova, sconsigliando ai propri membri di recarsi alle urne in occasione delle consultazioni, non considererebbero il diritto al voto una caratteristica fondamentale tipica di uno Stato democratico, così come si autoqualifica il Regno di Svezia[50]. Per tali ragioni, è stato quindi negato loro il finanziamento pubblico[51].

Questo caso ci riporta ad un altro che, pur presentando profili analoghi, ha ottenuto un esito diverso. Si tratta di una decisione adottata nel 2016[52] dall'Agenzia Svedese per i Giovani e la Società Civile (MUCF)[53], la quale ha stabilito l'interruzione del finanziamento pubblico fino ad allora erogato a favore della *Sveriges Unga Muslimer* (SUM)[54], l'organizzazione dei giovani musulmani svedesi[55].

---

[47] Vedi qui nt. 31.

[48] *Högsta förvaltningsdomstolens dom*.

[49] SFS 2006:304 *Lag om rättsprövning av vissa regeringsbeslut* (legge sul controllo di legittimità di talune decisioni del Governo).

[50] I convincimenti religiosi dei testimoni di Geova sono stati oggetto di analisi anche in Italia da parte di più Commissioni in sede parlamentare. Si ricordi qui, relativamente alla norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e la Congregazione cristiana dei testimoni di Geova in Italia, in attuazione dell'articolo 8, terzo comma, della Costituzione, l'intervento di Pastore che sottolineava le sue perplessità perché «i testimoni di Geova non solo rifiutano le trasfusioni di sangue e i trapianti per sé e per i figli […] (e) non esercitano il diritto di voto, la quale circostanza è anch'essa degna di attenzione nel momento in cui si valuta un riconoscimento da parte dello Stato» e di Zaccaria che poneva mente all'opportunità di «approfondire la questione del rispetto, da parte dei testimoni di Geova, dei principi fondamentali dell'ordinamento italiano», così *I Commissione permanente di giovedì 4 ottobre 2012*.

[51] Ku2015/00081/D.

[52] *Beslut* 2016-12-16, *Diarienummer* 1439/16.

[53] MUCF: *Myndigheten för ungdoms- och civilsamhällesfrågor*.

[54] L'organizzazione dei Giovani Musulmani Svedesi. Per un approfondimento sull'organizzazione si vedano, fra gli altri Göran Larsson (a cura di), *Islam in the Nordic and Baltic Countries*, Routdlege, London, 2009, pp. 58-62; Sameh Egyptson, *Holy White Lies: Muslim Brotherhood in the West "Case Sweden",* Swedish Culture Center, Cairo, 2018, p. 106 ss.

[55] Va sottolineato qui che l'organizzazione dei giovani musulmani presentava richiesta di finanziamento pubblico non a titolo di comunità religiosa registrata, ma come organizzazione giovanile ai sensi della legge SFS 2001:65. Per un approfondimento dettagliato del caso si veda, per tutti Pia Karlsson Minganti, *Framing Religious Criticism in a Secular Cultural and Legal Order: Subsidies to Muslim Youth Organizations*, nel vol. Mia Lövheim, Mikael Stenmark (a cura di), *A Constructive*

Secondo quanto affermato dalla predetta Agenzia, i servizi erogati dall'organizzazione musulmana non erano in linea con il rispetto delle idee democratiche su cui, come abbiamo visto, deve fondarsi la società svedese. Oltre a ciò, l'organizzazione musulmana non avrebbe nemmeno rispettato il principio di uguaglianza fra l'uomo e la donna. Ciò nonostante, la *Sveriges Unga Muslimer* ricorse al Tribunale Amministrativo di Stoccolma che, nel 2017, si pronunciò ribaltando la decisione dell'Agenzia[56].

Brevi considerazioni conclusive: discriminazioni religiose velate

Questa breve disamina offre, a nostro avviso, l'occasione per mettere in discussione taluni tratti salienti di un'opinione generalmente sostenuta (specialmente dagli studiosi non scandinavi) riguardo all'ordinamento giuridico svedese, il quale, così come gli altri ordinamenti nordici, viene solitamente considerato come indiscutibilmente improntato all'inclusività e al pluralismo.

Per contro, le leggi in materia (alla luce dei lavori preparatori), le pronunce giurisprudenziali e i provvedimenti amministrativi che sono stati qui richiamati, ripropongono questioni che, polarizzando alcune prospettive in ordine alla tematica della discriminazione e della democrazia, sembrano evidenziare un quadro ben diverso.

In particolare, la Svezia non sembra adeguatamente provveduta ad affrontare alcune delle sfide che potrebbero presentarsi in un futuro prossimo. Si pensi per esempio all'identità nazionale, alla garanzia di un'uguaglianza fra le diverse religioni, alla tutela del diritto alla libertà religiosa intesa nella sua accezione più ampia.

Quanto al primo aspetto, non vi è dubbio che in Svezia, così come in altri ordinamenti europei, l'identità nazionale sia messa duramente alla prova da flussi migratori che impongono una rivisitazione della tradizione, tanto socioculturale quanto giuridica, dello Stato nella sua essenza[57]. Se la separazione fra lo Stato e la Chiesa Luterana avvenuta in Svezia è la conseguenza di un necessario riassetto dell'ordinamento che, fino poco tempo fa, tendeva a pri-

---

Critique of Religion, Bloomsbury Academic, London, 2020, pp. 99-111.

[56] Tribunale Amministrativo di Stoccolma, decisione 14 novembre 2017, n. 192-17.

[57] A titolo esemplificativo si pensi alle criticità evidenti che sono sorte negli istituti scolastici svedesi soprattutto in riferimento ad alcune tradizioni che non vengono accolte dagli studenti di origini musulmane. A tal proposito si veda, fra gli altri Per Pettersson, *Values and Religions in Transition: A case study of a Swedish Multiculatural Public School*, nel vol. Helena Vilaça, Enzo Pace, Inger Furseth, Per Pettersson (a cura di), *The Changing Soul of Europe:* Religions and Migrations in Northern and Southern Europe, Routledge, London, 2014, pp. 193-208.

vilegiare un solo credo, è altrettanto vero che questo ripensamento è avvenuto dietro pressione di nuovi portati, anche e soprattutto religiosi.

Nello specifico, lo Stato svedese è entrato in crisi quando religioni come l'Islam o come quella dei testimoni di Geova sembrano essersi poste in contrasto, come abbiamo visto, con i *grundläggande värderingar* da sempre propugnati.

Escludendo, a volte anche in maniera velata[58], alcune credenze dal pieno ed effettivo godimento di alcuni diritti socialmente rilevanti, l'ordinamento svedese sembra non garantire adeguatamente l'uguaglianza fra le diverse comunità religiose, a riprova anche di un sentimento surrettiziamente islamofobico che rappresenta, oramai, un tratto peculiare di molti gruppi politici in tutta Europa[59].

A tal proposito, va però sottolineato che, recentemente, il Ministero per la Cultura (*Kulturdepartementet*) ha presentato alcune linee guida al fine di apportare modifiche sostanziali al sistema del finanziamento pubblico alle comunità religiose. Fra le tante proposte, vi è anche quella relativa a un ripensamento del requisito sui criteri democratici al fine di generare un nuovo modello, che sia il più possibile neutrale nei confronti delle diverse religioni[60]. Tali linee guida sono servite alla Commissione governativa che ha lavorato per il *Report* sull'inchiesta in merito alla revisione del sistema di finanziamento, pubblicato nel 2018[61]. Questo ci porta a pensare che, nel breve periodo, saranno presentate in Parlamento alcune proposte di legge aventi ad oggetto degli emendamenti alla vigente legislazione in materia.

Solo delle modifiche incisive potrebbero rappresentare, per l'ordinamento

---

[58] A tal proposito ci sembra di poter fare riferimento all'idea di Pace quando afferma che le società di oggi adottano delle strategie per escludere gli «inadmissible foreigners», cfr. Enzo Pace, *Religion in motion: Migration, Religion and Social Theory*, nel vol. Helena Vilaça, Enzo Pace, Inger Furseth, Per Pettersson (a cura di), *The Changing Soul of Europe* cit., p. 19.

[59] Le comunità musulmane svedesi hanno denunciato il sentimento islamofobico che caratterizza la politica svedese in un *report* pubblicato già nel 2013: *Swedish Muslims in Cooperation Network Alternative Report*, febbario 2013, reperibile al: *http://www.islamisktforum.se/Alternative Report to CERD.pdf*. Per una prospettiva svedese sulla definizione dell'islamofobia, si veda, a titolo esemplificativo Gardell Matthias, *Islamofobi*, Leopard Förlag, Stoccolama, 2011. Sul sentimento islamofobico di alcuni partiti politici in una prospettiva internazionale, si veda, fra gli altri, Aristotle Kallis, *The Radical right and Islamophobia* in *The Oxford Handbook of the Radical Right, Oxford Handbooks*, 2018. In generale, sul perché l'islam in Europa sia diventato un problema nella sfera pubblica, si veda, fra gli altri, Enzo Pace, *L'islam in Europa: modelli di integrazione*, Carocci, Roma, 2004.

[60] *Kommittédirektiv,* 2016:62 *Översyn av statens stöd till trossamfund* (Revisione sul finanziamento pubblico alle comunità religiose, la traduzione è nostra).

[61] SOU 2018:18 *Statens stöd till trossamfund i ett mångreligiöst Sverige, Betänkande av Utredningen om översyn av statens stöd till trossamfund* (Finanziamento pubblico alle comunità religiose in una Svezia multireligiosa, *Report* sull'inchiesta sulla revisione sul finanziamento pubblico alle comunità religiose).

svedese, l'occasione per promuovere la piena tutela del diritto alla libertà religiosa che, in Costituzione, è qualificato come un diritto assoluto e incondizionato[62].

[62] Art. 1.6, *Regerinsformen*, vedi qui nota 18. Per un approfondimento sulla protezione dei diritti assoluti, così come qualificati in Costituzione, si veda, fra gli altri, Ian Cameron, *Protection of Constitutional Rights in Sweden*, in *Public Law*, 1997, pp. 489-492.

Appartenenza religiosa e discriminazione fiscale in Europa

Religious affiliation and tax discrimination in Europe

Floriana Santagata

Abstract

Through the analysis of cases brought before European courts, this paper aims at highlighting how different types of funding and national tax systems, by means of tax relief/exemptions for certain religious faiths, can affect religious freedom and cause tax competition among countries and religious faiths alike.

We therefore believe that the relationship between religious affiliation and tax law should be based on abidance by principles of tax non-discrimination and equality in order to safeguard the right to religious freedom.

Key words

Religious affiliation – European citizenship – Principle of tax non-discrimination.

Riassunto

Il lavoro, attraverso l'analisi di alcuni casi proposti dinanzi alle Corti Europee, mira a evidenziare come le normative fiscali nazionali che prevedono agevolazioni e/o esenzioni fiscali per alcune confessioni religiose e le diverse tipologie di finanziamento possano incidere sulla libertà di religione della persona e generare una concorrenza fiscale tra Stati e tra le stesse confessioni religiose. Difatti la relazione tra appartenenza religiosa e diritto tributario si ritiene debba basarsi sul rispetto dei principi di non discriminazione fiscale e di uguaglianza al fine di tutelare il diritto di libertà religiosa.

Parole chiave

Appartenenza religiosa – Cittadinanza europea – Principio di non discriminazione fiscale.

Sommario: 1. Premessa e delimitazione dell'indagine – 2. La relazione tra appartenenza e dovere contributivo – 3. Appartenenza religiosa e diritto tributario: principio di non discriminazione fiscale, divieto di aiuti di Stato e libertà religiosa – 4. Conclusioni

Premessa e delimitazione dell'indagine

Il legame tra appartenenza religiosa e principio di non discriminazione fiscale non si palesa immediatamente, così come risulta difficile comprendere il rapporto tra libertà religiosa e diritto tributario. La ricerca ha evidenziato un numero non elevato di casi giurisprudenziali a causa della ristretta interpretazione dell'applicabilità della CEDU agli aspetti tributari processuali. Solo recentemente si rileva una evoluzione giurisprudenziale relativamente ai principi generali dell'obbligazione tributaria, quindi alla tutela dei contribuenti e a quella dell'interesse fiscale.

La maggior parte degli interventi delle Corti che investono la materia finanziaria, riguardano la compatibilità delle agevolazioni fiscali con i principi di uguaglianza, non discriminazione fiscale e divieto di aiuti di Stato.

Lo studio, anche se limitato ai pochi casi sollevati davanti alla Corte di Giustizia e alla Corte dei Diritti dell'Uomo, mira a evidenziare le possibili violazioni del principio di non discriminazione fiscale sia tra gli interventi finanziari statali alle diverse confessioni religiose che tra gli individui che professano un determinato culto[1].

Prima di entrare nel merito del tema, si evidenzia che le relazioni tra diritto tributario e Chiesa cattolica sono spesso oggetto di dibattiti politici, dottrinali e giurisprudenziali, con particolare riferimento al finanziamento pubblico, alla coesistenza dei sistemi impositivi[2], al trattamento fiscale delle attività svolte dagli enti ecclesiastici[3].

Occorre delineare gli ambiti dell'analisi e chiarire alcuni elementi fondamentali che sono la base teorica delle conclusioni che saranno illustrate. Il lavoro si articola in due parti. Nella prima parte sarà, brevemente, esaminata la relazione tra il concetto di appartenenza religiosa e il vincolo di collegamento personale o reale del soggetto con un determinato territorio; tali concetti consentono di inquadrare il dovere politico sociale di contribuzione di ogni soggetto sia come membro del *popolo di Dio* che come appartenente alla comunità statale. Nella seconda parte si illustrerà il principio di non discriminazione fiscale, principio che risulta essere strettamente connesso con quello di uguaglianza.

Si rileva, in primo luogo, che negli ordinamenti giuridici nazionali, nel

---

[1] Nel lavoro si esaminano solo i culti religiosi riconosciuti negli ordinamenti giuridici.

[2] Cfr. Claudio Sacchetto, Floriana Santagata, *Coesistenza di prelievi tributari: sistema impositivo nazionale e sistema di finanziamento della Chiesa Cattolica,* in *Le Corti Salernitane*, 3, 2015.

[3] Si tratta delle attività caritative, assistenza e beneficenza che senza alcun dubbio presentano strette analogie con quelle che rientrano nel c.d. Terzo Settore.

TFUE nonché nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo non si evidenzia né una univoca definizione di culto e religione né si delineano gli elementi comuni di tali fenomeni[4]; in secondo luogo le disposizioni fiscali nel TFUE sono limitate e richiamano solo i principi di uguaglianza[5] e di non discriminazione, principi che di fatto implicano un equo riparto del prelievo tributario[6]. Pertanto, emerge chiaramente la correlazione tra divieto di discriminazione fiscale e principio di uguaglianza sia in senso formale che sostanziale.

Tale aspetto è stato ampiamente dibattuto, in tempi passati, con riferimento alle legislazioni relative a determinati beni ecclesiastici che disponevano un diverso trattamento fiscale (esenzioni e agevolazioni) con palese violazione dei principi citati precedentemente. Regime fiscale favorevole per gli enti ecclesiastici che ancora oggi si riscontra in molti ordinamenti europei. Difatti questa materia è spesso oggetto di pronunce sia della Corte di Giustizia UE in relazione alla eventuale configurazione di aiuti di stato che della Corte dei Diritti dell'Uomo con riferimento alla libertà di religione.

---

[4] Donatella Loprieno, *Libertà religiosa*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 30 ss. L'A. rileva la difficoltà che gli studiosi hanno incontrato nel trovare una definizione giuridica unica di religione e di confessione religiosa. Per una ricostruzione del concetto di religione e confessione religiosa nei singoli Stati e a livello internazionale, v. Giuseppe Laneve, *Atheism as Part of Religious Phenomenon: Questions and New Challenges to Secularism*, in *http://www.federalismi.it*, 25 del 9 settembre 2020. L'A. rileva «i tanti nodi problematici attorno a ciò che è religione e ciò che non lo è […] si ripercorrono le difficoltà registrate a diverse latitudini nella definizione stessa di religione (che investono anche il piano dei poteri, politico e giudiziario), si analizza il ritorno della religione nella sfera pubblica». Arcot Krishnaswami, *Study of discrimination in the matter of religious rights and practices*, United Nations Publication, New York, 1960. Le problematiche evidenziate trovano riscontro nelle diverse sentenze della Corte EDU in relazione anche agli edifici di culto e alla esposizione del crocifisso nei luoghi pubblici. In particolare, il riconoscimento o meno di edificio di culto ha risvolti anche sul piano fiscale. Il fulcro della questione, affrontata anche a livello europeo, è la difficoltà a delineare i limiti del concetto di religione, pertanto occorre far riferimento al principio di libertà di religione quale libertà individuale.

[5] Cfr. Pietro Boria, *L'antisovrano. Potere tributario e sovranità nell'ordinamento comunitario*, Giappichelli, Torino, 2004; Philip Laroma Jezzi, *Integrazione negativa e fiscalità diretta: l'impatto delle libertà fondamentali sui sistemi tributari dell'Unione europea*, Pacini, Pisa, 2012.

[6] V. Pietro Boria, *L'antisovrano. Potere tributario e sovranità nell'ordinamento comunitario* cit. La giurisprudenza europea in materia di uguaglianza in ambito fiscale e di imposizione non eccessiva risulta essere meno stringente rispetto a quella di alcuni Stati membri come a esempio la Francia. Si richiamano alcune recenti sentenze della CGUE, 28 ottobre 2010, C-72/09; 20 settembre 2019, C-695/19; 26 febbraio 2020, C-100/20. Per quanto riguarda gli interventi della Corte di Giustizia con riferimento ai principi di non discriminazione e di uguaglianza è interessante il contributo di Rémy Hernu, *Le principe d'égalité et le principe de non discrimination dans la jurisprudence de la CJUE*, in *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, *Titre VII*, n. 4, aprile 2020.

La relazione tra appartenenza e dovere contributivo

Da quanto premesso è fondamentale evidenziare il nesso tra appartenenza religiosa e diritto tributario e, in particolare, il necessario rispetto dei principi di non discriminazione fiscale e di uguaglianza al fine di tutelare il diritto di libertà religiosa.

La dottrina tributaria, ancora oggi, incentra gli studi sul concorso alle spese pubbliche al fine di definire i criteri di ripartizione del prelievo tributario più equi. Difatti ha posto l'attenzione sulla tematica delle interrelazioni tra autorità e consenso nel diritto tributario. Nell'odierno ordinamento giuridico l'imposta, secondo la dottrina prevalente, è stata qualificata quale istituto di diritto pubblico, pur non negando alla stessa l'applicabilità delle norme di diritto privato per la sua riconosciuta natura di diritto patrimoniale[7]. Tale affermazione deriva dal considerare il potere di imporre prestazioni pecuniarie a connotazione tributaria quale *potere pubblico potestativo* conseguente all'imperio della legge e, correlativamente, il *dovere contributivo* qualificato quale *obbligo incondizionato* del cittadino legato allo Stato dal *vincolo di sudditanza*[8].

Per quanto riguarda la ricostruzione di tale aspetto nella Chiesa cattolica occorre ricordare che nella Sacra Scrittura (Atti degli Apostoli 4, 34; 11, 2) è contenuto il dovere di sostenere materialmente coloro che hanno la missione di annunciare il Vangelo perché possano impegnarsi interamente nel loro ministero prendendosi anche cura dei più bisognosi; inoltre il Catechismo della Chiesa cattolica, n. 1955, stabilisce che «La vita morale "ha come perno l'aspirazione e la sottomissione a Dio, fonte e giudice di ogni bene, e altresì il senso dell'altro come uguale a se stesso"». Infine, nel Codice di diritto cano-

---

[7] Cfr. Santi Romano, *Principi di diritto amministrativo italiano*, Società Editrice Libraria, Milano, 1912; Gian Antonio Micheli, *Profili critici in tema di potestà d'imposizione*, in *Rivista di diritto finanziario e di scienza delle finanze*, I, 1964; Augusto Fantozzi, *Il diritto tributario*, UTET, Torino, 2003.

[8] Cfr. Gianluigi Bizioli, *Il processo di integrazione dei principi tributari nel rapporto fra ordinamento costituzionale, comunitario e diritto internazionale*, in *Problemi attuali di diritto tributario*, Collana diretta da Franco Gallo e Raffaello Lupi, Cedam, Milano, 2008; Benvenuto Griziotti, *Studi di Diritto tributario,* Cedam, Milano, 1931; Antonio Berliri, *Principi di Diritto tributario,* Giuffrè, Milano, 1952; Corrado Bafile, voce *Imposta,* in *Enciclopedia Giuridica*, vol. XVI, Treccani, Roma, 1989. Vittorio Emanuele Orlando nella sua *Introduzione al Diritto amministrativo* asserisce che «mediante la sovranità lo Stato esercita tutti i diritti che gli competono come subietto destinato al compimento del suo fine […] lo Stato nell'esercizio delle varie forme della sua attività giuridica appare come sovrano di fronte ai sudditi. La natura dell'imposta e del servizio militare ha precisamente quel carattere». Gaetano Liccardo, *Introduzione allo studio del diritto tributario,* parte I, Jovene, Napoli, 1962, p. 165 ss., definisce «la sovranità interna, come la posizione di assoluta signoria dello Stato nei confronti di chiunque (persona fisica o giuridica; ente privato o pubblico; cittadino, apolide o straniero) si trovi sul territorio. Si contrappone alla teoria che considerava la sovranità interna come un potere di fatto, precisamente il potere illimitato di coazione che possiede per sua natura l'ente originario e che, come tale, è sganciato dalla soggezione all'ordinamento giuridico».

nico – Libro V "*De bonis ecclesiae temporalibus*" – è disciplinato *l'acquisto dei beni* e, contestualmente viene riconosciuta la libertà dei fedeli di devolvere i loro beni a favore della Chiesa e prevede la disciplina tributaria canonica. In altre parole, si identifica un *dovere* dei fedeli di concorrere alle esigenze finanziarie della Chiesa per raggiungere i propri fini e, quindi, il *potere* alla Chiesa di indire raccolte per cause specifiche[9]. In conclusione, si delinea uno *ius exigendi*, cioè un diritto di imporre tributi ai fedeli quale *Popolo di Dio*[10].

Da quanto brevemente illustrato, si evidenzia che il *popolo di Dio* deve essere equiparato al "*contribuente*" per il sostentamento della Chiesa cattolica. Questo "contribuente"[11], che *trae origine dalla libera volontà di Dio e dell'azione salvifica della Trinità*[12], si fonda sul principio cardine dell'uguaglianza[13] e della solidarietà non solo in termini spirituali, ma anche giuridici sostanziali[14].

---

[9] Il Concilio Vaticano II ha posto molta enfasi sulla cooperazione del *popolo cristiano* alle necessità della Chiesa. CEI, *Sovvenire alle necessità della Chiesa*, 11, 14 novembre 1988; Marcello Morgante, *L'Amministrazione dei beni temporali della Chiesa cattolica*, Piemme, Casale Monferrato (AL), 1993; Raffaele Santoro, *Le pie fondazioni tra diritto canonico e diritto islamico*, in Antonio Fuccillo, *I mercanti nel tempio. Economia, diritto e religione*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 59-63.

[10] Sant'Ambrogio scriveva «Quale risposta, dunque, abbiamo dato non ispirata ad umiltà? Se l'imperatore chiede il tributo, non lo rifiutiamo. I fondi della Chiesa servono per pagare il tributo; se l'imperatore li desidera, ha il potere di rivendicarli: nessuno di noi si oppone». [Lettera 75° (MIGNE 21°): Contro Aussenzio, sulla consegna delle basiliche, n. 33]. Inoltre, Antonio Rosmini, *Delle cinque piaghe della Santa Chiesa. Trattato dedicato al Clero cattolico*, Stabilimento Tip. E Calc. Di C. Batelli e Comp., Napoli, 1849, p. 82. L'Autore afferma «A proposito dei tributi aggiungerò ancora che talora si mise troppa premura a sostenere l'esenzione dai tributi a favore dei beni ecclesiastici. Questo privilegio, quando i beni della Chiesa sono molti, ha in sé qualche cosa di sommamente odioso e contro l'equità. Oso dire di più; egli fu ani di danno che di vantaggio alla Chiesa anche nell'ordine temporale; perocché in gran parte egli fu cagione che s'inventò quella terribile parabola delle mani morte, e che si disse, come fa il BARBOSA, *Regnorum utilitas postulat ut bona stabilia sint in commercio hominum non privilegiatorum et exemptorum*» (I profitti dei regni esigono che i beni stabili siano applicati al commercio degli uomini non a privilegi ed esenzioni), *Lib. II De Pensionibus,* vol. XXVI, n. 19.

[11] Maria d'Arienzo, *Chiesa ed economia*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), novembre 2009; Raffaele Santoro, *Le pie fondazioni tra diritto canonico e diritto islamico* cit., p. 60. L'A. afferma che «il rapporto tra *homo oeconomicus* e *homo religiosus* non è più posto su un piano di contrapposta alternanza, poiché le scelte di tipo economico, espressive dell'autonomia privata, tendono a convertirsi in un riflesso diretto di questo diritto fondamentale, riconosciuto a "tutti" da un costituente illuminato nell'art. 19 della Costituzione».

[12] V. Catechismo della Chiesa cattolica, n. 782

[13] Luis Navarro, *Il principio costituzionale di uguaglianza nell'ordinamento canonico*, in *Fidelium iura*, 2, 1992, pp. 145-163. L'Autore ricostruisce il principio di uguaglianza nell'ordinamento canonico e afferma che è possibile «stabilire un certo parallelismo, come è stato messo in rilievo dalla dottrina, fra la situazione del battezzato e dell'infedele e la posizione del cittadino e dello straniero dinnanzi l'ordinamento giuridico dello Stato: ambedue sono persona in senso giuridico, e in contemporanea possiedono statuti giuridici diversi. Tuttavia, per tutto ciò che sia comune hanno diritto ad essere trattati in modo uguale».

[14] La sua nozione è ben delineata nella *Costituzione Dogmatica sulla Chiesa* "*Lumen Gentium*",

Si può quindi fare una prima notazione che riguarda il concetto di "contribuente". Nel diritto tributario tale concetto non può prescindere da un legame reale o personale con il territorio[15], e quindi, il soggetto è parte di una collettività organizzata[16] nella quale i consociati sono legati da un principio solidaristico[17]. Pertanto, sotto tale aspetto, l'appartenenza è intesa quale legame di chiunque con il territorio e non strettamente connesso alla cittadinanza quale Stato di nascita o, come la dottrina ha sottolineato, *come persona umana sintesi complessiva dei diversi luoghi e modi dell'essere in rapporto con gli altri membri della (delle) comunità sociale che contribuiscono a definire l'identità*. Ricca Salerno, per definire il rapporto di sudditanza dei cittadini nei confronti dello Stato, rapporto da cui discende l'obbligo di pagare le imposte, scrive «Come nell'essere stesso e nei fini dello Stato è la necessità delle spese, così devono i cittadini quali membri di esso, contribuire al pagamento»[18]. Il dovere politico sociale della contribuzione alle spese pubbliche di uno Stato trova la sua giustificazione nell'appartenenza politica di un soggetto (persona fisica o giuridica) che, a sua volta, identifica un *ugual status* di cittadino all'interno della collettività e che solo gli indici di capacità contributiva ne consentono di graduare i criteri di partecipazione (art. 53 Cost.)[19].

Nella Chiesa, invece, il contribuente/fedele è membro di una *comunità*

---

21 novembre 1964, n. 9. Cfr. Javier Hervada, *Diritto Costituzionale Canonico*, Giuffrè, Milano 1994; Luis Navarro, *Il principio costituzionale di uguaglianza nell'ordinamento canonico* cit.; Giorgio Feliciani, *Obblighi e diritti di tutti i fedeli cristiani*, in Adolfo Longhitano (a cura di) *Il Fedele Cristiano. La condizione giuridica dei battezzati*, EDB, Bologna, 1989.

[15] Lo sviluppo dell'economia digitale ha messo in crisi i tradizionali criteri di collegamento per la ripartizione del potere impositivo tra gli Stati in quanto le operazioni fiscalmente rilevanti avvengono in un luogo transnazionale senza territorio.

[16] Ezio Vanoni, *Natura e interpretazione delle leggi tributarie*, Cedam, Padova, 1932; Andrea Fedele, *Appunti dalle lezioni di diritto tributario*, Giappichelli, Torino, 2003; Gianni Marongiu, *Costituzione Europea e principio di ripartizione dei tributi,* in *Rivista di diritto tributario*, IV, 2003.

[17] Augusto Fantozzi, *Il diritto tributario* cit.,. L'A. evidenzia la funzione *solidaristica e garantistica* statuita dagli artt. 2 e 53 della Costituzione. Andrea Fedele, *Concorso alle pubbliche spese e diritti individuali,* in *Rivista di diritto tributario,* I, 2002. L'A. inquadra «l'obbligo tributario fra i doveri inderogabili di cui all'art. 2 Cost. in riferimento alla solidarietà politica, economica e sociale esprime dunque, innanzitutto, la natura comunitaria del dovere di concorso ai carichi pubblici, necessariamente correlato alla partecipazione alla collettività, quindi il carattere intrinseco e proprio della fiscalità».

[18] Gaspare Falsitta, *Il principio della capacità contributiva nel suo svolgimento storico fino all'Assemblea Costituente*, in *Rivista di Diritto Tributario*, 9, 2013, p. 761 ss.

[19] In altre parole, l'appartenenza politica del soggetto consente di individuare la partecipazione alla collettività in relazione al fatto fiscalmente rilevante (possesso del reddito complessivo); invece se il presupposto d'imposta viene oggettivamente individuato, la partecipazione contributiva alla collettività è definita in base al luogo dove si verifica il fatto fiscalmente rilevante. Inoltre, si ricorda che la graduazione per la compartecipazione alle spese pubbliche è basata su "classi" di indici di capacità contributiva omogenei. Tale previsione è fondamentale per il raggiungimento della giustizia ed equità fiscale.

estesa e risulta essere riconducibile essenzialmente al concetto di *appartenenza senza un territorio* definibile sotto l'aspetto fisico-geografico[20]. Nella Costituzione dogmatica *Lumen Gentium* del 21 novembre 1964, la Chiesa è definita «quale organismo visibile, attraverso il quale diffonde per tutti la verità e la grazia. Ma la società costituita di organi gerarchici e il corpo mistico di Cristo, l'assemblea visibile e la comunità spirituale, la Chiesa terrestre e la Chiesa arricchita di beni celesti, non si devono considerare come due cose diverse; esse formano piuttosto una sola complessa realtà risultante di un duplice elemento, umano e divino». Tale interpretazione di comunità in senso ampio[21] richiama il concetto di *cittadinanza europea*, concetto di cittadinanza che esula dal contesto esclusivamente statale, ma si àncora al godimento di diritti e libertà dell'individuo in ambito sovra-ordinato a quello dei singoli Stati[22]. L'Avvocato generale Poiares Maduro della CGUE nella Causa C-135/08 sostiene che «la cittadinanza europea costituisce […] qualcosa in più di un insieme di diritti che, di per sé, potrebbero essere concessi anche a coloro che non la possiedono. Essa presuppone l'esistenza di un collegamento di natura politica tra i cittadini europei, anche se non si tratta di un rapporto di appartenenza ad un popolo. Esso si fonda sul loro impegno reciproco ad aprire le rispettive comunità politiche agli altri cittadini europei e a costruire una nuova

---

[20] José Tomás Martin De Agar, *Beni temporali e missione della Chiesa,* Pontificia Università della Santa Croce, Roma, 1997; Costituzione Dogmatica sulla Chiesa *Lumen Gentium*, in *Enchiridon Vaticanum, libro I,* Documenti ufficiali del Concilio Vaticano II, 1962-1965, EDB, Bologna, 2006, n. 14b, p. 500; Mario Petroncelli, *Diritto Canonico*, Jovene, Napoli, 1983.

[21] Nella Chiesa cattolica il concetto di cittadinanza deve essere letto nel senso di identità, di appartenenza personale e comunitaria. Difatti Giovanni Paolo II nei suoi discorsi utilizzava l'espressione «Nella Chiesa nessuno è straniero e la Chiesa non è straniera a nessuno». Il CIC, Libro II «Il Popolo di Dio», cann. 208-231, regolamenta i diritti e doveri comuni a tutti i cristiani. La Sacra Scrittura S. Paolo nella Lettera agli Efesini, 2, 19; 3, 20. Cfr. Bruno Mioli, *Gli ambiti pastorali: la cittadinanza*, Fondazione Migrantes – Servizio Migranti 2/06. L'A. nel trattare la cittadinanza europea e quella mondiale afferma che «Questa parola subito ci richiama la saggezza degli antichi che parlavano dell'uomo come "cittadino del mondo" e come tale titolare di diritti e doveri universali. I cosiddetti diritti umani, iscritti nella natura dell'uomo, che precedono ogni formulazione scritta e giuridica. Diritti fondamentali, inalienabili, che vanno rispettati e tutelati in ogni ambiente e circostanza».

[22] Il Trattato di Lisbona al Titolo II, art. 8 statuisce che «È cittadino dell'Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro. La cittadinanza dell'Unione si aggiunge alla cittadinanza nazionale e non la sostituisce». Per un approfondimento del concetto di appartenenza e di cittadinanza anche in ambito europeo, cfr. Pietro Costa, *Cittadinanza*, Laterza, Roma-Bari, 2005; Laura Zanfrini, *Cittadinanze. Appartenenza e diritti nella società dell'immigrazione*, Laterza, Roma-Bari, 2007; Alessandra Facchi, *I diritti nell'Europa multiculturale*, Laterza, Roma-Bari, 2001, Marta Cartabia, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea,* in Ead. (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, il Mulino, Bologna, 2007; Stefano Rodotà, *Che cosa resta della nostra Costituzione. Violazioni e tentativi di "superamento" di principi costituzionali, oggi più validi che mai*, in *La Repubblica*, 2 gennaio 2008.

forma di solidarietà civica e politica su scala europea» [23]. E ancora, Rodotà osserva che la «cittadinanza ormai è formula che non rinvia soltanto all'appartenenza ad uno Stato. Individua un nucleo di diritti fondamentali che non può essere limitato, che appartiene a ciascuno in quanto persona, che dev'essere garantito quale che sia il luogo in cui ci si trova a vivere».

In definitiva nel concetto di cittadinanza e in quello di appartenenza assumono rilievo i diritti, la libertà e il vincolo di solidarietà nella collettività e di contro si rileva che il vecchio concetto di territorio assume un significato intangibile.

È possibile, da quanto illustrato, identificare le caratteristiche dello *jus exigendi* della Chiesa[24] che si configura sulla base della duplice considerazione:

---

[23] Nelle conclusioni dell'Avvocato generale Poiares Maduro della CGUE nella Causa C-135/08, Janko Rottmann contro Freistaat Bayern, afferma che «Si tratta di due nozioni allo stesso tempo inestricabilmente connesse e autonome. La cittadinanza dell'Unione presuppone la cittadinanza di uno Stato membro, ma è anche una nozione giuridica e politica autonoma rispetto a quella di cittadinanza nazionale. La cittadinanza di uno Stato membro non consente solo l'accesso al godimento dei diritti conferiti dal diritto comunitario, essa ci rende cittadini dell'Unione. […] Il nesso in questione non presuppone l'esistenza di un unico popolo, ma di uno spazio politico europeo, dal quale scaturiscono diritti e doveri. […] il carattere radicalmente innovativo della nozione di cittadinanza europea risiede nel fatto che "l'Unione appartiene a, è composta da, cittadini che per definizione non condividono la stessa nazionalità" [...] tale nesso con la cittadinanza dei diversi Stati membri costituisce un riconoscimento del fatto che può esistere (e di fatto esiste) una cittadinanza che non è determinata dalla nazionalità».

[24] Si ricorda brevemente la possibilità di identificare un vero e proprio *diritto di imposizione* delle Conferenze episcopali e delle Chiese particolari. Tale diritto trova la propria origine nel *diritto nativo*. Infatti, le conferenze episcopali hanno la potestà di creare norme (decreti generali), che per essere promulgate sono sottoposte a revisione da parte della Santa Sede (can. 455, § 2; can. 448, § 1). Per un approfondimento cfr. Giorgio Feliciani, *Le conferenze episcopali,* il Mulino, Bologna, 1974; Id., voce *Conferenze episcopali*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VIII, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 1-5; sul potere normativo delle conferenze episcopali si veda José Luis Gutiérrez, *La potestà legislativa del vescovo diocesano*, in Giovanni Barberini (a cura di), *Raccolta di scritti in onore di Pio Fedele*, vol. I, Università degli Studi di Perugia, Perugia, 1984, pp. 471-489; Francis G. Morrisey, *Decisions of Episcopal Conferences in Implementing the New Law*, in *Studia Canonica*, I, 1986, pp. 105-121; Donal Murray, *The Legislative Authority of the Episcopal Conference*, in *Studia Canonica*, I, 1986, pp. 33-47; Carmelo De Diego Lora, *La potestad de régimen de las conferencias episcopales en el "Codex" de 1983*, in *Ius Ecclesiae*, I, 1989, pp. 23-46; Thomas J. Green, *The Normative Role of Episcopal Conferences in the 1983 Code*, in Thomas J. Reese (a cura di), *Episcopal Conferences. Historical, Canonical and Theological Studies*, Georgetown University Press, Washington, 1989, pp. 137-167; Ricardo Peris, *Conferencia Episcopal y decisiones vinculantes*, in *Ius Canonicum*, II, 1990, pp. 579-605; Davide Cito, *Le delibere normative delle conferenze episcopali (Considerazioni in tema di flessibilità della competenza)*, in *Ius Ecclesiae*, II, 1991, pp. 561-572; Giorgio Feliciani, *Il potere normativo delle Conferenze Episcopali nella comunione ecclesiale*, in *Monitor Ecclesiasticus*, I-II, 1991, pp. 87-93; Mario Marchesi, *Diritto canonico complementare italiano. La normativa della CEI*, EDB, Bologna, 1992; Lluís Martínez Sistach, *La actividad jurídica de la Conferencia Episcopal*, in *Ius Canonicum*, I, 1992, p. 83-96; José Luis Gutiérrez, *L'attività normativa delle Conferenze,* in *Ius in vita et in missione Ecclesiae. Acta Symposii Internationalis Iuris Canonici*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1994. Per un approfondimento sul concetto di diritto nativo cfr. Ombretta Fumagalli Carulli, *Gli enti ecclesiastici. Principi e fonti del diritto canonico*, in *http://www.olir.it*, gennaio 2006; Roberto Santi, *I tributi nella Chiesa cattolica*, in *Rivista della Scuola Superiore dell'economia e delle finanze*, n. 2, 2004, p. 103.

lo *status* di fedele/battezzato (che è né necessario e né coattivo) e i servizi richiesti che derivano da una domanda individuale.

Da quanto esposto si conclude che il concetto di tributo così come definito nella disciplina fiscale può essere applicato, e di conseguenza riconoscere la stessa natura, alle *imposte* e alle *tasse ecclesiastiche*[25].

In sintesi si rileva che: lo Stato è dotato di una sovranità piena e la Chiesa cattolica di una potestà funzionale collegata all'espletamento delle sue funzioni, ma comunque ciascuno nel proprio campo risulta essere indipendente e allo stesso tempo coesistente sul medesimo territorio[26] e che la regolamentazione dei loro rapporti viene disciplinata col mutuo consenso mediante la sottoscrizione di accordi, di conseguenza trova conferma la nativa e propria potestà impositiva della Chiesa cattolica[27].

---

[25] Le prime sono definite come prestazioni pecuniarie richieste dall'autorità ecclesiastica ai fedeli senza una controprestazione concreta e diretta a loro favore; le seconde sono richieste ai fedeli in occasione della concessione di una grazia o dell'esercizio di un ministero in loro favore. Le principali tasse ecclesiastiche sono indicate nel codice di diritto canonico e precisamente can. 1264, 1°; can. 1649, § 1, 1°-3°.

[26] Tale coesistenza si rende molto più evidente in Germania, Austria e Svezia. Nella recente sentenza della Corte di Cassazione n. 31848/19 del 5 dicembre 2019 si riscontra l'autolimitazione dell'ordinamento statale nei confronti di una organizzazione internazionale quale la CEI. Infatti si legge nella sentenza «Da un punto di vista sistematico, giova invece rilevare che l'attribuzione alla CEI della potestà di determinazione della misura dell'integrazione (e dunque, in ultima analisi, della misura della prestazione assistenziale dovuta ai sensi della legge italiana) evidenzia come l'ordinamento italiano abbia deciso in specie di autolimitarsi e di attribuire piuttosto rilevanza agli atti propri di un ordinamento straniero, come certamente debbono considerarsi le deliberazioni della CEI rispetto all'ordinamento interno dello Stato italiano».

[27] Si ricorda che la sottoscrizione di concordati e intese tra lo Stato e la Chiesa cattolica non sono assimilabili ai trattati internazionali stipulati tra due distinte istituzioni, ma sono accordi tra distinti ordinamenti giuridici indipendenti e sovrani diretti alla regolamentazione di materie di interesse comune per la convivenza sul medesimo territorio. Interessante è la critica di Gramsci ai rapporti Stato-Chiesa cattolica. Antonio Gramsci, *Quaderni dal carcere*, (Edizione Critica dell'Istituto Gramsci a cura di Valentino Gerratana), Einaudi, Torino, 1975, in quattro volumi. Gramsci sottolineava che «un concordato non è un comune trattato internazionale: nel concordato si realizza di fatto un'interferenza di sovranità in un solo territorio statale, poiché tutti gli articoli di un concordato si riferiscono ai cittadini di uno solo degli stati contrattanti, sui quali il potere sovrano di uno Stato esterno giustifica e rivendica determinati diritti e poteri di giurisdizione […] Il concordato è dunque il riconoscimento esplicito di una doppia sovranità in uno stesso territorio statale. Non si tratta certo più della stessa forma di sovranità supernazionale (*suzeraineté*) quale era formalmente riconosciuta nel Medio Evo, fino alle monarchie assolute e in altra forma anche dopo fino al 1948, ma è una derivazione necessaria di compromesso». Santi Romano, *L'ordinamento giuridico. Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto,* Editore Spoerri, Pisa, 1918. Lo Studioso parte dal corollario che può essere sintetizzato nel modo seguente: «*a*) ogni ordinamento giuridico è un'istituzione, e ogni istituzione è un ordinamento giuridico» e «*b*) ci sono tanti ordinamenti giuridici quante istituzioni». Cfr. Valerio Tozzi, *Brevi riflessioni su appartenenza e rappresentanza. L'attenzione dell'ordinamento statale al rapporto tra individui e soggetti collettivi religiosi di appartenenza*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 27, 2012; Norberto Bobbio, *Pluralismo*, in *Dizionario di politica*, diretto da Norberto Bobbio e Nicola Matteucci, Torino, 1976, pp. 717-723.

Le conclusioni esposte si imperniano sulla teoria del diritto internazionale; difatti essa ritiene che la soggettività internazionale risulta essere determinante per la qualificazione di Stato o organizzazione internazionale[28] e, quindi, basilare per l'asserzione della coesistenza di soggetti egualmente sovrani. I principi dell'esclusività della sovranità territoriale e di non ingerenza negli affari interni consentono di accettare la soggettività giuridica «della chiesa cattolica e, per essa, del suo organo principale, la Santa Sede, indipendentemente dalla sua essenza territoriale»[29]. Infine, si rileva che l'ordinamento internazionale attuale riconosce la soggettività della Chiesa cattolica in base alla sua *alta funzione spirituale* che svolge a livello universale e transnazionale[30]. Richiamando la teoria di Beck e Grande riguardante gli elementi costitutivi della sovranità dell'Unione Europea quale impero cosmopolitico, in quanto l'integrazione viene attuata attraverso il diritto, il consenso e la cooperazione, si evidenzia che anche per la Chiesa cattolica, attraverso il consenso espresso mediante la sottoscrizione di intese con i singoli Stati o Enti sub-statali, si configura un concetto di sovranità complessa. Aderendo a tale impostazione trova la sua giustificazione lo *jus exigendi* della Chiesa, e più precisamente delle Chiese particolari sulla comunità transnazionale dei fedeli. In definitiva si ritiene che il prelievo previsto dal codice di diritto canonico abbia la stessa natura del tributo; le differenze essenziali si rinvengono nella partecipazione alla collettività che è un atto libero della volontà del fedele, nella causa del tributo che trova la sua ragion d'essere nel rapporto giuridico che viene a sussistere e nei vantaggi generali e particolari che riceve il fedele in base alla sua appartenenza[31].

---

[28] Per un approfondimento cfr. Umberto Leanza, Ida Caracciolo, *Il diritto internazionale: diritto per gli Stati e diritto per gli individui*, Parte generale, III ed., Giappichelli, Torino, 2012, pp. 27-76.

[29] In tal senso v. Umberto Leanza, Ida Caracciolo, *Il diritto internazionale: diritto per gli Stati e diritto per gli individui* cit., p. 70; Mario Tedeschi, voce *Santa Sede – Diritto ecclesiastico, in Enciclopedia del diritto*, vol. XLI, Giuffrè, Milano, 1989, p. 288 ss.; Edoar-Do Ruffini, *La personalità giuridica internazionale della Chiesa. Esame delle dottrine giuridiche*, Soc. Tip. Macioce & Pisani, Isola del Liri, 1936. Giovanni Barberini, *Riflessioni sull'origine e sul significato dell'art. 24 del trattato lateranense, in Stato,* Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica (www.statoechiese.it), dicembre 2010.

[30] Si ricorda che la sovranità della Chiesa è un dominio spirituale non legata al territorio e pertanto travalica i confini del singolo Stato. Cfr. Umberto Leanza, Ida Caracciolo, *Il diritto internazionale: diritto per gli Stati e diritto per gli individui* cit., p. 70; Marco Minghetti, *Stato e Chiesa*, Ulrico Hoepli Ed., Napoli-Milano-Pisa, 1878.

[31] Tale conclusione risulta essere evidente negli Stati in cui è prevista l'imposta obbligatoria e volontaria, come in Germania.

Appartenenza religiosa e diritto tributario: principio di non discriminazione fiscale, divieto di aiuti di Stato e libertà religiosa

La connessione tra *appartenenza religiosa* e disposizioni finanziarie e tributarie è influenzata dalle differenti modalità di finanziamento, diretto dello Stato[32], mediante contributi direttamente erogati dai fedeli attraverso offerte su base volontaria[33] oppure una imposta volontaria e obbligatoria prelevata direttamente dallo Stato[34]. Senza entrare nel merito delle tipologie di sostentamento alla Chiesa occorre rilevare che, soprattutto in caso di prelievo coattivo, si verifica la violazione del principio di non discriminazione fiscale e corrispondentemente di quello di libertà di religione. La tematica del finanziamento pubblico alle confessioni religiose nelle sue molteplici articolazioni, giustificazioni giuridiche ed esigenze di supporto pubblico alla produzione del bene "religione", al fine della realizzazione di valori propri dell'ordinamento statuale, è oggetto di vivaci dibattiti politici sia nazionali che in sede europea. Tale confronto assume maggior rilievo nell'attuale assetto economico caratterizzato dalla crisi globale e dal mutamento sociale verso un sempre crescente processo di secolarizzazione e di disaffezione al culto.

In secondo luogo, partendo dall'assunto che la locuzione *tributi* deve essere intesa anche in senso positivo (agevolazioni/esenzioni fiscali), si deve porre attenzione alla disciplina fiscale delle attività svolte dagli enti ecclesiastici che operano nei settori del sociale-beneficenza-istruzione.

Inoltre, è necessario ricordare che il diritto tributario è di competenza degli Stati membri sebbene nel rispetto del diritto e della giurisprudenza dell'Unione Europea. Si rammenta che, almeno per la Chiesa cattolica, l'affermazione di Tertulliano (*Apologetico* XVIII, 5) *"Cristiani non si nasce ma si diventa per una libera scelta personale, chiara, forte*", esplicita in maniera netta il diritto di libertà della persona e la libertà di religione, principi e, quindi, diritti della persona che sono statuiti nel TFUE, nella Carta fondamentale dei diritti dell'uomo, nella CEDU nonché nelle Carte costituzionali degli Stati democratici.

Da queste premesse è possibile affrontare la questione della violazione del principio di non discriminazione fiscale e, quindi, di quello di uguaglianza che si verifica mediante le differenti modalità di finanziamento attuate dagli Stati. Si richiamano alcune sentenze della Corte dei Diritti dell'Uomo relative all'applicazione di una imposta ecclesiastica ritenuta dai ricorrenti quale vio-

---

[32] A esempio in Italia e Spagna. In particolare, in Italia sono previsti differenti modalità di sostentamento l'8 per mille, le agevolazioni fiscali, le esenzioni.

[33] A esempio in Francia, Olanda, Portogallo, Irlanda e Inghilterra

[34] A esempio in Germania, Austria e Svezia

lazione dell'art. 9 della Convenzione dei diritti dell'uomo e anche alla modalità di finanziamento diretto dello Stato.

Difatti esempio emblematico della duplice valenza del concetto di appartenenza del contribuente/fedele e della coesistenza dei sistemi impositivi si rinviene nella modalità di sostentamento alla Chiesa mediante il versamento dell'imposta ecclesiastica.

La dottrina tributaria considera la *volontà del contribuente* come uno degli elementi caratterizzanti il concetto di tributo; di conseguenza, il titolo giuridico da cui nasce la pretesa tributaria dell'ente impositore non dipende da alcun atto volontario del contribuente anche nel caso di *comportamenti derivanti da una libera scelta*. Nel sistema tedesco, ma anche negli altri sistemi di sostentamento, il fedele/contribuente che intendesse "*sottrarsi*" all'obbligo contributivo fiscale di tipo canonico dovrebbe "*secolarizzarsi*" richiedendo la cancellazione del proprio nominativo dal registro in cui sono annotate le persone che hanno ricevuto il sacramento religioso del battesimo[35]. Inoltre, la sottrazione al concorso al sostentamento della Chiesa rappresenta una violazione dei diritti e doveri del fedele e di conseguenza del principio di uguaglianza della condizione di fedele.

Pertanto, i contribuenti che dichiarano o che adottano un comportamento consono al loro credo religioso sono sottoposti all'imposizione tributaria ecclesiastica con conseguente maggior aggravio rispetto agli altri contribuenti

[35] Silvano Sirboni ha affermato in un articolo pubblicato su *Famiglia Cristiana* n. 49, 2013 che lo «sbattezzo non esiste [...] dal punto di vista burocratico un battezzato può chiedere che nel registro parrocchiale dei battesimi sia posta una nota a margine che dichiari la sua volontà di non essere più considerato come membro della comunità cattolica. Dal 2002 la Conferenza Episcopale italiana acconsente a questa richiesta di carattere semplicemente formale dietro compilazione di un modulo speciale. È chiaro che tale richiesta è un ostentato gesto di protesta nei confronti della Chiesa. Infatti, nessuno è obbligato a vivere da cristiano per il semplice fatto che il proprio nome appare nel registro dei battesimi. L'annotazione a margine comporta, tuttavia, la coerenza di non avvalersi più di alcun servizio religioso nella Chiesa cattolica». In tale ottica si pone la decisione della Conferenza Episcopale tedesca nei confronti dei fedeli che, attraverso la propria dichiarazione dei redditi, non effettuano la scelta di devolvere parte dell'imposta alla Chiesa cattolica. Occorre ricordare che il Consiglio Pontificio della Santa Sede ha chiarito il significato dell'*actus formalis defectionis ab Ecclesia catholica* ai sensi dei cann. 1086, § 1, 1117 e 1124 CIC. Il 13 marzo 2006, con il documento prot. n. 10279/2006, dopo attenta analisi dei competenti dicasteri della Santa Sede al fine di precisare innanzitutto i contenuti teologico-dottrinali di tale *actus formalis defectionis ab Ecclesia catholica*, e successivamente i requisiti o le formalità giuridiche necessarie perché esso si configuri come un vero «atto formale» di defezione, il Pontificio Consiglio comunica gli elementi essenziali affinché tale atto possa essere validamente configurato. Il documento del Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi aggiunge che «l'atto giuridico-amministrativo dell'abbandono della Chiesa di per sé non può costituire un atto formale di defezione nel senso inteso dal CIC, giacché potrebbe rimanere la volontà di preservare nella comunione di fede». Da quanto dichiarato dal Pontificio Consiglio la richiesta di abbandono della Chiesa cattolica se motivata esclusivamente da ragioni fiscali non integra un vero distacco.

che possono decidere *nella loro libertà* di non esprimerlo pubblicamente[36].

Nel lavoro si focalizza l'attenzione circa le motivazioni che emergono dalle sentenze che, spesso, sono state definite in senso negativo per i ricorrenti.

Si ritiene che in tali motivazioni si palesi, seguendo le asserzioni fino a ora esposte, la violazione del disposto contenuto nell'art. 9 CEDU. Le imposte ecclesiastiche, così come per qualsiasi altro culto religioso, sono da considerarsi tributi e pertanto devono rispettare i principi generali del diritto tributario.

L'aspetto che spesso non viene analizzato è l'incidenza di tale imposta sulla libertà del contribuente/fedele nel suo foro sia esterno che interno. In questi termini si pone anche la compatibilità circa le disposizioni fiscali nazionali che statuiscono agevolazioni/esenzioni per gli enti religiosi e le attività connesse, argomento che sarà successivamente affrontato.

Difatti nel caso proposto da due cittadini austriaci alla Corte EDU del 1984[37] lamentavano il prelievo fiscale ecclesiastico obbligatorio in violazione all'art. 9 CEDU. La Corte ha negato la violazione. I giudici paragonano l'appartenenza a una confessione religiosa a una qualsiasi associazione di stampo privatistico e inoltre ribadiscono che il contribuente è libero di scegliere per la non appartenenza. Nel 1990 viene proposto ricorso da un cittadino finlandese che svolgeva attività lavorativa in Svezia[38] e per questo gli veniva detratta l'imposta ecclesiastica per la Chiesa luterana anche se in proporzione minore rispetto ai lavoratori residenti. Analogamente la Corte non accoglie le motivazioni esposte dal contribuente nonostante la sua non appartenenza sia allo Stato che alla Chiesa luterana. La motivazione della Corte risiede nei rapporti esistenti tra Svezia e Chiesa luterana. Difatti lo Stato ha delegato alla Chiesa particolari servizi a favore dell'intera collettività in relazione ai quali i residenti sono tenuti a pagare l'imposta, dovere che colpisce anche i contribuenti non appartenenti alla Chiesa luterana.

Il 6 agosto 2003 è stata presentata alla Commissione l'interrogazione scritta E-2570/03 in materia di imposte ecclesiastiche riscosse forzosamente dalla Repubblica federale tedesca sulle indennità di disoccupazione dei lavoratori disoccupati non appartenenti alla Chiesa. La Commissione in data 15 settembre 2003 ha risposto che l'argomento non rientra nelle proprie competenze. Interessanti, però, sono le motivazioni addotte circa la violazione dei principi generali della Legge fondamentale in tema di libertà di religione e di

---

[36] Tale differenza di trattamento si configura nei paesi come la Germania, Svezia e Austria. È noto il caso dell'accertamento di mancato versamento dell'imposta ecclesiastica notificato a un calciatore italiano che ha giocato per qualche stagione in una squadra tedesca.

[37] Causa E. e GR c Austria, 14 maggio 1984

[38] Causa Bruno c. Svezia, 28 agosto 2001.

attuazione di un prelievo forzoso sui redditi a titolo di imposta ecclesiastica. Nell'Interrogazione è riportata la decisione della Corte costituzionale federale in materia di imposta ecclesiastica «che […] potrebbe essere assolutamente riscossa anche dai lavoratori disoccupati aconfessionali, fintanto che una netta maggioranza dei dipendenti sarà membro della Chiesa. Si può tuttavia constatare che, secondo quanto disposto dalla sentenza dell'8 novembre 2001 dalla *Bundessozialgericht* (Corte federale per la legislazione in materia sociale) – per l'anno 1999 – il 49% della popolazione attiva tedesca non ha versato l'imposta ecclesiastica».

Da quanto illustrato si ritiene che le disposizioni fiscali nazionali nel caso austriaco siano in contrasto con le libertà di religione statuite agli artt. 9 e 14 CEDU e in relazione sia al *foro esterno che interno*[39]. Occorre osservare che la Corte nell'equiparare l'appartenenza religiosa a una qualsiasi partecipazione a una associazione di stampo privatistico fa venire meno la qualificazione di tributo sulla base della precedente ricostruzione del potere impositivo della Chiesa cattolica (o di qualsiasi altra confessione religiosa riconosciuta). Inoltre, la CEDU statuisce, così come il TFUE, la libertà della persona di poter professare il proprio credo religioso in privato, pertanto il prelievo forzato dai redditi prodotti dell'imposta religiosa diviene un obbligo a manifestare pubblicamente il proprio orientamento religioso oppure il proprio non orientamento religioso.

In Germania, a tal proposito, si rileva che il Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi ha statuito che l'atto di abbandono della Chiesa, anche se motivato da ragioni fiscali, non necessariamente deve essere considerato un distacco e quindi un atto di rinuncia all'appartenenza, posizione questa che fa distaccare la Chiesa tedesca dall'orientamento giurisprudenziale consolidato e dalle decisioni adottate precedentemente dalla Conferenza Episcopale tedesca[40].

Inoltre, negli Stati in cui è statuito un prelievo fiscale (imposta ecclesiasti-

---

[39] Difatti la Corte di Giustizia UE nella sentenza, 22 gennaio 2019, n. 193/17 afferma che «è pacifico che la libertà di religione fa parte dei diritti e delle libertà fondamentali riconosciuti dal diritto dell'Unione, e la nozione di "religione" deve essere intesa a tal proposito nel senso che essa comprende sia il *forum internum*, ossia il fatto di avere convinzioni, sia il *forum externum*, ossia la manifestazione pubblica della fede religiosa (v., in tal senso, le sentenze 14 marzo 2017, G4S Secure Solutions, C-157/15, EU:C:2017:203, punto 28, nonché 14 marzo 2017, Bougnaoui e ADDH, C-188/15, EU:C:2017:204, punto 30)».

[40] Si richiama il caso H. Zapp del 2007, il quale aveva dichiarato di voler uscire dalla Chiesa statutaria ma non dalla comunità di fede. L'orientamento seguito dal tribunale amministrativo federale di Lipsia (*BVerwG*, 26 settembre 2012, 6 C7.12) si basava sulla impossibilità di scindere la Chiesa cattolica quale comunità di fede da quella istituzionale e quindi organo statutario invisibile. La decisione della CET stabilisce che la dichiarazione di uscita dalla Chiesa cattolica davanti all'autorità civile rappresenta un atto pubblico di abbandono cosciente e deliberato della Chiesa e quindi una grave mancanza contro la comunione ecclesiale.

ca) è possibile sottrarsi all'obbligo ma, essendo un tributo, l'atto volontario assume valore di dichiarazione di non appartenenza, quindi una scelta obbligatoria per evitare la sanzione.

Il caso della Svezia assume un connotato differente, poiché il pagamento incombe su tutti i residenti a prescindere dall'appartenenza religiosa e in virtù dei servizi che sono stati delegati dallo Stato (o ente sub-statale) alla Chiesa luterana. In tal caso si può parlare di tributi di scopo. Una forma di discriminazione fiscale tra i cittadini si verifica in base alle scelte di convenienza/non convenienza a dichiarare il credo religioso, scelta che porterebbe esclusivamente a ottenere un risparmio di imposta indebito.

In Italia e in Spagna la lesione della libertà di professare la propria fede, in base al sistema di finanziamento pubblico adottato, risulta essere più sottile. In entrambi gli Stati si tratta di un finanziamento diretto pubblico che non incide fiscalmente sul contribuente/fedele e, pertanto, sembrerebbe una delle migliori forme di sostegno finanziario. In realtà l'incidenza sui contribuenti è indiretta in quanto si tratta di una quota delle entrate fiscali che viene sottratta ai fini sociali e di solidarietà che deve perseguire lo Stato. In Italia è stato creato il fondo 8 per mille, fondo calcolato sul totale delle entrate fiscali annuali. La scelta di destinazione dell'8 per mille espressa dai contribuenti in sede di dichiarazione dei redditi non è obbligatoria ed è finalizzata esclusivamente alla distribuzione del fondo. In tale ipotesi la violazione più evidente, a differenza dei precedenti casi, è subita dal contribuente che non effettua la scelta in quanto il gettito fiscale di questi concorre alla formazione del fondo. In proposito si richiama il caso Spampinato c. Italia del 2007. La Corte di Strasburgo legittima il sistema di finanziamento affermando che la "neutralità confessionale" dello Stato è il corollario della libertà religiosa.

In tale sistema anche una dichiarazione di non appartenenza non avrebbe alcun effetto, pertanto tutti concorrono al finanziamento delle confessioni con intesa con lo Stato a prescindere dalla volontà/libertà/diritto del contribuente. Inoltre, in via indiretta la violazione della libertà di religione si verifica nella costituzione del fondo stesso e non nella destinazione del sovvenzionamento.

In merito alla questione delle agevolazioni o esenzioni si possono analizzare alcune differenti conclusioni a cui giunge la Corte di Giustizia UE per dirimere l'eventuale applicazione di regimi fiscali privilegiati qualificabili come aiuti di Stato. Interessanti sono le differenti e contrapposte conclusioni a cui giunge la Corte nel caso di una congregazione ecclesiastica spagnola che svolge attività di istruzione (causa 74/2016) e i due noti casi italiani (Ferracci titolare di un *Bed&Breakfast* e la Scuola Montessori).

Secondo l'Avvocato generale Kokott le esenzioni fiscali previste per opere realizzate in immobili utilizzati per lo svolgimento dell'attività di istruzione

obbligatoria non soddisfa tutti i requisiti per la configurazione di aiuti di Stato[41]. La Corte pone in evidenza che essendo gli immobili utilizzati per svolgere il compito sociale, culturale ed educativo da parte di un ente ecclesiastico, l'esenzione fiscale non configura un aiuto di Stato. Al contrario le altre attività prescolari e di formazione libera secondaria svolti nel medesimo immobile si devono qualificare attività economiche in quanto finanziate interamente dalle rette dei privati e quindi l'esenzione deve essere qualificata come un aiuto di Stato. La qualificazione delle attività, rileva la Corte, spetta al giudice nazionale.

Per quanto riguarda l'Italia occorre premettere che la dottrina e la giurisprudenza hanno affrontato le questioni circa la compatibilità delle esenzioni fiscali, con particolare riferimento all'IMU, con la disciplina europea degli aiuti di stato.

I due noti casi Pietro Ferracci, titolare di un *Bed&Breakfast* e la Scuola Elementare Maria Montessori[42] presentano notevoli aspetti innovativi che hanno riflessi sia sul diritto interno che europeo. I ricorrenti rilevavano di essere svantaggiati rispetto ai benefici fiscali di cui godevano alcuni enti ecclesiastici che svolgevano le medesime attività nella stessa area geografica.

Uno degli elementi innovativi che si riscontrano nella sentenza della Corte non è semplicemente il riconoscimento del vantaggio fiscale concesso agli enti ecclesiastici, ma è il recupero dell'imposta sugli immobili non versata.

Al fine di mostrare le particolarità delle disposizioni fiscali nazionali e le differenti motivazioni addotte dalla Corte di Giustizia UE si ritiene utile ricordare quanto statuito nell'art. 2 della Convenzione dei Diritti dell'Uomo e nell'art. 14 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea cioè «il diritto dei genitori di provvedere a tale educazione e a tale insegnamento secondo le loro convinzioni religiose». Inoltre, l'art. 17, par. 1, TFUE dispone che «L'Unione rispetta e non pregiudica lo status di cui le chiese e le associazioni o comunità religiose godono negli Stati membri in virtù del diritto nazionale» e si ricorda che, in generale, la non discriminazione è un valore fondamentale dell'UE, riconosciuto quale principio generale del diritto europeo.

Nella direttiva n. 2000/78/CE viene fornita una definizione ampia del con-

---

[41] La Corte evidenzia le condizioni essenziali per poter qualificare l'esenzione quale aiuto di Stato vietato e nel caso in esame considera verificate solo due: 1) conferisce alla congregazione che gestisce la scuola un vantaggio economico selettivo; 2) comporta una diminuzione delle entrate del comune e, pertanto, l'impegno di risorse dello Stato; non sarebbero soddisfatte le altre due condizioni: quella relativa all'incidenza del vantaggio economico sugli scambi tra gli Stati membri e quella relativa alla distorsione della concorrenza.

[42] Corte di Giustizia UE, grande sez., 6 novembre 2018, cause riunite da C-622/16 P a C-624/16 P. *Montessori e Ferracci*, in ECLI:EU:C:2018:873.

cetto di *discriminazione* sia diretta che indiretta, discriminazione che deve essere verificata rispetto a un'altra situazione analoga. Sciacca[43] pone in luce che l'elemento centrale e comune agli ordinamenti democratici e a quello canonico è la dignità della persona umana. In tal senso diviene fondamentale anche l'uso responsabile della libertà della singola persona. Nei casi riguardanti i ricorrenti italiani nelle differenti fasi processuali emerge il concetto di laicità dello Stato.

In generale la Corte di Strasburgo non ammette un differente trattamento fiscale per qualsiasi confessione religiosa rispetto alla generalità della platea dei contribuenti al fine di tutelare la libertà di religione. I casi che sono stati sottoposti alla Corte da parte di confessioni religiose di diversi Stati ravvisavano una discriminazione fiscale rispetto alle disposizioni fiscali più vantaggiose previste per la Chiesa cattolica. Nel caso della congregazione spagnola, la Corte riconosce che il trattamento di favore concesso è collegato ai servizi che la stessa Congregazione si è obbligata a fornire (manutenzione degli edifici).

In definitiva, normative fiscali nazionali, che prevedono agevolazioni e/o esenzioni fiscali per alcune confessioni religiose con o senza intesa, possono incidere sulla libertà di religione della persona anche perché le Corti lasciano un ampio margine di apprezzamento alle Corti nazionali nell'esaminare le questioni e potrebbero generare una concorrenza fiscale tra Stati.

In conclusione, sarebbe auspicabile che gli Stati ripensino il finanziamento dei culti con l'obiettivo di evitare duplicazioni, spese eccessive e forme di finanziamento indirette, di fatto dirette e basate su motivazioni discutibili.

Conclusioni

Il mutato contesto socio-antropologico che si delinea nella società e la rapida crescita della globalizzazione dell'economia necessitano di un ripensamento non solo della normativa che disciplina l'organizzazione dei culti anche in attuazione del principio del riconoscimento e della collaborazione sempre più necessaria tra Stato e Confessioni religiose, ma anche di una sostanziale ristrutturazione del loro sistema di finanziamento pubblico.

La giustificazione di tale idea può essere rinvenuta nel preambolo della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo che afferma l'intento comune «di

---

[43] S.E. Rev.ma Mons. Giuseppe Sciacca, *Matrimonium et ius. Studi in onore del Prof. Avv. Sebastiano Villeggiante*, a cura di Jorge Ernesto Villa Avila e Celestino Gnazi, Collana "Studi giuridici" LXIX, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2006, pp. 183-194.

realizzare un'unione più stretta tra i suoi membri» e nel Trattato sull'Unione Europea che dichiara «di ispirarsi alle eredità culturali, religiose e umanistiche dell'Europa». Quindi non si tratta di salvaguardare la libertà di culto religioso nel foro interno, ma anche e prevalentemente, in quello esterno.

In merito agli aspetti finanziari e fiscali si rileva necessaria una riorganizzazione degli interventi normativi da parte degli Stati. In Italia è notevole l'impegno finanziario statale sia per quanto riguarda gli interventi sui beni ecclesiastici[44] che per gli enti di culto quali soggetti stranieri residenti sul territorio nazionale[45].

Si auspica che lo Stato, in quanto ente giuridico finalizzato al raggiungimento del bene comune, e la Chiesa cattolica e le altre confessioni religiose possano perseguire un coordinamento e bilanciamento degli obiettivi valoriali con conseguente redistribuzione del finanziamento pubblico senza pregiudicare il compito costituzionale della promozione e sviluppo della persona anche nella sua dimensione spirituale e religiosa (un bilanciamento tra interessi/libertà nella duplice visione del foro interno ed esterno e interesse fiscale generale).

Sulla base delle pronunce della Corte di Giustizia UE e della Corte dei Diritti dell'Uomo, il bilanciamento degli obiettivi valoriali si dovrebbe raggiungere attraverso un rafforzamento del concetto di cittadinanza e di appartenenza religiosa, orientamento che si evince anche dalla formalizzazione nel trattato di Lisbona del principio di cooperazione tra ordinamenti politici e Chiese (art. 17 del Trattato del 2009). La dottrina ravvisa in tale riconoscimento l'apertura per una nuova dimensione della libertà religiosa negli ordinamenti.

La tematica è alquanto complessa e alcuni aspetti, sia interni che a livello europeo, mancano di una adeguata definizione e spesso vi è una ampia/ristretta interpretazione dei fenomeni religiosi e delle forme di finanziamento. Inoltre, proprio gli aspetti finanziari potrebbero contribuire a una sorta di "concorrenza" tra le confessioni religiose[46] e tra gli Stati.

---

[44] Interessante è l'approfondimento della tematica inerente alla tutela e la valorizzazione del patrimonio culturale, artistico e storico appartenente alle Istituzioni della Chiesa cattolica, analisi che deve essere necessariamente condotta alla luce delle norme pattizie in vigore nel nostro ordinamento. In particolare, si segnala il contributo di Francesco Pistolesi, *Il ruolo delle agevolazioni fiscali nella gestione dei beni culturali in tempi di crisi*, in *Rivista di Diritto Tributario*, 11, 2014, p. 1211 ss.

[45] Le diverse tipologie di intervento finanziario dello Stato per il culto, quali 8‰, esenzione/agevolazioni per i tributi locali, mantenimento dei funzionari della Chiesa cattolica e degli insegnanti di religione, cappellani militari, carcerari, ospedalieri, agevolazioni alla scuola cattolica, nonché le ulteriori agevolazioni e sovvenzioni regionali per gli oratori, rappresentano una quota rilevante delle uscite finanziarie per la spesa sociale che potrebbe essere razionalizzata soprattutto in un momento di recessione economica.

[46] Antonio Fuccillo, *I mercanti nel tempio. Economia, Diritto e religione*, Giappichelli, Torino,

In conclusione, si possono trarre alcune considerazioni che possono ridursi a sistema:

si ritiene che sia necessario omogeneizzare le disposizioni fiscali per le confessioni religiose che si trovano sullo stesso territorio dal punto di vista del contribuente/fedele al fine di evitare eventuali scelte di convenienza e non convenienza economica in relazione al foro esterno;

si auspica un maggior coordinamento della giurisprudenza, soprattutto europea, in relazione alla verifica della compatibilità delle agevolazioni fiscali con il divieto di aiuti di Stato con riferimento agli enti di culto[47]. Tale esigenza è particolarmente avvertita se i ricorsi investono beni e attività inerenti i diritti costituzionalmente protetti (istruzione, religione, salute). È chiaro che qualsiasi organizzazione privata che svolga attività economiche deve seguire le buone pratiche del mercato, ma se si parla di attività economiche strettamente connesse alle attività di religione è necessario definire i limiti e contenuti del bene "religione" affinché si possa dare un senso e un contenuto alla locuzione "strettamente connesse". Tale definizione dovrebbe essere formulata a livello europeo in quanto gli Stati risentono delle proprie ragioni storico-politiche e delle intese sottoscritte che ne influenzerebbero le scelte.

Tali aspetti non indagati approfonditamente dalla dottrina tributaria hanno notevoli ricadute su principi che, a prima vista non sembrerebbero connessi, come la libera circolazione delle persone. Le considerazioni esposte si basano su una interpretazione dell'espressione di tutela della libertà di religione (espressione che si rinviene nella Convenzione dei Diritti dell'Uomo, nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, nel Patto sui Diritti Civili e Politici delle Nazioni Unite) non in senso stretto come *credo*, ma quale «mero comportamento motivato da opzioni religiose o di coscienza» (Corte EDU,

---

2011, p. 17. L'A. espone lucidamente il legame tra mercato e religione. Difatti afferma che «il fedele in qualità di cliente può infatti scegliere, in maniera oramai molto tangibile e volubile, tra diverse offerte di prodotto Dio (ovvero offerte di prodotto non Dio) proprio come tra diversi tipi di massaggi, frigoriferi, home video, shampoo, ristoranti e prodotti pornografici. Il mercato diviene, quindi, un modello per la competizione delle varie confessioni le quali si contendono tra loro sempre maggiori spazi di azione e dimensioni numeriche sempre più ampie, in modo da intervenire più facilmente con varie attività di *lobbying*».

[47] Francesco Pistolesi, *Il ruolo delle agevolazioni fiscali nella gestione dei beni culturali in tempi di crisi* cit. L'A. afferma che si impone «una valutazione in termini di contemperamento di valori di pari livello, quali il divieto di *aiuti concessi dagli Stati* [...] *che* [...] *falsino o minaccino di falsare la concorrenza* (art. 107, par. 1, del Trattato di Funzionamento dell'Unione Europea) e il principio per cui l'Unione europea incoraggia la "*conservazione e salvaguardia del patrimonio culturale di importanza europea*" (art. 167 del medesimo Trattato)». Detto contemperamento, peraltro, è risolto dallo stesso Trattato, laddove, all'art. 107, par. 3, stabilisce la legittimità degli «"aiuti destinati a promuovere la cultura e la conservazione del patrimonio", *purché essi non alterino* "le condizioni degli scambi e della concorrenza nell'Unione in misura contraria all'interesse comune"».

Arrowsmith c. Regno Unito, 12 ottobre 1978, ricorso n. 7050/75).

Gli Stati, ma anche l'Unione Europea e la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, dovrebbero omogeneizzare in termini più flessibili le forme di intervento negli affari religiosi, senza mancare nella missione costituzionale dei singoli Stati di promuovere e sviluppare la persona nella sua dimensione spirituale e religiosa.

Le prospettive illustrate non sono soluzioni alle discrasie evidenziate, ma sono spunti per un proficuo dibattito scientifico che possa avere un impatto sociale al fine di garantire il diritto alla libertà religiosa e l'attuazione dell'uguaglianza e dell'equità fiscale.

Diritto all'aborto e discriminazione nell'accesso alle cure sanitarie: l'influenza del fattore religioso nella discriminazione di genere

Right to abortion and discrimination in access to health care: the impact of the religious factor in gender discrimination

Annachiara Rotondo

Abstract

Although more than half a century has passed since the adoption of the Universal Declaration of Human Rights, gender discrimination in the name of beliefs, traditions and anachronistic interpretations of religions continues to severely restrict women in the enjoyment of many rights, including reproductive rights. Paradigmatic is the issue of denial of abortion which, in the debate on the balance between women's rights and those of the unborn, remains unsolved in many states also in Europe. This paper focuses on the interruption of pregnancy in relation to the right of access to medical care and health services to verify whether or not international law includes a right to abortion and if the denial of abortion may constitute a gender discrimination. To this end the paper will analyse two recent views adopted by the UN Committee on Civil and Political Rights against Ireland concerning a case of therapeutic abortion's denial.

Key words

Gender discriminations – Right to health – Abortion.

Riassunto

Nonostante sia trascorso più di mezzo secolo dall'adozione della Dichiarazione universale dei diritti umani, la discriminazione di genere attuata in nome di credenze, tradizioni e di interpretazioni anacronistiche del dettato religioso resta un fenomeno che continua a limitare fortemente le donne nel godimento di molti diritti tra cui, nell'ambito dei diritti sanitari, quelli riproduttivi. Paradigmatica sul punto è la questione del diniego di aborto che, nel dibattito sul contemperamento tra i diritti della donna e quelli del non nato, resta ancora di fatto irrisolta in molti Stati, anche europei. Tale questione costituisce l'oggetto del presente lavoro che preliminarmente si focalizzerà sullo specifico tema

dell'interruzione della gravidanza in relazione al diritto di accesso alle cure mediche ed ai servizi sanitari, per poi verificare se il diritto internazionale contempli, o meno, un diritto all'aborto e se, di conseguenza, il diniego di aborto possa configurare una discriminazione di genere. A tale fine saranno esaminate due recenti pronunce adottate dal Comitato ONU sui diritti civili e politici nei confronti dell'Irlanda aventi ad oggetto un caso di diniego di aborto terapeutico.

Parole chiave
Discriminazioni di genere – Diritto alla salute – Aborto.

Sommario: 1. Considerazioni introduttive – 2. Il diritto di accesso alle cure mediche e ai servizi sanitari nel diritto internazionale – 3. Diritto di accesso alle cure, divieto di aborto e diritto di aborto (terapeutico) – 4. Il Comitato dei diritti umani e il diniego di aborto terapeutico come discriminazione di genere: i casi Mellet e Whelan – 5. Riflessioni conclusive

Considerazioni introduttive

Negli Stati in cui la religione assurge ad elemento costitutivo del *nomos*[1] e a fattore identitario della collettività[2] è spesso possibile riscontrare significative diseguaglianze di genere nel riconoscimento del diritto alla salute, con specifico riferimento ai c.d. «diritti riproduttivi»[3]. Sono infatti ancora molti gli Stati che – in ragione di false credenze, pregiudizi e stereotipi a tal punto radicati nel substrato sociale da riflettersi nella legislazione nazionale[4] – con-

[1] Ai fini del presente lavoro si intendono gli Stati teocratici e confessionali.

[2] Si tratta dei c.d. Stati a-confessionali che, sebbene rispettosi della libertà di coscienza dei propri cittadini, fondano la propria identità nazionale sull'elemento religioso. Per chiarimenti sul concetto di Stato a-confessionale cfr. Maria Cristina Folliero, *Multiculturalismo e aconfessionalità. Le forme odierne del pluralismo e della laicità*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), marzo 2007, pp. 1-18, p. 8.

[3] «(R)eproductive rights embrace certain human rights that are already recognized in national laws, international laws and international human rights documents and other consensus documents. These rights rest on the recognition of the basic rights of all couples and individuals to decide freely and responsibly the number, spacing and timing of their children and to have the information and means to do so, and the right to attain the highest standard of sexual and reproductive health. It also includes the right to make decisions concerning reproduction free of discrimination, coercion and violence, as expressed in human rights documents» (UNFPA, I*nternational Conference on Population and Development*, Programme of Action, 2014, p. 60, § 7. 3).

[4] Si consideri che l'art. 5 § 2, lett. a) della Convenzione per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne del 1979 impegna gli Stati a prendere ogni misura adeguata «al fine di modificare gli schemi ed i modelli di comportamento socioculturale degli uomini e delle donne e di giungere ad una eliminazione dei pregiudizi e delle pratiche consuetudinarie o di altro

tinuano ad attuare una *deminutio capitis* nei confronti delle donne sul fronte dell'accesso alle cure mediche ed ai servizi sanitari inerenti alla tutela della salute sessuale e riproduttiva. Paradigmatica sul punto è la questione del diniego di aborto[5] che, nel fervente dibattito giuridico sul contemperamento tra i diritti della donna e quelli del concepito, resta ancora di fatto irrisolta anche in Europa[6].

---

genere, che siano basate sulla convinzione dell'inferiorità o della superiorità dell'uno o dell'altro sesso o sull'idea di ruoli stereotipati degli uomini e delle donne». Per approfondimenti sugli effetti degli stereotipi culturali sull'esercizio dei diritti sanitari cfr.: Anvar Sadat Nayebi Nia, Mahrokh Dolatian, Syedeh Batool Hasanpoor-Azghdy, Abbas Ebadi, Alireza Akbarzadeh-Baghban, *Reproductive Health and Rights in Abused Women: A Qualitative Study*, in *Crescent Journal of Medical and Biological Sciences*, 6/3, 2019, pp. 271-278, p. 274; OHCHR, *Background Paper on the Role of the Judiciary in Addressing the Harmful Gender Stereotypes Related to Sexual and Reproductive Health and Rights. A Review of Case Law*, 2018, p. 5; Council of Europe. Commissioner for Human Rights, *Issue Paper on Women's Sexual and Reproductive Health and Rights in Europe*, 2017,p. 23; CESCR, *General Comment No. 22 on the Right to Sexual and Reproductive Health (art. 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*, E/C.12/GC/22, 2 *May* 2016, § 27; Hélène Julien, *Is There a Human Right to Safe Motherhood within the United Nations Legal System?*, in *Queen Mary Human Rights Review*, 2/1, 2015, pp. 1-29, pp. 21 e 22, consultabile *online*; Yakaré-Oulé Jansen, *The Right to Freely Have Sex? Beyond Biology: Reproductive Rights and Sexual-Self-Determination*, in *Akron Law Review*, 40/2, 2007, pp. 311-337, p. 314; Isfahan Merali, *Advancing Women's Reproductive and Sexual Health Rights: Using the International Human Rights System,* in *Development in Practice*, 10/5, 2000, pp. 609-624, p. 611.

[5] Ad oggi, in sessantaquattro Stati del mondo l'aborto è vietato dalla legge o comunque ammesso nel solo caso di rischio per la sopravvivenza della gestante; ciò implica che 450 milioni di donne in età riproduttiva non possono assumere decisioni di importanza fondamentale inerenti alla propria salute sessuale e riproduttiva. Negli altri Stati l'accesso all'aborto è spesso subordinato ad un'autorizzazione familiare, non sempre è previsto nel caso di gravidanze derivanti da stupro o incesto e, ancorché formalmente liberalizzato, può essere praticato sempre e solo entro un limite stabilito dalla legge previa autorizzazione del personale medico. Per approfondimenti si rinvia al sito *web* del Centro per i diritti riproduttivi, *https://reproductiverights.org/worldabortionlaws* e a United Nations Department of Economic and Social Affairs, Population, *Abortion Policies and Reproductive Health around the World*, 2014, reperibile *online*.

[6] In Europa «sebbene sia possibile, nella maggior parte degli Stati, interrompere la gravidanza quando la sua prosecuzione metta in pericolo la vita o la salute della donna, si registrano alcune significative eccezioni. Innanzitutto, vi sono Stati in cui le disposizioni normative, che pur garantiscono l'accesso a tale pratica, hanno un'efficacia ridotta, a causa del disequilibrio tra medici obiettori e non» (Ludovica Poli, *Aborto e diritti umani fondamentali: Corte europea dei diritti umani e* treaty bodies *a confronto*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 11, 2017, pp. 189-212, p. 189). Non può sottacersi inoltre che le donne, quand'anche riescano ad effettuare un'interruzione volontaria di gravidanza subiscono spesso brutali intimidazioni e stigmatizzazioni per aver commesso «un grave sopruso nei confronti di un essere umano innocente e privo, oltretutto, di qualsiasi capacità di autodifesa» (Giovanni Paolo II, *Memoria e identità*, Bur, Milano, 2005, p. 162).

In dottrina si rinvia, *inter alia*, a: Shelly Makleff, Rebecca Wilkins, Hadassah Wachsmann, Deepesh Gupta, Muthoni Wachira, Wilson Bunde, Usha Radhakrishnan, Beniamino Cislaghi, Sarah E Baum, *Exploring Stigma and Social Norms in Women's Abortion Experiences and Their Expectations of Care*, in *Sexual and Reproductive Health Matters*, 27/3, 2019, pp. 50-64, p. 50; Anuradha Kumar, Leila Hessini, Ellen M.H. Mitchell, *Conceptualizing Abortion Stigma*, in *Culture Health and Sexuality*, 11/6, 2009, pp. 625-639.

Al fine di analizzare la dibattuta questione dell'interruzione volontaria di gravidanza (IVG) nel diritto internazionale, il presente lavoro intende in via preliminare inquadrare il tema dell'accesso alle cure mediche ed ai servizi sanitari all'interno della disciplina generale sulla tutela della salute per verificare se l'accesso alle cure costituisca un diritto soggettivo in capo all'individuo. Successivamente l'attenzione si focalizzerà sullo specifico tema dell'interruzione della gravidanza, dovendosi a tal proposito chiarire se il diritto internazionale contempli un diritto all'aborto e se, di conseguenza, il diniego di aborto possa configurare una discriminazione di genere. Sul punto, può sin da subito anticiparsi che la materia del diniego di aborto è stata oggetto d'esame da parte dei principali organismi internazionali di controllo sul rispetto dei diritti umani per i quali – come meglio si dirà – nessuna giustificazione di ordine culturale o religioso ascrivibile all'esercizio di altri diritti e libertà fondamentali dovrebbe ostacolare le donne nell'accesso alle cure mediche ed ai servizi sanitari, tra cui, per quel che qui interessa, i servizi per l'IVG.

L'analisi verterà, in particolare, sulle posizioni assunte dal Comitato ONU sui diritti economici, sociali e culturali e dal Comitato ONU sui diritti civili e politici[7]. Con riferimento al secondo Comitato, specifica attenzione sarà dedicata all'esame di due pronunce adottate nei confronti dell'Irlanda (sulla base della procedura istituita dal Protocollo opzionale del 1966 annesso al Patto sui diritti civili e politici)[8], aventi ad oggetto un caso di diniego di aborto terapeutico[9].

La scelta di focalizzare l'attenzione sul caso irlandese è motivata dalla stridente e singolare situazione di scollamento che in Irlanda emerge tra il dato giuridico-formale e quello sostanziale: da un canto l'Irlanda si presenta *in abstracto* come massimo garante dei diritti e delle libertà fondamentali (giacché è Parte dei principali accordi internazionali sulla tutela dei diritti umani ed è membro del Consiglio d'Europa e dell'Unione Europea)[10];

---

[7] I due Comitati sono stati istituiti, rispettivamente, dal Patto ONU sui diritti economici, sociali e culturali e dal Patto ONU sui diritti civili e politici del 1966.

[8] «Ogni Stato Parte del Patto che diviene parte del presente Protocollo riconosce la competenza del Comitato a ricevere ed esaminare comunicazioni provenienti da individui sottoposti alla sua giurisdizione, i quali pretendano essere vittime di violazioni, commesse da quello stesso Stato Parte, di un qualsiasi diritto enunciato nel Patto. Il Comitato non può ricevere alcuna comunicazione concernente uno Stato Parte del Patto che non sia parte del presente Protocollo» (art. 1, Protocollo Opzionale relativo al Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966).

[9] CCPR, *Views adopted by the Committee under art. 5(4) of the Optional Protocol, concerning Communication No. 2324/2013, Amanda Jane Mellet v. Irlenad*, CCPR/C/116/D/2324/2013, 31 *March* 2016; CCPR, *Views adopted by the Committee under art. 5(4) of the Optional Protocol, concerning Communication No. 2425/2014, Siobhán Whelan v. Ireland*, CCPR/C/119/D/2425/2014, 17 *March* 2017.

[10] Specificamente l'Irlanda è parte contraente del Patto internazionale sui diritti civili e politici

dall'altro la connaturata cristianità che permea la società irlandese[11] finisce di fatto con l'impedire, almeno in *subiecta* materia, il pieno allineamento della legislazione statale alle previsioni del Patto ONU del 1966, come interpretate dal Comitato.

Il diritto di accesso alle cure mediche e ai servizi sanitari nel diritto internazionale

L'accesso alle cure mediche e ai servizi sanitari si afferma nel diritto internazionale quale componente essenziale del diritto alla salute, che è venuto acquisendo centralità nella disciplina internazionale dei diritti umani fin dalla seconda metà del Ventesimo secolo[12].

Disciplinato da un gran numero di strumenti normativi, a carattere universale e regionale, il diritto alla salute è menzionato per la prima volta nel preambolo della Costituzione dell'Organizzazione mondiale della sanità (OMS) del 1946 tra i princìpi che costituiscono la base per il raggiungimento «(of) the happiness, harmonious relations and security of all peoples»[13]. Più nello specifico, esso è indicato quale diritto dell'individuo di godere del più alto livello di benessere psicofisico auspicabile indipendentemente dalla sussistenza di uno stato di malattia e senza alcuna distinzione di razza, religione, opinioni politiche e condizione economica o sociale. In questo contesto, il diritto alla salute, ancorché richiamato quale mero presupposto per la costituzione dell'OMS, è

---

e del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 1966; della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità del 2006; della Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione contro le donne del 1979; della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 1996; della Convenzione contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani e degradanti del 1984; della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950.

[11] «Il ruolo di Dio e della religione nella Costituzione è un altro aspetto fondamentale della Repubblica d'Irlanda. È Dio l'Essere Supremo a cui tutte le azioni umane e quelle dello Stato dovranno essere presentate per il giudizio finale, ed è Lui il garante dell'unità e identità del popolo irlandese. […] dal Preambolo si ricava infatti l'affermazione dell'esistenza dei «diritti naturali»i quali derivano da Dio e sono per questo più giuridici degli altri» (Andrea Terrinoni, *La Costituzione irlandese*, in *Diritto & Diritti*, parte seconda, maggio 2001, reperibile *online*).

[12] Il diritto alla salute ha ad oggetto sia la salute intesa come bene pubblico collettivo (salute pubblica) – individuandosi nei popoli, nei gruppi sociali e nelle comunità umane i concreti beneficiari degli interventi di sanità pubblica che gli Stati sono tenuti ad intraprendere in attuazione degli accordi internazionali – sia la salute intesa come diritto soggettivo dell'individuo. V. sul punto Stefania Negri, *Salute pubblica, sicurezza e diritti umani nel diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 49-51.

[13] V. il Preambolo della Costituzione dell'OMS entrata in vigore nel 1947, *UN General Assembly, 17 November 1947*, A/RES/131.

riconosciuto come un diritto fondamentale e pertanto indivisibile ed interdipendente in rapporto agli altri diritti umani[14].

Tuttavia, molto più complicato si è rivelato individuare all'interno della disciplina sul diritto alla salute lo specifico diritto di accesso alle cure mediche e ai servizi sanitari. Un tale diritto può dirsi *in nuce* contemplato dall'art. 25 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, secondo cui ogni individuo ha diritto ad uno *standard* di vita adeguato alla salute e al benessere suo e della propria famiglia, rispetto al quale l'assistenza sanitaria fornita dallo Stato assurge a parametro di tale adeguatezza.

A partire dalla formulazione dell'art. 25 della Dichiarazione universale, si è sviluppato un intenso dibattito in dottrina circa la possibilità di configurare l'accesso alle cure mediche non soltanto come mero parametro di adeguatezza del tenore di vita che gli Stati sono chiamati a riconoscere agli individui ma come vero e proprio diritto soggettivo[15]. Sul piano universale, un importante sostegno a favore della riconducibilità dell'accesso alle cure tra i diritti individuali proviene dalla Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale del 1965 che, all'art. 5, annovera il diritto alle cure mediche tra i diritti economici, sociali e culturali[16]. Del pari, l'art. 12 del Patto delle Nazioni Unite sui diritti economici sociali e culturali del 1966 individua in capo agli Stati l'obbligo programmatico di adottare una serie di misure per assicurare la piena attuazione del diritto alla salute, tra cui, *inter alia*, è menzionato specificamente l'accesso a tutti i servizi sanitari e di

---

[14] Sull'indivisibilità e l'interdipendenza del diritto alla salute in rapport agli altri diritti umani v., *inter alia,* Priscila Neves-Silva, Giselle Isabele Martins, Léo Heller, *Human Rights' Interdependence and Indivisibility: a Glance Over the Human Rights to Water and Sanitation*, in *BMC International Health and Human Rights,* 19/14, 2019, reperibile *online*; Michael Knipper, *Migration, Public Health and Human Rights*, in *International Journal of Public Health*, 61, 2016, pp. 993-994; CESCR, *General Comment No. 22* cit., §§ 9-10; WHO, *Sexual Health, Human Rights and the Law*, 2015, p. 17; Ida Elisabeth Koch, *Human Right as Indivisible Rights*, Nijhoff, Leiden, Boston, 2009, p. 60; OHCHR, WHO, *The Right to Health*, 2008, *Fact Sheet No*. 31, p. 6.

[15] In questo senso Gordon Brown, *The Universal Declaration of Human Rights in the 21st Century: A Living Document in a Changing World*, Open Book Publishers, Cambridge, 2016, p. 55: «Access to health care, both in the form of public health provision in urban and rural areas, and in terms of disease and epidemic control, along with the availability of personal health care resources – these are all essential to health and life itself and must be recognized explicitly as rights».

[16] «In base agli obblighi fondamentali di cui all'art. 2 della presente Convenzione, gli Stati contraenti si impegnano a vietare e ad eliminare la discriminazione razziale in tutte le forme ed a garantire a ciascuno il diritto all'eguaglianza dinanzi alla legge senza distinzione di razza, colore od origine nazionale o etnica, nel pieno godimento, in particolare, dei seguenti diritti: […] i diritti economici, sociali e culturali, ed in particolare: […] il diritto alla salute pubblica, alle cure mediche, alla previdenza sociale ed ai servizi sociali», Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale del 1965 ed entrata in vigore nel 1969, art. 5, § e, (iv).

assistenza medica in caso di malattia[17]. L'accesso alle cure e ai servizi sanitari è altresì previsto in altre convenzioni settoriali sulla tutela dei diritti umani: si tratta, segnatamente, della Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne del 1979[18] e della Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo del 1989[19].

Sul piano regionale, diversi sono gli strumenti internazionali che, nel solco del Patto ONU sui diritti economici, sociali e culturali, individuano in capo agli Stati contraenti un generale dovere di assicurare l'accesso alle cure mediche e ai servizi sanitari quale componente fondamentale del diritto alla salute: si pensi, in particolare, alla Carta sociale europea, adottata sotto l'egida del Consiglio d'Europa[20], alla Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli[21]e

---

[17] «1. Gli Stati parti del presente Patto riconoscono il diritto di ogni individuo a godere delle migliori condizioni di salute fisica e mentale che sia in grado di conseguire. 2. Le misure che gli Stati parti del presente Patto dovranno prendere per assicurare la piena attuazione di tale diritto comprenderanno quelle necessarie ai seguenti fini: a) la diminuzione del numero dei nati-morti e della mortalità infantile, nonché il sano sviluppo dei fanciulli; b) il miglioramento di tutti gli aspetti dell'igiene ambientale e industriale; c) la profilassi, la cura e il controllo delle malattie epidemiche, endemiche, professionali e d'altro genere; d) la creazione di condizioni che assicurino a tutti servizi medici e assistenza medica in caso di malattia», Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali (ICESCR) del 1966 ed entrato in vigore nel 1976, art. 12.

[18] Ai sensi dell'art. 12 della Convenzione ONU sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne del 1979 (CEDAW): «1. Gli Stati Parti prenderanno tutte le misure adeguate per eliminare la discriminazione nei confronti delle donne nel campo delle cure sanitarie al fine di assicurare loro, in condizione di parità con gli uomini, i mezzi per accedere ai servizi sanitari, compresi quelli che si riferiscono alla pianificazione familiare. 2. Nonostante quanto disposto nel paragrafo 1 del presente articolo, gli Stati Parti forniranno alle donne, durante la gravidanza, al momento del parto e dopo il parto, i servizi appropriati e, se necessario, gratuiti, ed una alimentazione adeguata sia durante la gravidanza che durante l'allattamento».

[19] Specificamente l'art. 24 al § 2, lett. b) e c) richiede agli Stati di adottare provvedimenti adeguati a: «assicurare a tutti i minori l'assistenza medica e le cure sanitarie necessarie, con particolare attenzione per lo sviluppo delle cure sanitarie primarie [e] lottare contro la malattia e la malnutrizione, anche nell'ambito delle cure sanitarie primarie", in particolare mediante l'utilizzazione di tecniche agevolmente disponibili e la fornitura di alimenti nutritivi e di acqua potabile, tenendo conto dei pericoli e dei rischi di inquinamento dell'ambiente naturale». Per approfondimenti v. CRC, *General Comment No. 15 on the Right of the Child to the Enjoyment of the Highest Attainable Standard of Health (art. 24)*, CRC/C/GC/15, 17 *April* 2013.

[20] Ai sensi dell'art. 11 della Carta sociale europea del 1961, rivista nel 1996: «Per assicurare l'effettivo esercizio del diritto alla protezione della salute, le Parti s'impegnano ad adottare sia direttamente sia in cooperazione con le organizzazioni pubbliche e private, adeguate misure volte in particolare:1ad eliminare per, quanto possibile le cause di una salute deficitaria; 2a prevedere consultori e servizi d'istruzione riguardo al miglioramento della salute ed allo sviluppo del senso di responsabilità individuale in materia di salute; 3a prevenire, per quanto possibile, le malattie epidemiche, endemiche e di altra natura, nonché gli infortuni».

[21] L'art. 16 della Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli del 1981, entrata in vigore nel 1986, prevede che: «1. Ogni persona ha il diritto di godere del migliore stato di salute fisica e mentale che essa sia in grado di conseguire. 2. Gli Stati Parti alla presente Carta si impegnano a prendere le misure necessarie al fine di proteggere la salute delle loro popolazioni e di assicurare loro l'assistenza

al Protocollo addizionale alla Convenzione americana dei diritti umani[22].

Manca invece di riferimenti specifici sul punto la Convenzione Europea sui Diritti Umani (CEDU) del 1950. Il silenzio della Convenzione è ascrivibile alla circostanza che essa non contempla alcuna disposizione precipua sul diritto alla salute. Ciò peraltro non ha impedito alla Corte di Strasburgo di riconoscere una forma di tutela al diritto di accesso alle cure mediche e ai servizi sanitari nel quadro della CEDU. Pur formalmente assente nel testo convenzionale, l'accesso alle cure è infatti dalla Corte ricondotto nell'alveo di altri articoli della CEDU. Si tratta soprattutto dell'art. 2 sul diritto alla vita che, secondo un'interpretazione *par ricochet*, pone in capo allo Stato l'obbligo positivo di adottare, nell'ambito della propria giurisdizione, tutte le misure necessarie a salvaguardare la vita degli individui, tra le quali vanno annoverate anche quelle sanitarie[23].

Alla luce delle fonti internazionali sopra esaminate, la dottrina appare concorde nel ritenere che il diritto di accesso alle cure mediche e ai servizi sanitari costituisca componente essenziale del diritto alla salute[24]. Come specifi-

---

medica in caso di malattia».

[22] «1. Ognuno ha il diritto alla salute, inteso come il diritto a godere del più alto livello di benessere fisco, mentale e sociale. 2. Al fine di assicurare l'esercizio di tale diritto, gli Stati Parti convengono nel riconoscere la salute come bene pubblico e, in particolare, nell'adottare le seguenti misure per garantire tale diritto: a) servizi medici primari, vale a dire cure mediche disponibili per tutti gli individui e le famiglie a livello di comunità; b) allargamento dei servizi medici a favore di tutti gli individui soggetti alla giurisdizione dello Stato; c) vaccinazione universale contro le principali malattie infettive; d) prevenzione e trattamento delle malattie endemiche, professionali e altre; e) educazione della popolazione in materia di prevenzione e trattamento delle problematiche sanitarie e f) risposta ai bisogni di salute dei gruppi a rischio più alto e di coloro resi più vulnerabili dalla povertà», Protocollo addizionale alla Convenzione americana dei diritti umani nel campo dei diritti economici, sociali e culturali del 1988 ed entrato in vigore nel 1999, art. 10.

[23] Sul diritto alle cure mediche ed ai servizi sanitari nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo cfr. Aleydis Niessen, *A Right to Access to Emergency Health Care: The European Court of Human Rights Pushes the Envelope*, in *Medical Law Review*, 26/4, 2018, pp. 693-702, p. 697; Maša Marochini, *Council of Europe and the Right to Healthcare – Is the European Convention on Human Rights Appropriate Instrument for Protecting the Right to Healthcare?*, in *Zbornik Pravnogfakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 34/2, 2013, pp. 729-760, p. 732; Jean McHale, *Fundamental Rights and Health Care*, in vol. Elias Mossialos, Govin Permanand, Rita Baeten, Tamara Hervey (a cura di), *Health Systems Governance in Europe: The Role of European Union Law and Policy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 282-314, p. 285.Sul diniego di assistenza sanitaria quale violazione dell'art. 2 CEDU v., *inter alia,* ECtHR *Cyprus v. Turkey*, *App. No.* 25781/94*,* 10 *May* 2000, § 219; *Mehmet Sentu¨rk and BekirSentu¨rk v Turkey*, App. No. 13423/09, 9 *July* 2013, § 88; *AsiyeGenc c Turquie*, *App. No.* 24109/07, 27 *April* 2015, §§ 77-83 ed anche Opinione concordante dei giudici Lemmens, Spano e Kjølbro, p. 18, § 2.

[24] Sull'assistenza sanitaria quale contenuto essenziale del diritto alla salute v., ad es., Michael Da Silva, *The International Right to Health Care: A Legal and Moral Defense*, in *Michigan Journal of International Law*, 39/3, 2018, pp. 343-384, p. 343; Francesco Francioni, *Sovranità statale e tutela della salute come bene pubblico globale*, in vol. Laura Pineschi (a cura di), *La tutela della salute nel diritto internazionale ed europeo tra interessi globali e interessi particolari*, Editoriale Scientifica,

cato nel 2000 dal Comitato sui diritti economici, sociali e culturali, nel primo Commento generale sull'art. 12 del Patto ONU del 1966, l'accesso alle cure assurge a diritto individuale la cui attuazione deve essere garantita dagli Stati mediante la predisposizione di tutte le «conditions which would assure to all medical service and medical attention in the event of [physical and menthal] sikness»[25]. Afferma quindi il Comitato che le Parti contraenti sono chiamate a garantire un accesso equo e tempestivo ai servizi sanitari di base, preventivi, curativi e riabilitativi, a regolari programmi di *screening*, al trattamento adeguato di malattie, infortuni e disabilità ed alla fornitura dei farmaci essenziali[26]. Si tratta, nell'opinione del Comitato, di un obbligo che ha naturalmente carattere programmatico e che però impegna gli Stati a garantire l'erogazione di cure e servizi a tutti gli individui senza alcuna discriminazione, con particolare riferimento ai soggetti vulnerabili e marginalizzati[27].

Con specifico riguardo al divieto di discriminazione di genere, il Comitato ha poi avuto modo di sottolineare che le Parti sono tenute a rimuovere tutti gli ostacoli, di natura formale e sostanziale, che impediscano un eguale accesso ai servizi sanitari da parte di uomini e donne, tra cui, ad esempio, le restrizioni legislative in materia di IVG e gli stereotipi culturali che considerando le donne per le sole funzioni che esse svolgono all'interno del nucleo familiare hanno l'effetto di comprimerne i diritti[28]. Gli Stati sono in definitiva tenuti ad assumere una prospettiva *gender oriented* nella predisposizione e nell'attuazione della normativa e delle politiche sanitarie[29], giacché gli ostacoli posti

---

Napoli, 2017, pp. 51-66, p. 55; Brigit Toebes, *International Health Law: An Emerging Field of Public International Law*, in *Indian Journal of International Law*, 55/3, 2015, pp. 1-20, reperibile *online*; Paul Hunt, Gunilla Backman, *Health Systems and the Right to the Highest Attainable Standard of Health*, in vol. Andrew Clapham, Mary Robinson (a cura di), *Realizing the Right to Health*, Ruffer & Rub, Zurich, 2009, pp. 40-57; Virginia A. Leary, *The Right to Health in International Human Rights Law*, in *Health and Human Rights*, 1/1, 1994, pp. 24- 56, p. 30.

[25] CESCR, *General Comment No. 14, The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12)*, E/C.12/2000/4, 11 August 2000, § 17.

[26] *Ibidem*.

[27] *Ivi*, § 12.

[28] CESCR, *General Comment No. 16, Substantive Issues Arising in the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, E/C. 12/2005/4, 13 *May* 2005, § 21. Sul punto il CESCR si è ulteriormente pronunciato nel 2016, v. *General Comment No. 22* cit., §§ 28, 34 e 35. Anche il Comitato per l'eliminazione della discriminazione nei confronti delle donne (CEDAW), dopo aver confermato l'inadeguatezza dei sistemi sanitari che difettino dei servizi utili a prevenire, diagnosticare e curare le malattie che specificamente affliggono le sole donne, ha sottolineato che il rifiuto di offrire i servizi utili alla tutela della salute riproduttiva e sessuale femminile configura una discriminazione di genere. Sul punto v. CEDAW, *General Recommendation No. 24: Article 12 of the Convention (Women and Health)*, *contained in Document* A/54/38/Rev.1, *chap*. I., 1999, § 11.

[29] CESCR, *General Comment No. 14* cit., § 20.

alle donne nell'accesso alle cure ed ai servizi sanitari integrerebbero una violazione degli obblighi derivanti dal Patto ONU sui diritti economici, sociali e culturali.

Nel 2016 il Comitato è tornato ad esprimersi nuovamente sull'art. 12 con il Commento generale n. 22, specificando che il diritto alla salute si estende inoltre alla sfera della salute sessuale e riproduttiva e che, in aggiunta, l'accesso alle cure e ai servizi sanitari include anche quello alle informazioni, ai beni, alle strutture ed ai servizi utili agli individui per l'assunzione di decisioni informate, libere e responsabili inerenti alla propria salute sessuale e riproduttiva[30]. Pertanto, eventuali barriere ideologiche o politiche che rendono estremamente difficoltosa la fruibilità di tali servizi e che non possono essere eliminate (si pensi alla questione degli obiettori di coscienza) devono essere compensate dallo Stato contraente mediante la predisposizione di un adeguato numero di strutture e di operatori sanitari sul territorio nazionale, secondo un criterio di ragionevolezza geografica[31].

Diritto di accesso alle cure, divieto di aborto e diritto di aborto (terapeutico)

L'analisi fino ad ora effettuata consente di affermare l'esistenza di un diritto alle cure mediche e ai servizi sanitari quale *species* del diritto alla salute. Resta ora da chiarire se l'accesso alle cure contempli al suo interno anche il diritto all'aborto.

È di questo avviso il Comitato ONU sui diritti economici sociali e culturali che, nel succitato Commento generale sull'art. 12, redatto nel 2016, ha affermato l'obbligo in capo agli Stati contraenti di rimuovere tutte le forme di discriminazione atte a limitare o impedire il godimento del diritto alla salute sessuale e riproduttiva, tra cui, *inter alia,* le normative che, criminalizzando l'aborto, hanno l'effetto di annullare o comprimere l'esercizio di un tale diritto da parte delle donne[32]. È inoltre richiesto alle Parti di rispettare ed attuare il diritto alla salute sessuale e riproduttiva (*obligations to respect and fulfil*) e quindi di astenersi dall'interferire, in modo diretto o indiretto, con l'esercizio di questo diritto, nonché di assicurare a tutte le donne l'accesso alle cure e ai servizi medici necessari per l'IVG, anche mediante interventi legislativi volti

[30] Sul punto v. anche WHO, *Reproductive, Maternal, Newborn and Child Health and Human Rights: A Toolbox for Examining Laws, Regulations and Policies*, 2014, § 2.2.

[31] CESCR, *General Comment No. 22* cit., §§ 14 e 46.

[32] *Ivi*, § 34.

a liberalizzare l'accesso e la fruizione di tali servizi[33].

Non può sottacersi tuttavia l'intrinseca difficoltà del legislatore statale nel disciplinare una fattispecie tanto problematica sul piano socio-culturale la quale, anche quando tollerata, resta pur sempre dibattuta e controversa riguardando la delicata questione del bilanciamento tra diritti del non nato e libertà della donna che lo porta in grembo. Né d'altra parte può dimenticarsi che nell'attuazione dei diritti economici, sociali e culturali previsti dal Patto del 1966 gli Stati godono di un ampio margine di discrezionalità che, nel caso specifico dell'IVG, si traduce in una straordinaria disomogeneità di trattamento delle donne a seconda della legislazione contemplata dallo Stato di cittadinanza o di residenza[34].

In tema di interruzione della gravidanza, indicazioni importanti giungono dal Comitato ONU per i diritti umani previsto dal Patto sui diritti civili e politici del 1966. Nel 2018, il Commento generale n. 36 sull'art. 6 del Patto esplicitamente evidenzia che la discrezionalità riconosciuta agli Stati parte non possa mai sfociare nell'adozione di misure, anche legislative, che comportino la violazione dei diritti convenzionalmente previsti dal Patto. Secondo il Comitato, «(a)lthough States parties may adopt measures designed to regulate voluntary terminations of pregnancy, such measures must not result in violation of the right to life of a pregnant woman or girl, or her other rights under the Covenant. Thus, restrictions on the ability of women or girls to seek abortion must not, inter alia, jeopardize their lives, subject them to physical or mental pain or suffering which violates article 7, discriminate against them or arbitrarily interfere with their privacy»[35]. Puntualizza inoltre il Comitato che la previsione di norme eccessivamente restrittive sull'IVG ha l'effetto perverso di alimentare il fenomeno degli aborti clandestini ("*unsafe abortions*") il quale a sua volta determina un incremento della mortalità e della morbilità delle donne in gravidanza[36].

Sul piano regionale, anche la Corte Europea dei Diritti Umani ha più volte rimarcato che il margine di apprezzamento concesso agli Stati contraenti nel disciplinare la questione dell'IVG non può superare i limiti imposti dagli ob-

---

[33] *Ivi*, § 40 ss.; anche la CEDAW prevede che nell'attuazione del diritto alla salute gli Stati debbano eliminare le leggi interne che criminalizzano l'aborto. Sul punto v. CEDAW, *General Recommendation No. 24* cit., § 31 (c).

[34] Chad M. Gerson, *Toward an International Standard of Abortion Rights: Two Obstacles*, in *Chicago Journal of International Law*, 5/2, 2005, pp. 753-761, p. 754.

[35] CCPR, *General Comment No. 36 on Article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the Right to Life*, CCPR/C/GC/36, 30 October 2018, § 8.

[36] Sul rapporto tra divieto di aborto e mortalità materna v. UNFPA, *Religion, Women's Health and Rights* cit., p. 16.

blighi derivanti dalla Convenzione[37]. Pur non integrando *ex se* una violazione della CEDU, il diniego di aborto non può infatti impedire o compromettere l'esercizio di altri diritti fondamentali tutelati dal testo convenzionale. Si tratta, come già rilevato, dell'art. 2 relativo al diritto alla vita; si tratta altresì dell'art. 3 sul divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti e dell'art. 8 sul rispetto del diritto alla vita privata e familiare[38].

Resta che la Corte EDU ha sottolineato che la CEDU non contempla alcun diritto all'aborto[39]. Un tale diritto soggettivo non può nemmeno desumersi dagli strumenti universali a tutela dei diritti umani i quali al più contemplano, nell'ambito del diritto alla salute, obblighi in capo agli Stati di natura programmatica[40].

Discende al massimo dalla più recente prassi di alcune organizzazioni internazionali[41] e degli organismi di controllo sui diritti umani delle Nazioni Unite[42] che l'aborto terapeutico costituisca l'oggetto di un diritto in via di formazione[43], laddove per aborto terapeutico è da intendersi quello effettuato per salvaguardare la vita e la salute psico-fisica della gestante o quello in cui il feto presenti gravi malformazioni o malattie associate ad un alto tasso di mortalità (c.d. aborto eugenetico)[44]. Tanto viene infatti confermato dal Comi-

---

[37] V., *intert alia*, ECtHR, *A. B. and C. v. Ireland*, *App. No.* 25579/05, 16 *December* 2010,§ 249; *R. R. v. Poland*, *App. No.* 27617/04, 28 *November* 2011,§ 187; *P. and S. v. Poland*, *App. No.* 57375/08, 30 *January* 2013,§ 99;*Tysiac v. Poland*, *App. No.* 5410/03, 20 *March* 2007, § 116.

[38] Gregor Puppinck, *Abortion on Demand and the European Convention on Human Rights*, consultabile *online*: *https://www.ejiltalk.org/abortion-on-demand-and-the-european-convention-on-human-rights/*.

[39] ECtHR, *A. B. and C. v. Ireland* cit., § 245. Sul punto v. Gregor Puppinck, *Abortion in European in European Law: Human Rights, Social Rights and the New Cultural Trend*, in *Ave Maria International Law Journal*, 2015, pp. 29-43, p. 35.

[40] L'unico strumento universale che contempla un dritto all'aborto è il Protocollo sui diritti delle donne in Africa del 2005 (art. 14, § 2 (c)). Per una ricostruzione del diritto all'aborto nel diritto internazionale v., *inter alia*, Tom Venzor, *Protecting the Unborn Child: The Current State of Law Concerning the So-Called Right to Abortion and Intervention by the Holy See*, in *Nebraska Law Review*, 89/4, 2011, pp. 1132-1170, p. 1138-1158. Circa l'esistenza di un diritto generale all'aborto si vedano in dottrina: Christina Zampas, Jamie M.Gher, *Abortionas a Human Right. International and Regional Standards*, in *Human Rights Law Review*, 8/2, 2008, pp. 249-294, p. 249; Heleen Julien, *Is There a Human Right to Safe Motherhood* cit., pp. 25-26.

[41] CoE, Parliamentary Assembly, *The Right to Conscientious Objection in Lawful Medical Care*, *Res. No.* 1763, 2010, § 4.3; *Draft Report, Women's Access to Lawful Medical Care: the Problem of Unregulated Use of Conscientious Objection*, AS/Soc (2010) 18, § 9; *Access to Safe and Legal Abortion in Europe*, *Res. No.* 1607, 2008; WHO, *Reproductive, Maternal, Newborn and Child Health and Human Rights*, 2014, p. 72.

[42] CCPR, *General Comment No. 36* cit., § 8.

[43] Hélène Julien, *Is There a Human Right to Safe Motherhood* cit., p. 20.

[44] Matteo Liberati, *Il Diritto all'aborto terapeutico ed elettivo nella Convenzione europea per i diritti dell'uomo* cit., p. 8.

tato per i diritti umani nel Commento generale n. 36 sull'art. 6 del Patto ONU sui diritti civili e politici in cui, senza lasciare alcun margine interpretativo, si afferma che gli Stati contraenti: «must provide safe, legal and effective access to abortion where the life and health of the pregnant woman or girl is at risk, or where carrying a pregnancy to term would cause the pregnant woman or girl substantial pain or suffering, most notably where the pregnancy is the result of rape or incest or is not viable. In addition, States parties may not regulate pregnancy or abortion in all other cases in a manner that runs contrary to their duty to ensure that women and girls do not have to undertake unsafe abortions, and they should revise their abortion laws accordingly. For example, they should not take measures such as criminalizing pregnancies by unmarried women or apply criminal sanctions against women and girls undergoing abortion or against medical service providers assisting them in doing so, since taking such measures compel women and girls to resort to unsafe abortion»[45].

Il Comitato dei diritti umani e il diniego di aborto terapeutico come discriminazione di genere: i casi Mellet e Whelan

Nel più generale contesto della prassi del Comitato ONU dei diritti umani in materia di aborto[46], particolare rilievo assumono le pronunce *Mellet c. Irlanda* (2016) e *Whelan c. Irlanda* (2017) in cui il tema del divieto di IVG è esaminato anche in rapporto alla questione delle discriminazioni di genere[47]. I casi hanno ad oggetto l'esperienza di due donne costrette a recarsi all'estero per abortire un feto affetto da grave malattia in quanto, all'epoca dei fatti, la legge irlandese consentiva l'aborto solo in ipotesi eccezionali, in cui la gravidanza mettesse a rischio la vita della madre.

Nelle loro comunicazioni individuali, le ricorrenti hanno affermato che la legge irlandese integrava una violazione del Patto ONU sui diritti civili e politici con riferimento in particolare agli artt. 2, 3 e 26, posti rispettivamente a tutela della non discriminazione, dell'uguaglianza di genere e dell'uguaglianza degli individui davanti alla legge[48]. Il Comitato ONU non ha accolto le doglianze in relazione ai primi due articoli, riscontrando unicamente la viola-

---

[45] CCPR, *General Comment No. 36*, cit, § 8.

[46] CCPR, *K.L. v. Peru*, CCPR/C/85/D/1153/2003, 2005; *LMR v. Argentina*, CCPR/C/101/D/1608/2007, 2011; *Karen Noelia Llantoy Huamán v. Perù*, CCPR/C/85/D/1153/2003, 2005.

[47] CCPR, *Amanda Jane Mellet v. Irlenad, Siobhán Whelan v. Ireland* cit., vedi *supra* nota 9.

[48] Si precisa che entrambe le ricorrenti hanno invocato la violazione degli artt. 2 (1), 3, 7, 17,19 e 26 del Patto sui diritti civili e politici.

zione dell'art. 26. Pur prendendo atto che la normativa irlandese attuava una discriminazione su base sessuale, giacché limitava le sole donne nel godimento dei diritti riproduttivi e corroborava lo stereotipo di genere della «donna madre», il Comitato si è limitato a constatare la sussistenza di una violazione del principio di uguaglianza davanti alla legge in quanto «the differential treatment to which the author was subjected in relation to other similarly situated women failed to adequately take into account her medical needs and socio-economic circumstances»[49].

La posizione assunta dal Comitato non è andata esente da rilievi, sia da parte dei suoi stessi membri sia da parte della dottrina. Si è sottolineato infatti che malgrado avesse costruito gran parte del proprio ragionamento giuridico proprio sulla questione del "genere" (disciplinata dagli artt. 2 e 3 del Patto) il Comitato ha perso l'occasione di intestarsi il primato di una tale esegesi[50].

L'esistenza di un preciso nesso causale tra criminalizzazione dell'aborto e discriminazione di genere è invece chiaramente affermata nelle *concurring opinion,* specialmente dei membri Cleveland e Ben Achour. I membri del Comitato hanno evidenziato che «the Committee should have upheld the author's claim that, in Ireland restrictive abortion laws constitute a form of discrimination against women"[51] e che "the Committee should also have found a clear violation of articles 2 (1) and 3»[52] in quanto gli artt. 2 e 3 obbligano gli Stati ad adottare, anche in materia di accesso ai servizi sanitari, misure legislative che, attese le differenze biologiche tra uomini e donne sul piano riproduttivo, non realizzino, direttamente o indirettamente, discriminazioni sulla base del sesso. Ne deriva che in capo agli Stati sussiste il dovere specifico di tutelare le

---

[49] CCPR, *Amanda Jane Mellet v. Irlenad* cit., § 7.12.

Legittimo chiedersi il motive di questa scelta quando prima di accertare la violazione dell'art. 26 in entrambi i casi il Comitato aveva preso atto che «the author's claim that Ireland's criminalization of abortion subjected her to a gender-based stereotype of the reproductive role of women primarily as mothers, and that stereotyping her as a reproductive instrument subjected her to discrimination» (*Amanda Jane Mellet v. Irlenad* cit., § 7.12) e che «the author's claim that she was denied on the basis of her sex access to medical services that she needed in order to preserve her autonomy, dignity and physical and psychological integrity; that, in contrast, male patients and patients in other situations in Ireland are not expected to disregard their health needs and travel abroad in relation to their reproductive functions; and that Ireland's criminalization of abortion subjected her to a gender-based stereotype according to which the primary role of women is reproductive and maternal», CCPR, *Siobhán Whelan v. Ireland* cit., § 7. 12.

[50] V., ad es., Joanna N. Erdman, *The gender injustice of abortion laws*, in *Sexual and Reproductive Health Matters*, 27:1, 2019, pp. 1-6, p. 4, consultabile *online*.

[51] CCPR, *Siobhán Whelan v. Irlenad* cit., *Annex I, Individual opinion of Committee member Yadh Ben Achour* (*concurring*), § 2.

[52] CCPR; *Amanda Mellet v. Ireland* cit., *Appendix IV, Individual opinion of Committee members Víctor Rodríguez Rescia, Olivier de Frouville and Fabián Salvioli* (*concurring*), § 10.

esigenze precipue di ciascun sesso su base di uguaglianza e senza alcuna discriminazione; dovere che, conclude la Cleveland, deriva dalla constatazione che l'assunto per il quale le diversità di trattamento basate su differenze biologiche degli uomini e delle donne non possano costituire discriminazioni di genere è da ritenersi incompatibile con il diritto internazionale contemporaneo in materia di diritti umani e con le posizioni del Comitato[53].

Una tale prospettiva ribalta il classico approccio secondo cui la discriminazione sussiste solo quando lo Stato tratti situazioni analoghe o simili in modo diverso; prospettiva, questa, che ha l'effetto di escludere dal novero delle *gender discrimination* tutte le questioni legate alla salute riproduttiva della donna, in quanto sul piano della sessualità e della riproduzione donne e uomini mai potranno trovarsi in situazioni simili o analoghe[54].

Nonostante le decisioni del Comitato siano prive di effetti vincolanti, all'indomani della pubblicazione delle constatazioni sul caso *Whelan* l'Irlanda ha riformato la propria legislazione sull'IVG con l'adozione dell'*Health* (*Regulation of Termination of Pregnancy*) *Act*[55] ai sensi del quale l'aborto è consentito oltre che nel caso, già in precedenza contemplato, di pericolo grave per la salute o per la vita della gestante (art.10), in presenza di condizioni suscettibili di portare alla morte del feto nel grembo materno o comunque entro ventotto giorni dalla nascita (art. 11) e, in ogni caso, entro le dodici settimane dall'ultimo ciclo mestruale (art. 12).

Rilevantissimo è il cambio di rotta compiuto dall'Irlanda. Deve però evidenziarsi che la nuova legge non consente comunque l'IVG in caso di malformazione fetale non mortale diagnosticata oltre la dodicesima settimana; lacuna quest'ultima di particolare peso, ove si consideri da un lato l'impatto scientificamente provato che tali anomalie e malformazioni determinano sulla salute psicofisica della donna e dall'altro che spesso tali anomalie possono essere riscontrate anche oltre la dodicesima settimana di gravidanza. Una tale esclusione configura, ad avviso di chi scrive, un evidente sbilanciamento nella tutela dei diritti a favore del nascituro e testimonia la resistenza della cattolica

---

[53] CCPR, *Amanda Mellet v. Ireland* cit., *Appendix II, Individual opinion of Committee member Sarah Cleveland* (*concurring*), § 6.

[54] Sulla discriminazione come diversità di trattamento di situazioni analoghe o simili v., *inter alia*, Corte EDU: *Biao v. Denmark* [GC], *App. No.* 38590/10, 24 *May* 2016, § 89; *Varnas v. Lithuania*, *App. No.* 42615/06, 9 *December* 2013, § 106; *Carson and Others v. the United Kingdom* [GC], *App. No.* 42184/05, 16 *March* 2010, § 61; *D.H. and Others v. the Czech Republic* [GC], *App. No.* 57325/00, 13 *November* 2007, § 175; *Burden v. the United Kingdom* [GC], *App. No.* 133378/05, 29 *April* 2008, § 60; IACHR, *Compendium. Equality and Non-Discrimination. Inter-American Standards*, *February* 2019, § 37; IACHR, *Report No.* 48/16, *Case* 12.799, Merits, *Miguel Angel Millar Silva et Al.* (Radio Estrella del Mar de Melinka) Chile, 29 *November* 2016, § 63.

[55] *Health (Regulation of Termination of Pregnancy) Act 2018, Number 31 of 2018.*

Irlanda al superamento del binomio aborto/omicidio. Tanto trova conferma nel testo dell'art. 2 dell'*Healt* (*Regulation of Termination of Pregnancy*) *Act* in cui l'IVG è definita quale procedura "*intended to end the life of a fetus*".

Riflessioni conclusive

A più di cinquant'anni dall'adozione della Dichiarazione universale dei diritti umani l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa denunciava che «in the lives of many […] women, religion continues to play an important role. Whether they are believers or not, most women are affected in one way or another by the attitude of different faiths towards women, directly or through their traditional influence on society or the State. This influence is seldom benign: women's rights are often curtailed or violated in the name of religion. While most religions teach equality of women and men before God, they attribute different roles to women and men on earth. Religiously motivated gender stereotypes have conferred upon men a sense of superiority which has led to discriminatory treatment of women by men and even violence at their hands»[56]. Sono ancora troppe le discriminazioni perpetrate nei confronti delle donne che si ricollegano a principi e costumi così radicati, nella cultura e nel tempo, da costituire per talune società il fondamento di una sorta di «giustizia alternativa»: si pensi alla pratica delle mutilazioni genitali femminili o al triste fenomeno delle spose bambine.

La complessità della materia è tale da aver spinto il Fondo delle Nazioni Unite per la popolazione a riunire, nel 2014, un gruppo di esponenti delle principali confessioni (e tradizioni) religiose al fine di trovare soluzione al difficile bilanciamento tra lo sviluppo dei diritti delle donne, in particolare sul piano sanitario, e la tutela di credenze e pratiche culturali e religiose, altrettanto importante sul fronte dei diritti umani[57]. L'interlocuzione tra le parti coinvolte ha portato alla redazione di un rapporto avente ad oggetto un'analisi molto approfondita su come la religione comprima i diritti riproduttivi delle donne a seconda del contesto preso in esame (induista, buddista, giudaico, cristiano e islamico). Al di là delle constatazioni sulle specifiche criticità dei singoli contesti esaminati, il documento evidenzia una generale attitudine al «conservatorismo» quale risposta sistematica di alcuni gruppi religiosi al fenomeno della globalizzazione che, nel caso specifico, si traduce in una re-

[56] CoE, Parliamentary Assembly, *Res. No. 1464,* 2005, §§ 1 e 2.

[57] UNFPA, *Religion, Women's Health and Rights*, 2016 cit., p. 8.

sistenza all'attuazione dei diritti fondamentali e, tra essi, dei diritti riproduttivi. Ciò porta a concludere che il superamento delle disuguaglianze di genere nel riconoscimento di tali diritti richiede agli Stati, come peraltro evidenziato in più circostanze dagli organi di monitoraggio sul rispetto dei diritti umani[58], di adottare necessariamente un approccio strutturato (multilivello) in quanto le sole riforme legislative – come anche dimostrato dal caso irlandese – offrono risposte insufficienti, parziali e comunque inadeguate.

[58] La necessità di non circoscrivere le misure al solo piano legislativo è stata più volte evidenziata anche dagli organismi di controllo sul rispetto dei diritti, v. ad es.: CESCR, *General Comment No. 22* cit., §§ 45-48; CEDAW, *General Recommendation No. 28 on the Core Obligations of States Parties under Article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, CEDAW/C/GC/28, 2010, § 24; CESCR, *General Comment No. 14* cit., § 21.

L'incidenza del fattore religioso nei nuovi modelli di famiglia: la tutela del minore

The incidence of the religious factor in new family models: the protection of the child

Angela Valletta

Abstract

Family relationships touch different fields of life, recording a greater conflict resulting from the intersection of different cultural models, not least the whole problem arising from the introduction of the Cirinnà law. A concrete example can be found in the different role that different cultures and religions attribute to men and women within the family, particularly with regard to their educational task towards children. This problem is even more accentuated today by the institutionalization of de facto couples and civil unions. In this perspective, the religious factor submits to a considerable interpretative stress multiple institutions governing the pathological phase of the conjugal and filiation relationship, entrusting the interpreter-applicator with the delicate task of reconciling the exercise of religious freedom in the family with respect for the duty of solidarity underlying the fulfilment of the code rules concerning the reciprocal rights and duties of spouses (art. 143 Civil Code) and duties towards children (art. 147 Civil Code).

Key words

Religious freedom – New family models – Protection of minors.

Riassunto

I rapporti familiari toccano diversi campi del vivere registrando una conflittualità maggiore derivante dall'intersecarsi di diversi modelli culturali, non da ultimo tutta la problematica nascente dall'entrata in vigore della legge Cirinnà. Un esempio concreto possiamo individuarlo nel differente ruolo che le diverse culture e religioni attribuiscono all'uomo e alla donna all'interno del nucleo familiare, in particolare per quanto riguarda il loro compito educativo nei confronti dei figli. Problematica oggi ancora più accentuata dall'istituzionalizzazione delle convivenze di fatto e delle unioni civili. In questa prospettiva, il fattore religioso sottopone ad un notevole stress interpretativo molteplici istituti che disciplinano la fase patologica del rapporto coniugale e di filiazione, affidando all'interprete-applicatore il delicato compito di contemperare l'esercizio della libertà religiosa nella famiglia con il rispetto del dovere di solidarietà sotteso all'adempimento

delle norme codiciali inerenti i diritti e doveri reciproci dei coniugi (art. 143 c.c.) e i doveri verso i figli (art. 147 c.c.).

PAROLE CHIAVE
Libertà religiosa – Nuovi modelli di famiglia – Tutela del minore.

SOMMARIO: 1. I nuovi modelli di famiglia. Aspetti e problematiche – 2. La legge n. 76/2016 e l'approdo ai contratti di convivenza – 3. L'incidenza del fattore religioso nei rapporti tra i conviventi e l'importanza della libertà religiosa del minore

I nuovi modelli di famiglia. Aspetti e problematiche

I grandi e sempre più rapidi cambiamenti sociali hanno posto sotto la lente d'ingrandimento alcuni temi particolarmente delicati, come quello della famiglia, che hanno fatto sorgere nuove esigenze e questioni di diritto ad essi collegati.

I rapporti familiari toccano diversi campi del vivere registrando una conflittualità maggiore derivante dall'intersecarsi di diversi modelli culturali, non da ultimo tutta la problematica nascente dall'entrata in vigore della legge Cirinnà. Un esempio concreto possiamo individuarlo nel differente ruolo che le diverse culture e religioni attribuiscono all'uomo e alla donna all'interno del nucleo familiare, in particolare per quanto riguarda il loro compito educativo nei confronti dei figli. Problematica oggi ancora più accentuata dall'istituzionalizzazione delle convivenze di fatto e delle unioni civili.

Il diritto di professare la propria fede religiosa, di partecipare attivamente alle pratiche del proprio culto e di convertire la prole ad un culto diverso da quello cattolico rappresentano l'esplicazione pratica della libertà di scelta religiosa e, pertanto, possono essere estesi analogamente anche ai nuovi modelli di famiglia, in quanto atti di esercizio di una libertà fondamentale costituzionalmente garantita dall'art. 19 Cost. Il notevole proliferare di matrimoni contratti sia tra cittadini di diversa nazionalità sia tra quelli appartenenti a diverse confessioni religiose hanno determinato la creazione di nuclei familiari con i quali il modello tipico di famiglia italiana deve necessariamente confrontarsi. Autonomia della famiglia e libertà matrimoniale costituiscono i principi fondamentali della tutela costituzionale della famiglia stessa, da cui muovere per costruire la trama delle relazioni tra questa ed i pubblici poteri. Da essi risulta la necessità di sottrarre il matrimonio a qualsiasi forma di condizionamento, anche solo indiretto.

Nelle scuole statali, prima o poi, diventerà obbligatorio educare ad una sessualità non solo etero ma anche omosessuale. Obbligo che si estenderà inevitabilmente a tutto il sistema scolastico pubblico, comprese le scuole paritarie cattoliche o di altro orientamento filosofico o religioso che non potranno esimersi dall'obbligo di insegnare i vari modelli di sessualità, di famiglia e di genitorialità che lo Stato ha riconosciuto come legali e quindi come portatori di benefici a tutta la comunità; è nella famiglia che si creano le condizioni più favorevoli per la realizzazione personale di ogni individuo nel rispetto delle regole sociali e delle normative dettate dall'evoluzione umana.

Difatti nell'idea di evoluzione sta l'attenzione scrupolosa a scegliere quei valori che fanno crescere, nello specifico contesto in cui ci si muove, il rispetto della persona, la solidarietà tra i membri di una comunità, l'eguaglianza dei diritti.

La legge n. 76/2016 e l'approdo ai contratti di convivenza

Nel corso degli anni più volte si è tentato di regolamentare i rapporti patrimoniali tra conviventi[1], esigenza sorta dall'evolversi del concetto di famiglia nell'attuale società.

Così i vari progetti di legge presentati nel corso degli anni e mai approvati sono finalmente confluiti nel testo normativo presentato dalla relatrice Cirinnà alla Commissione Giustizia del Senato il 24 giugno 2014, rubricato *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*[2].

Tale legge ha mutato il tradizionale concetto di famiglia fondata sul matrimonio, istituto ampiamente disciplinato sia dall'ordinamento civile italiano che da quelli confessionali[3].

---

[1] Sul punto Filippo Danovi, *L'intervento giudiziale nella crisi dell'unione civile e della convivenza di fatto,* in *Famiglia e diritto,* 10, 2016, p. 995, rileva che l'*iter* della riforma è stato travagliato e il testo che ha potuto vedere la luce è, rispetto all'originario disegno di legge Cirinnà, il frutto di molteplici compromessi culturali e politici, sociali e giuridici.

[2] Sul punto Giacomo Oberto, *I contratti di convivenza nei progetti di legge (ovvero sull'imprescindibilità di un raffronto tra contratti di convivenza e contratti prematrimoniali),* in *Famiglia e diritto,* 2, 2015, p. 165. L'Autore sottolinea l'imprescindibilità di un raffronto tra contratti di convivenza e contratti prematrimoniali.

[3] Luigi Balestra, *I contratti di convivenza,* in *Famiglia, persone e successioni*, 1, 2006, p. 44; Giovanna Savorani, *Due cuori e una capanna: fuga dal matrimonio e contratti di convivenza,* in *Politica del diritto,* 1, 2014, p. 37; Anna Papa, *Il mosaico della famiglia tra dettato costituzionale, giurisprudenza e realtà sociale,* in *Rivista AIC (Associazione Italiana dei Costituzionalisti)*, 2, 2015, pp. 8-11.

In realtà è lo stesso concetto di famiglia[4] che inevitabilmente è stato travolto dal vortice dell'evoluzione sociale, aprendosi a nuove forme di dinamiche interpersonali che non approdano necessariamente nell'istituto del matrimonio così come classicamente concepito.

È un dato di fatto che oggi sono sempre più frequenti le nuove forme di unioni, mentre i matrimoni sono in fase recessiva: non di rado le giovani coppie fanno precedere al matrimonio una fase di convivenza e molte di loro decidono di non contrarre affatto matrimonio, anche perché tale istituto sembrerebbe penalizzante proprio da un punto di vista economico[5]. Per chi poi ha già vissuto l'esperienza di un matrimonio fallito, la scelta di convivere evita di alterare gli equilibri familiari in essere. Tra l'altro, nella comune considerazione, la scelta di convivere è una realtà ormai socialmente accettata, un'alternativa rispetto al matrimonio[6].

Il recente intervento legislativo[7] ha dato una veste giuridica a tali forme di convivenza attraverso la sottoscrizione di un contratto[8].

Esso, redatto in forma scritta a pena di nullità e regolarmente trascritto nei registri del Comune di residenza delle parti, produce una sostanziale equiparazione tra la condizione di coniuge e quella di convivente di fatto, in relazione soprattutto a quei diritti e doveri reciproci che scaturiscono comunemente dal matrimonio[9]. Si pensi al diritto reciproco di visita, di assistenza, nonché di

---

[4] Papa Francesco sottolinea che la famiglia è la «cellula fondamentale della società umana, su cui il Creatore ha posto la sua benedizione, affinché rappresenti nel mondo il riflesso di Dio, Uno e Trino», Sinodo sulla famiglia, Concistoro Straordinario, in *www.vatican.va*, 20 febbraio 2014.

[5] Secondo i dati ISTAT le famiglie di fatto sono cresciute più del doppio negli anni dal 2008 ad oggi, di conseguenza vi è stato un grande incremento della nascita di figli di coppie non sposate.

[6] Mario Trimarchi, *Il disegno di legge sulle unioni civili e sulle convivenze: luci e ombre,* in *Jus civile,* 1, 2016, p. 1; Gianfranco Dosi, *La nuova disciplina delle unioni civili e delle convivenze. Commento alla l. 20 maggio 2016, n. 76, al d.p.c. 23 luglio 2016, n. 144, e al d.m. 28 luglio 2016*, Giuffré, Milano, 2016.

[7] Giuseppe Buffone, *Convivenze di fatto: si gioca la partita degli ordinamenti,* in *Guida al diritto*, 26, 2016, p. 18. L'Autore ricorda che, già precedentemente all'entrava in vigore della legge Cirinnà, la giurisprudenza aveva precisato che «il convivere è un "fatto" giuridicamente rilevante da cui discendono effetti giuridici ora oggetto di regolamentazione normativa» (Tribunale di Milano, IX sez. civ., ordinanza 31 maggio 2016).

[8] L'art. 36, l. n. 76/2016, sancisce che le convivenze sono quelle che si instaurano tra «due persone maggiorenni unite stabilmente da legai affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile». Per ulteriori approfondimenti si rinvia a: Bruno De Filippis, *Unioni civili e contratti di convivenza,* CEDAM, Padova, 2016; Gianroberto Villa, *La gatta frettolosa e i contratti di convivenza,* in *Il Corriere giuridico,* 10, 2016, p. 1189; Leonardo Lenti, *La nuova disciplina della convivenza di fatto: osservazioni a prima lettura,* in *Jus civile*, 4, 2016, p. 92.

[9] A favore di una possibile equiparazione tra "coniuge" e "convivente", la giurisprudenza ha affermato che «l'instaurazione di una nuova famiglia, ancorché di fatto, rescindendo ogni connessio-

accesso alle informazioni personali in caso di malattia o ricovero, ai diritti spettanti nei casi previsti dall'ordinamento penitenziario, al diritto di nominare tutore, curatore o amministratore di sostegno il proprio convivente, qualora l'altra parte sia dichiarata interdetta o inabilitata. Mediante tale pattuizione i conviventi di fatto possono regolare il luogo in cui vogliono fissare la propria residenza, decidere le modalità con cui intendono contribuire per far fronte alle necessità della vita comune[10], in base al patrimonio e al reddito di ciascuno di essi e alla rispettiva capacità di lavoro professionale o casalingo e scegliere di adottare il regime della comunione dei beni[11].

Il patto di convivenza andrebbe, quindi, considerato come un semplice strumento negoziale con cui le parti possono costituire un rapporto giuridico, fonte di reciproci diritti e doveri, i quali per molti aspetti richiamano quelli di due soggetti che contraggono matrimonio.

In realtà si riscontrano delle sostanziali differenze, specie in relazione all'incidenza del fattore religioso sulle dinamiche personali tra i conviventi.

Infatti, tra i diritti previsti non è annoverato quello di educare eventuali figli secondo la propria fede di appartenenza, né è considerata la possibilità che uno dei contraenti prenda decisioni per se stesso o per l'altro convivente in ottemperanza ai dettami della propria religione: si pensi alle dinamiche interpersonali connesse alle cosiddette scelte di "fine-vita".

Ad esempio, il comma 39 del testo legislativo in esame prevede che «in caso di malattia o di ricovero, i conviventi di fatto hanno diritto reciproco di visita, di assistenza, nonché di accesso alle informazioni personali, secondo le regole di organizzazione delle strutture ospedaliere o di assistenza pubbliche, private o convenzionate previste per i coniugi e i familiari»; il comma 40, invece, sancisce che ciascun convivente di fatto può designare l'altro quale suo rappresentate in caso di malattia ed in caso di morte, per quanto riguarda

---

ne con il tenore e il modello di vita caratterizzanti la pregressa fase di convivenza matrimoniale, fa venire meno il presupposto per la riconoscibilità dell'assegno divorzile a carico dell'altro coniuge, così che il relativo diritto non entra in stato di quiescenza, ma resta definitivamente escluso. […] La formazione di una famiglia di fatto, tutelata dall'art. 2 Cost. come formazione stabile e duratura, in cui si svolge la personalità dell'individuo, è espressione di una scelta esistenziale libera e consapevole, che si caratterizza per l'assunzione piena del rischio del rapporto e, quindi, esclude ogni residua forma di solidarietà post-matrimoniale con l'altro coniuge, il quale deve considerarsi definitivamente esonerato dall'obbligo di corrispondere l'assegno divorzile» (Cassazione civile, VI sez., sentenza 29 settembre 2016 n. 19345).

[10] Gilda Ferrando, *Contratto di convivenza, contribuzione e mantenimento,* in *Contratti,* 7, 2015, p. 722.

[11] Adriano Pischetola, *Il regime fiscale dei "contratti di convivenza",* in *Immobili e Proprietà*, 7, 2016, evidenzia che nella legge Cirinnà emergono situazioni giuridiche rilevanti riguardo alle quali si potrebbe porre la necessità di una rapida ed efficace tutela sul piano giurisdizionale, ad esempio in materia degli obblighi per gli alimenti (questi vengono calcolati in relazione alla durata del rapporto).

la donazione di organi e le modalità di trattamento del proprio corpo, oltreché per le volontà in ordine alla sepoltura o cremazione[12].

Con queste disposizioni il legislatore interviene sul tema delle direttive anticipate di trattamento terapeutico e delle disposizioni *post mortem,* lasciando però alcuni dubbi interpretativi, in quanto la possibilità di nominare un tutore è già prevista dall'art. 408 c.c. in materia di amministrazione di sostegno. Di conseguenza, si può ritenere che o il comma 40 vada considerato come una mera ripetizione dell'art. 408 c.c. oppure che il predetto comma si riferisca a diversi poteri riconosciuti al convivente.

Non sembra però che il comma 40 faccia riferimento al testamento biologico, legittimando il ricorso allo stesso.

Per questo motivo si pone il problema relativo alla possibilità per il convivente di far valere le volontà del *partner* sulle scelte di fine vita, in particolare se il convivente è legittimato a "staccare la spina".

Nell'ambito del matrimonio è stata riconosciuta al coniuge la facoltà di poter decidere in tal senso, consentendo così il rispetto delle volontà del coniuge che versi in uno stato di incapacità. Tali volontà, inoltre, sono spesso condizionate dalla propria fede religiosa: di conseguenza il coniuge potrebbe rispettare anche le stesse[13].

La legge Cirinnà, quindi, impedendo ad un convivente di poter decidere per conto dell'altro, escluderebbe qualsiasi riferimento rispetto al fenomeno religioso e alla tutela dello stesso, da qui una grave lacuna circa la tutela di un diritto fondamentale, tutelato dalla Costituzione, nell'ambito dei contratti di convivenza.

---

[12] Legge 20 maggio 2016, n. 76, comma 40: «Ciascun convivente di fatto può designare l'altro quale suo rappresentante con poteri propri o limitati: a) in caso di malattia che comporta incapacità di intendere e di volere, per le decisioni in materia di salute; b) in caso di morte, per quanto riguarda la donazione di organi, le modalità di trattamento del corpo e le celebrazioni funerarie».

[13] Il Tribunale di Modena, con decreto 5 novembre 2008, ha nominato la moglie del ricorrente amministratore di sostegno dello stesso, «autorizzandola a compiere, in nome e per conto del beneficiario, i seguenti atti: negazione di consenso ai sanitari coinvolti a praticare alla persona trattamento terapeutico alcuno e, in specifico, rianimazione cardiopolmonare, dialisi, trasfusioni di sangue, terapie antibiotiche, ventilazione, idratazione e alimentazione forzata e artificiali; richiamo ai sanitari dell'obbligo di apprestare alla persona, con le maggiori tempestività, sollecitudine ed incidenza ai fini di lenimento delle sofferenze, le cure palliative più efficaci compreso l'utilizzo di farmaci oppiacei», in *www.dejure.it*.

L'incidenza del fattore religioso nei rapporti tra i conviventi e l'importanza della libertà religiosa del minore

Al pari della famiglia tradizionalmente fondata sul matrimonio[14], in particolare sul matrimonio civile che trova la sua configurazione nel modello canonistico[15], anche le unioni suggellate dalla sottoscrizione dei cosiddetti contratti di convivenza possono costituire una delle dimensioni in cui il sentimento religioso dell'individuo acquista un'importanza preminente[16].

Ciò sia nella fase fisiologica del contratto stesso, che in quella patologica in cui le motivazioni religiose sono tra le cause di disgregazione del consorzio familiare[17]. Il mutamento di confessione religiosa da parte di uno dei conviventi, il contrasto tra gli stessi circa l'educazione religiosa da impartire ad eventuali

---

[14] Antonio Fuccillo, *Attribuzioni patrimoniali e libertà individuali tra famiglia legittima, famiglia naturale e multireligiosità*, in *Diritto e Religioni,* 1-2, 2006, pp. 264-265, sottolinea che il diritto di famiglia è quella certamente tra le discipline civilistiche maggiormente influenzata da un lato dalla "tradizione" culturale di un Paese, dall'altra più soggetta alle sollecitazioni provenienti dalle "nuove culture" che si impongono quale diretta conseguenza della globalizzazione sociale. di conseguenza, si può affermare che tale ramo del sapere giuridico si colloca oramai utilmente quale "scienza di mezzo" risultando essenziale per una corretta lettura delle dinamiche al suo interno, l'utilizzazione di vari "saperi".

[15] Antonio Fuccillo, *Riflessioni sparse su "CUS", "DICO" e fenomeno religioso,* in *Stato, Chiese e Pluralismo confessionale,* Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 2, 2007; Federico Gravino, *Fattore religioso e contratto di convivenza,* in Antonio Fuccillo (a cura di), *Le proiezioni civili delle religioni tra libertà e bilateralità. Modelli di disciplina giuridica,* Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, pp. 315-326; Raffaella Losurdo, *Libertà religiosa e nuovi modelli di famiglia,* Cacucci Editore, Bari, 2016.

[16] Antonio Fuccillo, *Attribuzioni patrimoniali e libertà individuali tra famiglia legittima, famiglia naturale e multireligiosa,* in *Diritto e Religioni,* 1-2, 2006, p. 274; Raffaele Botta, *Manuale di diritto ecclesiastico. Società civile e società religiosa nell'età della crisi*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 235; Raffaele Santoro, *Multiculturalismo, convivenze e diritto regionale,* in Antonio Lenti (a cura di), *Unioni di fatto, convivenze e fattore religioso,* Giappichelli, Torino, 2007, p. 28; Pietro Maria Putti *Nuovi modelli di relazioni familiari tra prospettive di apertura ed esigenze di confronto, in Il diritto di famiglia e delle persone,* 2009, 2, pp. 829-830; Antonio Fuccillo, *Unioni di fatto, pluralismo religioso e reazione giuridica*, in Antonio Fuccillo (a cura di), *Unioni di fatto, convivenze e fattore religioso* cit., p. 5.

[17] Antonio Fuccillo, *Diritto, Religioni, Culture. Il fattore religioso nell'esperienza giuridica,* Giappichelli, Torino, 2019, pp. 525-576; Antonio Fuccillo, Raffaele Santoro, *Giustizia, diritto, religioni. Percorsi nel diritto ecclesiastico civile vivente*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 301; Francesco Sorvillo, *Alcune considerazioni sulla giurisprudenza e l'evoluzione sociale e multireligiosa della famiglia di fatto*, in Antonio Fuccillo (a cura di), *Unioni di fatto, convivenze e fattore religioso* cit., p. 150. L'Autore aggiunge che le sentenze della Corte di Cassazione, in materia di libertà religiosa nella famiglia condannano il principio di intolleranza verso le nuove convinzioni religiose del coniuge e, dunque, ritengono lo stesso causa di addebito della separazione. Ciò non pare altro che il ricorso all'applicazione di un più generale principio di "tolleranza religiosa" (intesa non come sopportazione, ma come effettivo rispetto per ciascuna fede religiosa) da utilizzare per prevenire o risolvere eventuali conflitti, causati dall'esercizio del diritto di libertà religiosa, esistenti all'interno del nucleo familiare legittimo o naturale.

figli[18] possono costituire all'interno della convivenza motivi di dissidio[19]. L'appartenenza confessionale dei contraenti, infatti, si traduce in divieti, consigli o, in taluni casi, in obblighi, che sono espressione di una libertà di appartenere che va ben oltre i cosiddetti "atti di culto"[20]. Si consideri ulteriormente che sempre più spesso accade che i coniugi/conviventi non appartengono alla stessa comunità confessionale o avente la stessa identità culturale e ciò può rendere più difficile il dialogo e la comprensione degli istituti giuridici familiari[21].

Tuttavia, se nell'ambito dell'istituto matrimoniale la presenza del fattore religioso è stata così incisiva da consentire il riconoscimento attraverso la normativa pattizia degli effetti civili ai matrimoni contratti secondo il rito religioso[22], la legge Cirinnà non fa alcun riferimento al fattore "religione" sia per quel che concerne la costituzione del rapporto di convivenza, sia per lo scioglimento dello stesso[23]. L'attuale dato normativo, infatti, pur prevedendo modalità alternative con cui costituire una famiglia, non è sicuramente esaustivo né per i rapporti interni fra i componenti della coppia, né riguardo ai rapporti della coppia con i terzi. Non è annoverato tra i diritti dei conviventi, ad esempio, quello di educare eventuali figli secondo la propria fede di appartenenza, né è considerata la possibilità che uno dei contraenti prenda decisioni per se stesso o per l'altro in ottemperanza ai dettami della propria religione; tanto meno è stato previsto se il contratto di convivenza possa essere sciolto per motivazioni di ordine religioso[24].

L'assenza di una previsione legislativa in merito e della conseguente tutela dei soggetti induce a interrogarsi sull'effettiva possibilità di estendere quanto disciplinato dal legislatore per il "coniuge" anche nel caso in cui sia sotto-

---

[18] Alessandro Ceserani, *L'educazione religiosa del minore nella crisi coniugale tra autonomia familiare e intervento del giudice,* in *Il Diritto ecclesiastico*, 3-4, 2011, pp. 771-794.

[19] Mario Tedeschi, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 336-337.

[20] Sergio Ferlito, *Le religioni, il giurista e l'antropologo*, Franco Angeli, Milano, 2007, p.72.

[21] Gaetano Dammacco, *Diritti umani e fattore religioso nel sistema multiculturale euro mediterraneo*, Cacucci, Bari, 2000, p. 184.

[22] Sul punto Sara Domianello, *I matrimoni davanti a ministri di culto,* in Gilda Ferrando, Marcella Fortino, Francesco Ruscello (a cura di), *Famiglia e matrimonio*, I ed., Giuffrè, Milano, 2002, p. 201.

[23] Luigi Balestra, *La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione,* in *Famiglia e diritto,* 10, 2016, p. 930.

[24] Su questi aspetti rinvio a Maria Luisa Lo Giacco, *Educazione religiosa e tutela del minore nella famiglia*, in Ead. (a cura di), *La famiglia e i suoi soggetti. Temi giuridici,* Cacucci, Bari, 2008, pp. 32-33; Ead., *Libertà religiosa, nuovi modelli familiari e filiazione in una prospettiva interculturale* cit., pp. 249-267. Si veda inoltre Giuseppe Dalla Torre, Pasquale Lillo, Giuseppe Marco Salvati (a cura di), *Educazione e religione*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2011; David Durisotto, *Educazione e libertà religiosa del minore*, Jovene, Napoli, 2011.

scritto un contratto di convivenza o se tale assenza normativa escluda del tutto l'incidenza del fattore religioso sulla costituzione, la vita e la disgregazione di questa nuova forma di consorzio familiare.

In merito all'incidenza del fattore religioso sulle dinamiche dei rapporti tra coniugi, orientamento costante della giurisprudenza è che il mutamento del proprio credo religioso e, quindi, la conseguente appartenenza confessionale, «non può, di per sé solo, considerarsi come ragione di addebito della separazione, nonostante la sua inevitabile incidenza sull'armonia del rapporto coniugale, a meno che non si traduca in una violazione dei doveri coniugali e genitoriali di cui agli artt. 143 e 147 c.c., determinandosi di fatto una situazione di improseguibilità della convivenza o di grave pregiudizio della prole»[25].

Ed ancora: «in caso di comportamenti del coniuge che scaturiscono dalla sua cultura, nazionale e religiosa, la valutazione di addebito deve passare attraverso la verifica che i comportamenti, sempre che assunti dal coniuge in piena coscienza e volontà, e contrari ai doveri fondamentali del matrimonio, pur se spiegabili con la storia personale del coniuge stesso, abbiano una incidenza causale diretta nel determinare una condizione di oggettiva intollerabilità della convivenza»[26].

L'ottemperanza dei doveri di solidarietà familiare da parte dei coniugi deve essere bilanciata con altri diritti fondamentali di cui ciascuno di essi è portatore[27], tra cui, ad esempio, la libertà religiosa, *ex* art. 19 Cost., il cui esercizio potrebbe scontrarsi con l'adempimento ordinario delle obbligazioni familiari.

L'operazione ermeneutica dei giudici di legittimità in merito all'incidenza o meno del fattore religioso come causa di separazione personale dei coniugi non trova attualmente alcun riscontro circa la disciplina dei contratti di convivenza previsti dalla legge n. 76/2016, data la recente entrata in vigore della stessa normativa e, soprattutto, l'inesistente casistica in materia.

Numerose, tra l'altro, sono le critiche rispetto all'impianto legislativo in

---

[25] La Cassazione civile, nella sentenza n. 4498/1985, ha stabilito che la libertà di un soggetto di mutare fede non può affievolirsi solo perché è sposato ed ha figli, anche se ciò vale per sé e non per l'altro coniuge perché non c'è un principio di affidamento per cui questi non possa mutare indirizzo religioso. Invece nella sentenza n. 4892/1988, la Corte ha ribadito che non costituisce motivo di addebito nella separazione il mutamento di fede religiosa di uno dei coniugi, mentre lo è l'intolleranza verso le nuove convinzioni dell'altro coniuge. Ancora nella sentenza n. 15241/2004, in tema di separazione personale tra coniugi, ha rilevato che la scelta di appartenenza ad una confessione religiosa tale da determinare l'allontanamento dalla casa coniugale e la rinuncia alla convivenza non può rientrare nell'ambito dell'esercizio di un diritto costituzionalmente garantito onde escludere l'addebitabilità della separazione. Tutte in *https://www.dejure.it*.

[26] Cassazione civile, sentenza n. 19450/2007, in *https://www.dejure.it*.

[27] Natascia Marchei, *La famiglia*, in Giuseppe Casuscelli (a cura di), *Nozioni di diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 109.

esame[28]. Si ritiene, infatti, che esso non disciplini in modo organico e completo gli effetti della convivenza delle coppie non sposate, apparendo piuttosto come un «coacervo di norme incoerenti, senza una linea di politica del diritto chiara e definita»[29].

In particolare, occorre rilevare che la legge riferisce la convivenza solo a quelle coppie formate da due persone, escludendo dall'ambito soggettivo di applicazione tutte le coppie in cui una parte sia già separata[30].

Inoltre, la legge Cirinnà dimentica che la composizione multiculturale dell'attuale società vede spesso protagonisti (anche) delle dinamiche familiari soggetti provenienti da Paesi in cui la poligamia è lecita. In tal caso, dunque, stando al dettato legislativo, l'incidenza del fattore religioso rispetto alla costituzione di un contratto di convivenza sarebbe notevole: coppie con soggetti già uniti in matrimoni poligamici vedrebbero precluso il diritto di beneficiare della disciplina relativa al contratto in esame, con conseguenti problemi soprattutto in materia di successioni e di rilascio del permesso di soggiorno[31].

Tali lacune legislative, pertanto, costringono l'interprete ad introdurre una "disciplina" delle convivenze di fatto parallela a quella legale[32] o, quanto meno, rinvenire una forma di coordinamento delle nuove norme con le disposizioni legislative e le regole giurisprudenziali preesistenti[33].

Una possibile soluzione rispetto al silenzio del legislatore potrebbe essere quella di estendere il riconoscimento dei diritti già previsti dalla legge o affermati dalla giurisprudenza anche alle coppie che nascono sulla base di contratti di convivenza.

Diversamente, dovrebbe sostenersi l'idea che le regole giurisprudenziali e i dettati normativi passati siano divenuti inapplicabili per effetto della nuova legge[34].

---

[28] Giacomo Oberto, *I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto*, in Marina Blasi (a cura di), *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze – Legge 20 maggio 2016, n. 76*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 30.

[29] Leonardo Lenti, *La nuova disciplina della convivenza di fatto: osservazioni a prima lettura* cit., p. 92.

[30] Giacomo Oberto, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza,* in *Famiglia e diritto*, 10, 2016, pp. 944-945.

[31] Marco Rizzuti, Prospettive di una disciplina delle convivenze: tra fatto e diritto, in *Giustizia civile,* Rivista telematica (*www.giustiziacivile.com*), 5, 2016, p. 9.

[32] Romana Pacia, *Unioni civili e convivenze*, in *Jus civile*, 6, 2016, p. 204.

[33] Antonio Fuccillo, *Unioni di fatto, pluralismo religioso e reazione giuridica* cit., p. 9. L'Autore ritiene che compito del giurista moderno sia proprio quello di ricercare un'ipotesi possibile di soluzione, che attenui il contrasto tra società attuale ed istituti giuridici, particolarmente evidente nel campo del diritto di famiglia.

[34] Leonardo Lenti, *Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri,* in *Famiglia e diritto,* 10,

In realtà, la legge Cirinnà non novella i principi fondamentali del nostro ordinamento.

Il diritto alla libertà religiosa, diritto fondamentale previsto dalla nostra Carta costituzionale, resta tale a prescindere da una sua espressa enunciazione all'interno del recente testo di legge.

D'altronde, fermo restando le evoluzioni legislative, è ormai pacifico affermare che ruolo centrale all'interno del diritto è dato alla "persona umana", intesa quale valore[35] su cui si fonda l'intero ordinamento giuridico. Ciò induce ad affermare che l'assenza di un espresso riconoscimento di diritti fondamentali, come quello di libertà religiosa, all'interno del nuovo *corpus* normativo non può tradursi in una conseguente assenza di tutela degli stessi da parte del legislatore, bensì è proprio quella centralità di cui gode la persona ad essere la chiave di lettura[36] che garantisce a ciascun individuo[37], specie in tale settore dell'ordinamento, il godimento del diritto in esame.

Dunque, la tutela e la protezione riconosciute dai padri costituenti alla libertà religiosa potranno trovare applicazione a prescindere dal *nomen* del soggetto coinvolto, sia esso "coniuge" che "convivente".

Il principio del rispetto della libertà religiosa individuale, ciò anche nel caso in cui il singolo non voglia aderire ad alcuna confessione religiosa o non desideri impartire alcun insegnamento religioso ai figli, ossia il diritto di appartenere come quello di non appartenere[38], merita rispetto anche nel caso in cui, sottoscritto il contratto di convivenza, sorga un dissidio tra essi conviventi in ordine a cause di tipo religioso[39]. Nonostante ciò, la legge Cirinnà non enuclea espressamente le motivazioni religiose tra le cause di scioglimento del contratto in oggetto.

Se in passato si lamentava l'assenza di una legislazione speciale in materia di convivenze, tanto da proporre un'autoregolamentazione delle stesse sulla base di accordi a contenuto autonormativo[40], la disciplina introdotta nel giugno 2016 parrebbe non soddisfare tutte le esigenze connesse alle dinamiche

---

2016, p. 932.

[35] Antonio Fuccillo, *L'attuazione privatistica della libertà religiosa,* ESI, Napoli, 2005, p. 84.

[36] Giuseppe Limone, *La persona come nuovo alfabeto di senso nel villaggio*, in Sergio Sorrentino (a cura di), *Diversità e rapporto fra culture*, Aracne, Roma, 2005, p. 37.

[37] Sergio Ferlito, *Diritto soggettivo e libertà religiosa*, ESI, Napoli, 2003, p. 35. L'Autore sottolinea che i diritti soggettivi, ed a maggior ragione i diritti di libertà, presuppongono l'individuo, perché è l'individuo la base su cui essi poggiano.

[38] Mario Ricca, *Pantheon. Agenda della laicità multiculturale*, Torri del Vento, Palermo, 2012, pp. 187-190.

[39] Sul punto Leonardo Lenti, *Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri* cit., p. 932.

[40] Guido Fuccillo (a cura di), *Autonomia negoziale tra libertà e controlli*, ESI, Napoli, 2002, p. 171.

tra conviventi. Tra queste si colloca certamente il fattore religioso, che riveste un ruolo tutt'altro che secondario nella vita di chi, a prescindere dall'istituto giuridico adoperato, decide di instaurare un rapporto basato sull'*affectio familiaris*[41].

Ci si interroga, dunque, sulla portata innovativa della legge Cirinnà[42] e su quanto le omissioni[43] del suddetto testo legislativo possano tradursi in un'effettiva tutela di quei diritti meritevoli di essere garantiti al di là dello strumento giuridico utilizzato dalle parti per regolare i reciproci rapporti di convivenza.

Probabilmente, sarebbe auspicabile un ritorno a quella forma di autoregolamentazione che consente alle parti di disciplinare i loro rapporti, secondo i propri interessi e le proprie convinzioni sociali, culturali e religiose, sulla base del contenuto tipico del contratto così come previsto dalla legge n. 76/2016.

In questa prospettiva, la famiglia non è solo la certificazione burocratica di un legame socialmente e civilmente rilevante, ma è una comunità ordinata in cui progettare un indirizzo di vita nel quale favorire e realizzare la personalità di tutti i componenti, secondo la previsione dell'art. 2 della Costituzione italiana.

---

[41] Antonio Fuccillo, *Attribuzioni patrimoniali e libertà individuali tra famiglia legittima, famiglia naturale e multireligiosità* cit., p. 2.

[42] Giacomo Oberto, *I contratti di convivenza nei progetti di legge* cit., p. 174. L'Autore sostiene che prevedere una legge i cui effetti sono comunque realizzabili mediante il ricorso all'autonomia privata ha un senso perché: l'intervento normativo potrebbe svolgere una funzione incentivante, con il risultato di prevenire possibili liti nate dall'imprevidenza o dall'avventatezza dei *partners*; l'adozione dell'opzione legislativa potrebbe favorire l'apertura di nuove prospettive negoziali in settori da cui l'attività contrattuale è esclusa o indebitamente compressa; l'intervento legislativo potrebbe senz'altro aiutare a sciogliere residui dubbi sulla validità di singoli tipi di clausole.

[43] Giacomo Oberto, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza* cit., pp. 948-949; Id., *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa,* CEDAM, Padova, 2012, p. 171.

Minori e forme di tutela legale religiosamente connotate nella recente giurisprudenza delle Corti Europee

Minors and religiously connoted legal protection in recent European case law

Adele Pastena

Abstract

Kafala legal institution, typical of the Islamic world, stands out as a protective form of minors outside the creation of any adoptive bond and recognised status as in the cases of legitimate child. In Western countries, kafala brings into focus several different issues that are connected primarily with fears of circumventing laws in matters of family reunion alongside stringent criteria set for international child adoption. However, the assumption that there are imperfect legal models should not prevent European Courts from duly recognising kafala as a proper means to ensure supreme interests of minors. This way then, the very nature of kafala is one which provides jurists with responsibility to choose from the best applicable rules of procedures, and most importantly fosters a conscientious and rational evolution of the system as a whole.

Key words

Kafala – Child protection measures – Child superior interest.

Riassunto

L'istituto giuridico della kafala*, tipico del mondo islamico, è una forma di tutela del minore senza creazione di un legame adottivo e privo del riconoscimento di uno* status *parificato a quello del figlio legittimo. Lo studio della* kafala *evidenzia nei Paesi c.d. occidentali molteplici problematiche concrete, legate soprattutto al timore della possibilità di aggirare la normativa in tema di ricongiungimento familiare ed i rigidi criteri fissati in tema di adozioni internazionali. Un'imperfetta coincidenza di modelli giuridici non dovrebbe però impedire alle Corti europee di garantire la riconoscibilità della* kafala *al fine di assicurare il supremo interesse del minore. La natura di questo sistema attribuisce, infatti, una pesante responsabilità ai giuristi chiamati non solo a scegliere quale regime processuale applicare, ma soprattutto a stimolare l'evoluzione coscienziosa e razionale dell'intero sistema.*

Parole chiave
Kafala – *Strumenti di tutela del minore – Supremo interesse del minore*.

Sommario: 1. Considerazioni introduttive – 2. La kafala *nella recente giurisprudenza delle Corti Europee*

Considerazioni introduttive

La *kafala* costituisce il trasferimento di un bambino assolutamente legato alle proprie origini – nazionali, culturali, familiari e quindi anche religiose e identitarie – che non possono/vogliono essere recise. Essere musulmano è una precondizione indispensabile per poter accedere a tale istituto. In molti Paesi l'islam è religione di Stato e l'identità religiosa è parte non solo della struttura della nazione, ma della formazione culturale del soggetto. In tale contesto socio-religioso il bambino abbandonato deve essere accolto da una famiglia della sua stessa religione; si presume infatti che, anche se orfano e di genitori sconosciuti, il piccolo sia sempre di fede islamica. Ai futuri genitori adottivi è quindi richiesto di essere musulmani; in alcuni casi, come in Marocco, può essere concesso di convertirsi per entrare a far parte della *Umma*/la comunità dei credenti. L'ufficiale di stato civile in tali Paesi attribuisce, come è noto, agli orfani un nome di padre e madre così come un nome e un patronimico della tradizione arabo-musulmana, che inquadra immediatamente l'appartenenza del bambino a una nazione, un territorio, una cultura, una comunità religiosa.

La *kafala* deve, dunque, essere sempre intesa come uno strumento di un passaggio, la trasmissione di una continuità identitaria, culturale e religiosa. L'ingresso di un bambino sub *kafala* nel mondo occidentale produce in effetti una rottura tra due identità ufficiali. Il conflitto giuridico sembra focalizzarsi tra una definizione concreta del concetto di *interesse del bambino*, che si fonda sull'esistenza reale di un rapporto di filiazione, e una più astratta/formale secondo cui tutelare tale interesse dovrebbe comportare un rispetto rigoroso della legge nazionale del suo Paese di provenienza per non privarlo delle sue origini e della sua identità. Su tale dualismo giuridico si snoda la principale problematica di qualificazione dell'istituto nel rapporto tra ordinamenti. Una maggiore attenzione all'interesse del minore dovrebbe comportare una forzatura normativa, tale da consentire nella maggioranza delle ipotesi la trasformazione dell'istituto, in modo da attribuire dei genitori a un bambino, ovviamente utilizzando lo schema giuridico a lui più favorevole esistente nel Paese di nuova accoglienza. Si deve tuttavia osservare che anche l'automatica

traduzione della *kafala* in adozione determinerebbe, in assenza di una specifica regolamentazione, una situazione indubbiamente anomala: il minore, in violazione della normativa islamica, perderebbe la sua appartenenza alla *Umma*, subirebbe il cambio di cognome, della cittadinanza, per diventare figlio legittimo di cittadini occidentali. Tale situazione non potrebbe tuttavia mai essere riconosciuta valida nei Paesi islamici di provenienza perché contraria all'ordine pubblico e si creerebbe una situazione giuridica incerta in quanto entrambi gli Stati, sia quello di origine che di adozione, considererebbero il minore come proprio cittadino. Se per ipotesi i genitori biologici del minore reclamassero il rimpatrio del proprio figlio, le autorità giurisdizionali occidentali lo dovrebbero rifiutare perché in contrasto con il nuovo *status* del minore quale figlio legittimo, secondo i parametri della legislazione occidentale. Nel momento di ingresso, come cittadino, nel suo Paese di provenienza il minore potrebbe perdere i diritti acquisiti nel nuovo territorio.

Occorre tuttavia ribadire che tale impostazione teorica parte da un presupposto da verificare: che il bambino, poiché nato in un determinato Paese, sia parte di quella cultura e comunità religiosa. Anche questo profilo, alla luce delle elaborazioni concettuali del principio di libertà religiosa, dovrebbe essere valutato perché non tutela in forma completa uno dei fondamentali diritti individuali, quello alla formazione libera della propria coscienza. Si deve inoltre distinguere la posizione giuridica dei minori orfani di entrambi i genitori per i quali, come già avvenuto da tempo in alcuni Paesi europei, sarebbe possibile la conversione del provvedimento nella adozione, dal minore affidato in *kafala* da genitori viventi, più assimilabile all'affido.

La mancata assimilazione degli effetti della *kafala* a quelli dell'adozione legittimante, se da un lato senz'altro assicura il massimo rispetto del divieto coranico[1], dall'altro può anche comportare conseguenze negative per il soggetto affidato (ad esempio sul piano successorio), con conseguente possibile compressione del *best interest* del minore. Seguire questo percorso giuridico introdurrebbe quindi una grave forma di discriminazione poiché si permetterebbe un'adozione transculturale per alcuni bambini e non per altri, senza che gli stessi abbiano potuto né essere informati né decidere, ma soltanto in base a

[1] Sembrano particolarmente interessanti, a questo proposito, le osservazioni contenute in Corte di Cassazione, 4 novembre 2005, n. 21395 in *Guida al diritto*, 2005, fasc. 45, p. 28, secondo la quale «l'istituto della kafala [...] vuole realizzare una vera e propria presa in carico educativa da parte degli affidatari, ben paragonabile al contenuto del nostro affidamento familiare dal punto di vista giuridico-formale non intende trasferire anche la tutela, giacché, così, verrebbe contraddetto il principio, cui quella legislazione tiene particolarmente, che non debba mai venire perduto il legame del minore con le proprie origini». L'interesse a rispettare il divieto coranico non nasce, peraltro, esclusivamente da istanze multiculturali, ma anche dall'opportunità di mantenere con gli Stati esteri buone relazioni diplomatiche.

quella che si presume essere la loro legge personale.

Si dimenticherebbe inoltre che con il percorso adottivo l'obiettivo è quello di inserire un bambino in una famiglia sottoponendolo, *inter alia*, in quanto minore alla stessa legislazione dei suoi genitori. L'adozione di questa prospettiva, eccessivamente garantista della *domestic jurisdiction* dei singoli Stati e desiderosa di evitare impasse internazionali, produrrebbe inevitabilmente una generazione di individui invisibili, privi di tutela e riconoscimento giuridico del loro *status*, (particolarmente grave trattandosi di bambini) e attuerebbe pericolose forme di discriminazione in base alla cultura di provenienza del soggetto che, in quanto minore, non può difendere autonomamente i propri diritti e libertà.

A tali osservazioni si somma il timore, sempre sotteso a tale tipo di operazioni, dell'eventualità di un aggiramento della disciplina in materia di immigrazione o adozione[2]. È da considerare illegittima qualsiasi interpretazione che escluda pregiudizialmente la *kafala* dai titoli per il ricongiungimento familiare che, inoltre, penalizzerebbe (anche con *vulnus* al principio di eguaglianza) tutti i minori, di Paesi arabi, illegittimi, orfani o comunque in stato di abbandono, per i quali la *kafala* è l'unico istituto di protezione previsto dagli ordinamenti islamici[3].

Nel delicato rapporto tra il diritto alla vita familiare e quello al ricongiungimento parentale qualsiasi forma di limitazione o negazione del secondo provoca, contestualmente, una limitazione o negazione del primo ed è dunque necessario che il diverso significato che s'intende tutelare giustifichi, principalmente in termini di identità assiologica del sistema, la scelta di limitare o sacrificare in toto l'operatività di quel diritto[4]. Il campo semantico del diritto

---

[2] Rebecca Gelli, *Kafalah di diritto islamico ed altri atti stranieri di dismissione della potestà genitoriale: il giudizio di equiparazione ai fini del ricongiungimento familiare*, in *Famiglia e diritto*, 2012, p. 472 ss. L'autore analizza la decisione della Corte di Cassazione italiana, la quale a differenza di pronunce precedenti, ridimensiona l'astratta portata dei principi affermati nei precedenti giurisprudenziali che avevano autorizzato il ricongiungimento familiare del minore straniero affidato in *kafala*. La Corte, infatti, circoscrive l'ambito applicativo ai soli casi di minori che provengono da ordinamenti che non contemplino l'adozione. Per quanto riguarda l'Italia v. anche Alessandra Lang, *Le Sezioni Unite chiariscono quando la Kafalah è presupposto per il ricongiungimento familiare del cittadino italiano*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2013, pp. 91-99.

[3] Sul ricongiungimento familiare e il diritto all'unità familiare, considerato tra i diritti fondamentali della persona e perciò spettante agli stranieri, cfr. Corte costituzionale, 12 gen. 1995, n. 28, in *Foro italiano*, 1995, I, c. 2068.

[4] Cfr. il considerando n. 10 della direttiva n. 2003/86, il quale consegna all'autonomia decisionale degli Stati membri l'autorizzazione al ricongiungimento familiare «per parenti in linea diretta ascendente, figli maggiorenni non coniugati, partners non coniugati o la cui relazione sia registrata, nonché, in caso di matrimoni poligami, i figli minori di un altro coniuge», aggiungendo che l'autorizzazione «concessa da uno Stato membro a tali persone non pregiudica la facoltà per

al ricongiungimento familiare è strettamente legato al significato di famiglia e a quello di familiare[5]. In Italia il Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione del 1998 ha chiarito che ai fini del ricongiungimento i minori adottati o affidati o sottoposti a tutela sono equiparati ai figli (art. 29), evidenziando la centralità delle relazioni effettive genitori-figli, al di là di ogni possibile qualificazione giuridica, al fine di dare concretezza al diritto del minore all'unità familiare.

Quest'ultima rappresenta, ovviamente, uno dei diritti primari della persona e il ricongiungimento può ascriversi nell'insieme di garanzie giuridiche poste a tutela della famiglia, intesa quale nucleo naturale e fondamentale della società. Esso è il mezzo mediante il quale si realizza l'unità familiare e si consente a chi risiede/soggiorna regolarmente in uno Stato di essere raggiunto dai familiari provenienti da altri Paesi. Il suo riconoscimento giuridico scalfisce il principio tradizionale per il quale rientra, tra le prerogative sovrane degli Stati, la regolazione dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri all'interno del proprio territorio e, nella sua dimensione funzionale, appare certamente un importante indice rilevatore del salto di qualità delle politiche dell'immigrazione, da attività di contenimento a indice di integrazione. A tali valutazioni deve sommarsi la considerazione che esso nasce come un diritto forte e assume tratti ancora più intensi, dal momento che si connette con posizioni soggettive particolarmente protette, come quella del minore, che godono di speciali garanzie nel diritto internazionale.

La sua disciplina è racchiusa nella direttiva della Comunità Europea n. 86/2003, che accoglie una nozione assai ristretta di famiglia, da intendersi come nucleare, limitata al coniuge del soggiornante e ai figli minori non sposati, estensibile, tuttavia, per scelta degli Stati membri anche ad altri soggetti. La direttiva inoltre prevede che gli Stati possano revocare o rifiutare di rinnovare il permesso di soggiorno per ragioni di ordine pubblico o di sicurez-

---

gli Stati membri, che non riconoscono l'esistenza di legami familiari nei casi contemplati dalla presente disposizione, di non concedere a dette persone il trattamento riservato ai familiari per quanto attiene al diritto di risiedere in un altro Stato membro, quale definito dalla pertinente legislazione comunitaria».

[5] A norma dell'art. 29 del d.lgs. n. 286/1998 che comprende: a) il coniuge non legalmente separato e di età inferiore ai diciotto anni; b) i figli minori, anche del coniuge o nati fuori del matrimonio, non coniugati, a condizione che l'altro genitore, qualora esistente, abbia dato il consenso; c) i figli maggiorenni a carico, qualora per ragioni oggettive non possano provvedere alle proprie indispensabili esigenze di vita in ragione del loro stato di salute che comporti invalidità totale; d) i genitori a carico, qualora non abbiano altri figli nel Paese di origine o di provenienza, ovvero genitori ultrasessantacinquenni, qualora gli altri figli siano impossibilitati al loro sostentamento per documentati gravi motivi di salute. L'allusione è, evidentemente, al nucleo familiare composto da coniugi, genitori e figli, pur con l'apertura espressa dal comma 2 dell'art. 29, d.lgs. n. 286/1998, il quale equipara ai figli, oltre ai minori adottati, quelli «affidati o sottoposti a tutela».

za, lasciando un ampio margine di discrezionalità alla sensibilità degli organi giudicanti.

In giurisprudenza si è operata una distinzione tra l'ipotesi in cui il soggetto richiedente il ricongiungimento sia un cittadino extraeuropeo e quella in cui sia un cittadino dell'Unione Europea. Nel primo caso i giudici sono giunti a riconoscere il diritto al ricongiungimento, osservando che tra l'interesse alla tutela delle frontiere e quello del minore debba prevalere quest'ultimo. A diversi esiti è giunta altra giurisprudenza con riferimento, invece, al ricongiungimento familiare con bambino extracomunitario affidato in *kafala* a soggetti italiani[6]. Si tratta, in particolare, di chiarire se i principi che ordinano il diritto di famiglia nazionale possano essere invocati per definire il campo semantico del diritto al ricongiungimento familiare, e dunque il suo spazio applicativo, impedendo l'ingresso di significati propri di altri ordinamenti giuridici e contrastanti con quei medesimi principi.

La problematica del possibile intento elusivo della disciplina appare centrale per non riconoscere il ricongiungimento familiare sul presupposto della contrarietà all'ordine pubblico[7]. In tal senso sarebbe senz'altro legittimo decidere per il respingimento della richiesta di ingresso di un minore sub *kafala* al fine di ostacolare il diffondersi di pratiche *paraadottive* contrarie, in ipotesi, al *best interest* del minore. L'utilizzazione della normativa sull'immigrazione potrebbe inoltre portare alla coesistenza, all'interno di uno stesso ordinamento, di due misure diverse tali da consentire l'ingresso in *kafala* per i minori stranieri, in virtù dell'applicazione della normativa sul ricongiungimento familiare in contesti di immigrazione, e non permettere l'utilizzazione dello stesso strumento giuridico per i cittadini occidentali che volessero prendere in *kafala* un bambino per portarlo nel proprio Paese[8].

---

[6] In questo caso la normativa applicabile è il d.lgs. n. 30/2007, nella cui nozione di familiare non soltanto non è compreso il bambino affidato in *kafala*, ma neppure, con riferimento alle categorie di diritto interno, il minore in affidamento.

[7] L'unico *iter* per accogliere un bambino straniero in una famiglia italiana è quello sancito dalla legge n. 184/1983. Questa conclusione è avvalorata dal differente dato normativo di cui al Testo unico sull'immigrazione, che disciplina il diritto al ricongiungimento familiare dello straniero, e il d.lgs. n. 30/2007, concernente specularmente il cittadino europeo; nel primo caso la norma si riferisce al ricongiungimento con i "*familiari ricongiungibili*", ivi ricompresi espressamente i minori affidati; nel secondo caso il diritto concerne i discendenti, con esclusione quindi dei bambini affidati.

[8] Cfr. Angelo Venchiarutti, *No al ricongiungimento familiare del minore affidatario con kafalah: i richiedenti sono cittadini italiani*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 4, 2010, p. 1629 ss. La dottrina italiana ritiene che l'inclusione della *kafala* nel sistema di protezione dei minori possa essere interpretato come una prova di compatibilità con l'ordine pubblico internazionale dell'istituto. Cfr. Paolo Morozzo Della Rocca, *Cittadino italiano e minore straniero ricevuto in kafalah: una decisione non condivisibile dalla Cassazione*, in *Corriere giuridico*, 2012, p. 3 ss.

Si sostiene che il differente trattamento tra il cittadino "occidentale" e lo straniero sarebbe determinato dalla differenza delle situazioni sottostanti. Invero, per il cittadino straniero islamico, il cui ordinamento vieta l'adozione, l'unico provvedimento riconoscibile sarebbe la *kafala*; mentre per l'occidentale sussiste una normativa espressa, l'adozione internazionale. Diverse le obiezioni a tale impostazione: la disparità di trattamento tra cittadino occidentale e straniero determinerebbe un'ingiustificata discriminazione fondata sulla nazionalità, dal momento che un cittadino occidentale, di fede musulmana, sarebbe costretto a violare il principio coranico di divieto di adozione (con violazione della sua libertà religiosa) per potersi prendere cura di un minore in totale stato di abbandono[9]. Un ordinamento, che volesse tenere conto effettivamente della fede religiosa dei richiedenti, per l'ingresso di un minore affidato *sub kafala* dovrebbe operare una differenziazione sulla base della loro appartenenza confessionale e non su quella della cittadinanza.

La kafala *nella recente giurisprudenza delle Corti Europee*

La problematica della *kafala* è stata proposta alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e ha portato a due pronunce, nel 2012 e nel 2014. Il primo caso, Harroudj c. France, era basato sul ricorso di una donna, affidataria *sub kafala* di una bambina algerina, che chiedeva di poterla adottare per garantirle la possibilità di permanere in Francia e di godere dei diritti successori[10]. Nel secondo una coppia marocchina voleva adottare la nipote dopo aver ottenuto

---

[9] In dottrina si è affermato che la giurisprudenza della Cassazione avrebbe finito con l'avallare una discriminazione fondata sulla religione e sull'origine etnica: cfr. Ylenia Rocchini, *La kafala marocchina alla prova dell'ordinamento giuridico italiano*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2, 2011, p. 80 ss.; in giurisprudenza la tesi dell'illegittimità della discriminazione risultante dall'applicazione del criterio della cittadinanza è sostenuta da Tribunale di Tivoli, 22 giugno 2010, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2011, p. 805 ss. che ordina il rilascio del visto di ingresso al minore «allo scopo di evitare un'ingiustificata disparità di trattamento fra cittadino italiano ed extracomunitario in violazione dell'art. 3 Cost. e dell'art. 2 Cost. in riferimento al diritto del minore al mantenimento, alla cura ed alla conservazione degli affetti all'interno della famiglia».

[10] Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 4 ottobre 2012, *Harroudj c. France*, ric. n. 43631/09; Alessia Di Pascale, *La kafala al vaglio della Corte Europea dei diritti dell'uomo: tra tutela dell'interesse del minore e preoccupazioni di ordine pubblico*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2010, p. 115 ss.; Joelle Long, *Corte Europea dei diritti dell'uomo e kafalah: un'esortazione alla flessibilità del diritto civile minorile, sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo 4 ottobre 2012, caso Harroudj c. Francia*, in *Minori e giustizia*, 1, 2013, pp. 304-313; *Rapporti tra diritto francese e diritto islamico*, *Osservatorio della Corte europea dei diritti dell'uomo,* Marco Pacini (a cura di), in *Giornale di diritto amministrativo*, 1, 2013, p. 67 ss.

un provvedimento di *kafala* con il consenso dei genitori[11].

La Corte in entrambi i casi ha ricordato che l'art. 8 della Convenzione Europea tutela la vita privata e familiare[12], ma non per riconoscere un diritto ad adottare[13], rilevando come in questa materia esista un margine di apprezzamento statale particolarmente ampio e concludendo, dunque, nel primo caso per la non contrarietà alla Convenzione della legge francese del 2001 (che nega la possibilità di trasformazione della *kafala* in adozione). Il punto di riferimento, l'art. 8, sembrerebbe garantire esclusivamente il diritto a vivere, al riparo da ogni intervento statale arbitrario, in seno alla propria famiglia intesa come quella forma di unione tradizionale fondata sul matrimonio.

Tuttavia, nell'interpretare la nozione di vita familiare, talora applicando anche l'articolo 14, ossia il principio di non discriminazione nel godimento dei diritti sanciti dalla Convenzione, la Corte ha garantito tutela a un modello di famiglia più ampio rispetto a quello "tradizionale"; la nozione di vita familiare è, infatti, un concetto autonomo e la Corte esamina i vincoli che legano *de facto* i diversi interessati[14]. Essa sottolinea altresì la possibilità riconosciuta

---

[11] Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 16 dicembre 2014, *Chibhi Loudoudi et Autres c. Belgio*, II Sezione, ric. n. 52265/10.

[12] L'art. 8 CEDU impone agli Stati l'obbligo negativo di non ingerenza nella sfera privata e familiare degli individui, ma anche quello positivo di adottare misure inerenti al rispetto della vita familiare. Pertanto, laddove esiste un vincolo di natura familiare, lo Stato deve agire al fine di permettere a tale vincolo di svilupparsi. Il concetto di obbligo positivo ha permesso alla Corte di ampliare la portata dei diritti garantiti dalla Convenzione esigendo da un lato dagli Stati contraenti anche l'adozione di misure positive, ossia la garanzia agli individui di diritti e privilegi necessari per garantire la protezione dei diritti sanciti dalla Convenzione e, dall'altro lato, ponendo a carico degli Stati un obbligo di protezione della sfera privata e familiare delle persone da aggressioni poste in essere anche da privati. Poiché l'articolo 8 della Convenzione non sancisce un diritto assoluto, sia che sullo Stato pesi un obbligo negativo, sia che pesi un obbligo positivo, la Corte controllerà che le autorità statali abbiano correttamente bilanciato gli interessi concorrenti dell'individuo ricorrente e della collettività.

[13] «Bien que le droit d'adopter ne figure pas en tant que tel au nombre des droits garantis par la Convention, les relations entre un adoptant et un adopté sont en principe de même nature que les relations familiales protégées par l'article 8 de la Convention»: Commissione Europea Diritti dell'Uomo, *X. c. France*, 5 ottobre 1982, n. 9993/82, *Décisions et rapports* (DR) 31, p. 241; *X. c. Belgique*, n. 6482/74, 10 juill. 1975, DR 7, p. 75. In un caso più recente *E.B. c. Francia* [GC], n. 43546/02, CEDH 2008, la Grande Camera ha ribadito che l'art. 8 non garantisce né il diritto di fondare una famiglia né quello di adottare. Secondo la Corte, il diritto al rispetto della vita familiare non protegge il semplice desiderio di fondare una famiglia ma ne presuppone l'esistenza o almeno il fatto che una potenziale relazione si sarebbe potuta sviluppare, oppure il vincolo nato da un'adozione legale e non fittizia.

[14] Cfr. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno Unito*, 28 maggio 1985, par. 62, serie A, n. 94; *Beldjoudi c. Francia*, 26 marzo 1992, serie A, n. 234 A; *Berrehab c. Paesi Bassi*, 21 giugno 1988, § 21, serie A, n. 138 (inclusione dei figli legittimi); *Keegan c. Irlanda*, 26 maggio 1994, (inclusione figli naturali); *X, Y t Z c. Regno Unito*, 22 aprile 1997, in *Recueil des arrêts et décisions 1997*, II, §§ 36-37 (figli concepiti con procreazione medicalmente assistita).

dal diritto nazionale francese di assicurare l'ingresso del minore nella successione dell'adulto attraverso idonee clausole testamentarie e quella di aggirare il divieto di adozione, facendo ottenere al minore la cittadinanza dello Stato in cui vive e, a quel punto, aprendo alla possibilità dell'adozione.

Attraverso simili accorgimenti, secondo la Corte, la Francia ha stabilito un meccanismo progressivo di integrazione del minore straniero, evitando di imporre la rescissione totale dei legami con il Paese d'origine, e rispettando il pluralismo culturale, operando un corretto bilanciamento tra tutti gli interessi, pubblici e privati. Secondo la Corte, inoltre, impedire l'adozione dei minori affidati sub *kafala*, o anche l'assimilazione degli effetti legali della *kafala* a quelli della adozione legittimante non è, di per sé, contrario alla Convenzione, ma occorrerà verificare in concreto l'esistenza di altri strumenti che consentano la cura degli interessi del minore. Si sottolinea inoltre che gli stessi sono suscettibili di porsi in bilanciamento con gli altri interessi sottesi alla questione, anche pubblici, come quello alla regolamentazione dell'acquisizione e delle vicende dello *status* di figlio (anche adottivo).

Nel caso francese gli organi giurisdizionali europei hanno preferito non menzionare la nozione di interesse del minore e giustificare la propria decisione in nome del pluralismo culturale. Hanno dunque ritenuto che la Francia non abbia inteso in alcun modo escludere l'esistenza di una vita familiare tra la ricorrente e la minore a lei affidata con *kafala*, realtà innegabile, ma hanno escluso la possibilità che la legge francese possa considerare l'adozione come un'ingerenza. D'altronde lo Stato francese non nega la possibilità di acquistare la cittadinanza in un periodo piuttosto breve, di cinque anni, né l'acquisizione dei diritti successori attraverso un regolare testamento o la nomina di un tutore nel caso di morte dell'affidatario. Questa volontà di non mettere in tensione la cultura musulmana con quella occidentale è esprimibile nella formula di *une tolérance au nom de l'indifférence*[15].

Nel secondo caso la Corte Europea ha scelto di seguire un ragionamento analogo, pur se con esiti diversi, e ha sottolineato che, anche se il diritto belga non riconosce l'istituto islamico della *kafala*, esso consente il trasferimento di un minore da un Paese che non ne permette l'adozione verso il Belgio. In tale ipotesi la Corte sviluppa un'analisi erronea del concetto di interesse del bambino, tendente a far prevalere sull'interesse concreto del bambino una

---

[15] Caroline Siffrein-Blanc, *Kafala et adoption vues par la CEDH – Le refus de métamarphoser une Kafala en adoption n'est pas contraire aux droits fondamentaux*, in *Revue des droits et des libertés fondamentaux*, 25, 2012, p. 5 ss., e in *http://www.revuedlf.com/droit-international/kafala-et-adoption-vues-par-la-cedhcommentaire*. Cfr. Nicolas Hervieu, *L'adoption internationale aux prises avec la kafala sous le regard européen*, in *Lettres* "*Actualités Droits-Libertés*" *du CREDOF*, 2012, *http:/revdh.org/2012/10/08/adoptioninternationale-kafala-regard-europeen*.

particolare concezione della politica internazionale in materia di adozione[16].

Mentre alcuni autori ritengono che la nozione di "interesse del minore" nel contesto della *kafala* dovrebbe essere interpretata *in abstracto* e, in particolare nelle ipotesi di ricongiungimento familiare, questa modalità interpretativa non dovrebbe essere generalizzata a tutte le problematiche che interessano la *kafala*. In particolare, nel caso di quella intrafamiliare quando il bambino/*makful* entra in un Paese europeo, la possibilità di ottenere una procedura di adozione dovrebbe essere valutata in modo specifico. In effetti, sembra difficilmente difendibile non prendere in considerazione le varie conseguenze negative di questa istituzione che in territorio occidentale può creare diseguaglianze incompatibili con i sistemi costituzionali di tipo liberale e democratico.

È noto che in Belgio alcune tipologie di *kafala* possono ottenere riconoscimento e non altre e che il diritto del Paese sull'adozione è diventato molto restrittivo dopo l'entrata in vigore della Convenzione dell'Aja del 1993: a partire da tale momento, infatti, la procedura di adozione non è più libera, ma inquadrata e caratterizzata dalla cooperazione tra le varie autorità centrali che attuano un *matching* tra i bambini che sono stati dichiarati abbandonati e i possibili genitori adottivi. Questo meccanismo consente, come in Francia, l'adozione solo di un bambino proveniente da Paesi che riconoscono a loro volta tale strumento giuridico e che devono dichiarare l'adottabilità dei bambini. Le pressioni della *lobby* della comunità musulmana in Belgio hanno portato all'introduzione di una legge nel 2005, relativa all'attuazione della Convenzione dell'Aja, mitigata da un'altra norma dello stesso anno[17] con cui il legislatore ha riconosciuto la possibilità di trasformare una *kafala* in un'adozione a una condizione: i bambini accolti da *kafala* dovevano essere abbandonati alla nascita, orfani o dichiarati come tali dalle autorità nazionali. Tuttavia, attraverso questa legge, solo la *kafala* extrafamiliare poteva essere riconosciuta e diventare un'adozione piena[18].

Il Belgio ha adottato un approccio normativo nei confronti della diversità culturale definibile *pragmatisme à géométrie variable*[19] in cui, con l'utilizza-

---

[16] Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Chbihi Loudoudi et autres c. Belgique* cit., *Opinion dissedente commune aux juges* Işıl Karakaş, Nebojša Vučinić et Helen Keller, par. 11.

[17] *Loi modifiant certaines dispositions relatives à l'adoption du 6 décembre 2005*, in *http://www.etaamb.be/fr/loi-du-06-decembre-2005_n2005009965.html*.

[18] Il Consiglio di Stato ha confermato nella sentenza 28 marzo 2003, n. 117667, *in https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.doidTexte=CETATEXT000008106344*. In ipotesi di *kafala* intrafamiliare per eccellenza non ci sarà alcuna possibilità per il figlio adottivo di ottenere un permesso di soggiorno in Belgio per ricongiungimento familiare.

[19] Nicolas Bonbled, *Les minorités culturelles en droit public belge*, in *Le droit et la diversité culturelle*, Julie Ringelheim (a cura di), Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 125; France Blanmailland,

zione di soluzioni *ad hoc* le autorità tendono a una potenziale unità del sistema che riesca a riequilibrare le molteplici sfaccettature presenti nel territorio.

La Corte ha, quindi, ritenuto in entrambi i casi che non vi sia stata violazione dell'art. 8 della CEDU e che sia la Francia che il Belgio abbiano agito nei limiti del margine di apprezzamento loro concesso e nel rispetto delle principali convenzioni internazionali, scegliendo di optare per la non adottabilità. Nel secondo caso si è registrata un'evoluzione giurisprudenziale dal momento che la Corte Europea ha preso in considerazione l'interesse superiore del bambino per analizzare la possibile violazione dell'art. 8. Pur avendo, tuttavia, sottolineato che il suo ruolo era quello di verificare se l'interesse superiore del bambino era stata la principale considerazione che avesse giustificato la decisione delle autorità nazionali, ha ribadito che nello stesso rientra solo il principio di avere un unico *status* personale e concludendo che le autorità erano state in grado di stimare che l'interesse della ragazza non era l'adozione, in conformità alla legge belga.

Simili premesse avrebbero più correttamente dovuto portare ad assumere una diversa prospettiva. I ricorrenti avevano, infatti, chiesto un'adozione semplice, che differisce da quella piena nel senso che consente il mantenimento dei legami giuridici con la famiglia biologica del bambino nonostante la creazione una relazione padre-figlio con i genitori adottivi. Sembra, quindi, che la Corte abbia esagerato l'impatto della possibile coesistenza di una duplicità di *status* personali sulla ragazza dal momento che, nel caso *de quo*, le sue relazioni con il Paese di origine erano ridotte alle sole vacanze estive e non aveva alcun legame affettivo con la madre biologica. La Corte ha preferito privilegiare la tutela delle decisioni belghe invece di permettere la creazione di un ambiente stabile per la ragazza. Occorre, inoltre, considerare che se esiste nel diritto francese la possibilità di superare l'impasse del divieto di adozione attraverso l'utilizzazione di alcuni *escamotages* normativi, come ad esempio, la possibilità di concedere la cittadinanza francese dopo cinque anni di residenza e quindi avviare una procedura di adozione, non esistono meccanismi simili nel diritto belga.

Le due decisioni non sono pertanto comparabili perché diverse sono le posizioni di partenza e i contesti normativi. Inoltre, nel caso belga, la ragazza di circa quindici anni di età, non è stata presa in considerazione nella sua chiara volontà di rimanere in Belgio e di considerare i genitori adottivi come i suoi veri genitori; a tale stress può essere sommato la lunghezza del procedimento che ha portato la bambina ad attendere ben quindici anni prima di poter acqui-

---

Droit familial et diversité culturelle: un point de vue de praticienne, in Julie Ringelheim (a cura di), *Le droit et la diversité culturelle*, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 719.

sire la nazionalità belga, con evidenti ripercussioni sulla sua vita quotidiana.

Quanto alle indicazioni fornite in proposito dalla giurisprudenza della Corte Europea sembra che il compito degli Stati sia principalmente quello di trovare un giusto bilanciamento tra la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico e l'interesse concreto dei minori. Infine, è importante ribadire che l'articolo 8 della Convenzione, come è stato sempre sottolineato, non può e non deve essere interpretato nel senso di sancire un vero e proprio diritto di adottare. La scelta di uno Stato se acconsentire o meno all'adozione di un minore, infatti, dovrebbe basarsi sul principio «providing a child with a family, not a family with a child»[20]. Tenendo comunque presente che, nel caso in cui vi sia già un legame tra il minore e la famiglia affidataria, «the State must act in a manner calculated to enable that tie to be developed and establish legal safeguards that render possible the child's integration in his family»[21].

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con la sentenza depositata il 26 marzo 2019, nella causa C-129/18 ha stabilito che la *kafala* non possa essere equiparata all'adozione perché manca il rapporto di filiazione e, quindi, il minore sottoposto a tutela non possa essere incluso, in base alla direttiva n. 2004/38 sul diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, tra i discendenti diretti. Ha stabilito altresì che il minore possa però essere compreso nella nozione di «altro familiare» e, di conseguenza, gli Stati membri, tenuti a preservare l'unità della famiglia in senso ampio, debbano agevolare l'ingresso e il soggiorno del minore. La vicenda, che ha portato al rinvio pregiudiziale d'interpretazione, ha al centro una coppia di nazionalità francese, residente nel Regno Unito, che aveva avuto in affidamento in Algeria, con la formula della *kafala*, una minore di nazionalità algerina. Il marito era poi rientrato nel Regno Unito, ma la domanda di ingresso della minore era stata respinta dall'ufficiale responsabile per il rilascio delle autorizzazioni all'ingresso. Il Tribunale di primo grado inglese aveva respinto il ricorso, non considerando la minore come persona legalmente adottata o come familiare. La Corte di appello aveva condiviso questa posizione anche in base alla direttiva 2004/38. La *Supreme Court of the United Kingdom* ha chiesto però aiuto agli eurogiudici. Prima di tutto, la Corte UE ha stabilito che la minore non possa essere

[20] Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 26 febbraio 2002, Fretté c. France, ric. n. 36515/97, in *http://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/frette%20v%20france.pdf*, in part. par. 42 e sentenza 22 settembre 2004, Pini and Others c. Romania, ric. n. 78028/01 and 78030/01, in *https://www.crin.org/en/library/legal¬database/pini-and-ors-v-romanian*, in part. par. 151.

[21] Vedi la sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 28 giugno 2007, Wagner and J. M. W. L. c. Luxembourg, ric. n. 76240/01, in *Revue critique du droit international. privé*, 2007, pp. 807-821, e sentenza *Chibhi Loudoudi et Autres c. Belgio* cit., spec. par. 41.

considerata come "discendente diretta" (nozione propria dell'ordinamento UE) di un cittadino dell'Unione in base all'articolo 2, punto 2, lettera c) della direttiva, perché la *kafala* in Algeria è temporanea e revocabile e coloro che hanno la tutela del minore non sono legati da un rapporto di filiazione o di adozione, quest'ultima vietata in Algeria. Così, considerando che la sola tutela legale permanente non rende il minore, posto sotto tutela, un discendente diretto (per adozione) del suo tutore, va esclusa la possibilità di includere il minore tra i discendenti diretti. Detto questo, però, la Corte UE ritiene che il minore possa essere considerato come "altro familiare" secondo la direttiva. Spetta così alle autorità nazionali accertare se si tratti di altro familiare in grado di avvalersi dell'articolo 3 della direttiva, che impone agli Stati membri di agevolare l'ingresso e il soggiorno dei familiari. Nella valutazione, i giudici nazionali dovranno mettere in primo piano l'interesse superiore del minore, affermato nella Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989, e la tutela del diritto al rispetto della vita privata e familiare garantita dall'articolo 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea che, in base all'articolo 52 paragrafo 3, ha lo stesso significato e la stessa portata dell'articolo 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, così come interpretata dalla Corte di Strasburgo.

Un'imperfetta coincidenza di modelli giuridici non dovrebbe, tuttavia, impedire agli interpreti di garantire la riconoscibilità della *kafala*, al fine di assicurare il supremo interesse del minore. La natura di questo sistema attribuisce, infatti, una pesante responsabilità ai giuristi, chiamati non solo a scegliere quale regime processuale applicare, ma soprattutto a stimolare l'evoluzione coscienziosa e razionale dell'intero sistema.

Appare, dunque, evidente l'urgenza di un impegno nel ricercare con ogni sforzo una soluzione alla questione in un'ottica di apertura multiculturalista, sempre nel rispetto delle tradizioni culturali e giuridiche dei Paesi occidentali e dei Paesi di religione islamica ma, soprattutto, finalizzata a soddisfare l'interesse del minore e del suo sviluppo psico-fisico nel rispetto dei suoi diritti, considerando a tal fine la possibilità di comprendere all'interno del ventaglio di soluzioni alternative anche la *kafala*.

La circoncisione maschile in Occidente. Discriminazioni e pronunce giurisprudenziali

Male circumcision in the West. Discrimination and case law

Vasco Fronzoni

Abstract

Muslim minors in diaspora countries represented weak sections of civil society and deserve special attention and care in consideration of the implications related to their confessional status. Union countries regulate some rites of Islam in different ways, such as circumcision, and this terrain often represents the occasion for discrimination and unequal treatment. According to the Italian experience, the main problems arise from the absence of an agreement on a constitutional basis with the representatives of the Islamic communities and circumcision becomes a right or a crime depending on the subjects who intend to practice it. These different approaches are not always in line with the aim of promoting social inclusion and civil coexistence.

Key words

Islamic Law – Muslim childs – Freedom of belief.

Riassunto

I minori musulmani che si trovano nei Paesi della diaspora rappresentano fasce deboli della società civile e meritano un'attenzione specifica in considerazione delle implicazioni legate al loro status *confessionale. Difatti, alcuni riti dell'islam come la circoncisione, non sempre vengono disciplinati nei diversi Stati dell'Unione con normative convergenti, e spesso rappresentano l'occasione per discriminazioni e disparità di trattamento. Secondo l'esperienza italiana, in particolare, i problemi principali derivano dall'assenza di un'intesa su base costituzionale con i rappresentanti delle comunità islamiche e la circoncisione diventa può diventare un diritto o un reato a seconda dei soggetti che intendono attuarla. Questi approcci diversi non risultano sempre in linea con l'obiettivo di favorire l'inclusione sociale e la convivenza civile.*

Parole chiave

Diritto musulmano – Minori musulmani – Libertà di religione.

Sommario: 1. Minori musulmani sospesi tra confessionalità ed inclusione – 2. Famiglia musulmana e Diritto islamico dei minori: cenni ai riti di passaggio – 3. Circoncisione e giurisprudenza europea: un banco di prova per la libertà di religione – 4. Conclusioni

Minori musulmani sospesi tra confessionalità ed inclusione

Occuparsi del tema circoncisorio in relazione alla presenza di donne e di minori stranieri in Occidente impone inevitabilmente di analizzare le pratiche cultuali e, quindi, la libertà di religione.

Contestualizzare poi l'ambito sotto la lente dell'uguaglianza e della non discriminazione, significa rivolgere lo sguardo alle condizioni dei minori musulmani nel *dar al-harb*[1], ovverosia approfondire le possibilità di restare ancorati ai principali e valori della religione musulmana anche in contesti, qual'è quello europeo, dove lo spazio religioso perde sempre più terreno rispetto ad una visione laicistica dilagante.

Questa premessa consente di definire immediatamente i confini della riflessione, che si dipana attorno al portato dell'islam e alla possibilità per i minori musulmani di procedere sui sentieri dell'inclusione, senza essere discriminati nella loro dimensione confessionale. Confini netti ma, allo stesso tempo e per motivi evidenti, problematici.

Se quanto detto risulta rilevante in generale per il contesto europeo, assume una importanza specifica per la dimensione italiana.

Difatti essere minorenne, ovverosia non beneficiare delle prerogative di un maggiorenne, appartenere ad una minoranza religiosa in un Paese sedicente laico ma caratterizzato da un confessionismo cattolico strisciante[2], non godere di diritti religiosi esplicitamente riconosciuti da una intesa *ex* art. 8 Cost., sono tutte caratteristiche che attribuiscono al minore musulmano una triplice esposizione, che può addirittura portare ad un aumento di vulnerabilità religiosa quando si tratta di minore in stato di abbandono. Ciò in quanto, e sia detto solo per inciso, la normativa italiana, che prevede la dichiarazione anche d'ufficio dello stato di adottabilità quale presupposto per l'effettiva adozione di tutti quei minori che si trovino privi di assistenza morale e materiale[3] è certamente

---

[1] Divisione geo-confessionale elaborata dalla dottrina musulmana per indicare i territori in cui l'islam non è dominante, usata generalmente in contrapposizione con il *dar al-islam*. Vedasi Armand Abel, *Sub voce* "Dar al-harb", in *The Encyclopaedia of Islam*, vol. II, Brill, Leiden, 1991, p. 126.

[2] Espressione significativa usata da Mario Tedeschi, *Quale laicità? Fattore religioso e principi costituzionali*, in *Il Diritto ecclesiastico*, I, 1993, p. 569 ss.

[3] Artt. 1 e 8 legge 4 maggio 1983, n. 184 rubricata "*Disciplina dell'adozione e dell'affidamento*

ispirata dalla volontà di salvaguardia del minore, ma nei fatti ne viola le prerogative di credente ed i diritti religiosi, imponendo un istituto giuridico vietato dal Corano[4].

Va ricordato che l'appartenenza confessionale alla *umma islamiyya* si acquisisce per nascita da padre musulmano, ovvero per conversione e determina in tutti i credenti l'obbligo di seguire e praticare alcuni atti di culto in maniera incondizionata ed ineludibile, indipendentemente dal fatto che essi risiedano in Stati islamici, in nazioni laiche ovvero dove esista una differente religione dominante.

Famiglia musulmana e Diritto islamico dei minori: cenni ai riti di passaggio

Le norme che regolano le dinamiche familiari costituiscono un quadro di riferimento per tutto il diritto islamico, costituendo gli istituti della famiglia, del matrimonio, della filiazione e dell'educazione dei fanciulli dei capisaldi dell'intera società musulmana, un sistema di valori fondamentali sui quali si regge l'intera organizzazione della comunità dei credenti. Per la *shari'a*, quindi, la sacralità della famiglia e le regole che sottintendono agli atti prodromici e successivi alla propagazione della vita, determinano un regime di presunzione legale che, nell'ambito della coppia, attribuisce il figlio in arrivo al marito, in base alla massima *al-walad li-l-firash* (il figlio è per il letto). Per la legittimità della filiazione, dunque, non occorre che il padre riconosca esplicitamente come propria la prole, ma è sufficiente che egli non la disconosca. Ciò rileva per tutta una serie di diritti, non ultimo quello di godere delle prerogative di essere musulmano, che il figlio acquisisce proprio in ragione della sua attribuzione al padre.

Un figlio legittimo viene inserito nella famiglia paterna, acquisendo il nome del padre e seguendone dunque la religione. Immesso nel quadro familiare, il minore è cresciuto dalla famiglia seguendo il dettame della *shari'a*, che impone per la coppia e per la progenie una serie di norme scaturenti dalla avvenuta filiazione. Tra i diritti dei figli vi è quello all'affetto, agli alimenti e alla educazione secondo l'*imprinting* musulmano.

Va poi subito chiarito che il concetto stesso di minore età in ambito islamico cambia sensibilmente rispetto all'Occidente, assumendo una valenza soggettiva e relativa. Lo sviluppo fisico e la maturazione sessuale rappresen-

---

dei minori".

[4] Sul divieto di adozione, Cor XXXIII, 4-5; 37. Per il Corano si rinvia a Ida Zilio Grandi (tradotto da), *Il Corano*, Arnoldo Mondadori Editore, Milano, 2010.

tano il momento di ingresso del minore nell'età adulta, che per l'islam non è dunque pre-individuata dalla legge ma coincide con la pubertà, che in genere si desume dall'insorgere dei tratti fisici connotanti la maturità sessuale, quindi non in modo convenzionale ma individuale. Vi sono tuttavia delle presunzioni relative, variamente definite dalle diverse scuole giuridiche, in base alle quali si ritiene che i minori non possono avere raggiunto la pubertà prima di una certa età ovvero che debbano averla comunque raggiunta dopo un'altra determinata età[5].

L'infanzia nell'islam viene divisa in più fasi, ciascuna caratterizzata da specifiche tempistiche, da dinamiche familiari, da riti di passaggio, cui corrisponde una determinata tappa educativa, caratterizzata dall'insegnamento e dall'apprendimento di valori e nozioni, e caratterizzata da un progressivo addentrarsi ed adattarsi del minore ai culti ed ai doveri corrispondenti allo *status* di musulmano[6].

Schematicamente, queste fasi sono: la gestazione, dal momento della infusione dell'anima; la nascita, in cui il neonato entra di diritto nella comunità dei credenti; l'allattamento, che si prolunga fino al compimento dei 2 anni; la prima infanzia, che arriva fino ai 7 anni e durante la quale il fanciullo cresce nel mondo familiare femminile e dove vi è il progressivo approccio agli obblighi di fede; la pre-adolescenza o fase del discernimento, in cui il bimbo comprende la differenza tra bene e male, ed è scandita dall'ingresso nel mondo maschile e degli adulti e che costituisce una importante tappa intermedia dell'infanzia; infine l'adolescenza, caratterizzata dall'avvento della pubertà e dello sviluppo, evento soggettivo nei tempi di manifestazione, poiché varia da persona a persona e che sancisce l'ingresso del minore nella età adulta.

Dopo i 7 anni il bambino che si presume perda la sua innocenza e la sua purezza infantile, non può più frequentare i luoghi femminili. Questo momento viene cadenzato generalmente con la circoncisione maschile qualora non sia stata fatta prima, rito che se compiuto in quel momento costituisce un segno di piena maturità fisica e rappresenta l'atto di ingresso effettivo nella società confessionale.

La transizione tra infanzia ed età adulta è marcata dalla circoncisione o, più precisamente, dalla avvenuta circoncisione, requisito per poter praticare l'atto

---

[5] Per approfondimenti, Rudolph Peters, *Crime and punishment in islamic law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 21.

[6] Per una visione di insieme, nella vasta letteratura sull'argomento, si veda Ibrahim Ahmad Shawqi, *Silsilat at-Tarbiyah al-Islamiyah*, Dar al-Nahdet, Cairo, 2002; Sa'id al-Buti, *Tajribat at-Tarbiyah al-Islamiyah*, Dar al-Shuruq, Cairo, 2012; 'Ali Saiid Isma'il, *Usul at-Tarbiyah al-Islamiyah*, Dar al-Masirah, Amman, 2010.

di culto più importante per i musulmani, la preghiera, poiché è solamente attraverso l'eliminazione del prepuzio, ove possono trattenersi le impurità, che ci si può avvicinare ritualmente alla preghiera in stato di purezza.

La circoncisione, che non ha base coranica e non rientra formalmente né nelle pratiche di culto né negli atti di fede in senso stretto, trova il suo fondamento nella sunna profetica. Sull'età in cui va praticato l'atto non vi è convergenza tra le scuole giuridiche e il termine varia a seconda delle fonti di riferimento, abbracciando generalmente un orizzonte temporale che parte dal quarantesimo giorno di vita ed arriva ai sette anni. A prescindere dal momento attuativo, la sua obbligatorietà è indiscussa[7].

Circoncisione e giurisprudenza europea: un banco di prova per la libertà di religione

La pratica della circoncisione, che costituisce come detto un fondamentale portato della religione musulmana, può trovare alcuni ostacoli allorquando i credenti si trovino in contesti a maggioranza non islamica, qual è quello dell'Unione Europea.

In molti Stati unionistici, infatti, manca una legislazione specifica sul tema, per una pregressa "assenza della materia del contendere"[8] ed il quadro sistematico delle legislazioni nazionali fa emergere una difformità di letture, che vanno dalla liceità, alla liceità condizionata, alla tolleranza e fino alla illegittimità della circoncisione. A questo substrato fertile per una conflittualità ideologica, va aggiunta la mutevole posizione della giurisprudenza, nazionale ed europea, che rende ancor più concreto il rischio di trattamenti differenziali in ragione dell'appartenenza confessionale.

Il *focus* sulla situazione circoncisioria in alcuni Stati europei può dunque fornire il polso esatto del livello raggiunto dalla integrazione europea e della relazione tra uguaglianza e libertà religiosa.

In Germania ha avuto grande risonanza la condanna da parte della Corte di appello di Colonia del 2012, in riforma di una pronuncia assolutoria, di un medico che ambulatorialmente aveva eseguito la pratica su un bimbo musul-

---

[7] Per un inquadramento dogmatico dell'istituto nel Diritto islamico si rinvia a Vasco Fronzoni, *Processi di inclusione dell'islam negli ordinamenti europei. Diritto e Religione in prospettiva comparata*, Luigi Pellegrini Editore, Cosenza, 2020, p. 213 ss.

[8] Invero, è solamente da poco tempo ed in ragione del recente aumento dei musulmani in Europa, dovuto anche ai contesi migratori, che la tematica circoncisoria sta interessando la dimensione pubblicistica.

mano, peraltro richiesta dai genitori in ossequio alle loro convinzioni religiose. La Corte ha motivato la reinterpretazione del caso affermando che l'operazione doveva essere inquadrata come atto medico, poiché andava ad incidere sull'integrità fisica del fanciullo attuando una modifica irreversibile del corpo e, come tale ed al pari di ogni intervento sanitario, avrebbe dovuto essere praticata dietro prescrizione. Nel caso di specie la prescrizione era evidentemente mancata, poiché si trattava di circoncisione non terapeutica e il medico ha dunque meritato la condanna[9]. La decisione di secondo grado ha alimentato numerose reazioni e polemiche, soprattutto poiché è risultata discriminatoria non solo per i musulmani, ma anche per gli ebrei residenti in Germania[10], e la pressione è aumentata a tal punto che il Parlamento tedesco ha licenziato nello stesso anno una legge autorizzativa della circoncisione rituale. La circoncisione non terapeutica, dunque, viene giudicata lecita a condizione che vengano rispettate alcune condizioni: in particolare, viene fortemente raccomandato il ricorso all'anestesia ed è richiesta l'esecuzione da parte di un medico, a meno che il bambino non sia di età inferiore ai sei mesi, nel qual caso chi abbia ricevuto una formazione sanitaria specifica, come il *mohel*[11], è autorizzato ad eseguire l'operazione[12].

In Inghilterra la circoncisione maschile non terapeutica e motivata da esigenze religiose o culturali, a differenza delle mutilazioni femminili, non è vietata e viene tollerata. Un caso pilota si è avuto nel 2015 con una decisione della *England and Wales Family Court* con la quale si rimarcava la liceità e l'accettazione della pratica sia a livello sociale che legale: «Society and the law, including family law, are prepared to tolerate non-therapeutic male circumcision performed for religious or even for purely cultural or conventional reasons»[13]. Tuttavia, affinché l'ablazione prepuziale possa essere accettata è

---

[9] Corte di appello di Colonia (*Landgericht Koln*), sentenza 7 maggio 2012, n. 151 Ns 169/11. Per un commento sui provvedimenti di I e II grado, Michael Bohlander, *Amtsgericht Kohln (Country Court of Cologne) Judgment no. 528 Ds 30/11 and Landgericht Koln (District Court of Cologne) Judgment no 151 Ns 169/11*, in *Oxford Journal of Law and Religion*, 2, 2013, p. 217 ss.

[10] In Germania c'è ancora grande attenzione istituzionale per la comunità ebraica tedesca, creditrice morale verso il Paese in seguito all'olocausto. Sull'argomento generale, Lynn Rapaport, *Jews in Germany after the Holocaust. Memory, identity, and Jewish-German relations*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997. Sulle reazioni specifiche, Stephen Munzer, *Secularization, Anti-Minority Sentiment, and Cultural Norms in the German Circumcision Controversy*, in *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 2, 2015, p. 503 ss.

[11] Nella tradizione ebraica il *mohel* è l'esperto con competenze sanitarie che pratica la circoncisione. Si veda Antonio Angelucci, *Dietro la circoncisione. La sfida della cittadinanza e lo spazio di libertà religiosa in Europa*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 21 ss.

[12] Legge sulla circoncisione del figlio maschio (*Gesetz uber den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des mannlichen Kindes*) 20 dicembre 2012, n. BGBI L. 2012 S. 2749.

[13] *Royal Courts of Justice*, EWFC 3, 14 January 2015, no. LJ13C00295, § 72.

richiesto il rispetto di determinati requisiti, quali l'espressione del consenso, la potestà genitoriale nonché l'osservazione di alcuni *standards* a tutela della salute e dell'igiene, come il fatto che i medici agiscano in conformità con le pratiche cliniche, che forniscano un adeguato controllo del dolore e che garantiscano una assistenza post-operatoria[14].

In Francia la pratica circoncisoria rituale è tollerata, in applicazione del principio di libertà religiosa e tale interpretazione è sostenuta da un parere emesso dal Consiglio di Stato del 2004[15], nel quale si afferma che la circoncisione rituale è una pratica religiosa ammessa. Dunque, a differenza della interpretazione fornita dal giudice di seconde cure tedesco e da quella imperante in Italia, come si vedrà, la circoncisione rituale non viene qualificata come atto medico e, pertanto, chi la pratica in assenza di requisiti abilitanti non potrà essere processato per esercizio abusivo della professione medica ma, al più, per lesioni qualora dovesse verificarsi un evento dannoso. Un caso giudiziario si è concluso nel 2016 con la pronuncia della Corte di appello di Bastia del 2016, in parziale riforma della decisione emessa dal Tribunale per gli affari familiari di Ajaccio nel 2014, in ordine alla vicenda di una coppia confessionalmente mista. La Corte ha stabilito che la volontà paterna di voler far praticare la circoncisione al figlio, anche senza consenso della madre ed anzi contro il parere di quest'ultima, non rappresenta un caso di violenza morale contro la coniuge, che conosceva sin dall'inizio della relazione il credo e le intenzioni del *partner*, e non costituisce neppure motivo sufficiente per disporre l'affidamento esclusivo del minore alla madre. Peraltro, chiosa la Corte, essendo la circoncisione una questione "importante" nella vita del bambino, avrebbe dovuto essere decisa congiuntamente[16].

Nel 2006 un Tribunale finlandese ha giudicato colpevole la madre di un bimbo di 4 anni, musulmana, che aveva fatto circoncidere il figlio senza l'assenso del padre, non musulmano e che aveva adito l'autorità giudiziaria. La decisione è stata appellata, anche sulla scorta del fatto che nella legislazione finlandese non vi è un divieto esplicito di circoncisione rituale maschile e nel 2008 la Corte di Cassazione ha stabilito che la pratica condotta per motivazioni religiose e con crismi medici non costituisce reato, anche in considerazione del fatto che rappresenta una tradizione consolidata e una parte integrante

---

[14] British Medical Association, *Non-therapeutic mal circumcision (NTMC) of children – practical guidance for doctors*, B.M.A. House, London, 2019, p. 6.

[15] Conseil d'Etat, *Rapport publique 2004: jurisprudence et avis de 2003. Un siècle de laicité*, Études et Documents di Conseil d'État de France, Paris, 2004, § 2.3.2.

[16] Corte di appello di Bastia, decreto 13 gennaio 2016, n. 14/000955 R.

dell'identità musulmana[17].

Gli aspetti più problematici ed i trattamenti maggiormente discriminatori vengono registrati sul fronte italiano, dove i bambini musulmani continuano a morire "di circoncisione".

Invero, parlare di circoncisione in Italia significa occuparsi di un tema confessionale che coinvolge i bambini musulmani calati in una dimensione in cui il manto "di protezione" del diritto islamico nei loro confronti non trova più una semplice ed automatica attuazione ma, anzi, cessa di operare poiché l'islam è solo una delle varie voci dei credo esistenti sul territorio nazionale, peraltro a livello formale neppure riconosciuto.

Poiché la circoncisione non è disciplinata, né tantomeno lo è quella rituale, la principale fonte regolatrice del fenomeno è la giurisprudenza.

Non sono molte le pronunce che hanno riguardato l'ambito ed alcune peraltro non sono interessanti ai fini della analisi, ma una in particolare merita di essere esaminata più diffusamente, per le argomentazioni deduttive che se ne possono trarre. La vicenda, peraltro, non riguarda neppure direttamente l'islam ma alcuni passaggi riscontrabili nel percorso motivazionale espresso dalla Corte di Cassazione nel 2011 sono centrali per il presente studio.

Il caso risaliva al 2004 e riguardava il ricovero al pronto soccorso di un bimbo di 4 anni, che presentava una importante emorragia genitale in seguito ad un intervento circoncisorio voluto dalla madre e praticato in casa da una terza persona. Va osservato che la madre del bimbo, nigeriana e da poco trasferita in Italia, è di religione cristiana ed aveva deciso di far eseguire l'operazione sul figlio in risposta ad usanze culturali esistenti nel luogo di origine e nell'ambito di un quadro di riferimento di tipo tradizionale. Il fatto non si colloca quindi nella circoncisione rituale né in quella terapeutica, ma riguarda la pratica culturale. L'operazione era stata praticata da una donna che si era prestata ad eseguire presso il proprio domicilio l'intervento e che gli inquirenti non sono poi riusciti ad identificare. Il ricovero in ospedale aveva determinato il deferimento all'autorità giudiziaria della madre del bimbo. Il Tribunale di Padova condannava nel 2007 la donna per il reato di concorso in esercizio abusivo della professione medica, dichiarando nel contempo il non doversi procedere per il reato di lesioni gravi, per difetto di querela. La decisione veniva confermata dalla Corte di appello di Venezia nel 2009. Proposto ricorso, la Cassazione decideva il caso nel 2011[18].

---

[17] Su tali provvedimenti, Ida Jussilla, Oona Vieru, *Legal aspects of male circumcision*, Hyvinkaa University Press, Hyvinkaa, 2016, p. 33.

[18] Tribunale di Padova, sentenza, 8 novembre 2007. Corte di appello di Venezia, sentenza 12 ottobre 2009. Cassazione penale, sez. VI, sentenza, 24 novembre 2011, n. 43646, annotata tra numerosi

Gli aspetti della sentenza che meritano di essere messi in luce e che hanno giustificato, come detto, un suo esame in quest'analisi dall'ambito prettamente confessionale, sono i seguenti e risultano comunque utili nell'economia del discorso, come se la vicenda in esame avesse riguardato la pratica ablatoria maturata in senso all'islam.

Per prima cosa la Corte di Cassazione qualifica la circoncisione come atto medico. Le conseguenze di una simile classificazione sono molteplici, non ultimo il fatto che ad eseguire la pratica non può essere una figura religiosa sia pure in possesso di rudimenti sanitari, come ad esempio accade in Germania con il *mohel* autorizzato. Inoltre, chi compie l'operazione in assenza dei requisiti abilitanti, ed anche chi vi concorre, potrà essere condannato per il reato di esercizio abusivo della professione medica oltre che per le lesioni, differentemente da quanto visto per la Francia. Dunque, qualunque risultino le motivazioni che spingono alla circoncisione e qualsiasi sia l'ambiente in cui maturino le stesse, l'operazione va eseguita da un medico, a pena della contestazione della fattispecie prevista dall'art. 348 c.p.

Altro aspetto degno di nota è che la Cassazione, conscia della delicatezza del tema trattato, che mette a confronto «legge, religione, tradizione culturale e medicina», afferma che una società divenuta multietnica e multiculturale «non può ignorare una certa dose di relativismo culturale, che consenta di guardare ad altre civiltà senza giudicarle secondo i propri parametri»[19]. Tale attestazione risulta oltremodo importante poiché, se da un lato sostiene encomiabilmente che la giurisdizione deve dimostrare sensibilità per la dogmatica delle diversità in certe situazioni particolari attraverso metodologie di approccio meno severe e più efficienti rispetto al passato[20], dall'altro omette di

---

altri da Alessandro Ceserani, *Simboli e segni. Quando la circoncisione rituale maschile diventa reato culturalmente motivato*, in *Il Diritto ecclesiastico*, 1-2, 2012; Andrea Gaboardi, *Il rigorismo salvato dall'indulgenza: la circoncisione "culturalmente motivata" tra lesioni personali ed esercizio abusivo della professione medica*, in *L'indice penale*, 2, 2014; Giovanni Crocco, *Sistema penale e dinamiche interculturali ed interreligiose*, in *Diritto e Religioni*, 1-2015; Antonio Angelucci, *Libertà religiosa e circoncisione in Italia: una questione di specialità confessionale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 35, 2016; Alex Borghi, *Appunti sulla circoncisione rituale nel diritto ecclesiastico e delle religioni*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 11, 2019; Angelo Licastro, *La questione della liceità della circoncisione "rituale" tra tutela dell'identità religiosa del gruppo e salvaguardia del diritto individuale alla integrità fisica*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 22, 2019.

[19] Cassazione penale, sez. VI, sentenza 24 novembre 2011, n. 43646. Sul concetto di relativismo culturale, nella vastissima produzione bibliografica in materia, rammentando gli scritti di Franz Boas e Jurgen Habermas, si rinvia a Ugo Fabietti, *Storia dell'antropologia*, Zanichelli, Bologna, 1991.

[20] Si veda in tal senso Ilenia Ruggiu, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Franco Angeli, Milano, 2012.

richiamare il concetto di limite, sul quale in anni successivi la Suprema Corte stessa dovrà inevitabilmente pronunciarsi[21].

Ultimo aspetto della sentenza a dover essere esaminato è un passaggio del percorso motivazionale che risulta paradigmatico nella sua specificità antinomica e per la portata discriminatoria sul piano confessionale.

La Suprema Corte, che dimostra non solo di aver approfondito l'istituto della circoncisione anche nei suoi riferimenti storici, ma anche di essere ragionevolmente aperta a valutare in maniera flessibile la rigidità delle norme di riferimento, sostiene a un certo punto che se lo stesso fatto storico fosse stato posto in essere invece che dal soggetto nigeriano cattolico – ma il discorso varrebbe lo steso se il termine di paragone fosse un soggetto musulmano (ed anzi si riporta il passaggio proprio per traslare il discorso in questo ambito) – da un soggetto di religione ebraica, la pratica circoncisoria sarebbe risultata conforme ai principi dell'ordinamento giuridico italiano. E la Corte richiama sul punto la legge attuativa dell'intesa con le confessioni ebraiche[22] commentando: «La circoncisione rituale praticata dagli ebrei su neonato deve, pertanto, ritenersi non in contrasto con il nostro ordinamento e ha una preminente valenza religiosa che sovrasta quella medica, con l'effetto che giammai il *mohel* potrebbe incorrere nel reato di esercizio abusivo della professione medica e la sua condotta, che oggettivamente integra il reato di lesione personale, è scriminata» [23].

Mutatis mutandis e sostituendo la genitrice nigeriana, cristiana (e che pure avrebbe attiva una intesa con lo Stato italiano *ex* art. 7 Cost.) con qualunque genitore professante il credo islamico, il ragionamento della Cassazione, pur potendo essere inteso quale messaggio di monito alla inazione del potere legislativo, risuona come un momento dissonante durante un movimento armonico. Difatti, sostenere che in Italia residenti (o anche cittadini italiani) di religione ebraica hanno il diritto di praticare la circoncisione mentre residenti (o anche cittadini italiani) musulmani hanno il dovere di non praticarla, equivale a formulare il seguente sillogismo: in Italia e per la legge italiana, il comportamento "alfa" è consentito agli ebrei ed è vietato ai musulmani, con buona pace dei diritti di uguaglianza, di non discriminazione e di libertà religiosa sanciti

---

[21] Cassazione penale, sez. I, sentenza 15 maggio 2017, n. 24084. La sentenza è stata commentate da molti autori. Tra altri, Giovanni Di Cavaggion, *Diritti culturali e modello costituzionale di integrazione*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 311; Antonio Fuccillo, *Diritto, religioni, culture. Il fattore religioso nell'esperienza giuridica*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 222 ss.

[22] Legge 8 marzo 1989, n. 101, rubricata *Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l'Unione delle Comunità ebraiche italiane*, attuativa della intesa stipulata *ex* art. 8 Cost. tra lo Stato italiano e l'Unione delle Comunità Ebraiche Italiane.

[23] Cassazione penale, sez. VI, sentenza 24 novembre 2011, n. 43646, § 3.1.

dai principi espressi dalla linea normativa sostenuta dagli artt. 2.1, 3, 19, 25, 30, 32 Cost., nonché 8, 9, 14 CEDU.

Ma accanto a questa sentenza così paradigmatica, vi sono anche altre pronunce che, messe assieme, danno il senso della profonda conflittualità esistente tra di esse e della conseguente discriminazione cui sono esposti i bambini musulmani a causa della "schizzofrenica" giurisprudenza italiana.

Vi sono alcune decisioni difformi: liceità dell'intervento rituale, purché ben eseguito, anche da non abilitato alla professione medica ed anche se in casa purché praticato con particolari precauzioni dal punto di vista sanitario (G.U.P. Tribunale di Bari, 21 maggio 2009, n. 576); atto medico, eseguibile soltanto da personale abilitato alla professione medica (Cassazione penale, sez. VI, sentenza 24 novembre 2011, n. 43646); illiceità dell'intervento praticato in ambulatorio medico da chi risulta abilitato alla professione medica ma non specializzato in chirurgia (Tribunale di Como, sentenza 13 dicembre 2012, n. 1339); l'intervento di circoncisione non terapeutica integra sempre e comunque la fattispecie di lesione anche se ben eseguito (sempre Tribunale di Como, sentenza 13 dicembre 2012, n. 1339).

Conclusioni

Nella contrapposizione tra le istituzioni giuridico-religiose islamiche ed il modello di società occidentale, la conoscenza dell'altro e l'armonizzazione di tradizioni, precetti religiosi e tratti culturali costituiscono oggi l'obbiettivo per l'inclusione. In una società europea divenuta multiculturale, sono in effetti numerosi gli istituti di riferimento e i temi giuridici che devono essere conosciuti se si vuole puntare ad una effettiva azione inclusiva, in particolar modo allorquando le materie trattate afferiscono al sentimento religioso.

Tutti i minori hanno il pieno diritto di crescere in modo sano, sviluppando armonicamente le attitudini personali, nell'ambito della cornice di riferimento immaginata per loro dai genitori o dagli esercenti la responsabilità genitoriale, sui quali incombe l'onere di garantire una appropriata transizione verso l'età adulta.

Questo principio viene rinforzato quando tale cornice è confessionalmente orientata, secondo regole di ispirazione divina che hanno inteso strutturare una società virtuosa, sana e prospera. Se, dunque, il rispetto di regole ancorché ferme ed indeclinabili non intacca altri principi ordinamentali, quali il buon costume o anche la sicurezza pubblica o la salute individuale, il senso democratico di una civiltà giuridica antica quale è quello che alberga in Europa può accettare un pluralismo religioso senza scadere nelle logiche di neutralizza-

zione religioso-identitaria dello spazio pubblico o del laicismo assimilazionista, proprie dell'analfabetismo culturale[24].

Per quanto riguarda la specifica realtà italiana, in circa venti di anni di giurisprudenza sul tema circoncisorio si sono avvicendate diverse decisioni, emesse in maniera asistematica e con risultati contrastanti, che dovrebbero suggerire al legislatore nazionale come sia già in grande ritardo per colmare un vuoto legislativo. La situazione è tanto più aggravata se si considerano i numeri, poiché sono molti i bambini musulmani ormai residenti e, purtroppo, vi è una continua casistica di complicazioni e decessi[25]. È quindi fortemente consigliato che la materia venga urgentemente regolamentata con una specifica normativa.

I minori musulmani, dunque, hanno il diritto di poter crescere da cittadini italiani (ed europei) senza dover rinunciare al loro sentimento religioso e meritano che le legislazioni nazionali, le politiche unionistiche e il dialogo tra le corti europee e nazionali tengano nel dovuto conto tali esigenze confessionali, senza discriminazioni.

---

[24] Per una visione di insieme sul tema, tra altri, Alberto Melloni (a cura di), *Rapporto sull'analfabetismo religioso in Italia*, il Mulino, Bologna, 2014; Enzo Pace, *Le religioni nell'Italia che cambia. Mappe e bussole*, Carocci, Roma, 2013; Paolo Naso, *Per una didattica del pluralismo religioso come patrimonio sociale*, in European Federation for Freedom of Belief, *Diritto e libertà di credo in Europa. Un cammino difficile*, Pacini Editore, Pisa, 2018.

[25] 30 maggio 2016, Torino, neonato circonciso in casa muore in ospedale in (*http://www.quotidianosanita.it/cronache/articolo.php?articolo_id=40453*); 23 dicembre 2018, Monterotondo bimbo muore in casa dopo la circoncisione, grave il fratellino (*https://www.ilmessaggero.it/roma/news/circoncisione_medico_nigeriano_bambino_morto_roma-4191019.html*); 27 marzo 2019, Reggio Emilia neonato muore dopo la circoncisione (*https://www.ilrestodelcarlino.it/reggio-emilia/cronaca/morto-circoncisione-padre-1.4509590*); 2 aprile 2019, Genova neonato muore dopo la circoncisione (*http://www.ansa.it/liguria/notizie/2019/04/03/neonato-muore-dopo-circoncisione-_1c0daf2c-eaec-4826-95b8-a6a2ef5b2da8.html*).

Il principio di non discriminazione religiosa nelle organizzazioni di tendenza

The principle of religious non-discrimination in religious-ethos employers

Fabio Balsamo

Abstract

The peculiar legal regime of the employment relationship within the Religious-Ethos Employers *has recently been affected by important European Court of Justice rulings. With these judgements, the evident specialty profiles that characterized the individual position of the worker hired in such employer organizations were mitigated. This contribution intends to verify the level of implementation of the principle of non-discrimination of workers on account of religious belief within the Italian legal system, on the basis of the most recent arrests of internal case-law and of the latest legislative changes in labour law, in particular in the matter of dismissal.*

Key Words

Religious employers – Religious discrimination – Religious freedom and employment relationship.

Riassunto

Il peculiare regime giuridico del rapporto di lavoro subordinato all'interno delle organizzazioni di tendenza è stato di recente riguardato da importanti pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Con tali interventi si sono attenuati gli evidenti profili di specialità che contraddistinguevano la posizione individuale del lavoratore assunto in siffatte organizzazioni datoriali, non risolti dall'emanazione della direttiva n. 78/2000. Il presente contributo, a partire dall'esame di tali pronunce della Corte di Giustizia, intende verificare il grado di attuazione del principio di non discriminazione su base religiosa dei lavoratori all'interno dell'ordinamento giuridico italiano, sulla base dei più recenti arresti della giurisprudenza interna e delle ultime modifiche normative intervenute in materia giuslavoristica, in particolare in materia di licenziamento.

Parole chiave

Organizzazioni di tendenza – Discriminazione religiosa – Libertà religiosa e rapporto di lavoro.

Sommario: 1. Premessa – 2. Organizzazioni di tendenza e tutela reale del lavoratore in caso di licenziamento – 3. L'applicabilità dell'art. 8 dello Statuto dei Lavoratori tra diritto alla protezione dei dati personali e valutazione dell'idoneità del lavoratore da impiegare in "mansioni di tendenza" – 4. La direttiva n. 78/2000 e il rapporto di lavoro nelle organizzazioni di tendenza – 5. Licenziamento discriminatorio e organizzazioni di tendenza nel diritto dell'Unione Europea e nella giurisprudenza della Corte di Giustizia – 6. Gli orientamenti della giurisprudenza interna – 7. Riflessioni conclusive

Premessa

La peculiarità del regime giuridico del rapporto di lavoro subordinato nelle organizzazioni di tendenza si è sostanziata nella previsione di discipline normative ampiamente derogatorie rispetto a quelle generali, con notevoli implicazioni negative sullo statuto giuridico del singolo lavoratore, sia nel diritto interno che nel diritto dell'Unione Europea. Il lavoratore assunto nelle organizzazioni di tendenza finiva così con l'essere assoggettato ai penetranti poteri disciplinari e di indagine riconosciuti a siffatti soggetti datoriali, tanto nel momento dell'assunzione – si pensi alle deroghe tuttora previste dall'art. 8 dello Statuto dei Lavoratori – quanto nel corso dello svolgimento del rapporto di lavoro, con l'ulteriore esclusione da quelle forme di tutela reale garantite, in caso di licenziamento, ai lavoratori impiegati presso altri contesti lavorativi.

Gli effetti pregiudizievoli derivanti dall'applicazione della specifica disciplina si ponevano con particolare gravità in relazione ai casi in cui i poteri riconosciuti al datore di lavoro incidessero direttamente sulla libera manifestazione delle convinzioni religiose del lavoratore. La casistica in materia non era affatto trascurabile, anche in considerazione della capillare diffusione di organizzazioni di tendenza di ispirazione confessionale, soprattutto nel c.d. Terzo Settore[1].

Soltanto in parte la giurisprudenza è riuscita a mitigare il rigore di tale regime attraverso un'applicazione stringente del concetto di organizzazione di tendenza, disapplicando la normativa speciale in ogni ipotesi di dubbia confi-

[1] Sottolinea l'importanza degli enti confessionali nell'erogazione dei servizi alla persona, anche in supplenza degli enti pubblici, Maria d'Arienzo, *Chiesa ed economia,* in *Diritto e Religioni*, 2-2009, pp. 214-224. Sul tema vedasi anche Giuseppe D'Angelo, *Principio di sussidiarietà ed enti confessionali*, ESI, Napoli, 2003; Id., *Il privato sociale a connotazione religiosa e le declinazioni della sussidiarietà. Approdi normativi e questioni irrisolte*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 3, 2017, pp. 593-612; Marco Parisi, *Gli enti religiosi nella trasformazione dello stato sociale*, Napoli, Esi, 2004.

gurabilità di un siffatto soggetto datoriale[2]. Tuttavia, di recente, alcuni interventi normativi e le pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione Europea sembrano aver notevolmente attenuato alcuni dei segnalati profili di criticità, riconoscendo, come si vedrà, maggiore spazio per la libera manifestazione delle convinzioni personali del lavoratore, anche religiose, all'interno di tali strutture.

Organizzazioni di tendenza e tutela reale del lavoratore in caso di licenziamento

Nell'ordinamento italiano, prima dell'entrata in vigore del *Jobs Act,* la qualificazione di un ente come organizzazione di tendenza produceva significative ripercussioni anche in relazione al regime di licenziamento applicabile[3].

Infatti, l'art. 4 della legge n. 108/1990, nella sua originaria formulazione, stabiliva l'esclusione dalla tutela reale prevista dall'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori (legge n. 300/1970) per il lavoratore assunto presso un ente di tendenza, salvo i casi di licenziamento discriminatorio, di cui, tuttavia, se ne circoscriveva notevolmente la portata in considerazione della specificità del soggetto datoriale.

Su tale assetto ha inciso il combinato disposto di cui all'art. 3, comma 2 e all'art. 9, comma 2 del d.lgs. n. 23/2015, che, innovando il previgente regime, ha finalmente esteso la tutela reintegratoria ai lavoratori impiegati presso le organizzazioni di tendenza anche nelle «ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento»[4].

---

[2] Da ultimo si rinvia alla pronuncia della Corte d'appello di Palermo, 10 gennaio 2019, n. 3, nella cui motivazione, in modo emblematico, è affermato che: «La disciplina stabilita per le cosiddette organizzazioni di tendenza […] è di stretta interpretazione. Ne consegue che la suddetta normativa non è applicabile quando manchi l'accertamento in concreto delle modalità di svolgimento dell'attività datoriale e sia impossibile escluderne il carattere imprenditoriale in riferimento al tipo di organizzazione e all'economicità della gestione (che postula un equilibrio tra costi e ricavi), anche a prescindere dall'esistenza di un fine di lucro».

[3] Con particolare riguardo al rapporto di lavoro subordinato nelle organizzazioni di tendenza si segnala, già nel 1983, il lavoro di Maria Giovanna Mattarolo, *Il rapporto di lavoro subordinato nelle organizzazioni di tendenza*, CEDAM, Padova, 1983.

[4] Esclusivamente in tali ipotesi «il giudice annulla il licenziamento e condanna il datore di lavoro alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro e al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto». Sulle

Risulta però ancora controverso se siffatta tutela reale possa ritenersi applicabile anche ai lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015, data di entrata in vigore del d.lgs. n. 23/2015. Sul punto, nonostante si registrino numerose pronunce di segno negativo[5], sembra doversi preferire la tesi che ritiene applicabile il nuovo regime a prescindere dalla data di assunzione, in ossequio al principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost[6].

L'applicabilità dell'art. 8 dello Statuto dei Lavoratori tra diritto alla protezione dei dati personali e valutazione dell'idoneità del lavoratore da impiegare in "mansioni di tendenza"

Ulteriori riflessioni di interesse ecclesiasticistico suscitano le rilevanti limitazioni che conosce l'applicabilità dell'art. 8 dello Statuto dei Lavoratori alle organizzazioni di tendenza[7], che vieta, in via generale, al datore di lavoro di effettuare indagini, anche a mezzo di terzi, sulle opinioni politiche, sindacali e religiose del lavoratore, nonché su fatti non rilevanti ai fini della valutazione della sua attitudine professionale, sia in vista della possibile assunzione che nel corso dello svolgimento del rapporto di lavoro.

Nel consentire indagini «rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine

---

innovazioni introdotte dal *Jobs Act* si rinvia a Michele Tiraboschi (a cura di), in collaborazione con Lilli Casano, Emmanuele Massagli, Pierluigi Rausei, Silvia Spattini, Paolo Tomassetti, *Le nuove regole del lavoro dopo il Jobs Act: commento sistematico dei decreti legislativi nn. 22, 23, 80, 81, 148, 149, 150 e 151 del 2015 e delle norme di rilievo lavoristico della legge 28 dicembre 2015, n. 208 (legge di stabilità per il 2016)*, Giuffrè, Milano, 2016.

[5] Cfr. Tribunale di Roma, sez. lavoro, 26 ottobre 2016, secondo cui: «la normativa di riferimento non è mutata, per il rapporto per cui è causa, a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 23/2015, il quale effettivamente ha modificato la legge n. 92/2012, estendendo l'applicabilità delle nuove disposizioni in materia di licenziamento a tutele crescenti, anche alle organizzazioni tendenza, ma esclusivamente per i rapporti di lavoro venuti in essere successivamente all'entrata in vigore della stessa normativa.

L'art. 9, comma 2, del decreto stabilisce, infatti, che ai dipendenti delle organizzazioni di tendenza, in caso di licenziamento illegittimo, si applica la medesima disciplina dettata dal decreto per i lavoratori assunti dal 7 marzo 2015 presso ogni altro datore di lavoro, imprenditore e non. Tale disciplina, distingue le tutele riconosciute al dipendente a seconda delle dimensioni del datore di lavoro che ha intimato il licenziamento e, seppur in via residuale, prevede la possibilità che il datore di lavoro sia condannato a reintegrare il dipendente nel posto di lavoro. Si ritiene che, nonostante l'equivoca formulazione della norma, la nuova disciplina potrà operare solo nei confronti dei lavoratori assunti dalle organizzazioni di tendenza a decorrere dal 7 marzo 2015».

[6] Cfr. Alessandro Bellavista, *Piccoli datori di lavoro e organizzazioni di tendenza*, nel vol. Franco Carinci, Carlo Cester (a cura di), *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015*, Adapt University Press, Modena, 2016, specialmente pp. 190-191.

[7] La tematica è di evidente interesse ecclesiasticistico. Cfr. Jlia Pasquali Cerioli, *Il lavoro*, nel vol. Giuseppe Casuscelli (a cura di), *Nozioni di diritto ecclesiastico*, V ed., Giappichelli, Torino, 2015, p. 185.

professionale» l'art. 8 dello Statuto permette ai datori di lavoro inquadrabili nella categoria delle organizzazioni di tendenza di verificare le opinioni politiche, sindacali o religiose del personale dipendente, allorché ciò costituisca un aspetto della più generale valutazione delle attitudini professionali del lavoratore e, nello specifico, della sua idoneità ad espletare le mansioni di tendenza affidategli. Ne consegue che, con riguardo a dipendenti impiegati in mansioni neutre rispetto alle finalità perseguite dalla organizzazione – si pensi, ad esempio, agli addetti ai servizi di pulizia o di sorveglianza – l'eventuale indagine sulle loro convinzioni religiose risulterebbe palesemente illegittima.

Le modalità di esercizio di questo potere datoriale vanno ora raccordate con le disposizioni del GDPR (regolamento UE n. 679/2016), che all'art. 9 consente, in via di eccezione, a tali enti di trattare anche i dati personali che rivelino le convinzioni religiose[8], in presenza di soggetti impiegati – o da impiegare[9] – in mansioni immediatamente collegate all'attuazione delle finalità istituzionali dell'ente. In ogni caso, anche le organizzazioni di tendenza, comprese quelle di ispirazione religiosa[10], sono comunque obbligate ad adempiere all'obbligo di tenuta del registro delle attività di trattamento alle condizioni imposte dall'art. 30 GDPR, come peraltro espressamente stabilito dalle *Linee Guida* del *Garante della Privacy*, in cui si fa espresso riferimento anche alle «associazioni e movimenti a carattere religioso»[11].

---

[8] Sul tema si rinvia a Vincenzo Turco, *Il trattamento dei dati personali nell'ambito del rapporto di lavoro*, nel vol. Vincenzo Cuffaro, Roberto D'Orazio, Vincenzo Ricciuto (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 525, nonché a Francesco Santoni, *Controlli difensivi e tutela della privacy dei lavoratori*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1, 2016, pp. 145-146. Sul trattamento dei dati sensibili di interesse religioso cfr. Antonio Fuccillo, *Diritto, religione, culture. Il fattore religioso nell'esperienza giuridica*, III ed., Giappichelli, Torino, 2019, specialmente p. 300 ss.

[9] La deroga riconosciuta alle organizzazioni di tendenza dall'art. 9 del GDPR consente il trattamento dei dati personali inerenti alle convinzioni religiose dei candidati a ricoprire mansioni di tendenza anche nella fase pre-assuntiva. Sul punto cfr. Vincenzo Turco, *Il trattamento dei dati personali nell'ambito del rapporto di lavoro* cit., pp. 525-526.

[10] Le confessioni religiose hanno profuso un rilevante impegno diretto alla armonizzazione dei propri ordinamenti alle innovazioni introdotte dal regolamento UE 679/2016 (GDPR). In tal senso si segnala, con riguardo alla Chiesa cattolica, il *Decreto generale della Conferenza Episcopale Italiana*, 24 maggio 2018, la cui vincolatività è stata assicurata con un'apposita *recognitio* rilasciata in data 23 maggio 2018 dalla *Congregazione per i Vescovi*, ai sensi dell'art. 82 della Costituzione Apostolica *Pastor Bonus*. Il Decreto generale della CEI, nel dettare un'articolata regolamentazione del diritto della persona alla buona fama e alla riservatezza già riconosciuto dal can. 220 del *Codex iuris canonici*, in numerosi punti tiene conto delle disposizioni e degli adempimenti imposti dal GDPR. Sul tema si rinvia a Marino Mosconi, *La normativa della Chiesa in Italia sulla tutela della buona fama e della riservatezza: dal decreto generale del 20 ottobre 1999 al decreto generale del 24 maggio 2018,* in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 2, 2020, p. 136 ss.

[11] Con *Comunicazione* dell'8 ottobre 2018 il *Garante per la Protezione dei dati personali* ha dato notizia della pubblicazione delle Linee Guida per la tenuta del registro di trattamento dei dati personali, ricomprendendo espressamente tra i soggetti obbligati alla redazione e conservazione del Registro

Va infine ricordato che un divieto analogo a quello previsto dall'art. 8 dello Statuto dei Lavoratori è previsto dall'art. 10 del d.lgs. n. 276/2003 per le Agenzie per il lavoro, a cui è preclusa ogni indagine mirante alla preselezione dei lavoratori, anche con il loro consenso, sulla base del loro credo religioso[12].

La direttiva n. 78/2000 e il rapporto di lavoro nelle organizzazioni di tendenza

Con la direttiva n. 78/2000 del Consiglio dell'Unione Europea (recepita nel nostro ordinamento con la legge n. 303/2000) il principio di non discriminazione[13], anche religiosa, ha trovato una sua concreta applicazione in ambito giuslavoristico[14]. La disciplina dettata in tema di organizzazioni di tendenza dalla direttiva n. 78/2000 assume particolare interesse ecclesiasticistico[15], e, infatti, tale ambito ha rappresentato uno degli aspetti di più stretto collegamento tra diritto ecclesiastico, diritto dell'Unione Europea e diritto del lavoro, soprattutto con riferimento a quei numerosi casi in cui l'esercizio del diritto di libertà di pensiero e di religione del lavoratore subisca significative compressioni all'interno di strutture connotate in senso confessionale[16].

---

anche le «associazioni e movimenti a carattere religioso». Per approfondimenti si rinvia al seguente link: *https://www.garanteprivacy.it/home/faq/registro-delle-attivita-di-trattamento*.

[12] Vedasi Stefano Consiglio, Luigi Moschera, *Le Agenzie per il Lavoro e i lavoratori in somministrazione dopo il "Jobs Act". Un'indagine nazionale*, Franco Angeli, Milano, 2016, p. 99.

[13] Oltre all'art. 14 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, il generale divieto di discriminazione su base anche religiosa è espresso dall'art. 21 del Trattato di Nizza. Sul tema cfr. Chiara Favilli, *La non discriminazione nell'Unione Europea*, il Mulino, Bologna, 2008.

[14] Sul tema cfr. Gianni Arrigo, *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, PM Edizioni, Varazze, 2018, specialmente p. 297 ss. Con espresso riferimento alla discriminazione religiosa sul lavoro nel diritto dell'Unione Europea si rinvia a Silvia Angeletti, *Discriminazioni per motivi religiosi nell'ambito lavorativo: una breve analisi dei dati elaborati dall'Agenzia dell'Unione Europea per i diritti fondamentali*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1, 2013, pp. 19-28; David Durisotto, *I recenti interventi della Corte EDU e della Corte di Giustizia UE in tema di simboli religiosi, un percorso parallelo. Rassegna della giurisprudenza*, in *Federalismi.it*, 1° maggio 2019, pp. 1-25; Giovanni Amoroso, *Libertà di culto e principio di «neutralità» nella prestazione di lavoro*, in *Foro Italiano*, IV, 2017, c. 255.

[15] Come noto, secondo la definizione data per la prima volta dall'art. 3 della legge n. 108/90, elemento caratterizzante delle organizzazioni di tendenza è lo svolgimento di attività di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione, ma anche religiosa o cultuale. Sul tema cfr. Francesco Santoni, *I rapporti di lavoro nelle organizzazioni di tendenza a carattere religioso e confessionale*, in *Studi in memoria di Mario Petroncelli,* Jovene, Napoli, 1989; Id., *Le organizzazioni di tendenza e i rapporti di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1983.

[16] A titolo esemplificativo si consideri il caso del prof. Lombardi Vallauri all'interno dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano. Sul punto si rinvia, *ex plurimis*, a Luciano Zannotti, *Quando manca la libertà nella scuola. Una riflessione dopo l'ennesimo caso di dissenso dentro l'Università cattolica*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, I, 1999, p. 1057 ss. Sul tema si rinvia anche a Mario Tedeschi,

L'art. 2, lett. b) della direttiva fa espresso riferimento alle discriminazioni religiose nel definire il concetto di discriminazione indiretta[17], giustificando una differenza di trattamento soltanto se oggettivamente giustificata da una finalità legittima e purché i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari.

Tale eccezione ben si attaglia alle ipotesi in cui la prestazione lavorativa si svolga all'interno delle organizzazioni di tendenza. E l'aspetto è immediatamente precisato dal successivo art. 4, primo comma della stessa direttiva, secondo cui non costituisce discriminazione su base religiosa la differenza di trattamento del lavoratore che sia giustificata dalla natura dell'attività lavorativa o dal contesto in cui la stessa viene espletata[18].

Con maggior grado di dettaglio, il comma 2 dell'art. 4 della direttiva prevede che, nel caso di attività professionali di chiese o di altre organizzazioni pubbliche o private la cui etica è fondata sulla religione, una differenza di trattamento basata sull'elemento religioso non costituisce discriminazione laddove, per la natura di tali attività, o per il contesto in cui vengono espletate, la religione o le convinzioni personali rappresentino un requisito essenziale, legittimo e giustificato per l'esercizio della relativa mansione. La specificità del rapporto di lavoro prestato in seno agli enti di tendenza è ulteriormente marcata dall'ultimo capoverso dell'art. 4 della direttiva n. 78/2000, con cui si garantisce a tali organizzazioni, in particolare di matrice religiosa, il diritto di esigere dalle persone che sono alle loro dipendenze un atteggiamento di buona fede e di lealtà rispetto all'etica datoriale[19].

Il diritto dell'Unione sembrerebbe quindi aver riconosciuto un particolare spazio di specialità ai rapporti di lavoro subordinati all'interno delle organiz-

---

La libertà della scuola e nella scuola, in *Diritto e Religioni*, 2-2008, pp. 432-438.

[17] Si ha discriminazione indiretta per motivi religiosi quando una disposizione, un criterio o una prassi, apparentemente neutri, possono mettere in una posizione di particolare svantaggio le persone che professano una determinata religione.

[18] Per approfondimenti cfr. Stella Coglievina, *Diritto antidiscriminatorio e religione: uguaglianza, diversità e libertà religiosa in Italia, Francia e Regno Unito*, Libellula Edizioni, Tricase, 2013.

[19] Sul diritto delle organizzazioni di tendenza di instaurare rapporti di lavoro fondati sul vincolo di fedeltà si rinvia a Rossella Bottoni, *Diritto e fattore religioso nello spazio europeo*, Giappichelli, Torino, 2019, spec. pp. 93-94.

Ad ogni modo, una differenza di trattamento su base religiosa, anche se consentita in ragione della natura confessionale dell'organizzazione, deve comunque contemperarsi con i principi generali dell'ordinamento dell'Unione, come del resto espressamente previsto dall'ultimo periodo dell'art. 4, comma 2 della direttiva n. 78/2000. Sul tema cfr. Jlia Pasquali Cerioli, *Parità di trattamento e organizzazioni di tendenza religiose nel «nuovo» diritto ecclesiastico europeo*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2, 2013, pp. 71-86, nonché Elisabetta Garello, *Organizzazioni di tendenza religiosa: quali limiti all'esenzione dal divieto di discriminazione religiosa in materia di lavoro?* in *European papers: a journal on law and integration*, 2, 2018, pp. 897-909.

zazioni di tendenza, in linea con quanto affermato dall'art. 17 TFUE, che, come noto, garantisce alle confessioni religiose il godimento dei peculiari *status* giuridici già riconosciuti nei singoli ordinamenti degli Stati membri[20].

La portata dell'art. 4 della direttiva n. 78/2000 sta tuttavia conoscendo, negli ultimi anni, una considerevole erosione, alla luce dei più recenti arresti della giurisprudenza comunitaria, che sembrano confermare il tendenziale arretramento della specificità riconosciuta a tali strutture aziendali in favore della effettiva esplicazione dei diritti di libertà individuali del singolo lavoratore, compreso il diritto di libertà religiosa[21].

Licenziamento discriminatorio e organizzazioni di tendenza nel diritto dell'Unione Europea e nella giurisprudenza della Corte di Giustizia

In relazione all'applicazione e all'interpretazione dell'art. 4 della direttiva n. 78/2000 sono intervenute due importanti pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, che hanno ridimensionato l'ambito entro cui può essere considerata legittima – anziché discriminatoria – una differenza di trattamento dei lavoratori, su base religiosa, all'interno delle organizzazioni di tendenza[22].

---

[20] Sull'interpretazione dell'art. 17 TFUE si rinvia, *ex multis*, a Marco Ventura, *La laicità dell'Unione europea. Diritti, mercato, religione,* Giappichelli, Torino, 2001; Maria Cristina Ivaldi, *Diritto e religione nell'Unione europea*, Edizioni Nuova Cultura, Roma, 2008; David Durisotto, *Istituzioni europee e libertà religiosa. CEDU e UE tra processi di integrazione europea e rispetto delle specificità nazionali*, ESI, Napoli, 2016; Id., *Unione europea, chiese e organizzazioni filosofiche non confessionali (art. 17 TFUE)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 23, 2016, pp. 1-39; Monica Lugato, *L'Unione europea e le Chiese: l'art. 17 TFUE nella prospettiva del principio di attribuzione, del rispetto delle identità` nazionali e della libertà religiosa*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2, 2014, pp. 305-322.

[21] Sull'esplicazione del diritto di libertà religiosa all'interno dei rapporti di lavoro si rinvia, *ex plurimis,* a Vincenzo Pacillo, *Contributo allo studio del diritto di libertà religiosa nel rapporto di lavoro subordinato*, Giuffrè, Milano, 2003; Antonello De Oto, *Precetti religiosi e mondo del lavoro,* EDIESSE, Roma, 2007*;* Rita Benigni, *L'identità religiosa nel rapporto di lavoro*, Jovene, Napoli, 2008; Giuseppe D'Angelo, *Appartenenza religiosa e rapporti di lavoro,* in *Diritto e Religioni*, 2-2013, pp. 464-488; Livia Saporito, Francesco Sorvillo, Ludovica Decimo, *Lavoro, discriminazioni religiose e politiche d'integrazione*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 18, 2017.

[22] Sul licenziamento all'interno delle organizzazioni di tendenza si rinvia a Giuseppe Chiara, *Il licenziamento nelle organizzazioni di tendenza tra divieto di discriminazione, diritti della personalità e libertà religiosa*, nel vol. Maria d'Arienzo (a cura di), *Il diritto come "scienza di mezzo". Studi in onore di Mario Tedeschi*, Luigi Pellegrini Editore, Cosenza, 2017, pp. 519-537, nonché Francesco Santoni, *Giusta causa di licenziamento per dissenso ideologico del lavoratore nelle organizzazioni di tendenza*, in *Massimario della Giurisprudenza del Lavoro*, 1997, p. 883 ss. Vedasi inoltre Matteo Corti, *Diritto dell'Unione europea e status delle confessioni religiose. Profili lavoristici*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale,* Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), febbraio 2011, pp. 1-18.

Il primo caso (caso *IR*) è stato definito dalla sentenza 11 settembre 2018 emessa dalla Grande Sezione della Corte di Giustizia, all'esito della causa C-68/17[23]. La fattispecie concerneva il licenziamento per motivazioni religiose di un primario che aveva prestato servizio presso una struttura ospedaliera soggetta alla vigilanza della Diocesi di Colonia. Il licenziamento veniva motivato sulla base della circostanza che il medico, dopo il divorzio dalla prima moglie, si fosse risposato civilmente senza aver prima provveduto ad ottenere la nullità del precedente vincolo, contravvenendo così al Regolamento sui rapporti di lavoro nella Chiesa cattolica del 1993[24], il cui art. 21, quinto comma, espressamente contemplava tale ipotesi come una grave violazione degli obblighi di lealtà nei confronti dell'ente di tendenza. Il Tribunale del lavoro tedesco, nel valutare discriminatorio il licenziamento, accoglieva il ricorso proposto dal lavoratore e la decisione veniva confermata anche nei successivi gradi di giudizio. La struttura ospedaliera adiva quindi la Corte costituzionale federale, che annullava l'ultima pronuncia per difetto di motivazione in ordine al principio di autodeterminazione delle Chiese, rimettendo il giudizio innanzi alla Corte federale del lavoro. Da qui il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, la quale, con la sentenza in esame, statuiva che l'adesione alla concezione cattolica del matrimonio da parte del lavoratore non pregiudicasse, in alcun modo, l'affermazione dell'etica datoriale, in considerazione dell'attività professionale concretamente svolta (dirigente medico), rispetto alla quale la coerenza con l'etica datoriale non avrebbe costituito una condizione essenziale dell'attività[25].

Oltre a quanto stabilito dalla sentenza della Corte di Giustizia 22 gennaio 2019, n. 139 in relazione all'ordinamento austriaco[26], sempre con riguardo

---

[23] Per un commento alla sentenza in esame si rinvia a Pierangela Floris, *Organizzazioni di tendenza religiosa tra Direttiva europea, diritti nazionali e Corte di giustizia UE*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale,* Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 12, 2019, pp. 3-32, spec. p. 3 ss.

[24] Il *Regolamento di base del servizio ecclesiastico nell'ambito dei rapporti di lavoro nella Chiesa* del 22 settembre 1993 (*Grundordnung des kirchlichen Dienstes im Rahmen kirchlicher Arbeitsverhältnisse*) è consultabile al *link https://www.diag-mav-hamburg.de/content/ pdf/Gesetze%20 und%20Ordnungen/Grundordnung_11_auflage.pdf*.

[25] In altri termini, a giudizio della Corte, una «differenza di trattamento […] tra dipendenti in posizioni direttive, in funzione della loro confessione o agnosticismo, è conforme alla direttiva n. 78/2000 solo se, tenuto conto della natura delle attività professionali interessate o del contesto in cui sono esercitate, la religione o le convinzioni personali costituiscono un requisito professionale essenziale, legittimo e giustificato rispetto all'etica della chiesa o dell'organizzazione in questione e conforme al principio di proporzionalità, il che spetta al giudice nazionale verificare» La sentenza è consultabile in *http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid= 205521&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=333151*.

[26] Con tale sentenza i Giudici del Lussemburgo esaminavano il caso di un lavoratore austriaco che veniva privato della retribuzione aggiuntiva per la festività del Venerdì Santo, festività riservata ai

all'ordinamento tedesco si segnala il caso *Egenberger,* definito dalla sentenza 17 aprile 2018 (n. 414/16) della Corte del Lussemburgo, con cui è stato accertato il carattere discriminatorio della mancata assunzione di una candidata, priva di appartenenze confessionali, per un incarico all'interno di un'organizzazione evangelica[27].

Sottoposto al vaglio di più giudici, l'esame della vicenda perveniva, a seguito di rinvio pregiudiziale da parte della Corte federale del lavoro tedesca, alla Corte di Giustizia, che veniva invitata a chiarire se l'art. 4, secondo comma della direttiva n. 78/2000 riconoscesse alla singola confessione la facoltà di definire autonomamente e in maniera vincolante quando una determinata appartenenza confessionale costituisse un requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa di tendenza in considerazione dell'etica dell'organizzazione. La sottoposizione di un simile quesito, invero, non deve sorprendere se si considera che la trasposizione dell'art. 4, comma 2 della direttiva n. 78/2000 nell'ordinamento tedesco è avvenuta soltanto nel 2006, con l'emanazione di una legge sulla parità di trattamento[28] che ha circoscritto la sindacabilità dei provvedimenti delle organizzazioni confessionali in materia di lavoro «ad un mero controllo di plausibilità, sottraendola, così, ad un sindacato giurisdizionale effettivo e, conseguentemente, riconoscendo ai soggetti datoriali di tendenza un ampio potere di autodeterminazione»[29]. La Corte, sul punto, ha affermato, a chiare lettere, che il comportamento dato-

---

soli fedeli di quelle confessioni religiose che ne riconoscevano specifico valore. Sul tema si rinvia al contributo di Simone Baldetti, *Festività religiose e normativa discriminatoria alla prova della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *www.lavorodirittieuropa.it*, 25 luglio 2019.

Per il contesto nazionale si rinvia a Caterina Gagliardi, *Il diritto al riposo domenicale nel rapporto di lavoro subordinato. Brevi riflessioni a margine della sentenza Corte di Cassazione 22 febbraio 2016 n. 3416*, in *Diritto e Religioni*, 2-2016, pp. 542-557.

[27] Si trattava dell'organizzazione evangelica denominata *Opera della Chiesa evangelica per la Diaconia e lo Sviluppo*. Per una disamina più approfondita del caso si rinvia al contributo di Nicola Colaianni, *Divieto di discriminazione religiosa sul lavoro e organizzazioni religiose*, in *www.questionegiustizia.it*, (al *link http://www.questionegiustizia.it/ articolo/divieto-di-discriminazione-religiosa-sul-lavoro-e-organizzazioni-religiose_03-05-2018.php*), nonché Maria Elena Giannusa, *Libertà religiosa collettiva e principio di non discriminazione nel sistema "costituzionale" dell'Unione europea*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale,* Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 12, 2019, pp. 1-33, spec. p. 9 ss.

[28] Per approfondimenti si rinvia a Pierangela Floris, *Organizzazioni di tendenza religiosa tra Direttiva europea, diritti nazionali e Corte di Giustizia UE* cit., p. 5. La problematicità dell'ordinamento giuslavoristico tedesco è altresì rilevata da Raffaello Santagata, *Discriminazioni nel luogo di lavoro e «fattore religioso»: l'esperienza tedesca*, in *Rivista italiana del diritto del lavoro*, I, 2011, p. 355 ss. Dello stesso autore, sul tema, si segnala anche l'opera monografica Id., *Le discriminazioni sul lavoro nel «diritto vivente»*, ESI, Napoli, 2019.

[29] Così Elisabetta Garello, *Organizzazioni di tendenza religiosa: quali limiti all'esenzione dal divieto di discriminazione religiosa in materia di lavoro?* cit.

riale, benché connotato in senso confessionale, deve comunque poter essere oggetto di un controllo giurisdizionale effettivo, che valuti la condotta dell'organizzazione anche alla luce del principio di proporzionalità.

In altri termini affinché la differenza di trattamento sulla base dell'elemento religioso non risulti discriminatoria è necessario che la richiesta di determinate caratteristiche relative alla fede religiosa del singolo lavoratore o del singolo candidato alla posizione lavorativa risponda ai tre criteri della essenzialità, della legittimità e della giustificatezza[30].

Gli orientamenti della giurisprudenza interna

La posizione della giurisprudenza italiana più recente appare pienamente allineata alle richiamate pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, già a partire dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 6575/2016, con cui la Suprema Corte, abbandonando la consolidata ricostruzione della discriminazione come motivo illecito determinante, ha affermato che «la discriminazione – diversamente dal motivo illecito – opera obiettivamente, ovvero in ragione del mero rilievo del trattamento deteriore riservato al lavoratore quale effetto della sua appartenenza alla categoria protetta»[31]. Da tale arresto ne consegue una riscrittura dell'onere della prova, non più incentrato sulla dimostrazione di un motivo illecito determinante, bensì fondato sulla prova di un trattamento differenziale deteriore in funzione di uno dei fattori di protezione (fattore religioso o orientamento sessuale, ad esempio).

Sul punto assume specifico interesse ai fini della nostra indagine la sentenza della Corte di appello di Trento, 7 marzo 2017, n. 14[32], con cui è stata ritenuta discriminatoria, per ragioni di orientamento sessuale, la condotta datoriale esplicatasi nel mancato rinnovo di un contratto a termine ad un'insegnante di educazione artistica all'interno di un'organizzazione di tendenza, nel caso di specie una scuola paritaria cattolica. La Corte territoriale ha sostenuto che la libertà riconosciuta alle scuole paritarie cattoliche non può comportare anche la libertà di decidere chi assumere in base a fattori estranei alla qualità della

---

[30] Per approfondimenti si rinvia a Mariapaola Aimo, *Le discriminazioni basate sulla religione e sulle convinzioni personali*, nel vol. Marzia Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscrimanatorio: il quadro comunitario e nazionale,* Giuffrè, Milano, 2007, p. 43 ss.

[31] Per approfondimenti si rinvia a Mariapaola Aimo, *Le discriminazioni basate sulla religione e sulle convinzioni personali*, nel vol. Marzia Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto an-tidiscrimanatorio: il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 43 ss

[32] Per un primo commento alla sentenza della Corte d'appello di Trento si rinvia a Marco Peruzzi, *La prova del licenziamento ingiustificato e discriminatorio*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 167.

prestazione lavorativa, non potendosi ritenere l'insegnamento dell'educazione artistica una mansione di tendenza all'interno di quella organizzazione. Nel caso in esame è stato ritenuto insussistente il presupposto della essenzialità, in quanto la mansione affidata – non integrando una mansione di tendenza – non ha potuto concorrere alla determinazione dell'etica dell'organizzazione. Oltretutto non è stato ravvisato l'ulteriore requisito della giustificatezza, non essendosi data prova del rischio di compromissione dell'etica dell'organizzazione derivante dell'orientamento sessuale dell'insegnante.

Tanto i giudici interni, quanto i Giudici del Lussemburgo confermano, dunque, che «la pretesa degli enti religiosi di attribuire rilievo a comportamenti rientranti nella sfera privata del lavoratore» o della lavoratrice può essere accolta soltanto ove risulti dotata di un nesso stringente con le mansioni attribuite, e purché queste ultime siano "di tendenza"[33]. Per cui, la deroga prevista dall'art. 4, secondo comma della direttiva n. 78/2000, può essere giustificata soltanto quando le qualità richieste al singolo lavoratore possano influire direttamente sulla qualità dell'esecuzione della prestazione lavorativa "non neutra" e sull'aspettativa del datore di lavoro ad un corretto espletamento delle mansioni di tendenza in conformità ai valori che permeano la struttura dell'ente.

Riflessioni conclusive

A differenza dell'esperienza tedesca, l'ordinamento nazionale e la giurisprudenza interna, oltre ad essere allineati agli orientamenti della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, risultano, a ben vedere, ancora più rigorosi nel circoscrivere la portata della deroga al divieto di discriminazione contemplata dall'art. 4 della direttiva n. 78/2000, ammettendone l'operatività esclusivamente con riguardo alle "organizzazioni di tendenza prive di struttura imprenditoriale". In altri termini, una fattispecie analoga al richiamato caso *IR* – relativo al licenziamento del dirigente medico impiegato in una clinica assoggettata al controllo della Diocesi di Colonia – nell'ordinamento giuridico italiano non sarebbe stata nemmeno sussunta nell'ipotesi di rapporto di lavoro subordinato presso un'organizzazione di tendenza, dal momento che la

[33] Così Stefania Scarponi, *La Corte di Giustizia si pronuncia per la prima volta sul rapporto di lavoro con enti ecclesiastici: un'occasione per ribadire la portata del divieto di discriminazione basata sulla religione e sulle opinioni personali alla luce della Carta dei diritti fondamentali*, in *Europeanrighes.eu, Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa*, 1° gennaio 2019 (*http://www.europeanrights.eu/public/commenti/BRONZINI14-Scarponi.pdf*).

clinica tedesca era costituita in forma di società di capitali[34].

Sul punto l'orientamento della Corte di Cassazione è netto. A titolo esemplificativo si segnala la sentenza 18 giugno 2018, n. 16031[35], con cui la Suprema Corte si è spinta ad affermare che persino una Onlus non è sempre qualificabile come organizzazione di tendenza se esercita un'attività strutturata a modo di impresa e se non persegue finalità ideologiche di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione ovvero di religione o di culto. E ciò perché, secondo il consolidato orientamento della Suprema Corte, è configurabile un'organizzazione di tendenza soltanto quando l'attività sia esercitata in forma non imprenditoriale, quando sia assente lo scopo di lucro e quando l'attività rientri in una delle categorie espressamente contemplate dall'art. 4 della legge n. 108/90.

Sulla base della disamina effettuata, pertanto, si può affermare che il divieto di discriminazione religiosa nelle organizzazioni di tendenza in Italia, con riferimento ai profili individuali di natura giuslavoristica, riceva ampia e adeguata attuazione, sia a livello normativo che a livello giurisprudenziale.

È per questo che, con riguardo alla situazione italiana, i casi di discriminazione religiosa più che a livello individuale e all'interno delle organizzazioni di tendenza sembrano piuttosto configurarsi tra le diverse organizzazioni di tendenza di ispirazione religiosa[36]. Ci si riferisce, in particolare, alle maggiori difficoltà incontrate per gli enti delle confessioni religiose sprovviste di «accordi, patti o intese con lo Stato» nell'accesso alle agevolazioni fiscali previste dalla normativa del Terzo Settore. E la differenziazione tra enti religiosi di confessioni provviste o sprovviste di intesa, oltre ad aver segnato tutta la legislazione in materia di onlus e impresa sociale, non è stata del tutto superata dalla recente riforma del Terzo Settore. Infatti, la categoria di "ente religioso civilmente riconosciuto" contemplata dall'art. 4, terzo comma del Codice del Terzo Settore (d.lgs. n. 117/2017), sebbene sia stata ritenuta in grado di ricomprendere al suo interno anche gli «istituti di culto riconosciuti ai sensi delle norme del 1929/1930»[37], è pur sempre una categoria mutuata dalla terminolo-

---

[34] Per un inquadramento degli enti ecclesiastici ospedalieri nelle categorie del diritto interno si rinvia a Carmela Elefante, *Enti ecclesiastici ospedalieri, sanità pubblica e* spending review, Giappichelli, Torino, 2014. Vedasi inoltre Adelaide Madera, *Gli ospedali cattolici. I modelli statunitensi e l'esperienza giuridica italiana: profili comparatistici*, Giuffrè, Milano, 2014.

[35] La sentenza è consultabile al *link https://www.olir.it/documenti/sentenza-18-giugno-2018-n-16031-18/*.

[36] Con riguardo al rapporto di lavoro all'interno degli enti ecclesiastici aventi qualifica di Onlus si rinvia a Nicola Fiorita, Maura Ranieri, *I rapporti di lavoro negli enti religiosi civilmente riconosciuti alla luce della riforma del Terzo settore*, in *Diritto e Religioni,* 2-2018, p. 83 ss.

[37] Così Pierangela Floris, *Enti religiosi e riforma del Terzo settore: verso nuove partizioni nella*

gia utilizzata in alcune recenti intese[38].

È, pertanto, nelle persistenti differenze che si registrano tra gli enti delle diverse confessioni religiose in materia di finanziamento e di accesso alle agevolazioni fiscali, oltre che di riconoscimento della stessa personalità giuridica, che si celano i maggiori rischi di un'effettiva discriminazione su base religiosa tra le diverse organizzazioni di tendenza. Non va però sottaciuto che tali disparità di trattamento e la conseguente minore disponibilità finanziaria si traducono inevitabilmente anche in un più difficile accesso al mondo del lavoro per i lavoratori appartenenti a quelle confessioni religiose non ancora adeguatamente integrate nell'ordinamento giuridico nazionale, finendo con l'incidere indirettamente anche sulle loro posizioni individuali.

---

disciplina degli enti religiosi, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 3, 2018, p. 14, secondo cui: «i decreti delegati del 2017 si sono rivolti agli "enti religiosi civilmente riconosciuti". Hanno così utilizzato una formula nuova, oggi presente in alcune intese e che lì vale a designare i tradizionali enti ecclesiastici civilmente riconosciuti. È una formula nuova, come appena detto, che però ha anche nuove capacità di capienza, sia rispetto a quelle delle norme non profit abrogate, sia rispetto a quelle della legge delega. Come si è detto, essa riguarda tutti gli enti religiosi civilmente riconosciuti. Dunque, può essere riferita a tutti gli enti confessionali civilmente riconosciuti, di cui si occupano gli accordi Stato-chiese. A differenza delle norme abrogate, essa può essere agevolmente riferita anche agli istituti di culto riconosciuti ai sensi delle norme del 1929/1930». Inoltre, sul tema vedasi, *ex multis*, Pierluigi Consorti, Luca Gori, Emanuele Rossi, *Diritto del Terzo settore*, il Mulino, Bologna, 2016; Pierluigi Consorti, *L'impatto del nuovo Codice del Terzo settore sulla disciplina degli "enti religiosi*", in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 4, 2018, pp. 1-18; Mario Ferrante, *Enti religiosi/ecclesiastici e riforma del terzo settore*, Giappichelli, Torino, 2019.

[38] Ci si riferisce, in particolare, alle intese siglate con l'Unione Buddista Italiana e con l'Unione Induista Italiana, rispettivamente approvate con la legge n. 245/12 e n. 246/12.

Autonomia contrattuale e divieto di discriminazione religiosa nell'ordinamento giuridico italiano

The contractual autonomy and the prohibition of religious discrimination in the Italian legal system

Caterina Gagliardi

Abstract

The proliferation of religious accommodation's instances in private labour relations highlights the complexity of the interactions between contractual autonomy and religious freedom in the implementation of anti-discrimination legislation.

In the search for a reasonable balance between the parties' spheres of self-determination, the negotiating source seems to play a significant role. In fact, company regulations and organisational practices that take into account the religious identity of the employee detect the relationship of mutual functionality that may exist between the principle of private economic initiative and the principle of non-discrimination, without the one being considered the limit of the other.

There are various problem profiles that arise in cases where contractual autonomy is manifested through acts of disposition of the religious freedom of the worker, such as to intercept the full exercise thereof. In the succession of the interpretative orientations, the solution proposed by the European Judges is of considerable interest. In outlining the conditions under which the balance may be leaning in favour of entrepreneurial needs, they believe that the religious freedom of workers cannot be said to be injured if the policy of neutrality is pursued in a coherent, systematic and undifferentiated way with reference to any belief.

Key words

Private work – Religious identity – Contractual freedom and discriminatory prohibition.

Riassunto

Il proliferare delle istanze di accomodamento religioso nei rapporti privati di lavoro evidenzia la complessità delle interazioni tra l'autonomia contrattuale e la libertà religiosa nell'attuazione delle norme antidiscriminatorie.

Nella ricerca di un ragionevole bilanciamento tra le sfere di autodeterminazione delle

parti, la fonte negoziale sembra ricoprire un ruolo senz'altro significativo. Difatti, i regolamenti e le prassi organizzative aziendali che tengono conto dell'identità religiosa del prestatore di lavoro rilevano il rapporto di reciproca funzionalità che può sussistere tra il principio di iniziativa economica privata e il principio di non discriminazione, senza che l'uno venga considerato limite dell'altro.

Diversi i profili problematici che invece si pongono nei casi in cui l'autonomia contrattuale si manifesta attraverso atti di disposizione della libertà religiosa del lavoratore, tali da intercettarne il pieno esercizio. Nell'avvicendarsi degli orientamenti interpretativi, di notevole interesse è da ritenersi la soluzione prospettata dai Giudici europei. Nel delineare le condizioni alla presenza delle quali l'ago della bilancia può propendere in favore delle esigenze imprenditoriali, essi ritengono che la libertà religiosa dei lavoratori non possa dirsi lesa se la politica di neutralità è perseguita in modo coerente, sistematico e indifferenziato con riferimento a qualunque credo.

Parole chiave
Lavoro privato – Identità religiosa – Libertà contrattuale e divieto di discriminazione.

Sommario: 1. Introduzione – 2. Equilibrio possibile tra libertà di impresa e libertà religiosa? – 3. Il rovescio della medaglia – 4. Riflessioni conclusive

Introduzione

Le interazioni tra la libertà contrattuale e la libertà religiosa che si sviluppano nei rapporti privati di lavoro, in attuazione delle norme antidiscriminatorie, continuano a rivelarsi complesse e sempre più attuali[1].

È senz'altro evidente l'esigenza di assicurare la tutela della libertà di coscienza individuale in una delicata zona di confine tra spazio pubblico e spazio privato, quale è il luogo di lavoro. Parimenti rilevante è, tuttavia, la necessità di salvaguardare anche i diritti e le libertà altrui, tra cui appunto l'iniziativa economica privata[2]. Principio generale che trova fondamento nell'art. 41, par. 2, dell'ordinamento costituzionale italiano e, volgendo lo sguardo alle fonti sovranazionali europee, nell'art. 3, par. 3 del Trattato sull'Unione Europea, negli artt. 119, parr. 1 e 120 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Eu-

[1] Per un'analisi della normativa europea dettata in materia di divieti di discriminazione religiosa, diretta ed indiretta, sul luogo di lavoro si rinvia alle riflessioni di Stella Coglievina, *Diritto antidiscriminatorio: uguaglianza, diversità e libertà religiosa in Italia, Francia e Regno Unito*, Libellula Edizioni, Tricase, 2013.

[2] Maria Rosaria Piccinni, *Il tempo della festa tra religione e diritto*, Cacucci, Bari, 2013, p. 91 ss., affronta il tema in ordine all'apertura degli esercizi commerciali nei giorni festivi.

ropea e nell'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

Nel perseguimento di una politica del lavoro che possa contemperare entrambe le pretese, essenziale si è posta e continua a porsi la ricerca di un bilanciamento tra le sfere di autodeterminazione delle parti contrattuali, nell'intento di definire quando l'interesse dell'impresa può o meno dirsi preminente rispetto alla tutela sul luogo di lavoro del pluralismo religioso e ideologico o viceversa[3].

A rendere ancora più urgente l'individuazione di adeguate soluzioni è il significativo proliferare delle istanze di accomodamento religioso[4]. Quali estrinsecazioni evidenti dell'attuale connotazione multietnica e multireligiosa della società, le rivendicazioni identitarie possono riflettersi sugli assetti organizzativi della compagine datoriale, relativamente agli orari di lavoro, alle festività religiose oppure alla concessione di permessi straordinari. Notevoli sono anche le ripercussioni che possono aversi in ordine ai parametri di sicurezza contemplati dalla vigente legislazione giuslavorista. Si pensi, ad esempio, alla potenziale conflittualità che può sussistere tra l'uso di determinati simboli religiosi[5] e la divisa da lavoro oppure agli effetti che l'osservanza di

---

[3] Sono diversi gli studi privatistici dedicati all'esigenza di ricercare un equilibrio tra le libertà coinvolte. Tra i diversi, si rinvia alle riflessioni di: Daniele Maffeis, *La discriminazione contrattuale e la dignità della persona*, in Fausto Caggia, Giorgio Resta (a cura di), *I diritti fondamentali in Europa e il diritto privato*, Tre Press, Roma, 2019, pp. 135-144; Guido Alpa, Giuseppe Conte (a cura di), *Diritti e libertà fondamentali nei rapporti contrattuali*, Giappichelli, Torino, 2018; Lorenzo Delli Priscoli, *Liberalizzazioni e diritti fondamentali*, Key, Vicalvi, 2016; Ermanno Vitale (a cura di), *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza, Roma, 2015; Pasquale Laghi, *L'incidenza dei diritti fondamentali sull'autonomia negoziale*, Cedam, Padova, 2012; Id., *Moneta, equilibrio patrimoniale e tutela della persona*, Giuffré, Milano, 2011.

[4] La questione della compatibilità delle pratiche religiose con l'adempimento della prestazione di lavoro si pone con maggiore evidenza rispetto a quelle religioni che, come sostiene Silvio Ferrari, *Lo spirito dei diritti religiosi: ebraismo, cristianesimo e islam a confronto*, il Mulino, Bologna, 2002, p. 281 ss., siccome dotate di un nucleo centrale di norme da osservare, «non dicono soltanto chi e come pregare, ma sovente stabiliscono […] quali vestiti indossare, che cosa mangiare, quando lavorare e quando riposarsi».

[5] Sulla questione dei simboli religiosi, mi permetto di rinviare a Caterina Gagliardi, *Esercizio di impresa, libertà di abbigliamento e identità religiosa, l'ambivalenza del velo islamico*, in Antonino Mantineo, Stefano Montesano (a cura di), *L'Islam. Dal pregiudizio ai diritti*, Luigi Pellegrini Editore, Cosenza, 2018, pp.153-168. Si rinvia, *ex plurimis*, a: Carmela Elefante, *Velo islamico e divieti di discriminazione religiosa in ambito occupazionale e lavorativo: l'interpretazione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Diritto e Religioni*, 2-2017, pp. 273-293; Nicola Colaianni, *Il velo delle donne musulmane tra libertà di religione e libertà d'impresa. Prime osservazioni alla sentenza della Corte di giustizia sul divieto di indossare il velo sul luogo di lavoro,* in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale,* Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 11, 2017, p. 1 ss.; Angelo Licastro, *Il dubbio di una "velata" discriminazione: il diritto di indossare l'hijab sul luogo di lavoro privato nei pareri resi dall'Avvocato generale alla Corte di giustizia dell'Unione europea* in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale,* Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 29, 2016, p. 1 ss.; Id., *Quando è l'abito a fare il lavoratore. La questione del velo islamico, tra libertà di manifestazione della religione ed esigenze*

alcune prescrizioni alimentari può avere nello svolgimento di mansioni richiedenti una specifica *performance* fisica[6].

---

dell'impresa, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 27, 2015, p. 1 ss.; Salvatore Taranto, *Il simbolismo religioso sul luogo di lavoro nella più recente giurisprudenza europea*, in *Diritto e Religioni,* 1-2014, pp. 321-332; Antonello De Oto, *L'osservanza di precetti religiosi in ambito lavorativo*, in Sara Domianello (a cura di), *Diritto e religione in Italia. Rapporto nazionale sulla salvaguardia della libertà religiosa in regime di pluralismo confessionale e culturale,* il Mulino, Bologna, 2012, p. 193; Settimio Carmignani Caridi, *Libertà di abbigliamento e velo islamico*, in Silvio Ferrari (a cura di) *Musulmani in Italia: la condizione giuridica delle comunità islamiche*, il Mulino, Bologna, 2000.

[6] Sono numerosi i contributi dedicati dalla dottrina ecclesiastica ai problemi "pratici" della libertà religiosa sul luogo di lavoro. Tra i tanti, si indicano: Alex Borghi, *Sulla libertà di manifestare le proprie opinioni religiose nel luogo di lavoro: brevi note in merito ai casi Achbita e Bougnaoui*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 32, 2019, p. 1 ss.; Giuseppe D'Angelo, *Appartenenza religiosa e rapporti di lavoro*, in *Diritto e Religioni*, n. 2-2013, pp. 464-488; Rita Benigni, *L'identità religiosa nel rapporto di lavoro. La rilevanza giuridica della "fede" del prestatore e del percettore d'opera*, Jovene, Napoli, 2008; Antonello De Oto, *Precetti religiosi e mondo del lavoro*, Ediesse, Roma, 2007; Vincenzo Pacillo, *Contributo allo studio del diritto di libertà religiosa nel rapporto di lavoro subordinato*, Giuffré, Milano, 2003; Raffaele Botta, *Dieci anni di giurisprudenza su fattore religioso e diritto del lavoro*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica,* 3, 2001, p. 729 ss.; Antonio Viscomi, *Diritto del lavoro e fattore religioso: una rassegna delle principali disposizioni legislative*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2, 2001, pp. 375-384.

Sui problemi interpretativi che si pongono nella ricerca di un equilibrio tra il *tempo* di lavoro ed il *tempo* di festa della religione di appartenenza, ad esempio, si ritiene che il riposo settimanale non possa prestarsi ad un'interpretazione che non tenga affatto conto della possibilità che questo periodo di pausa dal lavoro possa essere destinato all'esercizio del culto di appartenenza. In questo senso, Mario Ricca, *Dike meticcia. Rotte di diritto internazionale*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2008; Pierluigi Consorti, *Diritto e religione*, Laterza, Bari, 2010; Id., *Conflitti, mediazione e diritto interculturale*, Pisa University Press, Pisa, 2013. Sul tema, mi sia permesso di rinviare a: Caterina Gagliardi, *Il diritto al riposo domenicale nel rapporto di lavoro subordinato. Brevi riflessioni a margine della sentenza Corte di Cassazione 22 febbraio 2016 n. 3416*, in *Diritto e Religioni,* 2-2016, pp. 542-557. Per ulteriori approfondimenti, si rinvia, *ex plurimis*, a: Simone Baldetti, *Festività religiose e normativa discriminatoria alla prova della Corte di Giustizia dell'Unione Europea,* in *Lavoro Diritti Europa*, *Rivista nuova di Diritto del Lavoro*, 2, 2019, pp. 2-8; Raffaele Guido Rodio, *Il diritto al riposo settimanale come elemento di inclusione sociale: alcune considerazioni di diritto costituzionale italiano ed europeo,* in *Diritto e Religioni,* 1-2017, pp. 209-217; Maria Rosaria Piccinni, *Il tempo della festa tra religione e diritto*, Cacucci, Bari, 2013; Ead., *Il divieto di discriminazione per motivi religiosi sui luoghi di lavoro negli Stati Uniti tra diritto all'osservanza delle festività religiose ed esigenze di organizzazione aziendale*, in *Diritto e Religioni*, n. 2-2009; Carmela Ventrella Mancini, *Tempo divino e festività nel Cristianesimo delle origini. Aspetti storico-giuridici*, Piotta, Roma, 2007; Ead., *Calendario e religioni: il diario Europa e le festività laiche,* in *Diritto e Religioni*, 1-2013, pp. 204-216; Stella Coglievina, *Festività religiose e riposi settimanali nelle società multiculturali. La normativa italiana alla prova del diritto antidiscriminatorio europeo*, in «*Laicidad y libertades*», 7, 2007; Antonio G. Chizzoniti, *Cerimonie, ordine delle precedenze, festività civili e religiose*, in Marco Parisi (a cura di), *Simboli e comportamenti religiosi nella società plurale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006; v. la voce *Festività e riposi*, nella sezione «Lavoro e fattore religioso», in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 3, 2006; Raffaele Botta, *Dieci anni di giurisprudenza su fattore religioso e diritto del lavoro*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 3, 2001; Luciano Musselli, *La rilevanza civile delle festività islamiche,* in Silvio Ferrari (a cura di), *Musulmani in Italia: la condizione giuridica delle comunità islamiche*, il Mulino, Bologna, 2000.

Sull'incidenza delle prescrizioni alimentari religiose nel rapporto di lavoro si rinvia alle più am-

Con altrettanta incisività si pongono le ipotesi in cui la "visibilità" dell'identità religiosa influisce ancora prima che si instauri il vincolo contrattuale, riflettendosi sulla concreta tutela ed attuazione del diritto di accesso al lavoro in condizioni di eguaglianza[7]. Tanto più tale circostanza sembra rilevare nel caso di mansioni lavorative che contemplano relazioni con il pubblico e in ordine alle quali potrebbe prevalere difatti l'esigenza del datore di assicurare una neutralità ideologica dell'organizzazione aziendale[8].

Diversi, quindi, i profili rispetto ai quali la normativa antidiscriminatoria può essere invocata sia in un'ottica di prevenzione del pregiudizio sia in una prospettiva risarcitoria dell'eventuale lesione patita.

Equilibrio possibile tra libertà di impresa e libertà religiosa?

Piuttosto che porre l'accento sugli orientamenti che ravvisano nel principio di non discriminazione un limite al principio di autonomia contrattuale[9], in

---

pie riflessioni di: Alessandro Ferrari, *Cibo, diritto, religione. Problemi di libertà religiosa in una società plurale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 15, 2016; Antonio Fuccillo, Ludovica Decimo, Francesco Sorvillo, *Diritto e religioni nelle scelte alimentari,* in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale,* Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 18, 2016; p. 1 ss.; Alessandro Ceserani, *Cibo "religioso" e diritto: a margine di quattro recenti pubblicazioni,* in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2, 2016, pp. 369-384; Salvatore Berlingò, *Introduzione a "Cibo, diritto e religione in una prospettiva comparata",* in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale,* Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 31, 2015; Antonio Fuccillo, *Il cibo degli dei. Diritto, religioni, mercati alimentari,* Giappichelli, Torino, 2015; Antonio G. Chizzoniti (a cura di), *Cibo, Religione e Diritto. Nutrimento per il corpo e per l'anima,* Libellula Edizioni, Tricase, 2015; Alma Massaro (a cura di), *L'anima del cibo. Percorsi fra emozioni e coscienza*, Aracne, Roma, 2014; i contributi contenuti nel numero monografico *Daimon*, 2014, della rivista *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, intitolato *Regolare il cibo, ordinare il mondo. Diritti religiosi e alimentazione*, spec. quelli di Vincenzo Pacillo, *Nutrire l'anima. Cibo, diritto e religione*, pp. 3-16; Giovanni Filoramo, *A tavola con le religioni*, pp. 17-32; Mario Ricca, *Sapore, sapere del mondo. Tradizioni religiose e traduzioni dei codici alimentari,* pp. 33-66; Alfredo Mordechai Rabello, *I digiuni nell'ebraismo,* pp. 189-200; Mohammed Hocine Benkheira, *Le jeûne en Islam: aspects juridiques,* pp. 201-216; Geraldina Boni, *Il digiuno e l'astinenza nel diritto canonico,* pp. 217-238; Antonio G. Chizzoniti, Mariachiara Tallacchini (a cura di), *Cibo e religione: diritto e diritti,* Libellula Edizioni, Tricase, 2010, in part. i saggi di Antonio G. Chizzoniti, *La tutela della diversità: cibo, diritto e religione,* pp. 19-46; Laura De Gregorio, *Alimentazione e religione: la prospettiva cristiano cattolica,* pp. 47-62; Lorenzo Ascanio, *Le regole alimentari nel diritto musulmano*, pp. 63- 86; Stefania Dazzetti, *Le regole alimentari nella tradizione ebraica,* pp. 87-110; Maria Rosaria Piccinni, *Il rapporto tra alimentazione e religione nella tradizione cristiano-ortodossa,* pp. 111-122.

[7] Pur prevedendo alcune eccezioni, Vincenzo Roppo, *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 79, afferma che: «Nella misura in cui è regno della libertà, il contratto può essere anche regno della disuguaglianza e della discriminazione, basate su libere scelte dei contraenti».

[8] In proposito, mi sia permesso di rinviare a: Caterina Gagliardi, *Esercizio di impresa, libertà di abbigliamento e identità religiosa, l'ambivalenza del velo islamico* cit., pp. 160-165.

[9] La dottrina civilistica tradizionale ravvisa una contraddizione insanabile tra autonomia con-

questa sede si intende invece evidenziare, in una diversa prospettiva di indagine, il rapporto di reciproca funzionalità che può sussistere tra gli stessi principi: le norme indirizzano – è stato affermato – l'individuo nel corretto esercizio delle sue libertà, neutralizzando l'operare dei pregiudizi[10].

In Italia il sistema che presiede i rapporti privati di lavoro, in sintonia con l'oramai consolidato apparato giuridico europeo antidiscriminatorio, ha avvalorato e continua ad avvalorare significativamente tale relazione. Per un verso, la fonte negoziale può rappresentare un valido strumento per attribuire la 'giusta' rilevanza in positivo alle estrinsecazioni della libertà religiosa, evitandone la compressione innanzi alle necessità dettate dalle logiche di mercato[11]. Per altro verso, la progressiva espansione dell'autonomia contrattuale in un sistema globalizzato, essenzialmente privo di frontiere, sembra renderne opportuna una regolamentazione in ordine alla quale il principio di non discriminazione ben può operare quale criterio conformante piuttosto che come limite[12].

---

trattuale e divieto di discriminazione. In tal senso, cfr. Pietro Rescigno, *Sul cosiddetto principio d'uguaglianza nel diritto privato*, in *Foro it*., 1960, I, p. 664 ss., ora in Id., *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Cedam, Padova, 1999; Donato Carusi, *Principio di eguaglianza, diritto singolare e privilegio. Rileggendo i saggi di Pietro Rescigno*, in *Quaderni di Studi Urbinati*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1998, p. 13 ss.; con diversa argomentazione, Giulio Pasetti, *Parità di trattamento e autonomia privata*, Cedam, Padova, 1970, p. 13 s. e p. 43 ss.; Id., *Parità di trattamento*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXII, Treccani, Roma, 1990, p. 1 s.

Parimenti, anche parte della più recente dottrina continua a ritenere che interpretazioni non restrittive del principio di non discriminazione possono limitare ingiustificatamente la libertà contrattuale. In tale senso, Daniele Maffeis, *Diritto contrattuale antidiscriminatorio nelle indagini dottrinali recenti*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2015, p. 165; Emanuela Navarretta, *Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, in *Rivista di diritto civile*, 2014, pp. 547-566. Come anche evidenzia, relativamente a tali posizioni dottrinali, Michele Ciancimino, *La discriminazione contrattuale: profili rilevanti per la tutela della persona. Note a margine di un recente dibattito dottrinale*, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2, 2018, p. 677: «La circostanza che un soggetto venga "sanzionato" per non aver contratto, o per averlo fatto ma imponendo condizioni più gravose, solo in ragione di una certa qualità della controparte, viene qui intesa come una lesione ingiustificata dell'autonomia del contraente che, in accordo a tali autori, dovrebbe invece essere quanto più possibile scevra da vagli esterni».

Per ulteriori approfondimenti, *ex plurimis*, si segnala: Gabriele Carapezza Figlia, *Il divieto di discriminazione quale limite all'autonomia contrattuale*, in *Rivista di diritto civile*, 2016, p. 1387 ss.

[10] Michele Ciancimino, *La discriminazione contrattuale: profili rilevanti per la tutela della persona. Note a margine di un recente dibattito dottrinale* cit., p. 667 ss.

[11] Andrea Nicolussi, *Autonomia contrattuale e diritti della persona*, in Salvatore Mazzamuto, Luca Nivarra (a cura di), *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 120-121, evidenzia come sia proprio il rapporto di lavoro ad insegnare come anche «nella relazione giuridica le ragioni della tecnica e dell'efficienza organizzativa non possono imporre una concezione del tempo come puro *chronos*, un insensibile scorrere piatto e lineare degli eventi, il tempo della macchina, ma anche come *Kairos*, come tempo della persona concreta e quindi, entro i limiti di ragionevolezza e di sostenibilità, la giustizia contrattuale non può ridursi alla mera commutatività, ma deve considerare anche esigenze primarie della persona».

[12] In tale senso si esprime Marco Mantello, *Autonomia dei privati e problemi giuridici della*

Soffermandosi sul primo dei profili rilevati, significative sono senz'altro quelle prassi organizzative e quelle disposizioni di regolamenti aziendali che prendono in considerazione l'identità religiosa del lavoratore, in una prospettiva risolutiva che tende a valorizzare la "funzione sociale" della libertà di iniziativa economica privata[13].

Con specifico riferimento, ad esempio, ai lavoratori islamici – sebbene la regolamentazione di un adeguato equilibrio tra gli interessi che sovrintendono l'organizzazione aziendale e le diverse richieste che originano da un'osservanza rigorosa dei precetti sia resa ancor più complicata dalla mancanza di un'intesa[14] – è possibile rinvenire diverse pratiche virtuose[15]: il distretto conciario di Santa Croce sull'Arno prevede, ad esempio, orari flessibili per consentire la preghiera[16] ed il Gruppo Amadori concede permessi straordinari a coloro che vogliono trascorrere il periodo del *Ramadan* nel Paese d'origine[17]. Anche il gruppo *TNT express* ha stipulato un'intesa con le cooperative operan-

---

solidarietà, Giuffré, Milano, 2007, p. 144. Cfr. anche Luigi Mengoni, *Autonomia privata e Costituzione,* in Antonio Albanese, Carlo Castronovo, Andrea Nicolussi (a cura di), *Scritti I. Metodo e teoria giuridica*, Giuffré, Milano, 2011.

[13] Sul punto è inevitabile il riferimento alla dimensione etica dell'agire economico. Per tale verso, si rinvia alle riflessioni di Maria d'Arienzo, *I fondamenti religiosi dell'economia nell'Islam*, in Antonio Fuccillo (a cura di), *I mercanti nel tempio. Economia, diritto e religione*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 21-40; Ead., *I fondamenti religiosi della finanza islamica*, in *Diritto e Religion*i, 1-2012, pp. 191-198. In tale ultimo studio, l'A. evidenzia come la finanza etica abbia la caratteristica di ispirarsi a modelli di «cooperazione sociale e di complementarietà. Di essere in una parola finanza "socialmente" responsabile».

[14] Per ulteriori approfondimenti sulle proposte bozze di intesa con l'islam si rinvia, *ex plurimis*, a: Claudia Morucci, *I rapporti con l'Islam italiano: dalle proposte d'intesa al Patto nazionale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 38, 2018; Nicola Fiorita, Donatella Loprieno, *Islam e Costituzionalismo*, in Antonino Mantineo, Stefano Montesano (a cura di), *L'Islam. Dal pregiudizio ai diritti*, Luigi Pellegrini Editore, Cosenza, pp. 37-66; Paolo Cavana, *Prospettive di un'intesa con le comunità islamiche in Italia,* in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 23, 2016; Anna Sveva Mancuso, *La presenza islamica in Italia: forme di organizzazione, profili problematici e rapporti con le istituzioni*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 32, 2012, pp. 16-20. Per ulteriori approfondimenti si segnalano le autorevoli riflessioni di: Luciano Musselli, *A proposito di una recente proposta di bozza d'intesa con l'Islam*, in *Il Diritto ecclesiastico*, I, 1997, pp. 295-296; Mario Tedeschi, *Verso un'intesa tra la repubblica italiana e la Comunità islamica in Italia?,* in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1996, p. 1574 ss.

[15] Con riguardo alla regione lombarda, ad esempio, da un'inchiesta condotta dalla CISL risultano attuati 19 accordi aziendali, tra cui si annoverano quelli conclusi con *Alstom, Lindt, Trafilerie Mazzoleni, Aima, Marcegaglia, Italfaro, Rholo*. La notizia è rinvenibile nel sito ufficiale del sindacato: *http://www.cisl.it*.

[16] Umberto Gargiulo, *L'identità culturale nella contrattazione collettiva sulla regolazione del tempo*, in Rosario Santucci, Gaetano Natullo, Vincenza Esposito, Paola Saracini (a cura di), *"Diversità" culturali e di genere nel lavoro tra tutele e valorizzazioni*, Franco Angeli, Milano, 2009, p. 332.

[17] Maria Rosaria Piccinni, *Il tempo della festa tra religione e diritto* cit., p. 284.

ti nei rispettivi *hub* nell'intento di consentire ai propri collaboratori islamici di ottemperare ai precetti della fede professata, assicurando la continuità del servizio attraverso un'attenta gestione dei turni[18].

Meritano attenzione anche le iniziative della *Castelgarden* di Castelfranco Veneto e della *Pavinato* di Thiene: nella prima, già dagli anni Novanta, si è provveduto alla costruzione di una piccola moschea all'interno dell'azienda; nella seconda i dipendenti hanno ottenuto la possibilità di svolgere orario continuato durante il *Ramadan*, così da anticipare l'uscita[19].

Decisivo in queste dinamiche di tutela delle diversità deve peraltro ritenersi il ruolo ricoperto dalla mediazione sindacale che sembra prendere le distanze da logiche di tipo universalistico per impegnarsi nella costruzione di relazioni giuslavoriste le quali, tenendo sempre conto delle esigenze di impresa, possono comunque rispondere ai bisogni dettati dall'individualità di colui che lavora[20]. È quanto avvenuto, ad esempio, con l'accordo raggiunto tra la Rappresentazione sindacale unitaria *Fiom* e lo stabilimento dell'*Alstom Power* del Comune di Sesto San Giovanni: ai dipendenti di fede musulmana è stato riconosciuto "per contratto" il diritto di assentarsi dal lavoro per le pause di preghiera[21]. Nella medesima direzione, l'accordo siglato tra la *Esse-*

---

[18] Umberto Gargiulo, *L'identità culturale nella contrattazione collettiva sulla regolazione del tempo* cit., p. 332.

[19] La notizia è riportata in Dario D'Angelo, *Islamici in fabbrica/Mensa, riposo e preghiera: la convivenza con i musulmani è prevista dai contratti?*, in *Ilsussidiario.net*, 18 aprile 2017.

[20] Dalle ricerche svolte nel 2003 dall'*Osservatorio provinciale delle Immigrazioni* di Bologna, ad esempio, emerge come uno dei primi casi virtuosi in materia di diritti religiosi e lavoro risale al 1999. L'accordo raggiunto con la rappresentanza sindacale della provincia bolognese afferiva al settore metalmeccanico e prevedeva il prolungamento di un'ora della pausa mensa ai lavoratori non comunitari che intendevano partecipare alla preghiera del venerdì presso una sala di preghiera in provincia. In particolare, esso recitava: «Vista la richiesta da parte dei lavoratori non comunitari dipendenti dell'azienda *** di poter partecipare alla preghiera del venerdì presso la moschea di ***, tra l'azienda *** e la CISL si conviene quanto segue: i lavoratori non comunitari che intendono partecipare alla preghiera del venerdì possono usufruire di un prolungamento dell'orario riguardante la pausa mensa che sarà dalle 12 alle 14 invece che dalle 12 alle 13. Tali ore verranno obbligatoriamente recuperate alla fine della giornata. Quindi per i lavoratori che il venerdì vadano presso la moschea di *** l'orario di lavoro di venerdì è dalle 8 alle 12 e dalle 14 alle 18». Cfr. Osservatorio delle Immigrazioni, *Islam e Bologna Un anno di ricerche di tirocinio all'Osservatorio provinciale delle Immigrazioni (sintesi 2003)*, in *https://www.provincia.bologna.it/immigrazione/documenti*, 1, 2004.

Si segnala, inoltre, lo studio di Francesco Ricciardi Celsi, *Fattore religioso e lavoratori di religione islamica. Aspetti riguardanti la contrattazione collettiva e gli accordi sindacali*, in Carlo Cardia, Giuseppe Dalla Torre (a cura di), *Comunità islamiche in Italia. Identità e forme giuridiche*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 479-505.

[21] L'accordo sindacale raggiunto si colloca nel solco tracciato dall'intesa raggiunta tra le parti nel 2007 che, nella terza parte, include un paragrafo riguardante la "*Tutela per la persona di religione diversa da quella Cattolica*" dal seguente contenuto: «L'azienda informerà i lavoratori che nell'accordo di gruppo ha convenuto con le OO.SS.LL. una procedura per il rispetto delle esigenze religiose di altri culti rispetto a quella cattolica. In particolare su richiesta di singoli o di gruppi di lavoratori l'azienda:

vi, cooperativa che fornisce servizi di spedizione all'Aeroporto di Linate, e la *Federazione italiana trasporti* (FIT)[22]. In esso è previsto il diritto di pregare per trenta minuti ogni sei ore o per quindici minuti ogni quattro ore, secondo modalità da decidersi d'intesa con i responsabili di servizio. Parimenti rilevante è l'accordo raggiunto nel 2013 tra la *FBC Bonfanti S.r.l.* di Barzanò e la *Fim-Cisl* di Lecco poiché in esso si manifesta l'intenzione dell'azienda di garantire il rispetto del digiuno e favorire l'accorpamento delle ferie per il ricongiungimento familiare nei Paesi d'origine durante il *Ramadan*[23].

Significativa, quindi, l'attenzione della politica sindacale al rafforzamento e al consolidamento della piattaforma di garanzie contemplate dalla Carta costituzionale e dalle Carte sovranazionali. In questa prospettiva, peraltro, si colloca la proposta di una legge di iniziativa popolare – denominata "*Carta dei diritti universali del lavoratore – Nuovo statuto di tutte le lavoratrici e di tutti i lavoratori*" – che, lasciando inalterato l'impianto della legge n. 300 del 1970, intende muoversi su un piano più ampio in considerazione dei complessi cambiamenti che connotano l'attuale contesto giuslavorista[24].

– agevolerà l'utilizzo delle ferie collettive per il rientro al Paese di origine nonché l'utilizzo del monte ore contrattualmente previsto per l'alfabetizzazione dei lavoratori stranieri; – provvederà ad assicurare nella mensa la presenza di almeno un pasto compatibile con i precetti religiosi evidenziati; – si assicurerà che i cibi contrari ai precetti religiosi vengano cucinati e serviti separatamente; – verificherà in un apposito incontro la praticabilità di turnazioni, pause e/o permessi con l'obiettivo di garantire la fruizione delle festività religiose e i momenti di preghiera». Il testo dell'accordo è consultabile nel sito ufficiale del sindacato: *https://www.fiom-cgil.it*.

[22] Accordo tra la *Essevi s.c.r.l.* e la *FIT-CISL* del 29 marzo 2004: «Ai lavoratori verranno concesse pause retribuite durante l'orario di lavoro di almeno 30 minuti ogni sei ore o, in alternativa, di 15 minuti ogni quattro ore: la scelta delle modalità di pausa verrà valutata dal responsabile di servizio in base alle esigenze tecnico organizzative. Le parti prendendo atto della rilevante presenza tra i soci lavoratori di etnie e culture provenienti da diversi paesi e di diverso culto religioso, in particolar modo della religione musulmana, al fine di facilitare l'integrazione degli stessi sulla base del reciproco rispetto, ritengono di concedere, ai lavoratori che lo volessero, la possibilità di esercitare il diritto costituzionale di culto religioso nonché la possibilità di pregare». Il testo dell'accordo è consultabile nel sito ufficiale del sindacato: *https://www.fit-cisl.it*.

[23] Accordo *FBC Bonfanti S.r.l.* di Barzanò e *FIM – CISL* di Lecco del 18 luglio 2013. In esso, più specificamente, si riporta: «1. Che il rispetto del digiuno, praticato da singoli o gruppi di lavoratori, per quanto riguarda le esigenze religiose, non deve essere causa di rischio alla salute e sicurezza per il lavoratore che lo fa e per gli altri durante il lavoro; 2. Che per l'accorpamento ferie si deve tenere conto delle esigenze tecnico organizzative aziendali. Per assicurare la praticabilità delle esigenze e richieste tra le parti, si è pervenuti alla stipula del seguente accordo in cui concede la possibilità ai singoli lavoratori: 1. Senza aggravi organizzativi o gestionali, di pregare e rispettare il digiuno durante il periodo di Ramadan. Per tutto ciò che riguarda il rischio alla salute e sicurezza di tutti i dipendenti, l'azienda rimanda alle regole del CCNL Unionmeccanica art. 4 cap. VII – Malattia, Infortunio e Congedo. 2. Accorpare le ferie e permessi al fine di favorire il ricongiungimento familiare nei paesi d'origine». Il testo dell'accordo è consultabile in *http:/www.lombardia.cisl.it 'contrattazione 'fiera 'FBC Bonfanti*.

[24] Come rileva il sindacato proponente CGIL: «Lo *Statuto dei diritti delle lavoratrici e dei lavoratori* e la contrattazione inclusiva sono due gambe di una strategia che affronta il precipitare delle disuguaglianze nel mondo del lavoro con lo strumento proprio di un sindacato. Il primo si fa

L'esercizio, in questi termini, dell'autonomia negoziale può quindi concorrere ad un *ragionevole* bilanciamento tra la cultura d'impresa e gli interessi costituzionalmente garantiti e porsi quale soluzione all'esigenza di assicurare un'effettiva integrazione lavorativa che dia la possibilità al singolo di autodeterminarsi nella propria prestazione. Com'è possibile desumere anche dall'orientamento della giurisprudenza di legittimità, riconoscere le confessioni religiose nella loro diversità implica che il datore di lavoro non può non tener conto delle istanze dei dipendenti originate dalla loro identità religiosa nell'ottica di un corretto equilibrio con le rispettive esigenze economico-produttive[25].

Il rovescio della medaglia

Molto più complesse le questioni interpretative che, invece, si pongono nei casi in cui l'autonomia negoziale si estrinseca mediante atti di disposizione del fondamentale diritto di libertà religiosa, tendenzialmente preposti ad intercettarne il pieno esercizio sul luogo di lavoro. Profili problematici possono porsi, in particolare, nel verificare se la compiuta differenza di trattamento debba ritenersi requisito essenziale e determinante dell'attività lavorativa, così come faticosa può presentarsi la verifica di proporzionalità della misura adottata dal datore di lavoro rispetto agli scopi da perseguire. Controversa, insomma, può risultare la concreta individuazione della fattispecie discriminatoria e, ancor più, la disamina circa la sua natura diretta o indiretta.

Nella risoluzione di tale casistica si delineano orientamenti contrastanti.

---

carico di riscrivere il diritto del lavoro ricostruendone i princìpi di derivazione costituzionale sui quali fondare una carta dei diritti per tutti i lavoratori, la seconda, cioè la contrattazione, ne dà effettività». È quanto riportato nel sito ufficiale del sindacato, ove si può consultare anche il testo della Carta: *https://www.cgil.it*.

Ciò che rileva è che l'art. 11 prevede un ampliamento del campo di applicazione del divieto di essere discriminato nell'accesso al lavoro e nel corso del rapporto di lavoro. Più specificamente, esso estende per tutti i fattori di discriminazione la protezione in modo generale a tutti i settori già considerati dal divieto per motivi di razza o origine etnica, quindi non solo del lavoro e della previdenza sociale ma anche di tutti gli aspetti connessi all'accesso a servizi e prestazioni di protezione sociale, inclusa l'assistenza sanitaria e l'istruzione, nonché ai rapporti tra privati per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi, incluso l'alloggio. Per ulteriori approfondimenti, cfr. CGIL, *Carta dei diritti universali del lavoro. Nuova vita ai diritti. Testo e commento della proposta di legge di iniziativa popolare: Nuovo statuto delle lavoratrici e dei lavoratori,* Edit Coop, Roma, 2016.

[25] Il riferimento è, in particolare, alla nota decisione della Corte di Cassazione 22 febbraio 2016, n. 3416 con cui sono state definite sproporzionate le sanzioni disciplinari comminate al lavoratore assente nel turno domenicale per motivi religiosi. Sul tema, sia permesso il rinvio a Caterina Gagliardi, *Il diritto al riposo domenicale nel rapporto di lavoro subordinato* cit., pp. 542-557.

Ovviamente si ravvisa la posizione di chi reputa la libertà di iniziativa economica – quale principio generale sancito anche dal diritto dell'Unione Europea – predominante rispetto al diritto di libertà religiosa o ideologica. Gli interessi di impresa – si osserva – possono giustificare una differenza di trattamento per entrambi i tipi di discriminazione se posti a fondamento del contesto in cui l'attività lavorativa deve essere espletata[26]. Diverso è il parere di chi, invece, esclude che il perseguimento del profitto possa prevalere e vanificare appieno l'esercizio del diritto di libertà religiosa del lavoratore[27].

Alcune decisioni della giurisprudenza sovranazionale, nel tentativo di definire un quadro comune innanzi ai diversi orientamenti dei Paesi membri, hanno indicato – tracciando quelle che potrebbero essere quasi considerate delle *linee-guida* per l'interprete nazionale, chiamato sempre più alla risoluzione *armonica* di controversie di tal fatta – un approccio risolutivo nell'interpretazione del rapporto tra la libertà negoziale dei contraenti in ambito lavorativo, l'identità religiosa e il divieto di discriminazione. In particolare, nell'affrontare il tema della discriminatorietà del licenziamento, nel settore privato, di due lavoratrici che portavano il velo durante l'orario di lavoro, il Giudice europeo attua un'opera di armonizzazione tra i fattori appena citati e perviene a ragguardevoli conclusioni circa gli interessi di neutralità ideologica della politica aziendale[28].

---

[26] Si segnalano, in proposito, le riflessioni di Eduard Picker, *L'antidiscriminazione come programma per il diritto privato*, in *Rivista cristica del diritto privato*, 2003, p. 687 ss., ove l'A. afferma che «la libertà di adottare trattamenti diseguali è, in questo senso, nel caso di scegliere la propria controparte contrattuale come nelle espressioni dell'autonomia privata, un principio fondamentale di diritto privato. Proibire la discriminazione introduce dunque all'interno del diritto privato – a differenza di quanto avviene nelle ipotesi regolate dal diritto pubblico – un concetto estraneo in grado di mettere a rischio il sistema. Principi del genere debbono essere utilizzati solo in situazioni eccezionali di bisogno: *i.e.*, in concreto, nei casi di chiara violazione dell'ordine pubblico ("*gute Sitten*") e nel contesto restrittivo del razionamento di risorse scarse».

[27] Si rinvia, *ex plurimis*, alle riflessioni di Joseph H.H. Weiler, *Je suis Achbita*, in *Rivista di diritto pubblico*, 4, 2018, p. 1113 ss.

[28] Il riferimento è alle sentenze pronunciate il 14 marzo 2017 dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea nelle cause C-157/15 *Achbita, Centrum voor Geljikheidvan kansen en voor racismebestrijding/ G4S Secure Solutions* e C-188/15 *Bougnaoui e Associationde défense des droits de l'homme (ADDH)/ Micropole Univers*.

Il testo integrale delle sentenze è consultabile in *www.curia.europa.eu*. È altresì riportato in *Diritto e Religioni*, sezione *Giurisprudenza e legislazione costituzionale e comunitaria*, 1-2017, pp. 642-650.

Cfr. Antonello Olivieri, *Discriminazioni di genere e tutela del desiderio: l'uguaglianza a tutti i costi e i costi dell'uguaglianza*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2, 2019, p. 513 ss.; Alex Borghi, *Sulla libertà di manifestare le proprie opinioni religiose nel luogo di lavoro: brevi note in merito ai casi Achbita e Bougnaoui*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 32, 2019, pp. 1-26; Laura Salvadego, *Il divieto per i dipendenti di imprese private di esibire simboli religiosi all'esame della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 3, 2017, p. 808 ss.; Valeria Nuzzo, *La Corte di Giustizia e il velo islamico*, in *Rivista*

Nell'opinione della Corte, difatti, una norma interna dell'impresa privata, che imponga a tutti i lavoratori, in maniera generale e indiscriminata, una neutralità di abbigliamento, non istituisce una disparità di trattamento e, quindi, una discriminazione direttamente fondata sulle convinzioni personali di natura religiosa. Essa non costituisce neppure una discriminazione indiretta quando sia giustificata da una finalità legittima (come, nel caso, è ritenuta la volontà di mostrare, nei rapporti con i clienti sia pubblici sia privati, un'identità neutrale dal punto di vista politico, filosofico o religioso) e quando i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari (la scelta coinvolge soltanto i lavoratori «che si suppone entrino in contatto con i clienti» del datore)[29].

In mancanza di tale regola aziendale, la volontà del datore di lavoro di tener conto del desiderio del cliente che i suoi servizi non siano più prestati da una dipendente che indossa il velo islamico non può essere considerata un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, tale da escludere l'esistenza di una discriminazione. Questa circostanza può ravvisarsi difatti solo in casi strettamente limitati – tra cui, è necessario comprendere il caso in cui il ruolo ricoperto dal lavoratore comporti un primo approccio visivo con i clienti e concorra, quindi, a formare l'immagine esterna dell'impresa – poiché la nozione cui fa riferimento l'art. 4, par. 1, della direttiva 2000/78/CE rinvia a un requisito oggettivamente dettato dalla natura o dal contesto in cui viene espletata un'attività lavorativa e non include considerazioni soggettive[30].

I Giudici europei delineano, dunque, i confini applicativi del principio di non discriminazione nella fase di svolgimento del rapporto di lavoro così come in quella di accesso, dettando le condizioni in presenza delle quali l'ago

---

italiana di diritto del lavoro, 2, 2017, p. 436 ss.; Sabrina Apa, *Il bilanciamento tra l'identità religiosa del lavoratore e le ragioni di neutralità dell'impresa*, in *Ilgiuslavorista.it*, 9 giugno 2017.

[29] È quanto la Corte adita enuncia nel caso C-157/15 riguardante *Samira Achbita*, di fede musulmana, assunta come *receptionist* presso l'impresa G4S che fornisce servizi di ricevimento ed accoglienza a clienti del settore pubblico e privato.

La vertenza origina dall'espressa volontà della dipendente di indossare il velo durante l'orario di lavoro nonostante in azienda vigesse all'epoca della richiesta la regola, anche se non scritta, di non indossare segni visibili delle proprie convinzioni politiche, filosofiche o religiose. Innanzi al persistere dell'intenzione manifestata dalla *receptionist*, il comitato aziendale approva una modifica del regolamento interno cui fa seguito il licenziamento di *Samira Achbita*.

[30] Così si orienta la Corte nel caso C-188/15 riguardante *Asma Bougnaoui*, di fede musulmana, assunta dalla *Micropole*, con contratto a tempo indeterminato, in qualità di ingegnere progettista.

La vertenza prende origine dalle dichiarazioni di un cliente che lamenta il porto del velo da parte della consulente di impresa alla quale era stato assegnato. Innanzi alla richiesta della società di non indossare il velo in forza del principio di necessaria neutralità nei confronti della clientela, la dipendente risponde negativamente e viene licenziata.

della bilancia può propendere in favore delle esigenze datoriali: la libertà religiosa dei lavoratori non può dirsi lesa se la politica di neutralità risulta essere perseguita in modo coerente, sistematico ed indifferenziato con riferimento a qualunque credo religioso[31].

Quel che sembra emergere dalle decisioni della Corte è, quindi, una valorizzazione del rapporto di reciproca funzionalità, piuttosto che di conflittualità, tra il principio di non discriminazione e l'autonomia negoziale, in una prospettiva di garanzia degli interessi parimenti sensibili delle parti coinvolte[32].

Riflessioni conclusive

La ricerca di un *virtuoso* accomodamento tra le libertà coinvolte nel rapporto di lavoro non si presta a soluzioni univoche in un panorama sociale connotato dalla libera circolazione dei lavoratori, portatori di tradizioni giuridiche e di identità nazionali chiamate ad interagire nella loro diversità[33].

Nell'affrontare la sfida delle differenze poco, tuttavia, può giovare una prospettiva restrittiva. Auspicabile resta la ricerca di soluzioni negoziali attraverso cui consentire al lavoratore di professare la propria religione secondo modalità tali da rispettare lo specifico contesto lavorativo, in un'appropriata combinazione tra azione economica e libertà delle parti.

All'impresa sembra spettare un ruolo *socialmente* attivo, anche nell'ottica di un ripensamento rinnovato dei concetti di inclusione, partecipazione e democrazia; passaggio forse opportuno per garantire effettivamente libertà e dignità al lavoro.

---

[31] In proposito, la Corte richiama quanto deciso nella sentenza 10 marzo 2009, *Hartlauer*, C-169/07, EU:C:2009:141, punto 55: «In primo luogo, occorre ricordare che una normativa nazionale è idonea a garantire la realizzazione dell'obiettivo addotto solo se risponde realmente all'intento di raggiungerlo in modo coerente e sistematico», e nella sentenza del 12 gennaio 2010, *Petersen*, C-341/08, EU:C:2010:4, punto 53: «La valutazione della necessità della misura, con riferimento all'obiettivo perseguito, esige inoltre che si verifichi che le deroghe al limite di età controverso nella causa principale non pregiudichino la coerenza della normativa interessata, conducendo ad un risultato opposto a quello perseguito. Occorre infatti ricordare che una normativa è idonea a garantire la realizzazione dell'obiettivo addotto solo se risponde realmente all'intento di raggiungerlo in modo coerente e sistematico».

[32] Inevitabili sono, tuttavia, le perplessità in ordine alla rimessione al potere direttivo datoriale della valutazione circa l'"incidenza" che la visibilità del credo può avere sulla compagine aziendale. E il rischio che può paventarsi è proprio quello di una tendenza a "pretendere" dal lavoratore una certa riservatezza e privilegiare così un'asettica neutralità dell'ambiente di lavoro, evitando i "costi" che le sfide dell'integrazione possono implicare.

[33] Sul tema, si rinvia alle autorevoli riflessioni di Maria d'Arienzo, *Pluralismo religioso e dialogo interculturale. L'inclusione giuridica delle diversità*, Luigi Pellegrini Ediotre, Cosenza, 2018.

Alla luce delle attuali esigenze di modernità che connotano il mondo del lavoro, infatti, la stretta correlazione tra eguaglianza, libertà e giustizia necessita di essere ripensata al fine di favorirne e renderne possibile un'armonica convivenza. Come sostenuto da autorevole dottrina, «il diritto del lavoro non deve e non può essere considerato un diritto che comporta la cristallizzazione di un sistema di valori immutabile, ma al pari di tutti i fenomeni umani è calato nella storia, e quindi risente inevitabilmente dei diversi contesti storici e geopolitici»[34].

In conclusione, la libertà dell'impresa di adottare una politica di neutralità religiosa è riconosciuta e deve essere considerata legittima, ma – richiamando la pronuncia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel caso *Eweida*[35] – non può condurre a sacrificare completamente la libertà dei dipendenti di manifestare il proprio credo religioso. Nella ricerca di un equilibrio tra l'identità di impresa e le identità dei lavoratori che possa dare la giusta entità alla valorizzazione delle differenze, le situazioni economiche di vantaggio ben possono essere modulate in funzione della protezione di valori ed interessi superiori, nell'intento di edificare così una *nuova* economia del lavoro.

---

[34] Giuseppe Santoro-Passarelli, *La funzione del diritto del lavoro*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro,* 1, 2018, p. 352.

[35] Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, IV Sezione, sentenza 15 gennaio 2013, causa *Eweida vs. UK*.

Parte della dottrina ravvisa l'importanza della pronuncia nella valorizzazione, in seno ai rapporti privati di lavoro, di una prospettiva di carattere individualistico, «che si discosta dai rigidi parametri canonizzati nel diritto anti-discriminatorio, che si coagulano intorno alla presenza di un fattore di svantaggio che vada a gravare su un intero gruppo religioso-etnico-culturale, e offre una "risposta" di carattere "personalizzato": uno strumento di cui possono, del resto, avvalersi anche gli appartenenti ad appartenenze maggioritarie. La logica del ragionevole accomodamento consente pertanto di aprire uno spazio alle rivendicazioni di libertà religiosa del singolo, indipendentemente dall'accertamento che tali pretese siano condivise dall'intero gruppo di appartenenza». Cfr. Adelaide Madera, *Il porto di simboli religiosi nel contesto giudiziario*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 4, 2020, p. 127. Il testo della sentenza è consultabile in *Diritto e Religioni*, sezione *Giurisprudenza e legislazione costituzionale e comunitaria*, 1-2013, pp. 464-465.

Lavoro anch'io? No, tu no! Discriminazioni religiose in ambito lavorativo nel diritto austriaco

Do I work too? No, you don't! Religious discrimination in the workplace in Austrian law

Stefano Testa Bappenheim

Abstract

Directive 2000/78/ EG established that in the legal organization of the world of work there can be no discrimination, direct or indirect, on a religious basis. In Austrian labor law, however, there were still, in addition to the special provisions for intra-ecclesial employment relationships, also erga omnes provisions that established confessionally motivated differences in the workplace, indeed, in the non-working environment, that is, regarding holidays. Not bad, it will be said. But the problems are the same.

Key words

State secularism – Religious holidays – Employment relationship.

Riassunto

La direttiva 2000/78/EG ha stabilito che nell'organizzazione giuridica del mondo del lavoro non vi possa essere nessuna discriminazione, diretta od indiretta, su base religiosa. Nel diritto del lavoro austriaco, però, v'erano ancora, oltre alle disposizioni speciali per rapporti di lavoro infraecclesiali, anche disposizioni erga omnes che stabilivano differenze confessionalmente motivate in ambito lavorativo, anzi, in ambito non lavorativo, cioè riguardo ai giorni festivi. Poco male, si dirà. E invece i problemi ci sono lo stesso.

Parole chiave

Laicità dello Stato – Festività religiose – Rapporto di lavoro subordinato.

*Sommario: 1. L'*ubi consistam *costituzionale della questione – 1.1. L'art. 14 StGG2 – 1.2. L'art. 15 StGG2 – 1.3. L'art. 16 StGG2 – 2. Come si dice "laicità dello Stato" in austriaco? – 3.* Ceci n'est pas une discrimination *– 4. L'ingranaggio sbloccato: la situazione normativa attuale*

*L'*ubi consistam *costituzionale della questione*

Sarebbe molto probabilmente eccessivo, oggi, ripetere quanto scritto ancora nel 1938, ovvero che l'Austria non è uno Stato, non è una Patria, non è una Nazione: è una religione[1], sottolineando la funzione identitaria della religione cattolica in quel contesto socio-culturale, tuttavia è indubbio che la particolarità della disciplina austriaca sulla discriminazione religiosa in ambito lavorativo sia frutto della particolarissima posizione in cui la libertà religiosa è inserita nella configurazione normativo-costituzionale di questo Stato[2].

I primi elementi costituzionali austriaci risalgono alla metà dell'800, dato che solo nel 1848 l'Austria si dette una Costituzione *stricto sensu* (che non valeva per l'Ungheria né per i territori italiani): la c.d «Pillersdorfsche Verfassung»[3], entrata in vigore il 25 aprile del 1848 per pochissimo tempo, prese il nome del suo autore, Franz von Pillersdorf; essa, rientrante nel gruppo delle Costituzioni ottriate, aveva comunque già un elenco di diritti fondamentali, fra i quali, all'art. 17, v'era la «totale libertà di religione e di coscienza».

Per effetto di circostanze e pressioni esterne, rappresentate da nuovi moti rivoluzionari, la Camera bassa venne incaricata di redigere da sola, senza il coinvolgimento anche del Senato, una nuova costituzione, e nel luglio 1848 i rappresentanti eletti si poterono finalmente riunire, una prima volta a Vienna, poi, a seguito di sommosse popolari, si spostarono nella città di Kremsier, ove elaborarono una bozza, mai però entrata in vigore: analizzandola brevemente, notiamo *in primis* come non fosse più ottriata, bensì basata sulla sovranità del popolo, e riconoscesse ampio spazio ai diritti fondamentali, che, per quanto riguardi specificamente il fattore religioso, erano articolati in ben quattro articoli: il 13 prevedeva l'assoluta libertà religiosa e di culto pubblico, il 14 vietava allo Stato d'obbligare qualcuno a partecipare a funzioni religiose contro la sua volontà, il 16 stabiliva la parità di diritti e doveri dei cittadini a prescindere dalle differenze religiose, il 17 prevedeva che le differenze di religione non dovessero costituire impedimento per il matrimonio civile.

Questa rimase formalmente solo una bozza, come abbiamo detto, nel senso che non venne mai promulgata né entrò in vigore, tuttavia la sua struttura generale venne quasi completamente ripresa dalla Costituzione austriaca del 1849, la quale aveva due importanti differenze: *in primis*, era nuovamente una costituzione ottriata, e, *in secundis*, era "a geometria variabile", ossia preve-

---

[1] Philip Roth, *La cripta dei Cappuccini*, Adelphi, Milano, 1974, p. 140.

[2] Richard Potz, *Austria*, in Gerhard Robbers (a cura di), *State and Church in the European Union,* Nomos, Baden-Baden, 2019, p. 435 ss.

[3] *Http://www.verfassungen.at/at-18/verfassung48-i.htm*.

deva alcuni diritti fondamentali sia per la parte ungherese che per quella austriaca dell'Impero, ed altri, invece, valevoli sono in una delle due parti; nello specifico, il diritto di libertà religiosa e di coscienza, nonché il riconoscimento della personalità giuridica per le Chiese e le comunità religiose, erano riconosciuti per la sola parte austriaca[4].

Il quadro cambia con la successiva Costituzione del 21 dicembre 1867[5], composta non da un testo unitario, bensì da cinque leggi costituzionali fondamentali, e da due leggi costituzionali sussidiarie: di particolare rilevanza per la libertà religiosa è la seconda, ossia la legge costituzionale fondamentale sui diritti dei cittadini (*Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger*, o *StGG2*), massime i suoi articoli 14, 15 e 16: l'art. 14 regola la libertà religiosa e di coscienza individuale, mentre l'art. 15 si riferisce alle Chiese ed alle confessioni religiose riconosciute dallo Stato, e l'art. 16, infine, disciplina l'esercizio della libertà religiosa dei fedeli delle Chiese e confessioni non riconosciute; queste disposizioni sono ancora oggi in vigore, *ex* art. 149 *B-VfG*[6].

A partire dal 1918, poi, il diritto di libertà religiosa in Austria venne regolato anche da due trattati internazionali: il Trattato di Saint-Germain-en-Laye ed il Trattato di Vienna; il primo pose fine alla Prima Guerra mondiale, e prende il nome dal castello di Laye, ove il 10 settembre 1919 fu firmato, per parte austriaca, dal Cancelliere Renner, che guidava la delegazione austriaca alla Conferenza di pace.

Il Trattato, di 381 articoli ripartiti in 14 parti[7], si occupa principalmente dei confini, del divieto d'annessione alla Germania, della definizione del nome del nuovo Stato in "Austria", ed anche di misure di protezione per le minoranze, con particolare attenzione alle minoranze religiose: gli articoli 63 e 67 del Trattato[8], infatti, oggi ancora vigenti *ex* art. 149 *B-VfG*, s'occupano delle

---

[4] *Http://www.verfassungen.at/at-18/verfassung49-i.htm*.

[5] *Http://www.verfassungen.at/at-18/stgg67-2.htm*.

[6] *Http://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung/Bundesnormen/10000138/B-VG.pdf*.

[7] In *http://foto.archivalware.co.uk/data/Library2/pdf/1919-TS0011.pdf*; *https://www.difesa.it/Il_Ministro/ONORCADUTI/Accordi_intergovernativi/Documents/GU_trattato_di_ pace_Italia_Austria.pdf*.

[8] Art. 63. «L'Austria s'impegna ad assicurare piena ed intera protezione della vita e della libertà a tutti i suoi abitanti, senza distinzione di nascita, di nazionalità, di lingua, di religione o di razza.

Tutti gli abitanti dell'Austria avranno diritto al libero esercizio, pubblico e privato. di qualsiasi fede, religione o confessione, le cui pratiche non siano contrario all'ordine pubblico o al buon costume».

Art. 67. «I sudditi austriaci appartenenti a minoranze etniche, di religione o di lingua, godranno dello stesso trattamento e delle stesse garanzie, in diritto ed in fatto, accordato agli altri sudditi austriaci.

Avranno, in ispecie, eguale diritto di fondare, dirigere e amministrare a proprie spese opere di beneficienza, di culto o di carattere sociale, scuole e altri istituti di educazione, col diritto di usarvi la

situazioni d'ineguaglianza a cui le minoranze religiose erano costrette, ed introducono un'importante novità, ossia l'ammissione per tutte le religioni del culto pubblico e la delimitazione dei motivi che possono impedirlo.

Il 15 maggio 1955, poi, ebbe fine l'occupazione alleata postbellica dell'Austria, con il Trattato di pace della Seconda Guerra mondiale, o Trattato di Vienna, che, per quel che ci riguarda, all'art. 6 ribadisce l'obbligo per l'Austria di continuare a rispettare la libertà religiosa e la libertà di culto pubblico[9].

Approfondiamo ora il contenuto dei diritti fondamentali di libertà religiosa nel diritto austriaco.

L'art. 14 StGG2

«È garantita a tutti la piena libertà religiosa e di coscienza.

Il godimento dei diritti civili e politici è indipendente dalla fede religiosa; parimenti nessuna limitazione dei doveri civili può derivare dalla fede religiosa.

Nessuno può essere obbligato a partecipare ad una funzione religiosa o ad una festività religiosa, nella misura in cui egli per legge non sia sottoposto all'autorità giuridica di un altro».

Questo articolo assicura *in primis* la libertà religiosa e di coscienza, la libera scelta d'aderire, e la libera scelta d'abbandonare, una fede religiosa; il comma 2 stabilisce l'eguaglianza dei diritti civili e politici a prescindere dalla fede religiosa, ma, al contempo precisa però anche che nessuno possa sottrarsi ad un obbligo di legge per motivi religiosi, ciò che aveva portato ad una discussione dottrinale prima, e parlamentare poi, in merito al servizio militare, previsto *ex* art. 9 a *B-VfG*.

L'art. 15 StGG2

«Ogni Chiesa e comunità religiosa legalmente riconosciuta ha il diritto all'esercizio pubblico del culto, regola ed amministra autonomamente i propri affari interni, può liberamente disporre dei proprî beni e creare istituti e fondazioni per finalità di culto, di formazione e di beneficenza, ma sempre, come ogni altra società, nel rispetto della legge generale».

---

propria lingua e di esercitarvi liberamente il proprio culto».

[9] *Http://foto.archivalware.co.uk/data/Library2/pdf/1957-TS0058.pdf*.

L'art. 15, come si vede, si rivolge ai diritti e doveri collettivi delle Chiese e comunità religiose legalmente riconosciute, che sono persone giuridiche con lo *status* di corporazioni di diritto pubblico; l'inciso dell'ultima parte dell'articolo, «come ogni altra società», è stato spiegato dal *Verfassungsgerichtshof*[10] come avente un significato simile all'art. 20 della Costituzione italiana, ossia proteggere gli enti ecclesiastici austriaci da disposizioni *ad hoc* peggiorative e quindi discriminatorie.

Di particolare interesse è il procedimento di riconoscimento delle confessioni religiose[11], giacché la disposizione dell'art. 15 *StGG2* si ricollega all'*iter* di riconoscimento previsto già dalla legge del 20 maggio 1874[12]: la Chiesa cattolica è riconosciuta «per antico possesso di stato», potremmo dire, ma molte altre confessioni sono state riconosciute per legge (ad es., la legge che riconosce l'islam): oggi sono ben 16 le Chiese e confessioni religiose riconosciute dallo Stato[13], ed altre sono in attesa, secondo l'*iter* di riconoscimento previsto dalla *Bundesgesetz über die Rechtspersönlichkeit von religiösen Bekenntnisgemeinschaften*[14].

L'art. 16 StGG2

«Ai fedeli d'una confessione religiosa non riconosciuta è consentito l'esercizio privato del culto, nella misura in cui esso non sia né illegale né immorale».

Sulla base del testo letterale di quest'articolo, il diritto all'esercizio pubblico del culto spetterebbe solo alle confessioni religiose legalmente riconosciute, ma questa disposizione è di fatto abrogata dall'art. 63 comma 2 del Trat-

---

[10] Sentenza 19 dicembre 1955, n. 2944, in *Sammlung der Erkenntnisse des Verfassungsgerichthofes. Neue Folge*, Wien, 1956, p. 524 ss.

[11] Susanne Heine, *Anerkannte Religionsgesellschaften in Österreich. Stationen der Geschichte und neue Entwicklungen*, in Miroslav Kunštát, Jaroslav Šebek, Hildegard Schmoller (a cura di), *Kirche, Religion und Politik in Österreich und in der Tschechoslowakei,* LIT, Wien, 2019, p. 51 ss.

[12] *Http://alex.onb.ac.at/cgi-content/alex?aid=rgb&datum=18740004&seite=00000151.*

[13] Aleviti, Chiesa Vetero-cattolica, Chiesa Apostolica armena, Chiesa evangelica della Confessione di Augusta, Chiesa evangelica svizzera (Zwingliani), Chiesa evangelica metodista, *Freikirchen*, Comunità ebraica, Comunità islamica, Testimoni di Geova, Chiesa cattolica romana, Mormoni, Chiesa copto-ortodossa, Chiesa neoapostolica, Comunità buddista, Chiesa Siro-ortodossa, *https://www.oesterreich.gv.at/themen/leben_ in_oesterreich/kirchenein___austritt_und_religionen/3/Seite.820015.html;* cfr. Stefano Testa Bapenheim, *Brevi cenni introduttivi sull'istituzionalizzazione dell'Islam nella felix Austria*, in Antonio Fuccillo (a cura di), *Multireligiosità e reazione giuridica,* Giappichelli, Torino, 2008, p. 393 ss.

[14] *Https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10010098.*

tato di Saint-Germain, che, come abbiamo visto, riconosce a tutti gli abitanti dell'Austria il diritto all'esercizio privato ed anche pubblico del culto.

Come si dice "laicità dello Stato" in austriaco?

Possiamo quindi concludere che l'Austria non sia, dal punto di vista strettamente giuridico-costituzionale, uno Stato laico nel senso francese della *laïcité*[15] (concetto che pure è in evoluzione)[16], bensì neutrale, con questa *Neutralität* che, non essendo *expressis verbis* prevista in Costituzione, è frutto del combinato disposto degli artt. 14 e 15 *StGG2*, e dell'art. 63 comma 3 del Trattato di Saint-Germain.

Secondo la dottrina austriaca, infatti, lo Stato non si identifica in nessuna confessione religiosa, concetto che non ricomprende, però, solo un insieme di dogmi religiosi ed atti di culto da rivolgere alla Divinità, ma si sostanzia anche in tutta una serie di valori e principî che hanno storicamente influenzato la società austriaca, e pur essendo questi principî e valori delle entità immateriali, essi sono parte integrante della storia del Paese, che non può evidentemente venir cancellata.

Le disposizioni normative non indicano una preferenza, od un sostegno anche indiretto, dello Stato alla religione cristiana, anche perché l'Austria è uno Stato religiosamente neutrale, bensì sono il fenotipo della tolleranza dello Stato verso il diritto fondamentale alla libera pratica religiosa, diritto dei cittadini che nella maggior parte sono di confessione cristiana ed hanno radici storico-culturali cristiane: come ha affermato la CEDU nella nota sentenza Otto Preminger Institut[17], accogliendo il ricorso della diocesi di Innsbruck, infatti, uno Stato può tener conto della «sensibilità religiosa della maggioranza della popolazione», senza violare la Convenzione Europea dei Diritti Umani[18].

Le festività religiose rientrano fra le c.d. *res mixtae*, cioè ricadono sia nella

---

[15] Cfr. Maria Cristina Ivaldi, *Verso una nuova definizione della laicità*?, in *Il Diritto ecclesiastico*, 2004, p. 1133 ss.; Maria d'Arienzo, *La "religione della laicità" nella Costituzione francese*, in Paolo Becchi, Vincenzo Pacillo (a cura di), *Sull'invocazione a Dio nella Costituzione federale e nelle Carte fondamentali europee*, Eupress, Lugano, 2013, p. 139 ss.

[16] Pierluigi Consorti, *Dalla Francia una nuova idea di laicità per il nuovo anno*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 1, 2018, p. 1 ss.

[17] CEDU, 20 settembre 1994, in *http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-62451*.

[18] Sergio Lariccia, *Laicità dello Stato e democrazia pluralista in Italia*, in *Il Diritto ecclesiastico*, I, 1995, p. 387 ss.

V. Maria Gabriella Belgiorno de Stefano, *La libertà religiosa nelle sentenze della Corte Europea dei diritti dell'Uomo*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1989, p. 285 ss.

competenza dello Stato (per la loro rilevanza sociale ed economica), sia in quella delle confessioni religiose (per istituirle, e stabilire se la loro osservanza sia obbligatoria o meno); nell'ordinamento austriaco, che è qui oggetto della nostra analisi, si trovano riferimenti ai giorni festivi del cristianesimo, che hanno un preciso fondamento scritturistico: già in Atti, XX, 7 ss.[19], si parla d'una riunione nel primo giorno della settimana, ove Paolo, dopo una lunga predica, aveva "spezzato il pane", e la domenica venne celebrata come giorno festivo già dai primi cristiani: Apocalisse I, 10 parla d'uno specifico "giorno del Signore", e Paolo estende alla Grecia l'ordine, che aveva già dato, di fare ogni primo giorno della settimana una colletta (1 Cor., XVI, 2 ss.): è, dunque, indubbio che già i primi cristiani avessero scelto la domenica come giorno festivo, vuoi perché terzo giorno dopo la morte di Cristo (come sembrano dire soprattutto I Cor., XV, 17, ma anche Mc VIII, 31, Gv II, 19 e Mt XXVI, 61), o perché giorno della Resurrezione (Mc XVI, 1ss., Mt XXVIII, 1, Lc XXIV, 1 ss., e Gv XX, 1 ss.)[20].

Come inizio della rilevanza statale delle festività religiose, comunque, possiamo probabilmente considerare il 321, con la *Omnes iudices* di Costantino: è una legge di grande importanza, che introduce il giorno festivo dei cristiani come giorno festivo e di riposo dal lavoro per tutto l'Impero; anche per lo sviluppo della altre feste religiose l'influsso di Costantino fu molto importante, ad esempio col Concilio di Nicea, che, risolvendo la questione infraecclesiale sulla data della Pasqua, la separò da quella di *Pesah*, emancipando così il calendario festivo religioso cristiano da quello ebraico.

Per i primi tempi del cristianesimo, sulla base delle testimonianze bibliche, si può parlare di una regolarità nella partecipazione domenicale, in ricordo della Pasqua, ma col crescere delle comunità e con l'aumentare della disomogeneità dei loro componenti, venne via via meno compresa l'importanza della partecipazione comunitaria alla funzione religiosa domenicale, secondo la perseverante assiduità descritta in Atti, II, 42.

Venendo meno la spontaneità e la volontarietà della partecipazione, ecco che – ed è importante per il punto centrale del nostro lavoro – inizia a venire disposta normativamente l'obbligatorietà sulla base di norme religiose, oggi disposta dal can. 1247 CIC: «Die dominica aliisque diebus festis de praecepto fideles obligatione tenentur Missam participandi; abstineant insuper ab illis operibus et negotiis quae cultum Deo reddendum, laetitiam diei Domini pro-

---

[19] Tutte le citazioni bibliche sono tratte da *http://www.vatican.va/archive/ITA0001/_INDEX.HTM*.

[20] V. Allen Dwight Callahan, *The Gospel of John as people's history*, in Richard Horsley (a cura di), *Christian origins*, Fortress Press, Minneapolis, 2005, p. 189 ss.

priam, aut debitam mentis ac corporis relaxationem impediant»[21].

Ceci n'est pas une discrimination

Il fondamento normativo austriaco era costituito da un insieme di normative: alla base abbiamo l'*Arbeitsruhegesetz*[22], del 1983, cui si associa l'*Arbeitszeitgesetz*[23], che regola sostanzialmente l'orario lavorativo normale quotidiano e settimanale, come pure quello straordinario, le pause di lavoro, ed i tempi di viaggio; specularmente, invece, l'*Arbeitsruhegesetz* regola il tempo di riposo ed i giorni festivi per i dipendenti del settore privato; per gli esercizi commerciali, poi, la normativa di riferimento è l'*Öffnungszeitensgesetz*[24].

La normativa sui giorni festivi, dunque, è chiara: vi sono 13 giorni festivi nazionali per tutti (I gennajo, Epifania, Lunedì di Pasqua, I maggio festa del lavoro, Ascensione, Pentecoste, *Corpus Domini*, Assunzione, 26 ottobre festa nazionale, Ognissanti, Immacolata Concezione, Natale e Santo Stefano), ed il Venerdì Santo è giorno festivo per tutti gli appartenenti alla Chiesa evangelica augustana ed a quella svizzera; a questi, poi, s'aggiungono i giorni festivi dei varî Stati federali, e quelli stabiliti dai contratti collettivi di lavoro, sempre differenziati sulla base dell'appartenenza religiosa: questa è una caratteristica essenziale, giacché, come dice il § 8 dell'*Arbeitsruhegesetz*, ogni lavoratore ha un preciso diritto all'integrazione del riposo del fine-settimana e dei giorni festivi "ordinari", nella misura in cui questo giorno supplementare serva alla pratica religiosa[25].

In questo senso, infatti, la dottrina parla di diritto soggettivo alla libertà d'adempimento dei doveri religiosi, e questo giorno di riposo supplementare, però, dev'essere necessario all'adempimento dei doveri religiosi, non può essere un "semplice" giorno festivo supplementare, benché accordato per una festività religiosa, è necessario che i fedeli di quella data confessione debbano, in quel dato giorno, adempiere specifici obblighi religiosi che sarebbe loro

---

[21] *Http://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/latin/documents/cic_liberIV_la.html*; v. Juan Ignacio Arrieta, *La salus animarum quale guida applicativa del diritto da parte dei pastori*, in *Ius Ecclesie*, 2000, p. 343 ss.

[22] *Https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblPdf/1983_144_0/1983_144_0.pdf*.

[23] *Https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblPdf/1969_461_0/1969_461_0.pdf*.

[24] *Https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblPdf/2003_48_1/2003_48_1.pdf*.

[25] Beatrix Karl, *Karfreitag: Zulässiges Feiertagsprivileg oder verbotene Diskriminierung?*, in *RdW – Österreichisches Recht der Wirtschaft*, 2016, p. 642 ss.

impossibile rispettare se avessero una normale giornata lavorativa[26].

L'ulteriore fonte normativa che elenca le festività religiose contemporaneamente riconosciute come giorni festivi anche dallo Stato è il Concordato del 1933, all'art. 9[27]: ne consegue, quindi, che l'Austria, ove volesse modificare o ridurre i giorni festivi nazionali su base religiosa dovrebbe avere il *placet* della Santa Sede, cosa possibile *ex* art. 22, secondo il quale la Santa Sede ed il Governo federale s'impegnano a trovare di comune accordo soluzioni amichevoli a problematiche o fattispecie nuove che interessassero il Concordato[28].

L'ingranaggio sbloccato: la situazione normativa attuale

Questa situazione normativa ha visto, però, un recente cambiamento con la c.d. "sentenza del Venerdì Santo"[29]: in Austria, dove la popolazione è il larghissima maggioranza cattolica, il Venerdì Santo era un giorno festivo solo per i fedeli della Chiesa evangelica augustana e svizzera, per i Vetero-Cattolici e per i Metodisti, *ex* § 7 comma 3 della legge sui giorni festivi (versione del 1983)[30]; questa disposizione aveva lo scopo di dare ai fedeli di queste Chiese la possibilità di praticare il culto in questo giorno che per loro è particolarmente significativo sotto il profilo religioso, è una tutela della loro libertà religiosa, senza obbligarli a dover chiedere un giorno di ferie al loro datore di lavoro.

Cosa molto importante, inoltre, come abbiamo visto, se un appartenente ad una di queste Chiese lavorasse nel Venerdì Santo, avrebbe diritto a vederselo pagato come straordinario: il ricorrente, Markus Achatzi, è dipendente della *Cresco Investigation*, un'agenzia investigativa privata, ma non appartiene a nessuna delle Chiese citate; il 3 aprile 2015, Venerdì Santo, è chiamato al lavoro, e chiede alla sua agenzia il pagamento dello straordinario, che gli viene negato non facendo egli parte delle confessioni religiose previste dalla legge.

Il § 7 comma 2 della legge sul riposo lavorativo (ARG, versione del 1983), sul riposo lavorativo settimanale e nei giorni festivi, elenca 13 giorni festivi a livello nazione, che valgono per tutti i lavoratori, a prescindere dalla loro

---

[26] Michaela Windisch-Graetz, *Das Diskriminierungsverbot aufgrund von Religion und Weltanschauung am Arbeitsplatz*, in Christian Brünner (a cura di), *Diskriminierung aus religiösen Gründen*, Österreich Verlag, Wien, 2009, p. 55 ss.

[27] *Https://www.iuscangreg.it/conc/austria-1933.pdf*.

[28] Klaus Mayr, *Feiertage und Diskriminierung aufgrund der Religion im österreichischen Arbeitsrecht*, in *Ecolex*, 2004, p. 428 ss.; Andreas Gerharti, *Konsequenzen der "Karfreitagsproblematik"*, in *RdW – Österreichisches Recht der Wirtschaft*, 2018, p. 85 ss.

[29] OGH, sentenza 27 febbraio 2019, n. 9ObA11/19.

[30] BGBl, n. 144/1983.

religione; il comma 3, però, prevede che per i soli fedeli di 4 Chiese (cioè l'evangelica augustana, quella svizzera, i veterocattolici e i metodisti), sia giorno festivo anche il Venerdì Santo.

Il § 9 comma 1 della ARG stabilisce, in queste circostanze, che i lavoratori che in questi giorni non lavorassero abbiano comunque diritto al pagamento, e che se, invece, dovessero lavorarvi, avrebbero diritto al doppio del salario (comma 5); quindi ciascun lavoratore che lavorasse nei 13 giorni festivi pagati valevoli per tutti riceverebbe il doppio dello stipendio come indennità lavorativa in giorno festivo.

Poiché, però, il Venerdì Santo è giorno festivo pagato solo per i fedeli di queste quattro Chiese, sono solo costoro ad averlo come festivo pagato o, se fossero costretti a lavorarvi, a prendere lo straordinario.

Markus Achatzi, non appartenente a queste Chiese, ma, chiamato a lavorare di Venerdì Santo, chiede il pagamento dello straordinario, che gli viene rifiutato, sicché egli fa causa al suo datore di lavoro per discriminazione su base religiosa.

L'*Arbeits- und Sozialgericht* di Vienna, giudicando in primo grado, il 15 ottobre 2015, respinse il ricorso, affermando che con la normativa del Venerdì Santo c'era una diseguaglianza oggettiva che giustificava la diseguaglianza normativa; l'*Oberlandesgericht* sempre della Capitale austriaca, giudicando in appello, il 29 marzo 2016 accolse invece il ricorso, poiché a suo modo di vedere questa differenza di trattamento prevista dalla normativa costituiva una violazione dell'art. 21 della Carta dei Diritti fondamentali UE, dando origine ad una discriminazione diretta su base religiosa, che *ex* art. 7 comma 1 della direttiva 2000/78/EG del 28 novembre 2000 non era giustificata[31].

L'*Oberster Gerichtshof*, dinanzi al quale questa sentenza viene appellata, sottopone la questione alla Corte di Giustizia UE, il 24 marzo 2017, articolando la richiesta in 4 punti; centrale era la domanda se quest'eccezione, prevista per il lavoratore che non facesse parte d'una delle 4 religioni indicate, fosse una diretta violazione dell'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali, oppure se fosse giustificata come misura per la protezione della libertà di culto dei fedeli delle quattro religioni che hanno il Venerdì Santo come giorno importante e di festa la loro religione.

L'Avvocato generale Bobek, nella sua esposizione, sottolinea che la tutela e il riconoscimento di alcuni giorni festivi pagati solo per i fedeli di 4 Chiese, col pagamento di uno straordinario nel caso in cui in questi giorni lavorasse-

[31] Cfr. Wolfgang Wieshaider, *Das staatliche Feiertagsrecht als vergessene Umsetzungsmaterie der Richtlinie 2000/78/EG 279*, in *Österreichisches Archiv für Recht & Religion*, 2008, p. 279 ss.; Id., *Der verfahrene Feiertage*, in *Journal für Rechtspolitik*, 2009, p. 67 ss.

ro, configura una discriminazione su basi religiose *ex* art. 21 comma 1 Carta fondamentale ed una violazione dell'obbligo di parità di trattamento in ambito lavorativo *ex* art. 2 comma 2 lettera a della direttiva 2000/78/EG, per la quale non c'è giustificazione giuridica, mancando qualsiasi riferimento fra la protezione della libertà religiosa ed il diritto al pagamento dello straordinario, se si lavora di Venerdì Santo; questa misura è quindi inidonea a raggiungere lo scopo della protezione della libertà religiosa; al tempo stesso, poi, non sembra possibile vedere la disposizione austriaca come regola che contenga specifiche misure con le quali un pregiudizio a causa della religione viene bilanciato.

Secondo l'avvocato generale, la complessa questione soggiacente alla fattispecie concreta verte sulle conseguenze giuridiche che abbia in una controversia giudiziaria fra privati l'astratto accertamento di una discriminazione, che venga vietata da una direttiva europea (che non ha immediata efficacia orizzontale per privati), e da un principio fondamentale della Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

Dal suo punto di vista, il grado superiore della norma europea richiede che la norma nazionale resti inapplicata, poiché da questo principio, pur fondamentale, o da una possibile diretta efficacia dell'art. 21 comma 1 Carta fondamentale, non emerge però che un datore di lavoro privato sia obbligato dal diritto europeo a pagare lo straordinario festivo invece del normale salario a chi, a prescindere dalle proprie convinzioni religiose, lavori di Venerdì Santo[32].

L'*Oberster Gerichtshof* austriaco sottopone la questione alla Corte di Giustizia UE[33], per verificare se la normativa di Vienna sia rispettosa della norma di diritto europeo che vieta la discriminazione su base religiosa[34], e sottolinea come non si tratti di una controversia sostanzialmente basata sulla cifra richiesta, che è di 109,09 euro al lordo delle tasse, bensì del principio generale di poter operare differenziazioni in questo ambito su base religiosa.

Nella sua sentenza del 22 gennaio 2019[35], la Corte *in primis* ricorda che «ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, della direttiva 2000/78, per "principio della parità di trattamento" s'intende l'assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta basata su uno dei motivi di cui all'articolo 1 della medesima direttiva. L'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), di detta direttiva precisa che,

---

[32] Isabel Firneis, Matthias Unterrieder, *Vom Karfreitag zum "persönlichen Feiertag"*, in *RdW – Österreichisches Recht der Wirtschaft*, 2019, p. 196 ss.

[33] OGH, 24 marzo 2017, n. 9ObA75/16v.

[34] Art. 21 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE, in combinato disposto con gli artt. 1 e 2 comma 2 della direttiva 27 novembre 2000, n. 2000/78/EG, in *ABl.*, 2000, L 303, p. 16.

[35] *Http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=C4939D61337D236EB5 D78F4BFE9EF7A8?text=&docid=210073&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2207431*.

ai fini dell'applicazione dell'articolo 2, paragrafo 1, di quest'ultima, sussiste discriminazione diretta quando, sulla base di uno qualsiasi dei motivi di cui all'articolo 1 della direttiva in parola, tra cui figura la religione, una persona è trattata in modo meno favorevole di un'altra che si trovi in una situazione analoga», e, subito dopo, constata che «l'articolo 7, paragrafo 3, dell'ARG riconosce ai soli lavoratori appartenenti ad una delle Chiese indicate nell'ARG il diritto ad un giorno festivo il Venerdì Santo. Ne consegue che l'indennità per giorno festivo che, in virtù dell'articolo 9, paragrafo 5, dell'ARG, può far valere il lavoratore chiamato ad esercitare la propria attività professionale nel corso di un giorno festivo, è dovuta ai lavoratori che esercitano la loro attività professionale il Venerdì Santo solo se questi ultimi siano membri di una di tali chiese», sicché avremo senz'altro una «differenza di trattamento fondata direttamente sulla religione dei lavoratori», ma per decidere se questa differenza sia ammissibile o meno è necessario, continua la Corte Europea, valutare se essa sia applicata a situazioni non già esattamente identiche, bensì (solo) comparabili.

Sotto questo punto di vista, dunque, emerge con chiarezza come la normativa austriaca accordi, nel Venerdì Santo, la giornata non lavorativa solo ai fedeli d'una delle Chiese previste e non a tutti, configurando così senz'altro una differenza applicata a situazioni comparabili[36].

Ciò, poi, non può essere giustificato con la tutela della libertà religiosa, dal momento che il periodo di riposo viene concesso dalla legge *in se ipso*, ossia non è legato, né subordinato, né sono previsti controlli in merito, al fatto che il lavoratore *de quo* utilizzi effettivamente queste ore libere, od almeno parte di esse, per recarsi nel proprio luogo di culto, esercitando così concretamente la propria libertà religiosa[37].

Si avrebbe, quindi, il paradosso d'un giorno non lavorativo concesso per motivi religiosi che potrebbero però anche non esserci, ossia una concessione che potrebbe essere priva di fondamento, ed in tal caso evidentemente insostenibile; né si potrebbe, in nome d'un beneficio accordato in nome della libertà religiosa, obbligare il beneficiario a compiere atti di culto, violando platealmente quella libertà religiosa che si asseriva voler tutelare[38].

Dopo questa sentenza, però, l'Austria ha modificato la normativa esistente, abrogando il § 3 dell'art. 7, ed introducendo il giorno di ferie personale mobi-

---

[36] V. Astrid Steinbrenner, *Karfreitag als persönlicher Feiertag*, in *ZAS – Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht*, 2019, p. 96 ss.

[37] V. Ruth Ettl, *Karfreitag für niemanden*, in *Das Recht der Arbeit*, 2019, p. 435 ss.

[38] Michael Haider, *Karfreitag – unmittelbare Diskriminierung aufgrund der Religion*, in *Journal für arbeitsrecht und sozialrecht*, 2019, p. 411 ss.

le, ossia un giorno di ferie all'anno liberamente scelto dal lavoratore, non più concesso solo agli appartenenti ad alcune specifiche confessioni religiose[39]; questa nuova disposizione ricalca lo schema della precedente, vale a dire che è richiedibile solo una volta all'anno, comunicando al datore di lavoro la data scelta almeno tre mesi prima: ove, per inderogabili esigenze lavorative dell'azienda, il lavoratore fosse chiamato a lavorare anche nel giorno di vacanza personale ch'egli aveva scelto, avrà diritto allo straordinario, e tali giorni, infine, non sono cumulabili negli anni[40].

L'innovazione normativa è particolarmente rilevante, perché non ha mantenuto il Venerdì Santo come giorno festivo obbligatorio per i fedeli delle quattro confessioni religiose indicate dalla legge (i fedeli della Chiesa evangelica augustana e svizzera, i Vetero-Cattolici ed i Metodisti), aggiungendo, per i fedeli delle altre confessioni, un giorno festivo a piacere: la nuova normativa ha laicizzato, per così dire, tutta la questione, eliminando la festività religiosa obbligatoria, ed assegnando a tutti un giorno non lavorativo a piacere, quindi anche i fedeli delle quattro confessioni protette della vecchia normativa possono oggi decidere di prendersi il giorno festivo non in coincidenza col Venerdì Santo, com'erano invece obbligati a fare prima[41].

Data la quantità numerica e la complessità ad incastro delle normative austriache – costituzionali, ordinarie e concordatarie – riguardanti la fattispecie pur apparentemente semplice della discriminazione lavorativa per motivi religiosi, nel particolare fenotipo dei giorni su base religiosa, possiamo concludere constatando d'aver trovato qui un nuovo fenotipo della rilevanza pratica del diritto ecclesiastico, il quale invera ancora la profezia che lo vedeva, per «la posizione intermedia nell'ambito stesso delle discipline giuridiche» e «gli innegabili presupposti storico-politici», «non una scienza in via d'esaurimento, ma il banco di prova dei più delicati problemi dogmatici»[42], dimostrando una volta di più che "*There are more things in heaven and earth, Horatio, than are dreamt of in your philosophy*"[43].

---

[39] Michaela Windisch-Graetz, *Karfreitag für alle*, in *Ecolex*, 2019, p. 358 ss.

[40] *Https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVI/BNR/BNR_00154/*.

[41] Michael Trinko, *Ausgewählte praxisrelevante Fragen zum einseitigen Urlaubsantritt des § 7a ARG ("persönlicher Feiertag")*, in *Das Recht der Arbeit*, 2019, p. 292 ss.

[42] Mario Tedeschi, *Sulla scienza del diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1987, p. 55.

[43] *Hamlet*, I, 5, 166.

PARTE II

Il contesto internazionale

Introduzione

Introduction

Pierluigi Consorti

1. Le discriminazioni religiose costituiscono ancora oggi la conseguenza più odiosa della perdurante debolezza del diritto di libertà religiosa. Nonostante esso costituisca un presidio fondamentale posto alla base delle libertà civili, appare ancora troppe volte soggetto a discriminazioni: sicché è opportuno considerarlo ancora come un obiettivo da raggiungere anziché, come sarebbe idealmente più giusto, un dato di fatto consolidato.

Per questo motivo appare opportuno mantenere alta l'attenzione degli studiosi sui fenomeni discriminatori religiosamente qualificati. Va quindi salutato con favore l'impegno interdisciplinare proposto a tale riguardo dai Colleghi del Dipartimento di Scienze politiche Jean Monnet dell'Università della Campania "Luigi Vanvitelli", che hanno convocato studiosi di diverse Università italiane per riflettere e approfondire questo tema.

2. I contributi raccolti in questa sezione degli Atti – come, per la verità, anche quelli pubblicati nelle pagine precedenti – mettono in luce la trasversalità delle questioni aperte in questo campo, che effettivamente meritano un'attenzione interdisciplinare e una visione sistematica, poiché nessuno ha le conoscenze sufficienti per affrontare da solo problemi così complessi. Le nostre competenze ci permettono di concentrarci sull'elemento giuridico: questo è stato fatto con varietà di approcci, tale da arricchire il quadro di riferimento e rendere ragione dell'importanza del metodo interdisciplinare, che per i giuristi diventa attenzione sinergica per la ricerca di soluzioni pratiche, effettive, che rendono socialmente utile la riflessione accademica.

Le relazioni pubblicate di seguito possono a mio avviso essere accorpate secondo due tipologie. La prima riguarda cinque contributi più direttamente attinenti al metodo comparatistico, che si focalizzano su altrettante esperienze straniere. Quattro di questi cinque saggi mettono in luce una certa corrispondenza dei fenomeni discriminatori secondo la dinamica delle relazioni fra maggioranza e minoranza, che nel nostro caso appaiono religiosamente qualificate. Gian

Maria Piccinelli si è occupato dell'Iran, che è notoriamente qualificato come uno Stato islamico, caratterizzato per la presenza al governo di una minoranza islamica che è però maggioranza in quello Stato, e ha presentato le discriminazioni riservate alle minoranze islamiche non sciite. Egli ha sviluppato una riflessione che permette di considerare l'Iran un laboratorio per la costruzione di un modello di Stato islamico contemporaneo, che tocca da un lato la struttura ierocratica del governo, dall'altro il rapporto tra democrazia e cittadinanza in una particolare prospettiva di laicità. L'analisi che egli ha svolto dello *status* delle minoranze religiose, sia musulmane (sunnite, alawite e druse, ma anche sufi) che non musulmane (ebrei, cristiani e zoroastriani che sono riconosciuti costituzionalmente, ma anche baha'i) si presenta come un banco di prova per lo sviluppo del processo democratico, che convive con dolorose forme di discriminazione giustificate all'interno dello storico istituto della *dhimma*.

Deborah Scolart ha studiato un altro Stato c.d. islamico – il Pakistan – e analizzato le discriminazioni perpetrate a danno della minoranza Ahmaddiya. In Pakistan la tutela delle minoranze religiose trova poco spazio nella Costituzione. La necessità di tutelare l'identità islamica dello Stato porta a forme di discriminazione che sono particolarmente severe nei confronti di alcuni gruppi religiosi, in particolare gli Ahmadiyya, oggetto di conversioni forzate. Ella esamina anche l'uso abusivo delle leggi sulla blasfemia, utilizzate per limitare le libertà individuali e indurre gli appartenenti alle confessioni non islamiche a lasciare il Paese.

Maria Cristina Ivaldi ha trattato la Russia, che di per sé non è qualificabile in senso confessionale, ma che si percepisce certamente come Stato cristiano ortodosso, e che sta tuttora discriminando i testimoni di Geova. L'esame delle principali fonti del diritto russo in materia religiosa le ha consentito di mettere in evidenza contrasti non riconosciuti dalla giustizia costituzionale, che danno però vita e vere e proprie forme di discriminazione

Infine, Angela Tavani ha trattato la Cina, e studiato la controversa posizione dei cristiani cattolici, che in questo caso si presenta come una permanenza degli schemi discriminatori messi in atto in passato dagli Stati comunisti. La Costituzione cinese garantisce formalmente la libertà di religione, che di fatto è però condizionata da interventi governativi che la limitano in vario modo. Il suo studio si sofferma in particolare sul caso dei cristiano-cattolici, oggetto di un recente accordo (2018) con la Santa Sede, dagli esiti ancora incerti.

Il contributo di Rossella Bottoni chiude idealmente questa sezione comparatistica, e si caratterizza per l'esame di una fattispecie molto singolare, che ella ha affrontato con riferimento specifico al Regno Unito, e che si rivela di particolare interesse in quanto affronta le discriminazioni connesse al vegetarianesimo e al veganesimo, che non sono unanimemente ascrivibili al sentimento religioso. Infatti, ella esamina la questione del divieto di discri-

minazione alla luce del problema definitorio posto dalla nozione di "credo filosofico protetto".

3. Gli altri quattro contributi escono dal metodo comparatistico più tradizionale e trattano alcuni aspetti particolari. Silvia Angioi e Maria Luisa Lo Giacco toccano una conseguenza specifica delle discriminazioni, che su scala globale si presentano come concausa dei fenomeni migratori. Silvia Angioi affronta il tema della persecuzione della minoranza Rohingya in Myanmar. Il suo saggio mette in evidenza le conseguenze della scarsa attenzione internazionale verso situazioni particolari, che rischiano per questo di incattivirsi senza rimedio. Nel caso studiato, una riduzione degli effetti discriminatori è stata resa possibile grazie all'intervento della Corte penale internazionale e della Corte internazionale di giustizia, che hanno indagato sulla responsabilità dei vertici politici e militari e birmani per crimini contro l'umanità.

Maria Luisa Lo Giacco affronta il tema delle migrazioni a causa della persecuzione religiosa, che secondo le convenzioni internazionali costituisce un motivo di concessione dello *status* di rifugiato. Ella, in primo luogo, cerca di dare una definizione più puntuale della "religione" e della fattispecie "persecuzione religiosa", per poi esaminare la giurisprudenza sia delle Corti Europee in materia di concessione dell'asilo per persecuzione religiosa, sia della Corte di Cassazione italiana.

Francesca Graziani e Francesco Sorvillo si sono concentrati su due ulteriori aspetti specifici. La prima ha trattato il tema del c.d. "margine di apprezzamento" nelle pronunce della Corte Europea dei Diritti Umani e del Comitato ONU dei Diritti Umani, che com'è noto seguono due approcci diversi fra loro. Il suo studio sottolinea i punti di forza e di debolezza dei due diversi modi di procedere e li mette in relazione nell'ottica di una reciproca *cross-fertilization*, tale da sostenere un'efficace tutela multilivello dei diritti umani.

Francesco Sorvillo mette in luce il ruolo giocato in termini anche antidiscriminatori da due recenti documenti emersi nel mondo islamico: la Dichiarazione di Marrakech (2016) e la Carta della Nuova Alleanza per le Virtù (2019). Sulla base di questi egli individua possibili percorsi evolutivi che permettono di promuovere la libertà religiosa come un diritto umano anche negli ordinamenti dei Paesi islamici, fondati su tradizioni e culture diverse da quelle occidentali, focalizzando l'importanza del dialogo interreligioso, paradigmaticamente rappresentato dalle due Carte citate.

Non sta a me entrare oltre nel dettaglio dei singoli contributi messi adesso a disposizione della comunità scientifica. Non possiamo non rallegrarci per il lavoro già svolto e auspicare che possa continuare, al fine di raccogliere ulteriori frutti.

Libertà di religione e margine di apprezzamento nelle pronunce della Corte Europea dei Diritti Umani e del Comitato ONU dei Diritti Umani

Freedom of religion and margin of appreciation in the decisions of the European Court of Human Rights and the UN Committee on Human Rights

Francesca Graziani

Abstract

Concerning the right to manifest one's religion, unlike the European Court of Human Rights, the UN Committee on Human Rights does not give States a margin of appreciation in the fulfilment of Article 18 of the Covenant on Civil and Political Rights. Differences in "case law" entail risks of double standards of protection and weaken the authority of the two human rights supervisory bodies. The article therefore highlights the strengths and weaknesses of the decisions of the European Court and of the UN Committee and the lessons they could learn from each other.

Key words

Freedom of religion and Margin of appreciation – European Court of Human Rights – UN Committee on Human Rights.

Riassunto

In tema di libertà di manifestazione religiosa, a differenza della Corte Europea dei Diritti Umani, il Comitato ONU sui Diritti Umani non riconosce agli Stati un margine di apprezzamento nell'attuazione dell'articolo 18 del Patto sui diritti civili e politici. La diversità di pronunce comporta rischi di doppi standard di tutela e indebolisce l'autorevolezza di entrambi gli organi di controllo. L'articolo evidenzia quindi i punti di forza e di debolezza delle decisioni della Corte Europea e del Comitato ONU e gli "insegnamenti" che entrambi potrebbero trarre dalle rispettive pronunce.

Parole chiave

Libertà di religione e margine di apprezzamento – Corte Europea dei Diritti Umani – Comitato ONU dei Diritti Umani.

Sommario: 1. Obiettivo dell'analisi – 2. Il criterio del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte EDU e l'approccio del Comitato dei Diritti Umani – 3. La libertà di manifestare credo e religione nelle pronunce della Corte EDU e del Comitato dei diritti umani: l'uso dei simboli religiosi nel contesto educativo e nei luoghi di lavoro, pubblici e privati – 3.1. (Segue): uso dei simboli religiosi e apposizione di fotografie su documenti di identità – 3.2. (Segue): uso dei simboli religiosi nello spazio pubblico – 4. Lessons learned*: tutela multilivello dei diritti umani e dialogo tra organi di controllo*

Obiettivo dell'analisi

Il diritto alla libertà di religione è previsto in termini pressoché identici dall'art. 9 della CEDU e dall'art. 18 del Patto ONU sui diritti civili e politici. Entrambi gli strumenti tutelano la libertà religiosa nella sua duplice dimensione, interna ed esterna: il diritto di professare una religione o qualunque altro credo di propria scelta (*freedom to believe*) ha portata assoluta e non può essere limitato in alcun modo, traducendosi in un obbligo di neutralità in capo allo Stato che deve astenersi da ingerenze nella sfera della coscienza individuale; invece, il diritto di manifestare la fede religiosa (*freedom to act*) ha carattere relativo e può quindi essere soggetto a restrizioni allorché interferisca con un interesse imperativo (pubblica sicurezza, ordine pubblico, salute o morale pubblica) o con diritti e libertà altrui, sempre che le suddette limitazioni siano stabilite dalla legge e, nell'ambito della CEDU, costituiscano misure necessarie in una società democratica.

Ebbene, è in relazione al *freedom to act* che, a partire specialmente dalla metà degli anni Duemila e con sempre maggiore frequenza, le pronunce della Corte EDU e del Comitato dei diritti umani dell'ONU appaiono divaricate, quando non addirittura antitetiche. Una tale divergenza sarebbe da imputare alla circostanza che nel *test* di proporzionalità impiegato per valutare la legittimità delle restrizioni *vis-à-vis* degli obblighi convenzionali la Corte di Strasburgo accorda agli Stati un ampio margine di apprezzamento; margine di apprezzamento che, al contrario, il Comitato ONU rifiuta di riconoscere.

È da queste premesse che muove l'analisi che s'intende condurre. Ci si soffermerà anzitutto sul margine di apprezzamento come accolto nella giurisprudenza europea e sulle possibili ragioni che hanno indotto il Comitato ONU a prendere le distanze da un siffatto criterio. Seguirà un confronto tra le pronunce dei due organi di garanzia, che consenta di evidenziare il diverso ap-

proccio della Corte EDU e del Comitato ONU in tema di libertà di manifestare credo e religione a motivo, appunto, dell'accoglimento e del rigetto del margine di apprezzamento. Non resterà che avanzare alcune riflessioni conclusive. Preme fin da subito dire che esula dall'obiettivo del presente lavoro capire chi tra i due organi assolva al meglio la funzione di *guarantor* della libertà religiosa. Smarcandosi da una logica strettamente performativa, sembra più utile ragionare in termini di *lessons learned* e sottolineare, pertanto, i punti di forza e di debolezza del ragionamento operato dalla Corte EDU e dal Comitato ONU nell'esame delle misure statali limitative della libertà di manifestazione religiosa, ponendosi in definitiva nell'ottica di un dialogo a distanza tra i due organi di controllo, che è poi il solo in grado di alimentare fenomeni di *cross-fertilization* nell'ambito della tutela multilivello dei diritti umani.

Il criterio del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte EDU e l'approccio del Comitato dei Diritti Umani

Elaborato in via pretoria, il criterio del margine di apprezzamento delimita il ruolo della Corte di Strasburgo in rapporto agli Stati parte e opera in concreto nel momento in cui il giudice internazionale è chiamato a verificare la ragionevolezza di una misura statale e quindi a modulare intensità e pregnanza del controllo di proporzionalità[1]. In virtù del margine di apprezzamento, la

[1] Sul margine di apprezzamento la letteratura è molto vasta. V. in particolare: Rosario Sapienza, *Sul margine d'apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1991, pp. 571-614; Ronald St. J. MacDonald, *The Margin of Appreciation*, nel vol. Ronald St.J. MacDonald, Franz Matscher, Herbert Petzold (a cura di), *The European System for the Protection of Human Rights*, Martinus Nijhoff, Dordrecht – Boston – London, 1993, pp. 83-124; Eva Brems, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights*, in *Heidelberg Journal of International Law*, 1996, 56, pp. 240-314; Howard Charles Yourow, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, Martinus Nijhoff – Kluwer Press, London – New York – The Hague, 1996; Paul Mahoney, *Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism?*, in *Human Rights Law Journal*, 1998, pp. 1-6; Eyal Benvenisti, *Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards*, in *New York University Journal of International Law and Politics*, 31, 1999, pp. 843-854; Yutaka Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Antwerp, 2002; Id., *The Margin of Appreciation Doctrine: A Theoretical Analysis of Strasbourg's Variable Geometry*, nel vol. Andreas Føllesdal, Birgit Peters, Geir Ulfstein (a cura di), *Constituting Europe. The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 62-105; Yuval Shany, *Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?*, in *European Journal of International Law*, 16, 2005, pp. 907-940; Dean Spielmann, *Allowing the Right Margin: The European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 14, 2012, pp. 381-418; Monica Lugato, *Riflessioni sulla base giuridica del margine di apprezzamento*

Corte riconosce ai Governi un potere discrezionale nell'adempimento degli obblighi derivanti dalla CEDU, così bilanciando le esigenze di uniformità della tutela dei diritti umani nello spazio europeo con le specificità e le tradizioni giuridiche, sociali e culturali dei singoli Stati.

La dottrina del margine di apprezzamento è espressione del più generale principio di prossimità, quale complessivo canone regolatore del riparto di competenze tra autorità statali e giurisdizioni sovranazionali. Come affermato dalla Corte EDU, gli Stati – giacché in contatto diretto e permanente con i bisogni della collettività – sono in principio in una "*better position*" rispetto al giudice internazionale per pronunciarsi sul contenuto preciso delle pressanti necessità che, in una società democratica, giustificano la restrizione dei diritti contemplati dalla CEDU[2]. Sotto questo profilo, il margine di apprezzamento è un corollario logico-giuridico del principio di sussidiarietà che governa «the machinery of protection established by the Convention»[3]. Emerge infatti dal combinato disposto degli artt. 1, 13 e 35 della CEDU che la tutela dei diritti umani è prerogativa degli Stati e che la Corte di Strasburgo interviene solo in seconda battuta, allorquando la violazione di un diritto fondamentale non sia più suscettibile di rimozione attraverso i rimedi statali ordinari. Deriva poi da quanto detto, che mentre il principio di sussidiarietà opera a monte, quale regola procedurale di precedenza in favore dell'intervento statale, il margine di apprezzamento detta a valle (nella fase successiva del sindacato europeo) una tecnica di giudizio che si traduce in un temperamento della rigidità dei principi convenzionali a vantaggio di una residua zona franca in capo ai Governi, cui è appunto consentito un margine di flessibilità nell'applicazione della CEDU[4].

Come chiarito dalla Corte di Strasburgo, il margine di apprezzamento non conferisce comunque agli Stati un *unlimited power of appreciation* né il *self-restraint* della Corte può implicare un'abdicazione della potestà giurisdizionale, dovendo piuttosto la discrezionalità riconosciuta ai Governi accompagnarsi ad una supervisione europea circa il rispetto dei principi di necessità

---

statale nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in *Studi sull'integrazione europea*, 2012, pp. 359-374; Ead., *The "Margin of Appreciation" and Freedom of Religion: Between Treaty Interpretation and Subsidiarity*, in *Journal of Catholic Legal Studies*, 2013, 52, pp. 49-70; Giuseppe D'Angelo, *Ordinamenti giuridici e interessi religiosi. Argomenti di diritto ecclesiastico comparato e multilivello*, I, Giappichelli, Torino, 2017, p. 127 ss.

[2] ECtHR, *Handyside v. the United Kingdom*, *App. No.* 5493/72, 7 *December* 1976, § 48.

[3] *Ibidem*.

[4] Il margine di apprezzamento è espressamente richiamato nella Dichiarazione di Brighton del 20 aprile 2012 e nel Protocollo n. 15 alla CEDU, non ancora entrato in vigore, che ha introdotto alla fine del preambolo della CEDU un nuovo considerando.

e proporzionalità[5]. Spetta dunque alla Corte verificare se e a quali condizioni l'esercizio del margine di apprezzamento possa definirsi legittimo. Più nello specifico, la Corte EDU definisce di volta in volta, alla luce delle peculiarità della fattispecie concreta, lo spazio di autonomia statale, che presenta perciò un'incisività variabile a seconda del ricorrere di un insieme di fattori, quali, in particolare, la natura del diritto che si assume violato, nonché la tipologia e le ragioni dell'interferenza statale[6]. Sull'ampiezza del margine di apprezzamento un ruolo fondamentale è attribuito all'esistenza di un consenso comune (*common ground*) tra gli Stati parte in merito alla tutela del diritto in questione; con la conseguenza che quanto più vi è uniformità tra i principi e le tradizioni giuridiche statali tanto più il margine di apprezzamento accordato ai Governi sarà ristretto.

Utilizzato inizialmente in rapporto all'art. 15 della CEDU, che consente agli Stati di sospendere le garanzie convenzionali in caso di guerra o di estremo pericolo per la nazione[7], il criterio del margine di apprezzamento è stata applicato, a partire dalla sentenza *Handyside* del 1976, a tutte le disposizioni della CEDU che rinviano a scelte discrezionali dello Stato circa le modalità di tutela dei diritti e, per quel che qui interessa, all'art. 9. Sul punto, la Corte di Strasburgo, muove dalla constatazione che «it is not possible to discern throughout Europe a uniform conception of the significance of religion in society» e che «even within a single country such conceptions may vary»[8]. La pluralità di modelli normativi in ordine al rapporto tra potere secolare e potere temporale porta la Corte a non interferire eccessivamente nelle scelte compiute dagli Stati e, di conseguenza, a riconoscere un ampio margine di manovra ai Governi nel decidere esistenza e portata dell'ingerenza nell'esercizio della libertà di manifestazione religiosa[9].

Con riferimento al Patto ONU sui diritti civili e politici, il criterio del mar-

---

[5] ECtHR, *Handyside v. the United Kingdom* cit., § 49.

[6] V. ad es. ECtHR [GC], *S. and Marper v. the United Kingdom*, *Apps. Nos.* 30562/04, 0566/04, 4 *December* 2008, § 102.

[7] ECtHR, *Greece v. the United Kingdom*, *App. No.* 176/56, 2 *June* 1956; *Lawless v. Ireland*, *App. No.* 332/57, 30 *August* 1958. V. anche ECtHR, *Ireland v. the United Kingdom*, *App. No.* 5310/71, 13 *December* 1977.

[8] ECtHR, *Müller and Others v. Switzerland*, *App. No.* 10737/84, 24 *May* 1988, §§ 30, 35; *Otto-Preminger-Institut v. Austria*, *App. No.* 13470/87, 20 *September* 1994, § 50.

[9] V. ad es. ECtHR, *Wingrove v. the United Kingdom*, *App. No.* 17419/90, 25 *November* 1996, § 58. V. Benedetto Conforti, *La tutela internazionale della libertà religiosa*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 15/2, 2002, pp. 269-283; Silvio Ferrari, *La Corte di Strasburgo e l'art. 9 della Convenzione europea. Un'analisi quantitativa della giurisprudenza*, in vol. Roberto Mazzola (a cura di), *Diritto e religione in Europa: rapporto sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di libertà religiosa*, il Mulino, Bologna, 2012, pp. 27-53, p. 40.

gine di apprezzamento è stato oggetto di un veloce e assai poco significativo richiamo nel 1963, all'epoca della redazione del *Covenant*[10]. Il Comitato dei Diritti Umani ha fatto riferimento al "*margin of discretion*" una sola volta, nel lontano 1982, in materia di restrizioni alla libertà di espressione[11]. Per il resto, il Comitato ha espressamente escluso un suo utilizzo[12]. Significativa al riguardo è la prassi relativa all'art. 4 del Patto ONU che, al pari dell'art. 15 della CEDU, permette agli Stati di adottare misure in deroga agli obblighi convenzionali in caso di pericolo pubblico eccezionale che minacci l'esistenza della nazione: a differenza della Corte Europea, molto cauta nel valutare i motivi invocati a sostegno dell'esistenza di uno stato di emergenza, il Comitato ONU ha sempre ribadito la necessità di sottoporre ad un rigoroso controllo le ragioni addotte dagli Stati per giustificare il ricorso all'art. 4[13]. Riguardo poi ai diritti garantiti dal *Covenant*, il Comitato ha affermato che la portata delle libertà tutelate dal Patto ONU (nel caso di specie, l'art. 27 in tema di tutela delle minoranze) «is not to be assessed by reference to a margin of appreciation, but by reference to the obligation […] undertaken» con la ratifica del Patto[14]. Egualmente netti sono i termini impiegati dal Comitato nel Commento generale n. 34 sulla libertà di opinione e di espressione: «The Committee reserves to itself an assessment of whether, in a given situation, there may have been circumstances which made a restriction of freedom of expression necessary. In this regard, the Committee recalls that the scope of this freedom is not to be assessed by reference to a "margin of appreciation" and in order for the Committee to carry out this function, a State party, in any given case, must

---

[10] UNGA, *Draft International Covenants on Human Rights, Report of the Third Committee, Rapporteur Mrs. Refslund Thomsen*, UN Doc. A/5655, 10 *December* 1963, § 49.

[11] HRC, *Leo R. Hertzberg and Others v. Finland*, *Comm. No.* 14/61, 2 *April* 1982, CCPR/C/15/D/61/1979, § 10.3: «It has to be noted, first, that public morals differ widely. There is no universally applicable common standard. Consequently, in this respect, a certain margin of discretion must be accorded to the responsible national authorities».

[12] Dominic McGoldrick, *A Defence of the Margin Of Appreciation and an Argument for its Application by the Human Rights Committee*, in *International & Comparative Law Quarterly*, 65/1, 2016, pp. 21-60; Stephanie E. Berry, *A "Good Faith" Interpretation of the Right to Manifest Religion? The Diverging Approaches of the European Court of Human Rights and the UN Human Rights Committee*, in *Legal Studies*, 37/4, 2017, pp. 672-694; Yuval 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*, 9/2, 2018, pp. 180-198; Gehan Gunatilleke, *Rights Committee's Test on Limiting the Freedom of Religion or Belief*, in *Religion & Human Rights*, 15/1-2, 2020, pp. 20-38.

[13] HRC, *General Comment No. 29, Article 4 – Derogations during a State of Emergency*, 31 *August* 2001, CCPR/C/21/Revedi1/Add.11, §§ 4 ss.

[14] HRC, *Länsman and Others v. Finland*, *Comm. No.* 511/1992, 26 *October* 1994, CCPR/C/52/D/511/1992, 8 *November* 1994, § 9.4.

demonstrate in specific fashion the precise nature of the threat to any of the enumerated grounds listed in paragraph 3 that has caused it to restrict freedom of expression»[15].

Benché il Comitato dei Diritti Umani non abbia mai esplicitato le ragioni che lo hanno convinto a non applicare il criterio del margine di apprezzamento, i motivi paiono sostanzialmente di tre ordini. A differenza della Corte EDU, il Comitato ONU non è un organo giurisdizionale e perciò si sente libero di svolgere uno scrutinio più stringente del caso sottopostogli, nella consapevolezza che lo Stato resta libero di adeguarsi alle sue decisioni. Inoltre, il margine di apprezzamento è stato coniato dalla Corte di Strasburgo sul presupposto della legittimità democratica degli Stati parte alla CEDU[16], laddove invece gli Stati che hanno ratificato il Patto ONU, oltre che quantitativamente assai più numerosi, presentano sostanziali differenze in termini di democraticità dei sistemi interni; cosicché il riconoscimento di uno *space for manoeuvre* nell'attuazione del Patto indebolirebbe oltre misura il sindacato di legittimità delle misure adottate a livello statale[17]. Né probabilmente può sottovalutarsi l'intenzione del Comitato ONU di emanciparsi da una prospettiva eurocentrica nella tutela dei diritti umani per sviluppare invece un approccio "giurisprudenziale" autonomo.

La libertà di manifestare credo e religione nelle pronunce della Corte EDU e del Comitato dei diritti umani: l'uso dei simboli religiosi nel contesto educativo e nei luoghi di lavoro, pubblici e privati

Il confronto tra le sentenze della Corte EDU e i pareri del Comitato ONU in tema di libera manifestazione del sentimento religioso deve essere pre-

---

[15] HRC, *General Comment No. 34*, *Article 19 – Freedoms of Opinion and Expression*, 12 *September* 2011, CCPR/C/GC/34, § 16.

[16] V. ad es. ECtHR [GC], *Leyla Şahin v. Turkey*, *App. No.* 44774/98, 10 *November* 2005, § 108.

[17] V. le osservazioni di Cançado Trindade in relazione alla Corte interamericana dei diritti umani: «How could we apply [the margin of appreciation doctrine] in the context of a regional human rights system where many countries' judges are subject to intimidation and pressure? How could we apply it in a region where the judicial function does not distinguish between military jurisdiction and ordinary jurisdiction? How could we apply it in the context of national legal systems that are heavily questioned for the failure to combat impunity? […] We have no alternative but to strengthen the international mechanisms for protection. […] Fortunately, such doctrine has not been developed within the inter-American human rights system» (Antônio Augusto Cançado Trindade, *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XX*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pp. 389-390, citato da Jorge Contesse, *Contestation and Deference in the Inter-American Human Rights System*, in *Law and Contemporary Problems*, 79, 2016, pp. 123-145, p. 134).

ceduto da un breve osservazione. Occorre infatti tener conto dell'approccio casistico degli organi di controllo sui diritti umani e di conseguenza usare molta cautela nel ricavare dalle pronunce internazionali indirizzi prescrittivi o anche solo orientativi, giacché, appunto, l'enucleazione di una regola o di un principio non può prescindere dall'esatta individuazione della fattispecie concreta all'origine della decisione. Il chiarimento vale soprattutto per la giurisprudenza della Corte EDU nella quale è spesso assai complicato distinguere «ciò che vale in generale e ciò è proprio della specificità del caso» sottoposto al giudizio della Corte[18]. Operata questa precisazione va detto che negli ultimi anni la Corte EDU e il Comitato ONU sono stati investiti di ricorsi in cui individui appartenenti a gruppi religiosi minoritari hanno invocato regimi particolari e misure di aggiustamento o di flessibilità nell'applicazione delle norme generali, al fine di conciliare gli obblighi dettati per la società nel suo complesso con l'esigenza di tutelare il proprio credo (c.d. *reasonable religious accomodation*).

In tema di utilizzo di simboli religiosi nel contesto educativo e nei luoghi di lavoro, pubblici e privati, la giurisprudenza europea ha subìto una sensibile evoluzione. In una prima fase, gli organi di Strasburgo (Commissione e Corte), muovendo dal presupposto che l'art. 9 della CEDU non conferisce il diritto ad essere esentati da una disciplina generale/neutra né garantisce sempre il diritto di comportarsi nella sfera pubblica nel modo dettato dalla propria fede, hanno adottato un'interpretazione restrittiva che portava ad escludere in radice la violazione dell'art. 9[19]. Nel tempo, la Corte EDU ha privilegiato un atteggiamento più conciliante, teso a bilanciare maggiormente gli interessi in gioco: a differenza del passato, quindi, il sindacato non si è arrestato sulla soglia dell'esistenza o meno dell'ingerenza statale nella libertà del singolo ma è stato esteso all'esame della misura restrittiva al fine di vagliarne la necessità e la proporzionalità. Di fatto, però, il salto operato è più apparente che sostanziale. Infatti, preso atto che la disciplina che regolamenta l'uso dei simboli religiosi nell'ambiente educativo e di lavoro presenta profonde differenze a

---

[18] L'espressione è di Vladimiro Zagrebelsky, in Roberto Giovanni Conti, *Intervista a Guido Raimondi e Vladimiro Zagrebelsky*, 19 dicembre 2019, consultabile *online*. V. anche Claudia Morviducci, *La protezione della libertà religiosa nel sistema del Consiglio d'Europa*, in vol. Silvio Ferrari, Tullio Scovazzi (a cura di), *La tutela della libertà di religione. Ordinamento internazionale e normative confessionali*, Cedam, Padova, 1988, pp. 41-81, p. 55.

[19] La Commissione e la Corte EDU: hanno negato la natura di manifestazione religiosa dell'atto controverso (ad es. ECtHR, *Kosteski v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, *App. No.* 55170/00, 13 *April* 2006); hanno fatto riferimento alla c.d. libertà di dimettersi (ad es. ECtHR, *Pichon and Sajous v. France*, *App. No.* 49853/99, 2 *October* 2001); hanno applicato la *free contract doctrine*, secondo cui, accettando il contratto di lavoro, il lavoratore si impegnerebbe a tollerare le regole che limitano la manifestazione della religione (ad es. ECtHR, *X. v. the United Kingdom*, *App. No.* 8416/79, 13 *May* 1980).

livello europeo, la Corte EDU ritiene di essere tenuta ad un sindacato debole che finisce spesso per coincidere con la mera constatazione del margine di apprezzamento goduto dal Governo convenuto, cui è in sostanza rimesso di valutare in concreto la portata dei diritti coinvolti[20].

In materia di insegnamento emblematico è il caso *Dahlab c. Svizzera* del 2001, relativo al ricorso depositato da una docente di una scuola elementare cui era stato negato di indossare il *chador* nelle aule scolastiche[21]. La Corte riconosce che il divieto all'uso del velo costituisce una limitazione della libertà di manifestare la religione. Tuttavia, nell'effettuare il *proportionality test*, la Corte ricorda che, «according to its settled case-law, the Contracting States have a certain margin of appreciation in assessing the existence and extent of the need for interference»[22] e conclude pertanto che le autorità statali non hanno oltrepassato il suddetto margine di apprezzamento nel bilanciare l'identità nazionale con la protezione della libertà religiosa. Secondo i giudici, infatti, il velo è un *powerful external symbol*, lesivo del principio di neutralità confessionale della scuola pubblica e di sicuro impatto sulla libertà di coscienza e di religione degli studenti, tenuto soprattutto conto della loro tenera età[23]. Pare inoltre alla Corte difficile poter conciliare il dovere di indossare il velo, imposto alle donne musulmane, con «the message of tolerance, respect for others and, above all, equality and non-discrimination that all teachers in a democratic society must convey to their pupils»[24].

Ad eguale esito perviene la Grande Camera della Corte Europea nella sentenza *Leyla Şahin c. Turchia* del 2005 che verte sul ricorso presentato da una studentessa iscritta all'Università di Istanbul sottoposta a procedimento disciplinare per non aver ottemperato al divieto di indossare il velo nei locali universitari[25]. Seguendo uno schema argomentativo ben collaudato, la Corte: sostiene che «where questions concerning the relationship between State and religions are at stake, on which opinion in a democratic society may reasonably differ widely, the role of the national decision-making body must be given special importance»[26]; ritiene così di dover accordare un ampio margine di ap-

---

[20] V. ad es. ECtHR [GC], *Leyla Şahin v. Turkey* cit., § 109; *Eweida and Others v. the United Kingdom*, *Apps. Nos.* 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, 15 *January* 2013, § 47; *Ebrahimian v. France*, *App. No.* 64846/11, 26 *November* 2015, § 56.

[21] ECtHR, *Dahlab v. Switzerland*, *App. No.* 42393/98, 15 *February* 2001.

[22] *Ivi*, p. 12.

[23] *Ivi*, p. 13.

[24] V. anche ECtHR, *Kurtulmuş v. Turkey*, *App. No.* 65500/01, 4 *January* 2006.

[25] ECtHR [GC], *Leyla Şahin v. Turkey* cit.

[26] *Ivi*, § 109.

prezzamento allo Stato convenuto; e stabilisce, infine, aderendo alla tesi della Corte costituzionale turca, che l'interferenza nella libertà di manifestazione religiosa costituisce un provvedimento necessario in una società democratica e proporzionato alla tutela dei valori della laicità, del pluralismo, della pacifica convivenza e del rispetto dei diritti di coloro che non appartengono alla confessione religiosa musulmana[27].

Con specifico riferimento all'uso dei simboli religiosi sul luogo di lavoro, nella sentenza *Ebrahimin c. Francia* del 2015 la Corte, pur ravvisando l'interferenza nella libertà religiosa della ricorrente (un'assistente sociale il cui contratto di lavoro presso un centro di accoglienza e assistenza non era stato rinnovato a seguito del suo rifiuto di non indossare il velo durante l'attività lavorativa), considera legittima e proporzionata la restrizione. Precisa la Corte che la presenza nella società di diversi gruppi religiosi rende necessario contemperare le differenti esigenze dei gruppi e che un tale bilanciamento debba essere lasciato, in una certa misura, ai singoli Stati[28]. La Corte si limita quindi a far propria la posizione del Governo francese, secondo cui il divieto di indossare il velo costituisce un obiettivo legittimo in ragione della necessità di tutelare i principi di laicità dello Stato, della neutralità dei servizi pubblici e le credenze religiose dei pazienti/utenti del centro. Quanto al giudizio sulla proporzionalità della misura adottata, la Corte afferma che spetta al giudice amministrativo dire se il datore di lavoro abbia o no arrecato un'offesa eccessiva alla libertà di coscienza della ricorrente e, considerata l'importanza che il principio di laicità riveste in Francia, dichiara che lo Stato convenuto non ha oltrepassato il suo margine apprezzamento[29].

A opposte conclusioni giungono i pareri del Comitato dei diritti umani. Secondo l'organo di controllo onusiano: la libertà di manifestare la propria religione «encompasses the right to wear clothes or attire in public which is in conformity with the individual's faith or religion»[30]; politiche o pratiche di coercizione diretta o indiretta, come quelle che limitano l'accesso all'istruzione, sono incompatibili con l'art. 18 del Patto[31]; ancora e soprattutto, le limitazioni

---

[27] *Ivi*, §§ 116, 118-121. V. però *ivi*, *Dissenting Opinion of Judge* Tulkens, p. 42 ss. Cfr. anche, *inter alia*, ECtHR, *Dogru v. France*, *App. No.* 27058/05 e *Kervanci v. France*, *App. No.* 31645/04, 4 *December* 2008; *Ranjit Singh v. France*, *App. No.* 27561/08 e *Jasvir Singh v. France*, *App. No* 25463/08, 30 *June* 2009.

[28] ECtHR, *Ebrahimian v. France* cit., § 56.

[29] *Ivi*, § 68. V. però *ivi*, la lunga e articolata *Partly Concurring and Partly Dissenting Opinion of Judge* O'Leary, p. 30 ss.

[30] HRC, *Raihon Hudoyberganova v. Uzbekistan*, *Comm. No.* 931/2000, 5 *November* 2004, CCPR/C/82/D/931/2000, 18 *January* 2005, § 6.2.

[31] HRC, *General Comment No. 22*, *Article 18 – Freedom of Thought, Conscience or Religion*,

alla libertà di manifestazione religiosa, delineate dal § 3 dell'art. 18, devono essere strettamente interpretate, possono applicarsi «only for those purposes for which they were prescribed» e «must be directly related and proportionate to the specific need on which they are predicated»[32]. È su queste basi che il Comitato ONU rivendica la prerogativa ad esercitare un sindacato forte sulle restrizioni alla libertà di manifestare il sentimento religioso. Il controllo di proporzionalità è allora qualitativamente diverso da quello effettuato dalla Corte EDU, giacché il Comitato non sembra tener conto delle peculiari tradizioni storico-giuridiche dello Stato convenuto e non si limita ad un bilanciamento astratto degli interessi in gioco (laicità, pluralismo e neutralità v. uso del simbolo religioso) ma valuta invece, alla luce della fattispecie concreta, se la misura limitativa della libertà religiosa sia necessaria e proporzionata allo scopo perseguito.

Significativa è al riguardo la decisione assunta nel caso *Bikramjit Singh c. Francia* del 2013. Il ricorso, presentato da uno studente espulso da scuola a causa dell'uso del *keski*, si è concluso con l'accertamento della violazione dell'art. 18 del Patto ONU[33]. Pur riconoscendo che il principio di laicità è in sé un mezzo attraverso il quale uno Stato può garantire la libertà religiosa della popolazione, il Comitato ONU evidenzia che spetta ad esso decidere «whether that limitation is necessary and proportionate to the end»[34]. Quindi, il Comitato rileva anzitutto che nella religione *sikh* il *keski* non è soltanto un simbolo religioso ma una componente essenziale dell'identità di chi lo indossa e decide da un canto che la Francia non ha fornito alcuna prova convincente del fatto che, indossando il *keski*, il ricorrente avrebbe rappresentato «a threat to the rights and freedoms of other pupils or to order at the school», e dall'altro canto che la misura restrittiva non fosse né necessaria né proporzionata perché imposta al soggetto «not because his personal conduct created any concrete risk, but solely because of his inclusion in a broad category of persons defined by their religious conduct»[35].

Allo stesso modo, nel caso *Seyma Türkan c. Turchia* del 2018 lo Stato è ritenuto responsabile di aver violato gli artt. 18 e 26 (divieto di discriminazione) del Patto ONU per aver impedito ad una studentessa universitaria musulmana di portare un *foulard* conformemente alle sue convinzioni religiose[36]. Il

---

30 *July* 1993, CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, § 5.

[32] *Ivi*, § 8.

[33] HRC, *Bikramjit Singh v. France*, *Comm. No.* 1852/2008, 1 *November* 2012, CCPR/C/106/D/1852/2008, 4 *February* 2013.

[34] *Ivi*, § 8.5.

[35] *Ivi*, § 8.7.

[36] HRC, *Seyma Türkan v. Turkey*, *Comm. No.* 2274/2013, 17 *July* 2018, CCPR/C/123/D/2274/2013,

Comitato ricorda che le limitazioni alla libertà di manifestare la religione non possono essere imposte «for discriminatory purposes or applied in a discriminatory manner»[37]. Nel caso di specie, la Turchia non ha spiegato come e in che modo la restrizione alla manifestazione delle convinzioni religiose persegua lo scopo di tutelare la sicurezza pubblica e i diritti e le libertà altrui, né perché la misura adottata debba considerarsi necessaria e proporzionata a tale scopo; conclude allora il Comitato che la misura statale ha colpito in modo sproporzionato la ricorrente, integrando «a form of intersectional discrimination against the author as a Muslim woman who chose to cover her hair»[38].

Con motivazioni pressoché identiche, il Comitato ONU ha constatato la violazione degli artt. 18 e 26 del Patto ONU nel caso *F.A. c. Francia* del 2018, avente ad oggetto il ricorso presentato da un'impiegata di un asilo nido, licenziata per colpa grave a causa del suo rifiuto di non indossare il velo[39]. La pronuncia in esame merita di essere segnalata perché la Francia, nel sostenere che il divieto di indossare il velo discende dai principi di laicità e di neutralità che devono connotare l'azione dei servizi pubblici (compresi quelli esercitati da privati), ha richiamato dinanzi al Comitato la giurisprudenza della Corte EDU (caso *Dahlab*) ed ha conseguentemente invocato l'applicazione in suo favore del margine di apprezzamento[40]. Secondo il Comitato, però, la Francia non ha fornito sufficienti giustificazioni atte a provare che, nel caso di specie, «the ban on wearing a headscarf would contribute to the objectives» perseguiti dallo Stato e nemmeno ha detto perché il velo islamico costituirebbe «a powerful external symbol», considerato che appare invece al Comitato che «the wearing of a headscarf, in and of itself, cannot be regarded as constituting an act of proselytism»[41].

(Segue): uso dei simboli religiosi e apposizione di fotografie su documenti di identità

Di grande interesse sono le decisioni rese dalla Corte EDU e dal Comitato ONU sui ricorsi promossi da individui cui è stato negato il rilascio o rinnovo

---

20 *September* 2018.

[37] *Ivi*, § 7.4.

[38] *Ivi*, §§ 7.6-7.8.

[39] HRC, *F.A. v. France*, *Comm. No.* 2662/2015, 16 *July* 2018, CCPR/C/123/D/2662/2015, 10 *August* 2018.

[40] *Ivi*, §§ 4.7-4.8.

[41] *Ivi*, §§ 8.8-8.9

di documenti amministrativi perché hanno fornito una foto identificativa che non li ritraeva a capo scoperto. Si tratta infatti di pronunce che non soltanto consentono di apprezzare, una volta di più, i diversi criteri ermeneutici impiegati dai due organi di controllo nel *test* di proporzionalità delle misure restrittive ma che evidenziano i problemi che la diversità di decisioni può generare in termini di certezza del diritto e di *forum-shopping*.

Nel caso *Shingara Mann Singh c. Francia* del 2008 un praticante *sikh* sosteneva che l'obbligo di fornire una foto senza turbante per il rilascio della patente di guida integrasse una violazione del diritto alla vita privata (art. 8 CEDU) e della libertà di religione[42]. Per ciò che concerne l'art. 9 della CEDU, la Corte di Strasburgo rileva l'ingerenza nel diritto convenzionalmente garantito e però allo stesso tempo ritiene che la limitazione nell'esercizio della libertà di religione e di coscienza sia motivata da esigenze di pubblica sicurezza e perciò giustificata nel suo principio e proporzionata all'obiettivo. Richiamando la giurisprudenza pregressa e il margine di apprezzamento dello Stato convenuto, la Corte afferma che la foto d'identità a capo scoperto è tesa a contrastare le frodi e la falsificazione delle patenti di guida ed è indispensabile a identificare il conducente, accertando il suo diritto di condurre il veicolo interessato[43].

Del tutto divergenti sono le conclusioni cui giunge il Comitato ONU nei casi *Ranjit Singh c. Francia* e *Shingara Mann Singh c. Francia*, del 2011 e del 2013, relativi a individui *sikh* cui sono stati rifiutati il rinnovo, rispettivamente, di un permesso di soggiorno e di un passaporto perché indossavano il turbante sulle fotografie di identità[44]. Merita segnalare che mentre il primo ricorrente ha lamentato che la giurisprudenza della Corte EDU è particolarmente restrittiva e non è in alcun modo «comparable with the Committee's case law, in particular with regard to the scope of discretion which the European Court accords to its member States»[45], il secondo ricorrente è lo stesso individuo cui nel 2008 la Corte EDU ha rigettato per manifesta infondatezza il ricorso su una questione analoga, cosicché è apparso allo Stato convenuto che la domanda introdotta dinanzi al Comitato ONU fosse stata unicamente motivata «by a desire to obtain a decision from the Committee differing from the one already

---

[42] ECtHR, *Shingara Mann Singh v. France*, *App. No.* 24479/07, 13 *November* 2008.

[43] *Ivi*, pp. 7-8. V. anche ECtHR, *Karaduman v. Turkey*, *App. No* 16278/90, 3 *May* 1993; ECtHR, *Phull v. France*, *App. No.* 35753/03, 11 *January* 2005; *Emine Araç v. Turkey*, *App. No.* 9907/02, 19 *September* 2006; *El Morsli v. France*, *App. No* 15585/06, 4 *March* 2008.

[44] HRC, *Ranjit Singh v. France*, *Comm. No.* 1876/2000, 22 *July* 2011, CCPR/C/102/D/1876/2009, 27 *September* 2011; *Shingara Mann Singh v. France*, *Comm. No.* 1928/2010, 19 *July* 2013, CCPR/C/108/D/1928/2010, 26 *September* 2013.

[45] HRC, *Ranjit Singh v. France* cit., § 6.6.

adopted by the Court»[46]. Venendo al merito, il Comitato ha in entrambi i casi riscontrato una violazione dell'art. 18 del Patto ONU. Le motivazioni sono quelle di sempre: lo Stato parte non ha spiegato perché indossare un turbante che copre la parte superiore della testa ma lascia il resto del viso chiaramente visibile renderebbe meno agevole l'identificazione dei soggetti, considerato peraltro che i ricorrenti indossano sempre il turbante; lo Stato parte non ha nemmeno giustificato in che modo una fotografia di identità a capo scoperto di persone che appaiono sempre in pubblico con la testa coperta sarebbe tesa a contrastare il rischio di frodi e di falsificazione dei documenti[47].

(Segue): uso dei simboli religiosi nello spazio pubblico

È in tema di uso dei simboli religiosi nello spazio pubblico che i rapporti tra Corte EDU e Comitato ONU raggiungono il punto di massima frizione. Il riferimento è alla sentenza *S.A.S. c. Francia* emessa dalla Grande Camera nel 2014 e alle pronunce *Miriana Hebbady c. Francia* e *Sonia Yaker c. Francia* decise dal Comitato ONU il 17 luglio 2018[48]. Il Comitato ONU è da un canto chiamato a esprimersi su comunicazioni individuali che vertono su fattispecie identiche a quelle già sottoposte alla Corte EDU, la quale però si era espressa nel senso della manifesta inammissibilità dei ricorsi, e dall'altro canto, sia pure evitando per quanto possibile di prendere di petto la giurisprudenza europea (sulla quale la Francia ha massimamente impostato la sua difesa), se ne distanzia in modo netto e definitivo.

---

[46] HRC, *Shingara Mann Singh v. France* cit., § 4.3.

[47] HRC, *Ranjit Singh v. France* cit., § 8.4; *Shingara Mann Singh v. France* cit., § 9.4. Aggiunge il Comitato che «even if the obligation to remove the turban for the identity photograph might be described as a one-time requirement, it would potentially interfere with the author's freedom of religion on a continuing basis because he would always appear without his religious head covering in the identity photograph and could therefore be compelled to remove his turban during identity checks» (HRC, *Ranjit Singh v. France*, cit., § 8.4; *Shingara Mann Singh v. France* cit., § 9.5).

[48] ECtHR [GC], *S.A.S. v. France*, *App. No.* 43835/11, 1 *July* 2014; HRC, *Miriana Hebbadj v. France*, *Comm. No.* 2807/2016, 17 *July* 2018, CCPR/C/123/D/2807/2016, 17 *October* 2018; *Sonia Yaker v. France*, *Comm. No.* 2747/2016, 17 *July* 2018, CCPR/C/123/D/2747/2016, 7 *December* 2018. Nel caso *S.A.S. c. Francia* la ricorrente è una cittadina francese di origine pakistana e fede sunnita che, in ragione dell'introduzione in Francia del divieto di coprire il volto nello spazio pubblico e a seguito delle prime condanne dei giudici francesi, si è rivolta alla Corte EDU. La ricorrente, pur non avendo subìto l'applicazione della legge nei suoi confronti, ha lamentato che la stessa la colpisse indirettamente nel godimento dei suoi diritti fondamentali. La Corte ha esaminato il ricorso sotto il profilo degli artt. 8 e 9 della CEDU ma nell'*iter* argomentativo ha privilegiato gli aspetti connessi alla libertà di coscienza e di manifestazione del credo religioso. I ricorsi presentati al Comitato ONU concernono invece due donne musulmane fermate per controlli di identità e poi ritenute responsabili e multate perché indossavano il *niqab* in pubblico.

Come noto, al centro delle pronunce è la legge francese n. 2010-1192 che impone il divieto generalizzato di indossare indumenti che, celando il volto, impediscono la riconoscibilità degli individui; divieto giustificato dal Governo francese alla luce della duplice esigenza di tutelare la pubblica sicurezza e di proteggere i diritti e le libertà altrui e, nello specifico, un «minumum set of values of an open and democratic society», tra cui l'eguaglianza tra uomini e donne, la dignità umana e le esigenze fondamentali del *vivre ensemble*[49].

Entrambi gli organi di controllo affermano che la normativa adottata dalla Francia costituisce un'ingerenza nel diritto alla manifestazione del sentimento religioso e che pertanto essi sono chiamati a dire se la limitazione rispetti i requisiti dello scopo legittimo e della proporzionalità[50].

Quanto al primo fine perseguito dalla legge francese (la tutela della sicurezza pubblica), gli organi di garanzia concordano: il divieto di occultamento del volto nei luoghi pubblichi, ancorché risponda alla necessità di identificare i soggetti e di lottare contro le frodi d'identità, non supera il vaglio di proporzionalità perché la misura restrittiva è applicata a prescindere da una concreta minaccia, anche di ordine generale, alla sicurezza dei cittadini e perché l'obiettivo della sicurezza pubblica sarebbe potuto essere raggiunto con l'obbligo di mostrare il volto e di identificarsi in circostanze particolari[51].

È però sul secondo scopo perseguito dalla legge francese (la protezione dei diritti e delle libertà altrui) che le strade della Corte EDU e del Comitato ONU si separano.

La Grande Camera della Corte Europea – abbandonando i toni che in passato l'avevano portata a dire che il velo islamico è in sé un simbolo di diseguaglianza tra i sessi (casi *Dahlab* e *Leyla Şahin*) – sostiene che la misura legislativa, pur essendo formulata in termini neutrali, è suscettibile di dispiegare effetti pregiudizievoli sulle donne di fede islamica che desiderano indossare il velo integrale per motivi religiosi e che il divieto imposto «may have the effect of isolating them and restricting their autonomy», potendo essere percepito «as a threat to their identity»[52]. Del pari, la Corte si dice preoccupata del fatto che la legge potrebbe alimentare stereotipi anti-islamici ed incoraggiare

---

[49] ECtHR [GC], *S.A.S. v. France* cit., § 82.

[50] *Ivi*, § 58, secondo cui le donne musulmane «are […] confronted with a dilemma […]: either they comply with the ban and thus refrain from dressing in accordance with their approach to religion; or they refuse to comply and face prosecution».

[51] *Ivi*, § 139; HRC, *Miriana Hebbadj v. France* cit., §§ 7.7-7.8 e *Sonia Yaker v. France* cit., §§ 8.7-8.8.

[52] ECtHR [GC], *S.A.S. v. France* cit., § 146.

l'intolleranza[53].

Tuttavia, anziché concludere nel senso della non proporzionalità della misura statale rispetto al fine perseguito, la Grande Camera cambia repentinamente registro e, in assenza di un consenso europeo, si scherma dietro l'ampio margine di apprezzamento che deve essere accordato allo Stato convenuto[54]. Il ragionamento della Corte è tutto nei §§ 129 e 154-155 della sentenza: i giudici ricordano che il meccanismo di controllo previsto dalla CEDU ha natura sussidiaria rispetto alle scelte democraticamente assunte dagli Stati parte; quindi affermano che: «the Court has a duty to exercise a degree of restraint in its review of Convention compliance, since such review will lead it to assess a balance that has been struck by means of a democratic process within the society in question. The Court has, moreover, already had occasion to observe that in matters of general policy, on which opinions within a democratic society may reasonably differ widely, the role of the domestic policy-maker should be given special weight». In definitiva, la questione se sia o no consentito indossare il velo integrale nei luoghi pubblici «constitutes a choice of society»[55]. Non resta allora alla Grande Camera che accogliere le osservazioni avanzate dallo Stato convenuto e riconoscere che la legge francese costituisce una misura legittima e necessaria in una società democratica perché volta a garantire le condizioni del *vivre ensemble*, ritenuto espressione di pluralismo, tolleranza e *esprit d'ouverture* senza i quali «there is no democratic society»[56].

Completamente diverso è il ragionamento operato dal Comitato ONU. Pur riconoscendo in astratto l'interesse dello Stato a promuovere «sociability and mutual respect among individuals, in all their diversity, in its territory»[57],

---

[53] *Ivi*, § 149 (v. anche § 147).

[54] *Ivi*, in particolare § 156.

[55] *Ivi*, § 153.

[56] *Ibidem*. Per opposte letture della sentenza della Grande Camera della Corte EDU si rinvia a Ivan Ingravallo, *La Corte di Strasburgo e il divieto di* burqa*: osservazioni critiche*, in *SIDIblog*, 24 luglio 2014, consultabile *online* e Monica Lugato, *Le "condizioni minime del vivere insieme" nelle limitazioni del diritto manifestare la propria religione*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 13/3, 2019, pp. 457-486. V. anche nel medesimo senso ECtHR, *Belcacemi and Oussar v. Belgium*, *App. No.* 37798/13, 11 *July* 2017. V. però anche la sentenza ECtHR, *Hamidović v. Bosnia and Herzegovina*, *App. No.* 57792/15, 5 *December* 2017, nella quale la Corte ritiene contraria all'art. 9 CEDU la condanna per il reato di oltraggio all'autorità giudiziaria a carico di un testimone che si era rifiutato di rimuovere il copricapo islamico all'interno di un'aula di tribunale. In tal caso, la discontinuità con la giurisprudenza precedente pare giustificata alla luce dell'approccio al tema della laicità proprio dello Stato bosniaco, in cui non esistono specifiche limitazioni riguardanti l'abbigliamento da tenere in un'aula giudiziaria (a parte quelle che fanno riferimento al decoro). Sul punto si rinvia a Davide Galliani, *La libertà di religione in un'aula di giustizia: istruzioni per l'uso della Corte di Strasburgo*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2018, consultabile *online*, pp. 9-37.

[57] HRC, *Miriana Hebbadj v. France* cit., § 7.9 e *Sonia Yaker v. France* cit., § 8.9.

il Comitato osserva che il concetto del vivere insieme «is very vague and abstract»[58]. Stabilisce anche il Comitato che l'art. 18 § 3 del Patto ONU non tutela il diritto di interagire nello spazio pubblico o il diritto di non essere disturbati dall'uso del velo integrale indossato da altri[59]. Si viene quindi al consueto *refrain*: lo Stato convenuto non ha spiegato perché e in che modo l'utilizzo del velo in pubblico lederebbe i requisiti minimi della vita sociale e i diritti e le libertà altrui[60]. D'altra parte, anche a voler supporre che il concetto di convivenza possa considerarsi un fine legittimo, la misura adottata dalla Francia è giudicata non rispettosa del principio di proporzionalità[61]. Conclude quindi il Comitato che la legge francese viola l'art. 18 § 3 ed è anche censurabile sotto il profilo dell'art. 26 del Patto ONU perché ha l'effetto di aumentare lo svantaggio delle donne che pur pretende di proteggere, confinandole nelle loro case, impedendo loro l'accesso ai servizi pubblici ed esponendole ad abusi ed emarginazione[62].

Lessons learned*: tutela multilivello dei diritti umani e dialogo tra organi di controllo*

Le differenze tra sistema regionale e universale nella tutela dei diritti umani sono da un canto inevitabili e dall'altro canto non vanno eccessivamente enfatizzate. L'uniformità assoluta è un obiettivo non solo irrealistico ma nemmeno desiderabile, giacché, al contrario, è dalla diversità di prospettiva e di approccio metodologico che gli organi di controllo possono trarre mutuo arricchimento. D'altra parte, la prassi evidenzia che la Corte EDU e il Comitato ONU hanno in genere tratto ispirazione dalle reciproche decisioni, attingendo vicendevolmente all'arsenale argomentativo e agli indirizzi ermeneutici utilizzati da ciascun organo[63]. È vero però che la divergente interpretazione della

---

[58] HRC, *Miriana Hebbadj v. France* cit., § 7.10 e *Sonia Yaker v. France* cit., § 8.10. V. anche nel medesimo senso ECtHR [GC], *S.A.S. v. France* cit., *Joint Partly Dissenting Opinion of Judges* Nussberger *and* Jäderblom, p. 61 ss., § 5.

[59] HRC, *Miriana Hebbadj v. France* cit., § 7.10 e *Sonia Yaker v. France* cit., § 8.10.

[60] *Ibidem*.

[61] HRC, *Miriana Hebbadj v. France* cit., § 7.11 e *Sonia Yaker v. France* cit., § 8.11.

[62] HRC, *Miriana Hebbadj v. France* cit., § 7.15 e *Sonia Yaker v. France* cit., § 8.15.

[63] Cfr. CoE, Committee of Experts on the System of the ECHR (DH-SYSC), Drafting Group on the Place of the ECHR 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*, *Rapporteur Ms*. Sofia Kastranta, *February* 2019, consultabile *online*, §§ 70-75.

norma sulla libertà di manifestazione religiosa alimenta i rischi di un doppio *standard* di protezione e indebolisce l'autorevolezza dei due organi di garanzia che per questo dovrebbero introdurre aggiustamenti di rotta nel sindacato di proporzionalità delle misure restrittive adottate dagli Stati[64].

Sul fronte della Corte EDU, nel 2015 il Comitato di esperti sui diritti umani del Consiglio d'Europa ha sottolineato i pericoli «that a comparable human rights standard is interpreted differently in Geneva compared to Strasbourg»[65]. Nel 2019 il Committee of Experts on the System of the ECHR ha focalizzato gran parte della sua attenzione sui conflitti «giurisprudenziali» tra Corte EDU e Comitato onusiano e, di conseguenza, sugli insegnamenti che la Corte EDU può trarre dalle pronunce del Comitato delle Nazioni Unite[66].

Come noto, il criterio del margine di apprezzamento è da tempo oggetto di critiche, anche severe, da parte della dottrina e di alcuni giudici della Corte Europea[67]. Secondo questo indirizzo, l'atteggiamento prudenziale e di sostanziale *self-restraint* della Corte favorisce un'applicazione relativistica della CEDU, così penalizzando i diritti delle minoranze per le quali «international judicial and monitoring organs are often their last resort and only reliable av-

---

[64] L'analisi ha evidenziato che vanno aumentando i casi di *forum-shopping* generati da ricorsi promossi da individui che: si sono rivolti al Comitato ONU "*bypassando*" la Corte EDU, in ragione della sua giurisprudenza restrittiva; hanno presentato una comunicazione individuale al Comitato delle Nazioni Unite dopo che su "analoga" questione i giudici europei avevano rigettato il loro ricorso; hanno lamentato la violazione dell'art. 18 Patto ONU dopo che su "identica" questione la Corte di Strasburgo si era espressa nel senso della manifesta infondatezza del ricorso. Va inoltre considerato che tutti gli Stati parte alla CEDU hanno ratificato il Patto ONU sui diritti civili e politici e, ad eccezione di Monaco, Svizzera e Regno Unito, hanno aderito al primo Protocollo opzionale sulle comunicazioni individuali.

[65] CoE, Report of the Steering Committee for Human Rights (CDDH), *The Longer-term Future of the System of the European Convention on Human Rights adopted on 11 December 2015*, *June* 2016, § 182. Fin dal 1967 il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa ha incaricato il Comitato di esperti sui diritti umani di riferire circa i possibili problemi derivanti dall'adozione del Patto ONU sui diritti civili e politici (CoE, Directorate of Human Rights, *Problems Arising from the Co-existence of the United Nations Covenants on Human Rights and the European Convention on Human Rights*, DH/Exp (67)6, 6 *October* 1967).

[66] CoE, Committee of Experts on the System of the ECHR (DH-SYSC), Drafting Group on the Place of the ECHR in the European and International Legal Order (DH-SYSC-II), *Draft Chapter of Theme 2* cit.

[67] V. in particolare Vladimiro Zagrebelsky, *Pace sociale e margine di apprezzamento dei Governi nelle questioni di natura religiosa e morale*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1, 2013, pp. 295-302, p. 295 ss. V. anche ECtHR, *Z. v. Finland*, *App. No.* 9/1996/627/811, 25 *February* 1997, *Partly Dissenting Opinion of Judge* De Meyer, p. 33 ss., p. 34, § III «The empty phrases concerning the State's margin of appreciation – repeated in the Court's judgments for too long already – are unnecessary circumlocutions, serving only to indicate abstrusely that the States may do anything the Court does not consider incompatible with human rights. Such terminology, as wrong in principle as it is pointless in practice, should be abandoned without delay».

enue of redress»[68]. Le critiche paiono oltremodo severe. L'accusa di eccessivo attendismo della Corte non tiene conto del fatto che la concessione del margine di apprezzamento non ha comunque impedito ai giudici di Strasburgo di assicurare una tutela particolarmente efficace ai diritti umani nello spazio europeo, per la quale la Corte è semmai rimproverata di un esorbitante attivismo giudiziario. L'universalità che connota i diritti umani è del resto non già un principio di partenza ma semmai un obiettivo (importante) cui tendere, dovendosi contemperare le esigenze di uniforme applicazione della CEDU con i punti di vista particolari e la pluralità dei tessuti giuridici, sociali e culturali degli Stati parte[69]. Infine, il dibattito circa l'abbandono del criterio del margine di apprezzamento da parte della Corte EDU ha perso largamente di senso a seguito dell'adozione del Protocollo n. 15 (non ancora entrato in vigore)[70].

Semmai, la divaricazione tra pronunce della Corte EDU e del Comitato ONU suggerisce ai giudici di Strasburgo di argomentare in modo più solido, chiaro e persuasivo il ricorso al margine di apprezzamento e fornire quindi una cornice di riferimento maggiormente predittiva che, pur preservando la discrezionalità degli Stati nell'attuazione della CEDU, salvaguardi la certezza del diritto[71]. Non vi è dubbio che i Governi, e in particolare i giudici statali, sono più avvantaggiati nel valutare in concreto la tutela da fornire alla libertà di manifestazione religiosa. È però altrettanto vero che nell'analisi della giurisprudenza sull'art. 9 della CEDU si ha spesso l'impressione che la Corte Europea rinunci in partenza ad esercitare un efficace controllo di proporzionalità sulla misura restrittiva adottata e si ponga piuttosto nell'ottica di non voler contraddire le decisioni già prese a livello statale, come è avvenuto nel

---

[68] Eyal Benvenisti, *Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards* cit., p. 848.

[69] V. ad es. Ronald St.J. MacDonald, *The Margin of Appreciation* cit., p. 83 ss.; Paul Mahoney, *Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism?* cit., p. 3.

[70] V. nota 4. Deve al proposito ricordarsi che, a seguito della Conferenza di Interlaken (2010), la Corte EDU ha espresso parere contrario al richiamo del principio di sussidiarietà e del criterio del margine di apprezzamento nel testo e nel preambolo della CEDU e che, all'esito della Conferenza di Brighton (2012), la Corte, preso atto della sua posizione minoritaria, ha tentato di fornire un'interpretazione della sussidiarietà e del margine di apprezzamento idonea a salvaguardare le proprie prerogative (ECtHR, *Interlaken Follow-up. Principle of Subsidiarity. Note by the Jurisconsult,* 8 *July* 2010, spec. § 51 e *Comment from the ECtHR on the Proposed Amendment to the Preamble of the ECHR, Attached to a Letter from the Court President to the CDDH Chairperson of 23 November 2012*, entrambi consultabili *online*). È noto però che le istanze della Corte hanno trovato accoglimento solo nel Rapporto esplicativo del Protocollo n. 15 (§§ 7, 9) e non anche nel testo definitivo del nuovo Protocollo, che così pare tracciare in materia una strada di non ritorno. Per approfondimenti si rinvia a Egeria Nalin, *I Protocolli n. 15 e 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Studi sull'integrazione europea*, 1, 2014, pp. 117-145, p. 128 ss.

[71] V. ad es. ECtHR [GC], *Leyla Şahin v. Turkey* cit., *Dissenting Opinion of Judge* Tulkens cit., p. 44 ss., §§ 3 ss.

caso *Lautsi c. Italia* del 2011 in cui la Grande Camera, ribaltando la decisione del 2009, pare avere «prima deciso quale soluzione dare alla questione sottoposta alla sua attenzione e poi trovato la motivazione»[72].

A medesime considerazioni si giunge con riferimento al consenso europeo, fattore chiave ai fini della determinazione del margine di apprezzamento. In linea teorica, l'ancoraggio al *common ground* esistente nei sistemi giuridici statali è una cautela posta a presidio della certezza del diritto. In linea teorica, perché dalla prassi della Corte EDU emerge una nozione assai sfuggente del concetto di consenso europeo, così come sfumati paiono i criteri per la sua individuazione, con particolare riferimento al numero e alla qualità degli Stati presi in considerazione dalla Corte[73]. Ad esempio, nel caso *Shingara Mann Singh c. Francia* la Corte non ha tenuto conto del fatto che sono moltissimi gli Stati parte alla CEDU che, pur nutrendo le stesse preoccupazioni della Francia in tema di sicurezza e di contrasto alle frodi, consentono ai *sikh* di apporre sui documenti d'identità foto che li ritraggono con il turbante. Del pari, nel caso *S.A.S c. Francia* la Corte ha affermato che non vi fosse un consenso europeo sull'opportunità o meno di porre un divieto generale di indossare indumenti che occultano il volto nei luoghi pubblici ma, al momento della stesura della sentenza, dei quarantasette Stati membri del Consiglio d'Europa solo la Francia e il Belgio avevano imposto un simile divieto[74].

Infine, il confronto con le pronunce del Comitato ONU ha determinato la Corte di Strasburgo a modificare la propria *policy* in tema di irricevibil-

---

[72] Benedetto Conforti, *Crocifisso nelle scuole, una sentenza che lascia perplessi*, in *Affari internazionali*, 24 marzo 2011, consultabile *online*.

[73] Lawrence R. Helfer, *Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights*, in *Cornell International Law Journal*, 26/1, 1993, pp. 133-165, p. 142 ss.; Paul Mahoney, *The Comparative Method in Judgments of the European Court of Human Rights: Reference Back to National Law*, in vol. Guy Canivet, Mads Andenas, Duncan Fairgrieve (a cura di), *Comparative Law Before the Courts*, British Institute of International & Comparative Law (BIICL), London, 2004, pp. 135-150; Kanstantsin Dzehtsiarou, *European Consensus: A Way of Reasoning*, *University College Dublin Law Research Paper No*. 11/2009, 2009, consultabile *online*; Id., *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.

[74] Va detto però che oggi il divieto si applica anche in Bulgaria (2016), in Austria (2017), in Danimarca (2018), nei cantoni Svizzeri di Ticino e San Gallo (2015, 2018) e, con riferimento agli edifici aperti al pubblico, nei Paesi Bassi (2018) e nelle regioni italiane Lombardia (2015) e Veneto (2017). Sulla sentenza della Grande Camera nel caso *Lautsi e altri c. Italia* v. Benedetto Conforti, *Crocifisso nelle scuole, una sentenza che lascia perplessi* cit.: «sui quarantasette Stati sottoposti alla giurisdizione della Corte, i simboli religiosi nelle scuole pubbliche sono espressamente previsti solo in tre Stati, l'Italia, l'Austria e la Polonia; in altri, come la Svizzera, la Spagna e la Germania, i Tribunali supremi ne hanno imposto l'eliminazione; in altri ancora come la Grecia, l'Irlanda, Malta, San Marino e la Romania, essi sono tollerati. Come mette in rilievo il giudice svizzero Malinverni nella sua opinione dissidente, è davvero difficile giustificare l'utilizzo del margine di apprezzamento in una situazione del genere».

ità dei ricorsi per manifesta infondatezza che, si ricorda, può essere stabilita dalla Corte in ogni fase del procedimento per uno dei motivi elencati nell'art. 35 della CEDU. La questione merita di essere attentamente esaminata. Infatti, benché il criterio della manifesta infondatezza esiga da parte della Corte un'analisi anticipata del merito del ricorso già nel corso dell'esame sulla ricevibilità[75], i casi manifestamente infondati erano generalmente comunicati al ricorrente per il tramite di una lettera inviata all'interessato in cui veniva sommariamente indicata la decisione assunta, senza alcuna motivazione[76]. Si trattava di comunicazioni "invisibili" che, nel rigettare l'insieme o parte delle doglianze del ricorso, facevano largo uso della c.d. *global formula* che, appunto, non chiariva quale delle condizioni *ex* art. 35 della CEDU fosse in concreto mancante[77]. Ora, il ricorso alla *global formula* nella declaratoria di inammissibilità dei ricorsi ha rischiato di generare un vero e proprio corto-circuito tra la Corte EDU e il Comitato ONU. A differenza, infatti, della CEDU che non consente l'inoltro di un identico ricorso «già sottoposto» ad altra istanza internazionale d'inchiesta o di risoluzione (art. 35, § 2, b), il primo Protocollo opzionale al Patto ONU esclude l'ammissibilità di una comunicazione individuale soltanto qualora la stessa questione sia «simultaneamente» pendente dinanzi ad un'altra istanza internazionale (art. 5, § 2, a). Per tale motivo, molti Stati parte alla CEDU, seguendo un suggerimento avanzato nel 1970 dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, hanno apposto una riserva al primo Protocollo al fine di sottrarre alla competenza del Comitato ONU comunicazioni individuali il cui oggetto sia stato in precedenza esaminato in base ad un'altra procedura internazionale di inchiesta o di regolamento pacifico[78]. Tuttavia, a partire dal caso *Achabal Puertas c. Spagna* del 2013[79] e, per

---

[75] Benedetto Conforti, *Crocifisso nelle scuole, una sentenza che lascia perplessi*, in *Affari internazionali*, 24 marzo 2011, consultabile *online*.

[76] È quanto avveniva in tutti i casi in cui l'inammissibilità era dichiarata dal giudice unico. Anche nel caso in cui a vagliare la ricevibilità del ricorso fosse il Comitato di tre giudici, la decisione era spesso comunicata al ricorrente con le modalità sopra indicate, benché il Comitato potesse decidere diversamente (art. 53 del Regolamento della Corte).

[77] Simona Granata, *Manifest Ill-foundedness and Absence of a Significant Disadvantage as Criteria of Inadmissibility for the Individual Application to the Court*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 20/1, 2010, pp. 111-123, p. 114 ss.; Ludovica Poli, *Infondatezza manifesta... ma solo per alcuni: riflessioni a margine del caso* Charlie Gard, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 11/3, 2017, pp. 752-762, pp. 753-756.

[78] V. ad es. Austria, Danimarca, Francia, Germania, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Malta, Norvegia, Spagna, Turchia.

[79] HRC, *Maria Cruz Achabal Puertas v. Spain*, *Comm. No*. 1945/2010, 27 *March* 2013, CCPR/C/107/D/1945/2010, 18 *June* 2013, § 7.3. V. però le *Individual Opinion of Committee Members* Ms. Anja Seibert Fohr, Mr. Yuji Iwasawa, Ms. Iulia Antoanella Motoc, Mr. Gerald L. Neuman, Mr. Yuval Shany and Mr. Konstantine Vardzelashvili (*dissenting*), p. 15 ss. V. anche Giulia Borgna, *La prassi*

quel che qui interessa, nei casi *Miriana Hebbady c. Francia* e *Sonia Yaker c. Francia* sopra esaminati, il Comitato ha affermato che le decisioni della Corte EDU non costituissero un ostacolo alla trattazione delle comunicazioni. Ciò perché i ricorsi erano stati dichiarati inammissibili dal giudice europeo «on purely procedural grounds», senza che dalla «succinct nature of the reasoning by the Court» emergessero sufficienti motivazioni del rigetto della domanda, cosicché il Comitato ha ritenuto di non poter stabilire con certezza che le comunicazioni individuali fossero già state oggetto di esame, per quanto limitato, nel merito[80]. È soprattutto alla luce delle pronunce del Comitato ONU che la Corte EDU ha quindi deciso che «beginning in the final quarter of 2016, instead of a letter from the Registry applicants will receive a formal judicial decision on their case stating the reason for the decision of the single judge»[81]. Anche se è troppo presto per verificare l'impatto che la nuova prassi avrà nel ridurre i casi di ricorso dinanzi al Comitato ONU, la misura adottata dalla Corte Europea non può che essere salutata con estremo favore[82].

Al pari della Corte di Strasburgo, anche il Comitato dei Diritti Umani dell'ONU può trarre insegnamenti dalla giurisprudenza europea. Si dica anzitutto che il Comitato ONU, pur prendendo formalmente le distanze del margine di apprezzamento, ha spesso parlato «silently the language of the margin»[83], ad esempio tutte le volte in cui ha ricordato che «is not "a fourth instance" competent to reevaluate findings of fact or to review the application of domestic legislation»[84] e tutte le volte in cui ha operato comunque un sindacato rispettoso delle scelte statali su tematiche politicamente sensibili, come quelle relative, *inter alia*, al riconoscimento delle coppie omosessuali[85].

Pare poi troppo riduttiva la tesi generalmente accolta in dottrina secondo cui, in materia di manifestazione della libertà religiosa, il rifiuto del margine

---

delle decisioni di inammissibilità della Corte europea al vaglio del Comitato ONU dei diritti umani: rischio di un "cortocircuito" fra i due sistemi di protezione?, in Diritti umani e diritto internazionale, 1, 2015, pp. 135-150.

[80] HRC, *Miriana Hebbadj v. France* cit., § 6.4 e *Sonia Yaker v. France* cit., § 6.2.

[81] ECtHR, *The Interlaken Process and the Court (2016 Report)*, 1 *September* 2016, consultabile *online*, p. 5, § 15.

[82] CoE, Committee of Experts on the System of the ECHR (DH-SYSC), Drafting Group on the Place of the ECHR in the European and International Legal Order (DH-SYSC-II), *Draft Chapter of Theme 2* cit., § 96.

[83] James Crawford, *Preface*, in Yutaka Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR* cit., p. ix.

[84] V. ad es. HRC, *G.A. van Meurs v. the Netherlands, Comm. No.* 215/1986, 13 *July* 1990, CCPR/C/39/D/215/1986 (1990), § 7.1.

[85] HRC, *Juliet Joslin and Others v. New Zeland*, *Comm. No.* 902/1999, 17 *July* 2002, CCPR/C/75/D/902/1999, 30 *July* 2002.

di apprezzamento porterebbe il Comitato ONU a pronunce più attente alle ragioni degli individui e meno timide e deferenti nei confronti degli Stati convenuti[86]. È sufficiente dire che nel caso *Seyma Türkan c. Turchia* la pronuncia del Comitato ha sì accolto le doglianze della ricorrente ma ha anche riscontrato grande entusiasmo in Turchia, giungendo in un momento storico molto diverso da quello in cui ha operato la Corte EDU nel caso *Leyla Şahin c. Turchia* del 2005, contrassegnato dall'arrivo al potere del partito politico AKP e del suo *leader* Erdogan. Sembra piuttosto potersi dire che i pareri del Comitato ONU in tema di libertà di manifestazione del credo religioso sono condizionati dal composito quadro normativo degli Stati parte al primo Protocollo opzionale, i quali, in tema di rapporti tra Governo e religione, presentano differenze marcate e assai più stridenti di quelle che connotano gli Stati europei. Una tale situazione induce il Comitato ONU ad elaborare indirizzi ermeneutici poco flessibili che hanno l'effetto di porre a carico dello Stato convenuto un complesso onere giustificatorio delle misure restrittive adottate. Nel bilanciamento tra istanze collettive e istanze individuali, il Comitato richiede infatti allo Stato di dire perché e in che modo l'esercizio della libertà di manifestazione religiosa del ricorrente minaccerebbe in concreto le esigenze collettive o i diritti e le libertà altrui. È questa però in taluni casi una prova diabolica, come dimostra il caso dell'uso del velo nello spazio pubblico, in cui il divieto generalizzato di occultamento del volto è stato imposto in ragione non del comportamento di uno o più individui ma dell'effetto combinato che il comportamento di tutti gli individui interessati dalla misura può determinare sui principi posti a tutela del *vivre ensemble* e della specifica fisionomia della società francese.

Soprattutto, il Comitato ONU, che non è un tribunale internazionale, dovrebbe prendere atto che l'adesione alle sue pronunce dipende largamente dal grado di consenso che le stesse riscuotono presso gli Stati. In materia di libertà di manifestazione religiosa, il Comitato è sì chiamato a verificare che le scelte statali non siano inficiate da criteri illogici, arbitrari o contraddittori ma all'interno di questo perimetro dovrebbe consentire agli Stati parte un margine di discrezionalità nell'applicazione del Patto ONU, in linea con la natura sussidiaria del *Covenant* e della sua azione. Il mancato riferimento da parte del Comitato per i diritti umani ad un canone ermeneutico simile alla dottrina del margine di apprezzamento è ulteriormente aggravato dalla circostanza che un membro del Comitato non può partecipare all'esame di una comunicazione individuale se è cittadino dello Stato convenuto o se ha la nazionalità della

[86] V. ad es. Saïla Ouald Chaib, *Freedom of Religion in Public Schools: Strasbourg Court v. UN Human Rights Committee*, in *Strasbourg Observers*, 14 *February* 2013, consultabile *online*.

presunta vittima[87]. La previsione, se da un lato è tesa a fornire un'ulteriore garanzia dell'indipendenza dell'organo di controllo, dall'altro lato impedisce al Comitato di beneficiare del punto di vista di chi, proprio perché ha la cittadinanza dello Stato nei cui confronti il reclamo è diretto, può aiutare a comprendere il contesto socio-giuridico nel quale s'inserisce la misura limitativa della libertà di manifestazione religiosa, così consentendo un più oggettivo bilanciamento dei diversi valori in gioco.

Al fine poi di ridurrebbe i casi di *forum-shopping* anche il Comitato ONU dovrebbe rivedere le procedure in tema di ammissibilità delle comunicazioni individuali. Si è detto sopra che la prassi inaugurata dalla Corte EDU nel 2016 di motivare il rigetto dei ricorsi per manifesta infondatezza potrebbe mitigare in futuro il rischio che il Comitato possa essere riguardato come una sorta di «organo di appello» rispetto alle sentenze emesse dal giudice europeo[88]. Resta però che l'organo onusiano potrebbe comunque apparire agli occhi dei ricorrenti europei come un'"alternativa" alla Corte di Strasburgo. Come rilevato dal *Committee of Experts on the System of the ECHR*, nel suo rapporto del 2019, «(o)ne would expect that an alleged victim would rather bring her case to Strasbourg, due to the binding nature of the Court's judgments […]. However, as it has often been observed, including by States parties, individuals may bring their complaints to Geneva instead considering that the UN treaty bodies are more favourable to their cause»[89]. La scelta di sottoporre il ricorso al Comitato ONU anziché alla Corte EDU è senza dubbio favorita dal fatto che dal testo del primo Protocollo facoltativo non emerge alcun termine di decadenza del diritto di presentare una comunicazione individuale[90] e che l'art. 99 del Regolamento di procedura del Comitato si limita a stabilire che

---

[87] HRC, *Rules of Procedure of the Human Rights Committee*, CCPR/C/3/Rev.11, 9 *January* 2019, art. 108 § 1, a).

[88] V. ad es. HRC, *Elena Pronina v. France*, *Comm. No*. 2390/2014, 21 *July* 2014, CCPR/C/111/D/2390/2014, 3 *November* 2014, § 4.3: «Given that the European Court of Human Rights ruling that the complaint was inadmissible was based not only on procedural grounds but also on the merits, the Committee finds that the same matter has been "considered" within the meaning of the reservation to art. 5, § 2 (a), of the Optional Protocol.2 In the present case, the European Court of Human Rights went beyond an examination of purely procedural criteria of admissibility and ruled that the complaint was inadmissible because it did not disclose any appearance of a violation of the provisions of the European Convention on Human Rights».

[89] CoE, Committee of Experts on the System of the ECHR (DH-SYSC), Drafting Group on the Place of the ECHR in the European and International Legal Order (DH-SYSC-II), *Draft Chapter of Theme 2* cit., § 86. V. anche *ivi*, § 53.

[90] Il rispetto dei limiti temporali è invece posto a carico dello Stato contro il quale è proposto il ricorso che, entro sei mesi dalla trasmissione della comunicazione individuale da parte del Comitato, deve inviare una risposta scritta, contenente spiegazioni o dichiarazioni che chiariscano la questione ed eventualmente indichino le misure già adottate per rimediare alla situazione.

«an abuse of the right of submission» può essere riscontrato ove la comunicazione sia presentata dopo cinque anni dall'esaurimento dei mezzi di ricorso interni o dopo tre anni dalla conclusione di un'altra procedura internazionale di inchiesta o di regolamento pacifico, «unless there are reasons justifying the delay, taking into account all the circumstances of the communication»[91]. Una modifica del Regolamento di procedura che stabilisca limiti temporali più rigorosi per la presentazione delle comunicazioni individuali – in modo da avvicinarli per quanto possibile a quelli, assai più stringenti, stabiliti dalla CEDU per la presentazione dei ricorsi – salvaguarderebbe l'efficace funzionamento del Comitato ONU che oggi decide in circa tre anni (con punte di sei anni) e ridurrebbe i casi di interpretazioni divergenti della norma sulla libertà di manifestazione religiosa[92].

In conclusione, la diversità di pronunce in materia di libertà di manifestazione religiosa compromette la certezza del diritto e indebolisce l'autorevolezza di entrambi gli organi di controllo. Correttamente, il *Committee of Experts on the System of the ECHR* suggerisce la necessità di intensificare, espandere e regolarizzare gli incontri tra i giudici della Corte EDU e i membri del Comitato ONU. Il dialogo contribuirebbe infatti al reciproco trasferimento di conoscenze e favorirebbe una maggiore comprensione dell'approccio ermeneutico adottato da ciascun organo, nella consapevolezza, come è stato efficacemente scritto, che «(s)ul tema della libertà di manifestazione religiosa occorre molta cautela e affrontare la questione con consapevole discernimento del quadro – problematico – di insieme, rispetto al quale anche le tecniche di bilanciamento o dell'accomodamento ragionevole mostrano i loro limiti e sembrano insufficienti a mediare fra le istanze in conflitto in ogni circostanza»[93].

---

[91] HRC, *Rules of Procedure of the Human Rights Committee* cit.

[92] CoE, Committee of Experts on the System of the ECHR (DH-SYSC), Drafting Group on the Place of the ECHR in the European and International Legal Order (DH-SYSC-II), *Draft Chapter of Theme 2* cit., § 84: «The absence of a strict time-limit requirement in the relevant texts of the treaty bodies is also worrying, since the longer the time period that has lapsed since the facts of a communication took place, the more difficult is to ascertain what really happened, including vis-à-vis the records of the Court». Come noto, l'art. 35 § 1 della CEDU prescrive che il ricorso deve essere inoltrato entro sei mesi dalla data della decisione interna definitiva, valida a dimostrare l'esaurimento delle vie di ricorso interne. Il Protocollo n. 15 (art. 4) riduce il termine di presentazione del ricorso da sei a quattro mesi.

[93] Monica Lugato, *Le "condizioni minime del vivere insieme"* cit., p. 471.

La persecuzione religiosa come pull factor delle migrazioni

Religious persecution as a pull factor of migrations

Maria Luisa Lo Giacco

Abstract

The article is focused on the issue of migrations due to religious persecution. According to the International Conventions, the religious persecution is one of the reasons that authorize the granting of the refugee status. The first problem is relating to the legal definition of religion; the second problem is to identify the situations of religious persecution. The jurisprudence of the European Courts on the granting of asylum for religious persecution is then examined. The UNHCR data relating to the countries of origin of refugees show that many of them are fleeing from countries where there are serious violations of the religious freedom. The article focuses on some of those situations, and it examines the most recent jurisprudence of the Italian Supreme Court.

Key words

Migrations – Religious persecution – Asylum.

Riassunto

L'articolo affronta il tema delle migrazioni a causa della persecuzione religiosa, che è uno dei motivi che autorizzano la concessione dello status *di rifugiato, secondo le convenzioni internazionali. La prima questione che viene affrontata è quella relativa alla definizione di religione e a cosa si intenda per persecuzione religiosa. Viene quindi esaminata la giurisprudenza delle Corti Europee in materia di concessione dell'asilo per persecuzione religiosa. I dati dell'UNHCR relativi ai paesi di provenienza dei rifugiati mostrano che molti di loro fuggono da paesi nei quali si verificano gravi violazioni della libertà religiosa. L'articolo si sofferma in particolare su alcune situazioni, e sulla giurisprudenza recente della Corte di Cassazione italiana.*

Parole chiave

Migrazioni – Persecuzione religiosa – Asilo.

Sommario: 1. La persecuzione religiosa nella disciplina dell'asilo – 2. La persecuzione religiosa come pull factor *delle migrazioni – 3. Le richieste d'asilo per persecuzione religiosa: il caso delle fedeli delle chiese domestiche cinesi – 4. Richieste d'asilo e intolleranza religiosa*

La persecuzione religiosa nella disciplina dell'asilo

Quando si affronta la tematica del rapporto fra religione ed emigrazione, si considerano soprattutto i problemi della tutela della libertà religiosa dei migranti, le questioni legate alla coesistenza di persone con differente cultura e religione all'interno di uno spazio statuale, il ruolo delle organizzazioni religiose nel sostegno, nella cura e nell'integrazione dei migranti, l'importanza della religione come fattore di coesione all'interno delle comunità dei migranti[1]. Esiste però un altro aspetto del rapporto tra migrazioni e libertà religiosa, ed è quello relativo al ruolo che la mancanza di libertà religiosa, che in alcuni casi diventa vera e propria persecuzione per motivi religiosi, ha come spinta – tecnicamente si direbbe *pull factor* – delle migrazioni[2].

La persecuzione per motivi religiosi, com'è noto, è uno dei motivi che legittima il riconoscimento dello *status* di rifugiato, sia quando essa si è già concretamente realizzata, e il richiedente protezione è per questo fuggito dal proprio paese, sia quando, pur non essendosi ancora verificato alcun atto di persecuzione, la persona abbia un giustificato motivo per temere che, se rientrasse nel proprio paese, potrebbe esserne vittima[3]. L'art. 10, III co., della

---

[1] Si veda, ad esempio, il numero monografico della Rivista *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1, 2020, dedicato a «Diaspora religiosa e diritto». Cfr. inoltre, in generale, Elzbieta M. Gozdziak, Dianna J. Shandy, *Editorial Introduction: Religion and Spirituality in Forced Migration*, in *Journal of Refugee Studies*, 2, 2002, pp. 129-135.

[2] Cfr. Pasquale Annicchino, *Persecuzioni religiose e diritto d'asilo nella giurisprudenza delle Corti sovranazionali europee*, in *Stato, chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 35, 2014, pp. 1-3.

[3] Cfr. Convenzione sullo statuto dei rifugiati – Ginevra, 28 luglio 1951, art. 1, in *https://www.unhcr.it/wp-content/uploads/2016/01/Convenzione_Ginevra_1951.pdf*. La Convenzione prevedeva un limite temporale agli atti di persecuzione, che dovevano essere stati posti in essere prima del 1951. Tale limite è stato rimosso con il protocollo relativo allo *status* dei rifugiati adottato dall'Assemblea generale dell'ONU nel 1967: cfr. il testo in *https://www.unhcr.it/wp-content/uploads/2016/01/Convenzione_Ginevra_1951*.pdf. L'art. 1 della Convenzione di Ginevra è ripreso dalla Direttiva del Consiglio dell'Unione Europea 29 aprile 2004, n. 83 che contiene le norme minime sull'attribuzione della qualifica di rifugiato. La successiva Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 13 dicembre 2011, n. 95 stabilisce che il timore di essere perseguitato può essere basato su atti compiuti dopo la partenza dal proprio paese (art. 5), in *https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:337:0009:0026:IT:PDF*. Alla Convenzione di Ginevra fa riferimento anche la legge italiana in materia di protezione internazionale.

Costituzione italiana stabilisce che «lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica»[4].

La legislazione europea è intervenuta per disegnare una procedura uniforme per l'attribuzione della qualifica di rifugiato con la direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 13 dicembre 2011, n. 95[5], che all'art. 10 elenca i "motivi di persecuzione". La norma contiene una definizione di "religione"; infatti, secondo l'art. 10, par. 1, lett. B), «il termine "religione" include, in particolare, le convinzioni teiste, non teiste e ateiste, la partecipazione a, o l'astensione da, riti di culto celebrati in privato o in pubblico, sia singolarmente sia in comunità, altri atti religiosi o professioni di fede, nonché le forme di comportamento personale o sociale fondate su un credo religioso o da esso prescritte».

Si tratta, perciò, di una descrizione molto ampia, che include nel concetto di religione anche le convinzioni non teiste e ateiste. È da osservare che, poiché le direttive europee costituiscono fonte del diritto interno, si introduce attraverso questa norma una qualificazione valida anche in quegli ordinamenti che, come per esempio quello italiano, ne erano sprovvisti[6]. Infatti, l'art. 8 del d.lgs. 19 novembre 2007, n. 51, riprende alla lettera il testo della direttiva, facendo propria la definizione di religione in essa contenuta. Il secondo paragrafo dello stesso articolo 10 stabilisce, inoltre, che non è necessario che il richiedente la protezione internazionale possegga davvero «le caratteristiche razziali, religiose, nazionali, sociali o politiche che provocano gli atti di persecuzione, purché una siffatta caratteristica gli venga attribuita dall'autore delle persecuzioni».

Come ha chiarito la Corte di Giustizia nella sentenza 5 settembre 2012

---

[4] La procedura per il riconoscimento dello *status* di rifugiato è contenuta nel d.lgs. 19 novembre 2007, n. 251, così come modificato dal d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 18, in *https://www.unhcr.it/wp-content/uploads/2015/12/decreto_2014.pdf*. In generale, sulla disciplina dell'immigrazione e dell'asilo in Italia, si rinvia a Paolo Morozzo della Rocca (a cura di), *Immigrazione, asilo e cittadinanza. Discipline e orientamenti giurisprudenziali*, II ed., Maggioli, Sant'Arcangelo di Romagna (RN), 2015. Sulle modifiche introdotte dal cd. "decreto sicurezza" (decreto legge 4 ottobre 2018, n. 113) cfr. Alessandra Algostino, *Il decreto "sicurezza e immigrazione" (decreto legge n. 113 del 2018): estinzione del diritto di asilo, repressione del dissenso e diseguaglianza*, in *Costituzionalismo-it*, 2, 2018, pp. 167-199 (*https://www.costituzionalismo.it/costituzionalismodownload/Costituzionalismo_201802_685.pdf*).

[5] In *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX: 32011L0095&from=IT*.

[6] Sulla difficoltà degli ordinamenti laici nel definire il concetto di religione cfr. Pierluigi Consorti, *The Meaning of "Religion" in Multicultural Societies Law. An Introduction*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 39, 2017, pp. 1-9; Maria Luisa Lo Giacco, *Riflessioni sulla difficile interpretazione delle parole "religione" e "religioso" nel diritto delle società multiculturali*, in *Annali del Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo*, III, 2015, pp. 267-283 (*www.annalidipartimentojonico.org*).

della Grande Sezione, *Germania c. Y. E Z*[7], «ciò non significa affatto che qualsiasi violazione del diritto alla libertà di religione costituisca un atto di persecuzione che obblighi le autorità competenti a concedere alla vittima di tale violazione lo *status* di rifugiato […] Al contrario, […] affinché gli atti in questione possano essere considerati una persecuzione, occorre una "violazione grave" di detta libertà che colpisca l'interessato in modo significativo». La violazione grave si verifica quando il richiedente asilo corre il rischio, nel suo paese, di essere perseguito penalmente, o di essere sottoposto a pene e trattamenti disumani e degradanti a causa della sua fede religiosa. La Corte del Lussemburgo stabilisce preliminarmente che cosa si debba intendere con "violazione grave" della libertà religiosa. La giurisprudenza tedesca dell'epoca, infatti, considerava tale solo quella che colpisce il "nucleo essenziale" della libertà religiosa individuale, che corrisponde al cd. "foro interno", e non gli atti che impediscono l'esercizio pubblico del culto (il cd. "foro esterno"). Secondo la Corte di Giustizia questa distinzione «non è compatibile con la definizione estensiva della definizione di religione» contenuta nella direttiva n. 95 del 2011, e la gravità degli atti deve essere valutata alla luce delle conseguenze che la persona rischia di subire se, per esempio, dovesse partecipare a celebrazioni pubbliche o atti di culto, anche se tali cerimonie non fossero considerate essenziali dalla religione di appartenenza. Perciò, se al rientro nel suo paese, esercitando il culto il richiedente rischiasse di essere soggetto ad atti di persecuzione, ciò sarebbe sufficiente per riconoscergli il diritto alla protezione internazionale; come aggiunge la Corte: «La circostanza che egli possa scongiurare il rischio rinunciando ad alcuni atti religiosi non è pertinente». I ricorrenti erano cittadini pakistani, aderenti alla comunità *Ahmadiyya* che, nel loro Paese di origine, è considerata contraria all'islam ufficiale. Avevano raccontato di essere stati aggrediti fisicamente nel loro villaggio, di essere stati minacciati di morte e di denuncia presso gli organi di polizia per aver insultato il nome del profeta Maometto, in un Paese che punisce la blasfemia con la pena capitale. Per questi motivi erano fuggiti e avevano cercato riparo in Germania, dove avevano chiesto il riconoscimento dello *status* di rifugiati, che era stato però loro negato. La Corte di Giustizia ha invece stabilito che le autorità competenti al riconoscimento della protezione internazionale, devono verificare se «alla luce della situazione personale dell'interessato» è ragionevole aspettarsi che, tornato nel proprio paese, non rinunci a porre in essere quegli atti religiosi che lo possono mettere in grave pericolo di subire persecuzioni o di essere sottoposto a pene o a trattamenti disumani o degradanti,

[7] Il testo della sentenza in *http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=126364&doclang=IT*.

né le stesse autorità possono pretendere che la persona rinunci a compiere tali atti religiosi[8].

La Corte del Lussemburgo ha stabilito così alcuni punti fermi per quanto riguarda la concessione della protezione internazionale per chi è vittima di persecuzione religiosa, che costituiscono criteri di valutazione utilizzati anche dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, come si vede, da ultimo, nella sentenza 5 novembre 2019, *A.A. c. Svizzera*[9].

In questo caso il ricorrente, un ragazzo afghano di etnia *hazara* convertito al cristianesimo, era fuggito dal suo Paese dopo che la polizia si era presentata a casa sua, chiedendo ai suoi familiari notizie sul suo conto. Al suo rientro, la madre e i fratelli, messi a conoscenza in quel momento della sua conversione al cristianesimo, gli avrebbero consigliato di scappare. Arrivato in Svizzera, dopo un viaggio attraverso l'Iran, la Turchia e l'Italia, aveva subito chiesto asilo politico ma la sua richiesta era stata respinta: la commissione svizzera aveva giudicato troppo lacunoso il suo racconto e, dopo averlo interrogato sui contenuti della fede cristiana, aveva ritenuto che la sua scarsa conoscenza di essa fosse il segnale di un racconto inventato per giustificare la richiesta di asilo; era stato perciò deciso il suo respingimento. Secondo i giudici svizzeri, il ricorrente si era avvicinato alla fede cristiana e si era convertito solo dopo il suo arrivo in Svizzera.

A tal proposito è opportuno segnalare che la Corte Europea è piuttosto "sospettosa" quando deve giudicare casi di conversioni avvenute in Europa, poiché le reputa in genere non sincere, costruite ad arte per ottenere lo *status* di rifugiato. Tuttavia, è da osservare che le Linee-guida dell'UNHCR sulla protezione internazionale a favore dei richiedenti asilo per motivi di persecuzione religiosa considerano meritevoli di tutela sia le persone fuggite dal loro paese a causa della loro appartenenza religiosa, sia quelle che si siano convertite ad altra religione successivamente alla fuga (le *post departure conversions*)[10].

Nel caso *A.A. contro Svizzera* la Corte Europea, pur condividendo la tesi del giudice statale secondo la quale la conversione del ricorrente sarebbe av-

---

[8] Una sintetica esposizione dei contenuti della sentenza in Miriam Abu Salem, Nicola Fiorita, *Protezione internazionale e persecuzione per motivi religiosi: la giurisprudenza più recente*, in *Stato, chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 37, 2016, pp. 14-17.

[9] In *https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-197217%22]}*. Pasquale Annicchino, *Persecuzioni religiose e diritto d'asilo* cit., p. 3, al contrario ritiene che le due Corti europee siano in contrasto fra loro.

[10] UNHCR, *Guidelines on International Protection: Religion-Based Refugee Claims under Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, 28 aprile 2004, p. 2, in *https://www.unhcr.org/publications/legal/40d8427a4/guidelines-international-protection-6-religion-based-refugee-claims-under.html*.

venuta successivamente al suo arrivo in Svizzera, sottolinea che in Afghanistan i convertiti (e coloro che sono anche solo sospettati di conversione dall'islam al cristianesimo) sono oggetto di persecuzione e rischiano la condanna alla pena di morte. Il Governo svizzero avrebbe perciò dovuto considerare i rischi che correva il ricorrente rientrando nel suo Paese di origine, tenendo anche presente che apparteneva alla minoranza *hazara*, anch'essa perseguitata. Il suo respingimento è perciò giudicato contrario all'art. 3 della Convenzione Europea, che stabilisce che «nessuno può essere sottoposto a tortura o ad altri trattamenti inumani e degradanti»[11].

Sia la Corte di Giustizia, sia la Corte di Strasburgo non si limitano dunque a valutare l'attendibilità dei ricorrenti, la credibilità dei loro racconti, o la consistenza delle prove della persecuzione religiosa subita. Per le due Corti assume rilevanza fondamentale il contesto generale dei paesi di provenienza e il rischio, reale viste le violazioni del diritto di libertà religiosa che in essi si verificano, di subire una persecuzione per motivi religiosi.

La persecuzione religiosa come pull factor *delle migrazioni*

La giurisprudenza europea in tema di asilo apre dunque una finestra su un aspetto particolare del fenomeno migratorio, rappresentato dalla presenza di persone che lasciano il proprio paese per sottrarsi a una persecuzione religiosa. È opportuno, pertanto, chiedersi in che misura la persecuzione religiosa, o il timore di subire una persecuzione per motivi religiosi, possano essere considerati una delle cause che spingono ogni anno milioni di persone nel mondo ad abbandonare il proprio paese.

Le già citate linee-guida dell'UNHCR, sulle procedure di riconoscimento della protezione internazionale ai richiedenti asilo per motivo di persecuzione religiosa, si aprono con la constatazione dell'oggettiva difficoltà di queste procedure, dovuta all'incertezza nel definire cosa si debba intendere per religione, e sul significato del termine "persecuzione" quando questa si riferisce alla religione. Le richieste di asilo basate sulla religione devono coinvolgere almeno uno dei seguenti elementi: la religione come credenza (o non credenza), la religione come fattore identitario, la religione come modo di vita. La persecuzione per motivi religiosi può assumere varie forme e spesso essa è frutto di discriminazione, anche se l'esistenza di leggi discriminatorie non è considerata automaticamente come una forma di persecuzione. Le linee-

[11] Anche questa sentenza è brevemente commentata da Miriam Abu Salem, Nicola Fiorita, *Protezione internazionale* cit., pp. 17-20.

guida contengono una serie di esempi di persecuzione religiosa, sollecitando particolare attenzione ai casi nei quali la persecuzione religiosa è denunciata da donne, spesso contemporaneamente vittime anche di discriminazioni di genere[12].

79,5 milioni di persone sono state costrette ad abbandonare la loro terra[13], nel 2019: di queste, 26 milioni sono rifugiati fuori dai confini dei loro paesi, mentre 45,7 milioni sono sfollati interni. I richiedenti asilo sono stati 4,2 milioni. Più di due terzi dei rifugiati (il 68% del totale) proviene da cinque paesi: Siria, Venezuela, Afghanistan, Sud Sudan e Myanmar. È interessante notare che in questa triste graduatoria, nel 2018 non comparivano i profughi venezuelani, che nel giro di un anno sono diventati i secondi per numero, secondi solo ai siriani. Infatti, nel 2018 le persone in fuga nel mondo erano 70,8 milioni (di cui 40,3 milioni sfollati interni e 25,9 milioni rifugiati, tra cui 3,5 milioni di richiedenti asilo) e i primi cinque paesi di provenienza erano Siria, Afghanistan, Sud Sudan, Myanmar e Somalia[14]. Tranne il caso dei venezuelani, il cui esodo (ben 3,7 milioni di persone, su una popolazione di circa 29 milioni, hanno lasciato il paese in un anno, rifugiandosi in maggioranza nella vicina Colombia, che con 1,8 milioni di profughi accolti è il secondo paese ospitante del mondo dopo la Turchia) è determinato da una grave crisi economico-politica[15], tutti gli altri fuggono da condizioni di vita sono rese impossibili da conflitti armati, o da gravi violenze, anche a carattere religioso. In Europa, nel 2019, la Grecia ha sopportato il maggior numero di arrivi di migranti con 74.500 sbarchi, e anche in Grecia le due nazionalità più numerose sono state l'afghana (il 39%) e la siriana (il 28%).

Dalla Siria, dopo lo scoppio della guerra[16], sono fuggiti molti cristiani a causa della persecuzione operata dal sedicente stato islamico. Prima del 2011 si contavano infatti nel Paese un milione e mezzo di cristiani (circa il 10% del-

---

[12] Cfr. UNHCR, *Guidelines on International Protection* cit., pp. 2-10.

[13] UNHCR, *Global Trends. Forced Displacement in 2019*, 18 giugno 2020, in *https://www.unhcr.org/5ee200e37.pdf*. È impressionante il fatto che in dieci anni il numero degli sfollati nel mondo sia raddoppiato, passando dai 41 milioni del 2010 agli 80 milioni dello scorso anno.

[14] Pure questi dati sono reperibili nell'UNHCR, *Global Trends. Forced Displacement in 2018*, 20 giugno 2019, in *https://www.unhcr.org/5d08d7ee7.pdf*.

[15] Cfr. Giovanni Agostinis, *Venezuela, radiografia di una crisi*, in *il Mulino*, 6, 2016, pp. 1021-1030.

[16] Un riassunto, sintetico ma efficace, dei nove anni trascorsi dallo scoppio del conflitto siriano in Lorenzo Trombetta, *Dalla rivolta contro Assad al conflitto tra potenze: nove anni di guerra in Siria*, in *Limes online*, 13 marzo 2020 (*https://www.limesonline.com/siria-guerra-nove-anni-storia-assad-ribelli-russia-stato-islamico-curdi/117157*). Cfr. inoltre Pietro Del Re, *Siria, 10 anni di guerra: 384 mila morti e 11 milioni di profughi*, in *Repubblica.it*, 15 marzo 2020 (*https://www.repubblica.it/esteri/2020/03/15/news/siria_10_anni_di_guerra_380_mila_morti _e_11_milioni_di_profughi-251341958/*).

la popolazione), nel 2019 erano scesi a circa 500 mila[17]. Il conflitto coinvolge inoltre le due diverse comunità islamiche presenti nel Paese, gli sciiti a cui appartiene la minoranza alauita al potere, e i sunniti che costituiscono la maggioranza della popolazione[18]. Il conflitto siriano, che ormai si protrae da dieci anni, ha dunque causato anche la fine di una coabitazione secolare fra cittadini di diversa fede religiosa, determinandone in molti casi la fuga all'estero.

In Afghanistan, oltre all'instabilità causata dalla guerra iniziata nel 2001[19], il regime legato ai talebani, musulmani sunniti, discrimina ancora oggi la minoranza sciita *hazara*, un popolo che anche in passato è stato sempre perseguitato e trattato come schiavo[20]. La Costituzione del 2004[21], che si apre con un verso del Corano e nel Preambolo afferma la fede del popolo afghano nella misericordia divina e nella religione islamica, all'art. 1, definisce l'Afghanistan come una repubblica islamica. L'art. 2 dichiara che la "sacra religione dell'islam" è la religione di stato della Repubblica islamica afghana e che i credenti di altre religioni sono liberi di esercitare la propria fede e di celebrarne i riti, nei limiti previsti dalla legge; in base all'art. 3, nessuna legge afghana può essere contraria "alla dottrina e alle disposizioni della santa religione islamica". Anche l'istruzione è basata sull'educazione religiosa e lo stato organizza e cura l'educazione all'interno di moschee, madrase e centri religiosi (art. 17), il calendario dello stato è quello islamico, basato sulla data dell'egira e le feste riconosciute sono quelle religiose (art. 18), nella bandiera nazionale è riprodotta la professione di fede islamica, la *shahada* (art. 19), e persino l'inno nazionale, in lingua pashtu, contiene la frase "*Allahu Akbar*" (art. 20). L'art. 35, sul diritto di formare partiti politici, stabilisce che programmi e statuti non potranno essere contrari ai principi della religione islamica, mentre l'art. 45 ritorna sul diritto all'istruzione scolastica, per la quale lo stato deve uniformare i curriculum, che devono essere basati sulla dottrina islamica. Ovviamente, le norme relative alla famiglia si basano su principi religiosi: lo stato si impegna a "eliminare ogni tradizione contraria" (art. 54). La Costituzione disegna

---

[17] Dati contenuti in Aiuto alla Chiesa che Soffre, *2017-2019. Perseguitati più che mai. Focus sulla persecuzione anticristiana*, p. 29 (*https://acs-italia.org/wp-content/uploads/ACN-Perseguitati-piu%CC%80-che-mai_ITA_web.pdf*).

[18] Cfr. Massimo Castaldo, *Le metamorfosi della guerra in Siria e la questione d'Oriente*, in *Rivista di Studi Politici internazionali*, 3, 2013, pp. 367-374.

[19] È da ricordare che nel 2001 l'Afghanistan era da poco uscito da un'altra guerra, durata dieci anni e iniziata nel 1979 con l'invasione delle truppe dell'Unione Sovietica.

[20] Cfr. Antonio De Lauri, *Gli Hazara dell'Afghanistan tra asservimento, guerra ed emancipazione*, in *LARES. Quadrimestrale di studi demoetnoantropologici*, 2, 2016, pp. 115-131.

[21] Il testo in *https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/old_sites/sito_AIC_2003-2010/cronache/estero/costituzione_afghana/Costituzione_Afghana.pdf*.

pertanto uno stato confessionista islamico, nel quale le minoranze religiose sono del tutto discriminate: è presente e riconosciuta una piccola minoranza indù e sikh (erano 200.000 prima del 1992, oggi ne sono rimasti tra i tremila e i settemila), i cristiani vivono invece in clandestinità, poiché il cristianesimo è considerato una religione occidentale estranea all'Afghanistan. La religione Bahai, è stata dichiarata blasfema da una sentenza della Corte suprema e i suoi seguaci infedeli. È proibito e punito severamente anche l'ateismo[22]. Una legge sulla stampa approvata anch'essa nel 2004, vieta qualsiasi scritto, discorso o dichiarazione che possano essere considerati contrari ai principi dell'islam, con pene che possono consistere anche nella condanna a morte[23]. Il riferimento che la costituzione fa alla Dichiarazione Universale dei Diritti Umani o alla carta delle Nazioni Unite, appare quindi di facciata, dovuto sicuramente alla necessità di "accontentare" gli osservatori internazionali, ma del tutto inconsistente rispetto alla realtà di una costituzione assolutamente contraria a qualsiasi forma di pluralismo e libertà religiosa e di opinione[24].

In Sud Sudan, violenze e scontri sono dovuti all'instabilità istituzionale e a questioni politiche, legate alla guerra e alla successiva separazione e indipendenza dal Sudan; nel conflitto è coinvolta pure la dimensione religiosa, poiché il Sudan è un Paese a maggioranza islamica, mentre il Sud Sudan ha una popolazione in prevalenza cristiana[25]. Si verificano violazioni dei diritti umani che colpiscono anche la libertà religiosa, con la distruzione di chiese da parte dell'esercito, o l'irruzione delle forze di polizia all'interno dei luoghi di culto, durante le celebrazioni liturgiche, per arrestare e sottoporre a tortura i fedeli convertiti dall'islam. La persecuzione religiosa, che è allo stesso tempo etnica, assume i tratti di un vero e proprio genocidio[26].

Fuggono dalla persecuzione religiosa anche coloro che lasciano il Myanmar, nel 2019 quinto Paese per numero di provenienza di rifugiati[27]. In

---

[22] Cfr. United States Commission on International Religious Freedom, *2019 Annual Report*, Washington, aprile 2019, pp. 140-144 (*https://www.uscirf.gov/sites/default/files/2019USCIRFAnnualReport.pdf*).

[23] Cfr. la scheda sulla legge contro la blasfemia in Afghanistan pubblicata sul sito del *Berkley Center for Religion, Peace and World Affairs* della *Georgetown University*, in *https://berkleycenter.georgetown.edu/essays/national-laws-on-blasphemy-afghanistan*.

[24] Per un breve commento alla Costituzione afghana cfr. Lucio Pegoraro, Angelo Rinella, *Sistemi costituzionali comparati,* Giappichelli, Torino, 2017, p. 85.

[25] Sul conflitto in Sud Sudan cfr. Sara de Simone, *La crisi in Sud Sudan: cronaca di una morte annunciata?*, in *Afriche e Orienti,* 3-4, 2013, pp. 139-145.

[26] Cfr. Aiuto alla Chiesa che Soffre, *2017-2019. Perseguitati più che mai. Focus sulla persecuzione anticristiana* cit., p. 30.

[27] Sulla situazione del Myanmar cfr., il contributo di Silvia Angioi, *Identità etnico-religiosa, violazioni dei diritti umani e crimini: uno studio del caso Rohingya*, in questo Volume. Una sintesi

questo caso i profughi sono i rohingya, musulmani, che non godono del diritto di cittadinanza e conseguentemente dei diritti che dalla cittadinanza derivano, tra i quali, secondo la Costituzione del 2008, anche il diritto di libertà religiosa. Dal 2017 più di un milione di profughi ha lasciato il Myanmar rifugiandosi nel vicino Bangladesh, in enormi campi profughi privi di tutto[28].

Questi brevi cenni alla situazione politica e giuridica dei primi paesi di provenienza dei profughi mostrano il ruolo fondamentale che la mancanza di libertà religiosa, che spesso si trasforma in persecuzione per motivi religiosi, ha come *pull factor* del fenomeno migratorio. In alcune aree del mondo aumentano i casi di persecuzione religiosa, e ciò determina un aumento delle migrazioni. Il *Pew Research Center* registra nel decennio 2007-2017 un notevole incremento delle restrizioni governative sull'esercizio del diritto di libertà religiosa[29]. L'organizzazione "Aiuto alla Chiesa che soffre" calcola che il 61% della popolazione mondiale viva in Paesi nei quali la libertà di religione non è rispettata. Potremmo dire che la "lotta per la libertà religiosa" (utilizzando il titolo di un famoso volume di Roland Bainton)[30] stia vivendo un nuovo capitolo, spesso fuori dai confini europei, che meriterebbe di essere raccontato. Alcuni episodi di questa "lotta" sono narrati tra le righe della giurisprudenza italiana in materia di asilo.

Le richieste d'asilo per persecuzione religiosa: il caso delle fedeli delle chiese domestiche cinesi

La giurisprudenza italiana in materia di protezione internazionale comprende una casistica ampia, all'interno della quale si segnalano alcune pronunce particolarmente interessanti, sia per le questioni di fatto trattate, sia per le decisioni che sono state assunte. Queste spesso gettano una luce, oltre che sulle questioni di diritto, anche sulla situazione della tutela della libertà reli-

---

anche in Associazione Neodemos, Massimo Livi Bacci, *"Il popolo che nessuno vuole": il dramma dei rohingya tra Myanmar e Bangladesh*, in *Limesonline*, 25 marzo 2020 (*https://www.limesonline.com/rubrica/rohingya-myanmar-bangladesh-profughi-onu*).

[28] UNHCR, *Rohingya emergency*, 31 luglio 2019, in *https://www.unhcr.org/rohingya-emergency.html*. Cfr. Akm Ahsan Ullah, *Rohingya Refugees to Bangladesh: Historical Exclusions and Contemporary Marginalization*, in *Journal of Immigrants & Refugee Studies*, 9, 2011, pp. 139-161; Maung Zarni, Alice Cowley, *The Slow-burning Genocide of Myanmar's Rohingya*, in *Pacific Rim Law & Policy Journal*, 3, 2014, pp. 681-752.

[29] Pew Research Center, *A Closer Look at How Religious Restrictions Have Risen Around the World*, 15 luglio 2019, in *https://www.pewforum.org/2019/07/15/a-closer-look-at-how-religious-restrictions-have-risen-around-the-world/*.

[30] Roland H. Bainton, *La lotta per la libertà religiosa*, il Mulino, Bologna, 1999.

giosa in alcune aree geografiche.

In anni recenti sono state presentate richieste di protezione internazionale per persecuzione religiosa da parte di immigrati cinesi. Si tratta di una novità perché in passato, pur essendo quella cinese una delle comunità di più antica presenza in Italia, le richieste di asilo per motivi religiosi erano quasi inesistenti. Inoltre, tali richieste provengono quasi sempre da donne, aspetto che le linee guida dell'UNHCR chiedono di tenere in particolare considerazione nell'esame delle domande d'asilo.

Il Tribunale di Roma, I sezione civile, con l'ordinanza 22 giugno 2017[31], ha riconosciuto la protezione umanitaria (istituto successivamente abrogato dal decreto n. 113 del 2018)[32] a favore di una cittadina cinese la cui richiesta di asilo era stata respinta dalla commissione territoriale. L'ordinanza, aldilà della soluzione del caso specifico, riveste un certo interesse perché, esaminando dettagliatamente i fatti narrati dalla ricorrente, e provando a collocarli nel contesto cinese, il Tribunale di Roma ha elaborato una definizione di religione, nei termini seguenti: «Per religione si intende quell'insieme di credenze, vissuti e riti legati al trascendente che coinvolgono l'essere umano, o una comunità, nell'esperienza di ciò che viene considerato sacro, in modo speciale con il divino». Dopo aver tentato di definire «le religioni di tipo cristiano ed evangelico», e il concetto di culto come «quell'insieme di contenuti, riti, rappresentazioni che, nel complesso» lo caratterizzano, l'ordinanza giunge alla conclusione che nel caso specifico «in assenza dell'organizzazione tipica delle religioni, in assenza di effettivi capi spirituali […] in assenza di ritualità che risulta ridotta alla semplice preghiera della parola divina non può parlarsi di religione in senso stretto, ma di un movimento di preghiera spontaneo». Se il gruppo al quale la ricorrente afferma di aderire non è una religione, conclude la sentenza, non vi è neppure la possibilità di riconoscerle lo *status* di perseguitata per motivi religiosi. Tuttavia, poiché l'appartenenza al gruppo di preghiera spontaneo avrebbe potuto esporla a ritorsioni da parte del regime cinese, il Tribunale ha deciso di concederle la protezione umanitaria. Viene trovato così il modo di tutelare la richiedente asilo, garantendole la possibilità di restare legalmente in Italia, ma la decisione di non considerare come religione il gruppo al quale appartiene suscita molte perplessità, non soltanto perché i

---

[31] L'ordinanza è pubblicata in appendice a Valentina Brinis, Francesco Damiano Portoghese, Camilla Siliotti (a cura di), *Manicomio religioso. I richiedenti asilo cinesi in Italia*, *A Buon Diritto. Quaderni*, 2, 2017, pp. 27-41. Il volume è disponibile in *download* sul sito *https://www.abuondiritto.it/rapporti-e-ricerche/manicomio-religioso-i-richiedenti-asilo-cinesi-italia*.

[32] Le modifiche a questo decreto sono intervenute quando il presente contributo era già in bozze di stampa.

motivi per i quali viene negata la qualifica (mancanza di organizzazione e di capi spirituali) sono in realtà elementi caratteristici di alcune grande religioni, ma anche perché viene elaborata una nuova categoria, quella del «gruppo di preghiera spontaneo», che non può non essere espressione della fede religiosa.

Tra l'altro, la persecuzione religiosa si verifica quando una persona viene perseguitata per la sua fede religiosa, cioè per l'espressione di una religiosità, che potrebbe non essere direttamente legata a una determinata religione. In particolare, il Governo cinese guarda con molto sospetto a tutte le forme religiose, tollerando (non sempre) le quattro maggioritarie e reprimendo le altre, soprattutto le comunità della galassia evangelica note come chiese domestiche[33]. Anche in un'ordinanza del 5 aprile 2018 lo stesso Tribunale di Roma, I sezione civile[34], ha deciso di negare il riconoscimento dello *status* di rifugiato e concedere invece la protezione sussidiaria a un'altra donna cinese, pure appartenente a una chiesa domestica, perché la persecuzione personale diretta non era stata dimostrata, mentre erano innegabili e riferite dalle organizzazioni non governative le gravi violazioni dei diritti umani nei confronti dei fedeli della chiesa cattolica e delle chiese domestiche. La polizia di un regime autoritario che considera pericolosa la religione, non opera certamente i distinguo che troviamo nelle ordinanze romane. In ogni caso, la presenza dell'istituto della protezione umanitaria consentiva ai giudici italiani di trovare una soluzione che garantisse la tutela dei diritti umani delle persone provenienti da paesi nei quali questi sono sistematicamente violati ma che non fossero riuscite a dimostrare di aver subito personalmente (non ancora, dunque) atti di persecuzione. L'eliminazione di questo istituto in seguito al decreto n. 113 del 2018 rende più difficile l'operato dei giudici, quando chi chiede protezione non riesce a dimostrare di aver subito una persecuzione personale ma sono evidenti i rischi che correrebbe rientrando nel paese dal quale è fuggito.

Forse proprio per questo la giurisprudenza più recente appare maggiormente attenta alle richieste di protezione avanzate da cittadini cinesi. Il decreto del Tribunale di Bologna, 18 gennaio 2020, n. 454[35] ha valutato con cura il contesto di provenienza della richiedente asilo, anche in questo caso una donna cinese appartenente a una *house church* cristiana. La commissione territoriale le aveva negato la protezione internazionale perché il gruppo di appartenenza era piccolo, in esso la donna non ricopriva incarichi di responsabilità, era

---

[33] Cfr. Valentina Brinis, Francesco Damiano Portoghese, Camilla Siliotti (a cura di), *Manicomio religioso* cit., pp. 9-10.

[34] L'ordinanza è pubblicata nel sito *https://www.meltingpot.org/IMG/pdf/trib_roma _ord_05042018.pdf*.

[35] Pubblicato nella banca dati *De Jure* (*https://dejure.it/#/home*).

riuscita ad ottenere il passaporto e non avrebbe chiarito cosa avrebbe avuto da temere rientrando in Cina. In realtà, come riportato nel decreto, dal 2014 le autorità cinesi hanno iniziato una campagna di repressione e persecuzione delle piccole chiese autonome, dichiarandole illegali e costringendo i membri di esse a esercitare clandestinamente il culto. Il clima familiare e sociale ostile, e il timore di essere arrestata avevano determinato nella ricorrente la decisione di lasciare il suo Paese. Era riuscita ad ottenere il passaporto perché non risultavano ancora carichi pendenti a suo carico e dopo alcuni mesi vissuti nascosta, in seguito all'arresto di altri fedeli, aveva ottenuto un visto turistico ed era partita verso l'Italia. Il decreto ripercorre brevemente la situazione delle chiese domestiche in Cina, che il Governo cerca di controllare, reprimendo quelle che non accettano di unirsi alle chiese riconosciute e imprigionandone i membri. Il Tribunale di Bologna ha ritenuto pertanto che in caso di rientro in Cina, la donna avrebbe corso il rischio di «essere esposta ad atti di violenza» tali da limitare i suoi diritti fondamentali, stabilendo la "necessità" di riconoscerle lo *status* di rifugiato[36].

Su un caso di protezione internazionale per persecuzione religiosa negata a una cittadina cinese, membro di una chiesa clandestina, si è recentemente pronunciata la Corte di Cassazione, III sezione civile, 6 maggio 2020, n. 8573[37]. La sentenza impugnata, del Tribunale di Roma, aveva negato la protezione internazionale, a una fedele chiesa del Dio onnipotente; i giudici romani, pur riconoscendo che in Cina la religione professata dalla donna fosse perseguitata, avevano ritenuto poco credibile il racconto della ricorrente, soprattutto sulla base del fatto che ella avesse ottenuto il visto turistico che le aveva consentito di lasciare il Paese. La Cassazione, riprendendo quanto stabilito in una precedente ordinanza[38] ha affermato che in caso di richieste di protezione per persecuzione religiosa, il giudice «deve effettuare una valutazione sulla situazione interna del paese di origine del richiedente, indagando espressamente l'esistenza di fenomeni di tensione a contenuto religioso», senza valutare negativamente il fatto che egli non si sia rivolto alle autorità locali per chiedere

---

[36] Sulla persecuzione delle chiese domestiche in Cina è possibile trovare notizie su alcuni organi di stampa e online, come sul sito di notizie del Pontificio Istituto Missioni Estere (*http://www.asianews.it/notizie-it/Henan,-soppressa-una-Chiesa-domestica-protestante-46534.html*), sul sito "Bitter Winter. Libertà religiosa e diritti umani in Cina" (*https://it.bitterwinter.org/chiese-domestiche-chiuse-perche-anti-cinesi/*), sul sito "In Terris" (*https://www.interris.it/diabolerie/cina-intimidazioni-chiese-domestiche-motivazioni/*).

[37] L'ordinanza è pubblicata in *http://www.italgiure.giustizia.it/xway/ application/nif/clean/hc.dll ?verbo=attach&db=snciv&id=./20200506/snciv@s30@a2020@n08573 @tO.clean.pdf*.

[38] Corte di Cassazione, I sez. civ., ordinanza 8 novembre 2019, n. 28974, in *https://www.asgi.it/ wp-content/uploads/2020/02/2019_Cassazione_28974.pdf*.

protezione «potendo tale scelta derivare proprio dal timore di essere assoggettato ad ulteriori trattamenti persecutori». Anche in questo caso, secondo il Tribunale di merito, era sospetta la circostanza che la ricorrente avesse ottenuto il visto turistico dalle autorità cinesi, ma la Cassazione ha sottolineato che il visto in Cina viene negato solo se il richiedente ha precedenti penali. Inoltre, il fratello della donna, anche lui membro della chiesa, nella quale rivestiva un incarico di responsabilità, era morto in circostanze non chiarite mentre si trovava in arresto in una caserma della polizia. Un ultimo aspetto interessante di questa pronuncia è quanto in essa viene stabilito in merito all'onere della prova. La Suprema Corte ha richiamato la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, secondo la quale i richiedenti asilo si trovano in una situazione particolare, in cui «sarà frequentemente necessario concedere loro il beneficio del dubbio quando si vada a considerare la credibilità delle loro dichiarazioni e dei documenti presentati a supporto»[39]. L'ordinanza ha rinviato perciò la questione al giudice di merito affinché riveda la sua decisione.

Diversamente, qualche mese prima, la Cassazione, I sezione civile, ordinanza 20 gennaio 2020, n. 1093 aveva dichiarato inammissibile il ricorso di un'altra donna cinese, anche lei fedele della chiesa di Dio onnipotente, che aveva raccontato di essere fuggita dopo aver subito minacce da parte del capo villaggio, e dopo che la sua casa era stata oggetto di perquisizione da parte della polizia. Pur riconoscendo che la chiesa alla quale diceva di appartenere è considerata dalla autorità cinesi un'organizzazione criminale, i giudici negano credibilità al racconto della ricorrente a causa della «facilità con la quale ha potuto sottrarsi al controllo delle autorità del suo paese»[40].

Richieste d'asilo e intolleranza religiosa

In alcuni recenti interventi della Cassazione si nota una scarsa considerazione del pericolo costituito, in diversi contesti, dall'intolleranza religiosa e delle violazioni dei diritti fondamentali che da essa derivano.

In Corte di Cassazione, I sezione civile, ordinanza 7 agosto 2019, n. 21142[41] viene valutato il ricorso di un cittadino del Togo che aveva richiesto

---

[39] La Cassazione rinvia alle sentenze *R.C. v. Sweden*, 9 giugno 2010, n. 41827, in *https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-97625%22]}, N.V. v. Sweden,* 20 luglio *2010*, n. 23505, *in https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-99992%22]} e A.A. v. Switzerland,* 7 aprile 2014, n. 58802*, in https://hudoc.echr.coe. int/fre#{%22itemid%22:[%22001-139903%22]}.*

[40] Corte di Cassazione, I sez. civ., ordinanza 20 gennaio 2020, n. 1093, in *De Jure* (*https://dejure.it/#/home*).

[41] L'ordinanza è pubblicata nella banca dati *De Jure* (*https://dejure.it/#/home*).

la protezione internazionale sostenendo di aver dovuto abbandonare il suo Paese poiché temeva di essere perseguitato per motivi religiosi. Il ricorrente, musulmano, aveva raccontato di aver distrutto, in un impeto di rabbia, alcuni idoli tribali nel suo villaggio, a maggioranza animista, e di essere quindi fuggito, lasciando la moglie, una figlia piccola e il suo mestiere di sarto. La Cassazione ha dichiarato inammissibile il ricorso, ritenendo il racconto non credibile. La decisione non è tuttavia fondata unicamente su osservazioni di carattere giuridico. Nel testo, infatti, spicca una lunga digressione di carattere generale che, con toni sarcastici, mette in ridicolo le narrazioni di coloro che chiedono asilo per motivi religiosi. Il racconto del ricorrente viene così riassunto: «il musulmano A.S., della cui fede pare nessuno si fosse mai interessato fino alla discreta età di circa 25 anni, è stato poi improvvisamente sollecitato dal capo villaggio a partecipare ad una cerimonia animista, sicché, preso da incontenibile furia iconoclasta nei riguardi di un idolo, e dimentico della famiglia e del suo avviato mestiere di sarto, lo ha distrutto a colpi di bastone e di machete e, già con i soldi in tasca per darsi alla premeditata fuga, è poi scappato immediatamente dopo perché una donna lo aveva visto e riconosciuto». L'ordinanza contiene ulteriori commenti che mettono in dubbio in generale la credibilità di tutte le vicende rappresentate da quanti richiedono asilo. Esse, per la Suprema Corte, sarebbero «sovente stereotipate e tessute intorno a canovacci fin troppo ricorrenti: quello del giovane musulmano che ha messo incinta una ragazza cristiana, o del giovane cristiano che ha fatto lo stesso con una musulmana (le religioni possono peraltro variare), e scappa dalle furie dei genitori di lei; quella dell'uomo che il capo-villaggio ha destinato a sacrifici umani (il caso in esame appare una variante di questa trama) o ad altra non commendevole sorte; quella del sedicente omosessuale che, se lo fosse, sarebbe per questo perseguitato al suo Paese; quello della lite degenerata in fatti di sangue in cui il richiedente ha, si intende senza volerlo, ferito o ucciso il proprio contendente, in un contesto in cui, quale che sia il Paese di provenienza, le forze di polizia del luogo sono sempre e irrimediabilmente corrotte ed astrette da oscuri vincoli alla potente famiglia della vittima, e così via». Questi toni evidenziano un preoccupante atteggiamento di pregiudizio nei confronti dei richiedenti asilo per motivi di persecuzione religiosa, che certo non giova all'esercizio imparziale della giustizia.

Ancora, con l'ordinanza 22 gennaio 2020, n. 1348[42], la I sezione civile della Cassazione ha negato credibilità, respingendone il ricorso, a un uomo del Mali, cristiano, che affermava di essere scappato per sfuggire alle perse-

[42] Anche questa ordinanza è reperibile nella banca dati *De Jure* (*https://dejure.it/#/home*).

cuzioni da parte dei suoi zii, musulmani. Secondo i giudici il racconto non sarebbe stato credibile perché il richiedente avrebbe mostrato una «ignoranza dei principi fondamentali e dei riti» cristiani e perché non sarebbe stato praticante, pur vivendo in un Paese come l'Italia nel quale la professione di fede non incontra limitazioni. Non sappiamo però, perché non ce n'è traccia nel testo dell'ordinanza, a quale confessione cristiana il ricorrente si fosse convertito. In Mali, oltre a quella cattolica, sono presenti diverse denominazioni evangeliche e pentecostali, il cui metodo di proselitismo si basa sulla relazione personale prima che sulla propaganda di principi e riti. Anche la mancata pratica religiosa in Italia potrebbe essere attribuibile alla mancanza di luoghi di culto della confessione di appartenenza, alla differenza dei riti celebrati nelle chiese tradizionali, o anche semplicemente, alla non comprensione della lingua italiana. È da aggiungere che il Mali è considerato un Paese nel quale la persecuzione dei cristiani è molto alta, in particolare nei villaggi del nord dove gli evangelici sono attaccati da musulmani radicali[43].

È piuttosto singolare che i giudici basino il loro giudizio sulla credibilità dei ricorrenti "interrogandoli" in materia di fede e di dottrina. In un'altra ordinanza, la Cassazione osserva che la corte territoriale aveva chiesto al ricorrente "cosa" fosse lo Spirito Santo e che lui aveva risposto "lavora con Dio", risposta che avrebbe dimostrato la non veridicità della sua conversione al cristianesimo[44]. Nel testo dell'ordinanza non è indicato il paese di provenienza del ricorrente (probabilmente la Nigeria), un cristiano pentecostale che affermava di essere fuggito a causa delle minacce e delle aggressioni subite dai seguaci del dio olokun, che volevano costringerlo a seguire la loro fede. L'uomo aveva riferito di essere stato ricoverato a causa delle violenze subite, e di essere stato ripetutamente aggredito, anche in casa; la Cassazione ha accolto il ricorso e ha rinviato per difetto di motivazione.

In un'altra ordinanza si dispone il rinvio alla corte territoriale per motivazione «astratta e stereotipata». Si trattava del caso di una donna nigeriana, cristiana, fuggita a causa delle minacce che aveva ricevuto per aver rifiutato di convertirsi all'islam e dopo aver subito una violenza sessuale, documentata con referti medici. La Suprema Corte ha rilevato che nella motivazione si parlava della ricorrente sempre al maschile, come se gli estensori del provve-

[43] Notizie sull'intolleranza religiosa in Mali nel sito dell'associazione "Porte Aperte/Open Doors", che cura un *report* annuale sulla persecuzione dei cristiani nel mondo (*https://www.porteaperteitalia.org/persecuzione/*).

[44] Cfr. Corte di Cassazione, I sez. civ., ordinanza 8 giugno 2020, n. 10908, in *De Jure* (*https://dejure.it/#/home*).

dimento avessero utilizzato la «tecnica del copia e incolla»[45].

Si tratta di eccezioni, perché in genere i racconti dei richiedenti asilo che provengono da paesi africani e riportano storie di animismo, culti tribali e stregoneria sono considerati poco credibili[46]. Così è stato giudicato l'uomo nigeriano, cristiano, i cui parenti avrebbero voluto che diventasse il capo religioso del villaggio nel quale viveva e che invece si era ribellato, distruggendo l'idolo. L'uomo aveva raccontato anche che i suoi amici erano stati uccisi da «un fulmine mandato da Dio» e questa sua affermazione è considerata non coerente con la dichiarata fede cristiana[47]. Poco credibile viene giudicato anche un ricorrente del Ghana, che sarebbe fuggito dal suo villaggio dopo aver ucciso un serpente ritenuto sacro: secondo gli abitanti del villaggio la sventura che sarebbe derivata a tutti poteva essere evitata solo sacrificando la sua vita secondo il culto animista[48].

In questi casi sembra quasi che i giudici italiani abbiano difficoltà a credere a racconti di stregoneria, culti animisti, idoli, vendette e sacrifici che sembrano appartenere a un'altra epoca della storia umana[49], e che invece sono espressione di culture ancora vive in alcuni paesi, soprattutto africani. Per comprendere la realtà dalla quale i richiedenti asilo provengono, e per rispondere alla loro richiesta di giustizia, la giurisprudenza italiana dovrebbe riuscire a guardare alle loro storie con uno sguardo che non sia prevenuto rispetto alle differenze antropologiche e culturali, anzi le riconosca[50].

Da ultimo, il fatto di considerare poco credibili i racconti di chi sostiene di

---

[45] Cfr. Corte di Cassazione, I sez. civ., ordinanza 17 gennaio 2020, n. 874, in *De Jure* (*https://dejure.it/#/home*).

[46] Eppure, in tutta l'Africa subsahariana il fenomeno della stregoneria e dei culti animisti è molto diffuso e in continua crescita; cfr. Alice Bellagamba, *L'Africa e la stregoneria*, Laterza, Roma-Bari, 2008.

[47] Corte di Cassazione, I sez. civ., ordinanza 30 gennaio 2020, n. 2106, in *De Jure* (*https://dejure.it/#/home*).

[48] Corte di Cassazione, I sez. civ., ordinanza 28 febbraio 2020, n. 5571, in *De Jure* (*https://dejure.it/#/home*).

[49] Sul tema dei rapporti tra religiosità dominante e pratica della magia e della stregoneria in Europa cfr. Antonio Guerrieri, *Magia, la fede illegale. Religiosità folk e controllo sociale tra passato e presente*, in CALUMET – *Intercultural law and humanities review* (*http://www.windogem.it/calumet/upload/pdf/mat_39.pdf*) aprile 2017, pp. 1-79.

[50] È quel processo di trasformazione interculturale auspicata, in relazione al diritto di asilo, da Mario Ricca, Tommaso Sbriccoli, *Shylock del Bengala. Debiti migratori, vite in ostaggio e diritto d'asilo (Un approccio corologico-interculturale alle implicazioni anti-umanitarie del patto commissorio)*, in *CALUMET – Intercultural law and humanities review* (*http://www.windogem.it/calumet/upload/pdf/mat_60.pdf*), febbraio 2016, pp. 46-55. Pierluigi Consorti, *Diritto e religione. Basi e prospettive*, Laterza, Roma-Bari, 2020, pp. 313-319 nota che la legislazione in materia di immigrazione e asilo ha al contrario un approccio multiculturale, che consolida «la percezione dell'altro come *qualcosa* (non *qualcuno*) diversa da noi: pertanto estranea, lontana, perciò pericolosa» (p. 317).

fuggire dalla persecuzione religiosa, perché troppo simili tra loro (e quindi negare ad essi forza probatoria) significa non tener conto che la persecuzione religiosa, così come le altre forme di persecuzione, presenta purtroppo modalità ricorrenti, che si ripetono con poche variazioni. Nel corso della storia, uomini e donne hanno dovuto lasciare le proprie terre per motivi religiosi, talvolta per diffondere o praticare la propria fede, più spesso per sfuggire alla discriminazione. Probabilmente i padri pellegrini olandesi in fuga verso il Nuovo Mondo sulla nave *Mayflower*, o gli ebrei che durante la persecuzione nazi-fascista riuscirono a trovare asilo in paesi democratici, racconterebbero storie molto simili – dunque stereotipate – a quelle narrate oggi dal sarto togolese, dai giovani nigeriani, dalle donne cinesi o dai ragazzi afghani.

Il divieto di discriminazione e la definizione di credo filosofico protetto nel Regno Unito: vegetarianesimo e veganesimo a confronto

The prohibition of discrimination and the definition of protected philosophical belief in the United Kingdom: comparing vegetarianism and veganism

Rossella Bottoni

Abstract

This essay examines two recent judgments by the employment tribunal in the United Kingdom (Campbell and Casamitjana Costa) concerning respectively a vegetarian and a vegan. The two decisions are compared and contrasted from the perspective of the prohibition of discrimination, in the light of the definitional issue posed by the notion of "protected philosophical belief".

Key words

Protected philosophical belief – Vegetarianism – Veganism.

Riassunto

Il contributo compara due recenti sentenze del giudice del lavoro nel Regno Unito (Campbell e Casamitjana Costa) concernenti rispettivamente un vegetariano e un vegano, ed esamina la questione del divieto di discriminazione alla luce del problema definitorio posto dalla nozione di "credo filosofico protetto".

Parole chiave

Credo filosofico protetto – Vegetarianesimo – Veganismo.

Sommario: 1. Osservazioni introduttive: un problema definitorio – 2. L'Equality Act *2010 e la definizione di credo filosofico protetto – 3. Il caso Conisbee – 4. Il caso Casamitjana Costa*

Osservazioni introduttive: un problema definitorio

Il diritto antidiscriminatorio ha acquisito un'importanza sempre maggiore nelle legislazioni dei paesi europei, ed è divenuto oggetto di un'attenzione crescente da parte della dottrina, come «strumento di convivenza»[1] in un contesto segnato dalle «nuove sfide indotte dal radicarsi del multiculturalismo e dall'intensificarsi del fenomeno migratorio»[2]. Alle domande più tradizionali di riconoscimento del diritto di libertà religiosa e del principio di eguaglianza si sono affiancate le rivendicazioni identitarie di chi reclama il diritto alla diversità[3] e la libertà di esercitarlo, senza per questo essere privato del godimento di altri diritti fondamentali o essere sottoposto a un trattamento discriminatorio. Com'è noto, tali dinamiche hanno interessato anche il settore alimentare[4]. Esse mettono in luce la difficoltà nel raggiungere un bilancia-

---

[1] Stella Coglievina, *I divieti di discriminazione religiosa come strumento della convivenza?*, in Erminia Camassa (a cura di), *Democrazie e religioni. Libertà religiosa, diversità e convivenza nell'Europa del XXI secolo*, Editoriale Scientifica dell'Università di Trento, Trento, 2016, pp. 97-122. Si vedano anche, della stessa Autrice, *Diritto antidiscriminatorio e libertà religiosa,* Libellula Edizioni, Tricase, 2012; e Ead., *Diritto antidiscriminatorio e religione. Uguaglianza, diversità e libertà religiosa in Italia, Francia e Regno Unito,* Libellula Edizioni, Tricase, 2013; Marco Ventura, *Libertà religiosa e divieto di discriminazione nel diritto dell'Unione Europea*, in *Il Diritto ecclesiastico*, 3-4, 2010, pp. 487-496; con riferimento specifico al divieto di discriminazione religiosa sul luogo di lavoro, cfr. il numero monografico di *Derecho y Religión*, XI, 2016.

[2] Angelo Licastro, *Libertà religiosa, convivenza e discriminazioni*, in Erminia Camassa (a cura di), *Democrazie e religioni. Libertà religiosa, diversità e convivenza nell'Europa del XXI secolo*, Editoriale Scientifica dell'Università di Trento, Trento, 2016, pp. 84-87.

[3] Giiuseppe Dalla Torre, L*ezioni di diritto ecclesiastico*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 7.

[4] Cfr. *inter alia* Maria Chiara Giorda, Luca Bossi, *Mense scolastiche e diversità religiosa. Il caso di Milano*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 24, 2016; Corrado Del Bò, *Le regole alimentari religiose e i menù delle mense scolastiche: una sfida per la laicità?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale,* Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 1, 2019. Sulla libertà religiosa alimentare in generale, si vedano tra gli altri contributi: Antonio G. Chizzoniti, Mariachiara Tallacchini (a cura di), *Cibo e religione: diritto e diritti*, Libellula Edizioni, Tricase, 2010; María Mercedes Vidal Gallardo, *Prescripciones alimentarias y nueva ley de libertad religiosa y de conciencia. Particular referencia a la Comunidad Islámica*, in *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 27, 2011, pp. 177-206; il numero monografico di *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, fascicolo speciale, 2014; Miriam Abu Salem, *Religious Dietary Rules and the Protection of Religious Freedom: Some Evidence from Practice in Italy*, in *Scripta Instituti Donneriani Aboensis* 26, 2015, pp. 181-200; Salvatore Berlingó, *Introduzione a "Cibo, diritto e religione in una prospettiva comparata"*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 31, 2015; Antonio G. Chizzoniti (a cura di), *Cibo, religione e diritto. Nutrimento per il corpo e per l'anima*, Libellula Edizioni, Tricase, 2015; Antonio Fuccillo, *Il cibo degli dei. Diritto, religioni, mercati alimentari*, Giappichelli, Torino, 2015; Natascia Marchei, *Cibo e religione*, in Barbara Biscotti, Elisabetta Lamarque (a cura di), *Cibo e acqua, sfide per il diritto contemporaneo. Verso e oltre expo 2015*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 105-112; Alessandro Ceserani, *Cibo "religioso" e diritto: a margine di quattro recenti pubblicazioni*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2, 2016, pp. 369-384; Antonio G. Chizzoniti, Anna Gianfreda, Daniela Milani, *Cittadini-fedeli, fedeli-cittadini: coordinate, limiti e problematiche della libertà religiosa alimentare in Italia e in Europa*, in

mento – il solo che, secondo la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, soddisfa i requisiti di una società democratica – il quale «assicuri che i gruppi in competizione convivano tollerandosi l'un l'altro»[5].

Le controversie originate da una (reale o presunta) discriminazione religiosa, che animano il dibattito pubblico, politico e naturalmente anche giuridico, hanno spesso un indiscusso dato di partenza in comune. Prima di accertare la sussistenza di una discriminazione, il giudice è chiamato a verificare se la caratteristica che fonda il presunto trattamento discriminatorio sia effettivamente riconducibile a una religione o un credo. Facendo l'esempio forse più ovvio, si dibatte in maniera molto accesa sulla legittimità dei divieti di indossare il velo islamico o il *kirpan*, ma non si mette mai in discussione il carattere religioso di tale pratica. Si può semmai collocarla in un contesto più ampio che aggiunga l'elemento culturale alla definizione dell'«identità» del simbolo, senza però arrivare a negare quello religioso. In termini più generali, è possibile affermare che l'islam non sia solo una religione, perché è anche una cultura, una civiltà: ma qualsiasi ampliamento semantico non potrebbe avere come esito finale quello di negare che sia *anche* una religione.

Questo contributo intende esaminare il problema della discriminazione basata su un credo – consistente nel caso del vegetarianesimo in uno specifico regime alimentare, e in quello del veganesimo in un insieme di principi e pratiche che includono, ma al tempo stesso trascendono, il divieto di nutrirsi di determinati cibi – a partire da tale problema definitorio. Come ha ricordato Mark Hill, «The state is charged with securing freedom of belief for its citi-

---

Giuseppe Colombo (a cura di), *A tavola con Dio e con gli uomini. Il cibo tra antropologia e religione*, Vita e Pensiero, Milano, 2016, pp. 103-123; Alessandro Ferrari, *Cibo, diritto, religione. Problemi di libertà religiosa in una società plurale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 15, 2016; Antonio Fuccillo, Francesco Sorvillo, Ludovica Decimo, *Diritto e religioni nelle scelte alimentari*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 18, 2016; Daniela Milani, *L'osservanza dei precetti alimentari nelle società multireligiose tra pratiche rituali e libertà di culto*, in Maria d'Arienzo (a cura di), *Il diritto come "scienza di mezzo". Studi in onore di Mario Tedeschi*, vol. III, Luigi Pellegrini Editore, Cosenza, 2017, pp. 1697-1716; Elettra Stradella, *Ebraismo e cibo: un binomio antico e nuove tendenze alla prova del multiculturalismo,* in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 28, 2019; Carmela Ventrella, *Il rispetto delle regole del cibo in una società multiculturale,* in *Euro-Balkan Law and Economics Review*, 1, 2020, pp. 38-58; Angela Valletta, *Il diritto al cibo religiosamente orientato al tempo di pandemia*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 13, 2020.

[5] «Although the Court recognizes that it is possible that tension is created in situations where a religious or any other community becomes divided, it considers that this is one of the unavoidable consequences of pluralism. The role of the authorities in such circumstances is not to remove the cause of tension by eliminating pluralism, but to ensure that the competing groups tolerate each other» (*Serif v. Greece*, sentenza, 14 dicembre 1999, ricorso n. 38178/97, par. 53). Questa massima è stata richiamata costantemente nella giurisprudenza successiva della Corte.

zens and with eliminating all forms of discrimination between believers»[6]. Ma chi sono i credenti, cui spetta la titolarità del diritto a non essere discriminati per la loro religione o credo? Si può considerare scontato che l'islam sia una religione (o *anche* una religione) e che l'ateismo sia un credo. Cosa dire però del vegetarianesimo e del veganesimo[7]?

In due casi recenti, un tribunale inglese è stato chiamato a decidere in via preliminare se il vegetarianesimo e il cd. veganesimo etico, che il rispettivo ricorrente presumeva che avesse fondato un trattamento discriminatorio sul luogo di lavoro, fossero o meno un credo filosofico protetto[8]. Anche in Italia, il Tribunale di Bologna si è dovuto confrontare con la domanda di una docente di una scuola primaria «di poter fruire di un servizio mensa strutturato in modo da poter soddisfare le esigenze alimentari connesse con la dieta vegana, che ella segu[e] in conformità con le sue credenze etico-religiose», concludendo poi con sentenza del 9 aprile 2020 «che il regime alimentare vegano appare determinato da convinzioni di natura filosofica e/o religiosa che appaiono meritevoli di tutela nell'ambito di ampio riconoscimento del diritto alla libertà di pensiero riconosciuto dalla Costituzione italiana»[9].

In questa sede esamineremo i due casi inglesi. In *Mr G Conisbee v. Crossley Farm Ltd and Others,* il giudice del lavoro ha ritenuto che il vegetarianesimo non costituisse un credo filosofico protetto ai sensi dell'*Equality Act 2010*[10]

---

[6] Mark Hill QC, *Preface*, in Id. (a cura di), *Religion and Discrimination Law in the European Union,* Institute for European Constitutional Law, Trier, 2012, p. 7.

[7] Per osservazioni generali su tale problema definitorio, rimandiamo a Rossella Bottoni, *Le discriminazioni religiose nel settore lavorativo in materia di alimentazione*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1, 2013, pp. 122-129.

[8] Per un inquadramento generale del rapporto tra religione e alimentazione nel Regno Unito, si vedano i due studi di Anna Gianfreda, *Alimentazione e religione nel Regno Unito: ambiti normativi e questioni aperte*, in Antonio G. Chizzoniti (a cura di), *Cibo, religione e diritto. Nutrimento per il corpo e per l'anima*, Libellula Edizioni, Tricase, 2015, pp. 363-400; e Ead., *La tutela delle prescrizioni alimentari religiose nella normativa del Regno Unito*, in *Il Diritto ecclesiastico,* 1-2, 2010, pp. 53-83. Sul diritto antidiscriminatorio britannico, cfr. Russell Sandberg, *Law and Religion,* Cambridge University Press, Cambridge, 2011, pp. 53-58 e 100-130. In tema di discriminazione sul luogo di lavoro, cfr. anche Frank Cranmer, *Religion and Belief in United Kingdom Employment Law: An Introduction to the Case-Law*, Brill, Leiden, 2017, pp. 8-11; Norman Doe, *Law and Religion in the Workplace. The United Kingdom,* in Miguel Rodríguez Blanco (a cura di), *Law and Religion in the Workplace. Proceedings of the XXVIIth Annual Conference. Alcalá de Henares, 12-15 November 2015,* Comares, Granada, 2016, pp. 395-401; David McClean, *United Kingdom*, in Mark Hill QC (a cura di), *Religion and Discrimination Law in the European Union,* Institute for European Constitutional Law, Trier, 2012, pp. 336-342.

[9] Il testo della sentenza è consultabile in *https://www.olir.it/documenti/dieta-vegana-e-convinzioni-filosofiche-e-religiose-la-sentenza-del-tribunale-di-bologna*. Sulla giurisprudenza italiana in materia, cfr. Federico Colombo, *Oltre il pluralismo religioso. Veganismo come convincimento di coscienza*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 18, 2020, 33-37.

[10] Cfr. Stella Coglievina, *Divieti di discriminazione e fattore religioso: la normativa britannica*

(sentenza del 6 settembre 2019)[11], mentre in *Mr J Casamitjana Costa v. The League Against Cruel Sports* tale qualifica è stata riconosciuta al veganesimo etico (sentenza del 21 gennaio 2020)[12]. Una circostanza interessante che agevola il confronto tra le due sentenze è il fatto che esse sono state emanate dal medesimo giudice, Robin Postle.

*L'*Equality Act *2010 e la definizione di credo filosofico protetto*

L'*Equality Act 2010* identifica nove caratteristiche protette (tra cui la religione o il credo) e vieta la discriminazione fondata su una o più di esse. L'inclusione non solo della religione ma anche del credo permette di estendere la protezione offerta dal diritto antidiscriminatorio a tutte le visioni del mondo, religiosamente orientate o meno, come l'ateismo, e di evitare alcuni problemi definitori quali ad esempio: l'induismo e il buddismo sono una religione o una filosofia? Ciò, tuttavia, non elude del tutto la difficoltà della definizione, ma ne sposta solo i confini. Una volta ammesso che tutto ciò che sia religione o credo (senza necessità di distinguere tra i due) è oggetto di tutela giuridica, rimane la questione di distinguere cosa è religione o credo da ciò che non lo è[13]. La legge non include una definizione di religione o di credo – questione che nondimeno i tribunali hanno dovuto affrontare. Da un lato, la mancanza di una definizione formale può condurre a trattare la medesima *Weltanschauung* e il relativo gruppo che la manifesta in modo diverso a seconda del paese europeo considerato (come nel caso di Scientology); dall'altro, consente l'adozione di un approccio flessibile e inclusivo, in virtù del quale le corti non rimangono vincolate a nozioni restrittive o suscettibili di diventare obsolete con il passare del tempo[14].

Ai sensi dell'art. 10 dell'*Equality Act 2010,* "credo" significa qualsiasi credo religioso o filosofico. Le note esplicative alla legge hanno precisato che la caratteristica protetta include la mancanza di un credo[15], e hanno individuato i seguenti criteri per determinare cosa sia un credo filosofico: *i)* il credo deve

---

dopo l'«Equality Act 2010», in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2, 2011, pp. 323-349.

[11] In *https://www.bailii.org/uk/cases/UKET/2019/3335357_2018.html*.

[12] In *https://www.bailii.org/uk/cases/UKET/2020/3331129_2018.html*.

[13] Lucy Vickers, *Religious Freedom, Religious Discrimination and the Workplace*, Hart Publishing, Oxford, 2016, p. 13.

[14] *Ivi,* pp. 160-161.

[15] *Explanatory Notes*, n. 51, in *https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/ 15/notes/division/3/2/1/7*.

essere genuinamente posseduto; *ii)* deve essere un credo e non un'opinione o un punto di vista basato sullo stato attuale delle informazioni disponibili[16]; *iii)* deve essere attinente a un aspetto importante e sostanziale della vita e del comportamento umani. A questi si aggiungono due criteri derivati dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo[17]: il credo *iv)* deve avere un determinato grado di forza, serietà, coerenza e importanza, e *v)* deve essere meritevole di rispetto in una società democratica, compatibile con la dignità umana e non essere in conflitto con i diritti fondamentali degli altri (il che esclude un qualsiasi culto coinvolto in attività illegali)[18]. Le note esplicative forniscono alcuni esempi: l'umanesimo (*humanism*) e l'ateismo sono credi ai sensi di questa norma, mentre la fede calcistica non lo è[19]. È importante osservare che il credo in questione non deve necessariamente essere condiviso da altre persone[20].

Si deve peraltro ricordare che l'elaborazione di questi criteri è precedente e risale alla sentenza del 3 novembre 2009 concernente *Grainger PLC and Others v. Mr Nicholson*[21], in cui l'*Employment Appeal Tribunal* ha concluso che il credo nel cambiamento climatico come prodotto dell'uomo e nel risultante imperativo morale ad agire urgentemente per ridurre le emissioni di carbonio costituiva un credo filosofico protetto ai sensi dell'*Employment Equality (Religion or Belief) Regulations 2003*, come emendato dall'*Equality Act 2006*[22]. Negli anni successivi, i tribunali britannici sono stati chiamati a decidere se la qualifica di credo protetto si applicasse alla massoneria, al nazionalismo inglese, all'indipendentismo scozzese, al socialismo democratico, ai valori della BBC[23], allo spiritismo[24], alle teorie complottiste sull'11 settembre, alla convinzione che si debba indossare un papavero nella settimana pre-

---

[16] Su questo punto, cfr. anche Stella Coglievina, *Divieti di discriminazione e fattore religioso: la normativa britannica dopo l'«Equality Act 2010»* cit., p. 332.

[17] *Campbell and Cosans v. the United Kingdom*, 25 febbraio 1982, ricorsi nn. 7511/76 e 7743/76, par. 36. Cfr. anche Lucy Vickers, *Religious Freedom, Religious Discrimination and the Workplace* cit., pp. 21-22; Russell Sandberg, *Law and Religion* cit., pp. 50-51.

[18] *Explanatory Notes,* n. 52 cit.

[19] *Ivi,* n. 53.

[20] David McClean, *United Kingdom* cit., p. 338.

[21] Il testo della sentenza è consultabile in *https://www.bailii.org/uk/ cases/UKEAT/2009/0219_09_0311.html*. Cfr. anche Frank Cranmer, Russell Sandberg, *A critique of the decision in Conisbee that vegetarianism is not "a belief"*, in *Ecclesiastical Law Journal*, 1, 2020, p. 38.

[22] Cfr. Stella Coglievina, *L'«Equality Act 2006» ed il divieto di discriminazione religiosa,* in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2, 2006, pp. 425-436.

[23] Cfr. *https://www.lawandreligion uk.com*.

[24] Russell Sandberg, *Law and Religion* cit., pp. 56 e 103.

cedente al *Remembrance Sunday* (la domenica più vicina all'11 novembre)[25], alla prerogativa di possedere i diritti d'autore delle proprie creazioni artistiche[26] e, infine, allo stoicismo[27].

La giurisprudenza non ha ulteriormente rielaborato i criteri per definire un credo, ma la loro interpretazione ha sollevato delle criticità e la loro applicazione ai casi concreti ha sofferto di una certa incoerenza[28]. *i)* La genuinità del credo è suscettibile di essere indebolita da un comportamento non sempre conforme ad esso, laddove la persona interessata venga a compromessi con i principi professati. *ii)* L'esclusione di opinioni basate sullo stato attuale delle informazioni disponibili dalla tutela garantita alla religione e al credo sembra risalire al caso di un giudice, che lamentava di essere stato discriminato per la sua riluttanza ad affidare bambini a coppie omosessuali ai fini dell'adozione – posizione fondata non su principi religiosi o filosofici, bensì sulla mancanza di studi in materia, e quindi di dati sull'idoneità di una coppia dello stesso sesso all'adozione (*McClintock v. Department of Constitutional Affairs*). Tuttavia, questo criterio non appare soddisfatto nemmeno nel caso *Grainger*, dal momento che il credo in questione si fondava proprio sulle conoscenze scientifiche relative al cambiamento climatico. Se da un lato l'*Employment Appeal Tribunal* non ha escluso un credo filosofico basato sulla scienza dalla protezione offerta dal diritto antidiscriminatorio, dall'altro sembra si debba concludere che il secondo criterio da solo non sia sufficiente e che sia necessario soddisfarne anche altri. *iii)* L'applicazione del criterio dell'attinenza a un aspetto importante e sostanziale della vita e del comportamento umani appare particolarmente segnata da tendenze disomogenee – come vedremo anche nel confronto dei casi *Conisbee* e *Casamitjana Costa*. In due controversie concernenti l'opposizione alla caccia alla volpe, il giudice ha deciso che essa costituiva un credo protetto in un caso, ma non anche nell'altro. Si deve notare che nel primo caso il Tribunale ha sottolineato l'esistenza di un forte credo nella santità della vita in generale, che trascendeva la circostanza specifica della caccia alla volpe. Rimane nondimeno difficile predire l'applicazione di questo

---

[25] Norman Doe, *Law and Religion in the Workplace* cit., p. 394.

[26] Johanna Gibson, *Brands make believe: ethical veganism and labelling in fashion*, in *Queen Mary Journal of Intellectual Property*, 2, 2020, pp. 149-150.

[27] Il testo della sentenza è consultabile in *https://www.bailii.org/uk/cases/UKET/2020/2302259_2019.pdf*. Per un commento, cfr. RUSSELL SANDBERG, *Stoicism protected as a belief under the Equality Act: Jackson v. Lidl*, in *Law & Religion UK (https://www.lawandreligionuk.com)*, 25 settembre 2020.

[28] Cfr. Lucy Vickers, *Religious Freedom, Religious Discrimination and the Workplace* cit., p. 23; Frank Cranmer, Russell Sandberg, *A critique of the decision in Conisbee that vegetarianism is not "a belief"* cit., p. 36.

criterio generale a un credo in particolare. *iv)* Il grado di forza e di coerenza di un credo può essere difficile da determinare per i nuovi movimenti religiosi o per alcuni gruppi marginali, dove il sistema di credenze potrebbe risultare meno sviluppato e articolato o dove sia arduo accertarne con sicurezza il contenuto. *v)* L'ultimo criterio è, a prima vista, indiscutibile: nessuna protezione dovrebbe essere accordata a credi incompatibili con la società democratica, con la dignità umana e con il rispetto dei diritti fondamentali altrui. Così, si è negata protezione giuridica a inaccettabili credi politici o di altro tipo, come l'antisemitismo. Tuttavia, anche questo criterio può sollevare problemi interpretativi, nel momento in cui il giudice sia influenzato da una nozione di moralità che, com'è noto, può essere derivata da determinati assunti fondati sulle concezioni religiose prevalenti[29].

Il caso Conisbee

Conisbee è stato impiegato come cameriere e barista dall'aprile all'agosto 2018, quando si è dimesso lamentando molestie (*harassment*) a causa del suo credo nel vegetarianesimo. La ricostruzione dei fatti, quale emerge dal testo della sentenza, è frammentaria. Viene riportato un solo episodio, in cui il ricorrente sarebbe stato chiamato gay in quanto vegetariano da una delle cinque parti convenute[30]. Ad ogni modo tale lacuna non rileva ai fini dell'esame del caso, che verteva non sull'accertamento delle avvenute molestie, bensì sulla qualifica del vegetarianesimo come credo protetto. Si sono inoltre discusse questioni procedurali, che esulano dagli scopi di questo scritto e che pertanto non verranno trattate.

Bewley, l'avvocata del ricorrente, ha affermato in primo luogo alcuni fatti a suo avviso indiscutibili sul vegetarianesimo: *a)* molti vegetariani, incluso Conisbee, sono sinceri nel loro credo; *b)* nessuno può ragionevolmente negare che molti vegetariani, compreso il ricorrente, fondino il loro credo sincero sulla premessa che sia sbagliato e immorale mangiare animali e sottoporli alla crudeltà dell'allevamento e della macellazione; per loro questa non è una mera opinione o punto di vista basato sullo stato attuale delle informazioni disponibili, ma è un credo serio che costituisce parte integrante del modo di vivere; *c)* secondo dati del 2010, i vegetariani costituiscono il 21,8% della popolazione mondiale; *d)* pertanto, il vegetarianesimo è chiaramente un aspetto importante

[29] Lucy Vickers, *Religious Freedom, Religious Discrimination and the Workplace* cit., pp. 23-27. Cfr. anche Russell Sandberg, *Law and Religion* cit., pp. 56 e 103.

[30] *Mr G Conisbee v. Crossley Farm Ltd and Others* cit., par. 56.

e sostanziale della vita e del comportamento umani; questo a sua volta dimostrerebbe che esso ha un alto livello di forza, serietà, coerenza e importanza, e che è meritevole di rispetto in una società democratica; *e)* infine, nessuno può ragionevolmente sostenere che esso sia incompatibile con la dignità umana e confligga con altri diritti fondamentali[31]. Dunque, per l'avvocata, il vegetarianesimo soddisfa i requisiti previsti e, a sostegno ulteriore di tale posizione, è citata l'opinione di Lord Walker di Gestingthorpe, nel caso *Regina v. Secretary of State for Education and Employment and others (Respondents) ex parte Williamson (Appellant) and others* esaminato in appello dalla *House of Lords* il 24 febbraio 2005[32], secondo cui il pacifismo, il vegetarianesimo e la totale astinenza dall'alcol sono esempi indiscussi di credi che ricadono nella protezione offerta dall'art. 9 CEDU. Ad avviso di Bewley, questo conferma che il vegetarianesimo è un credo filosofico protetto e il giudice del lavoro dovrebbe ritenersi vincolato da tale giudizio[33].

La sussistenza del criterio *i)* è assodata: né le parti convenute né il giudice hanno contestato l'adesione di Conisbee al vegetarianesimo o la genuinità della sua credenza[34]. Nemmeno il requisito *v)* è stato messo in discussione: Postle ha affermato che la pratica del vegetarianesimo è chiaramente meritevole di rispetto in una società democratica e non è incompatibile con la dignità umana[35]. L'esito del caso si è quindi giocato sulla verifica degli altri tre criteri – oltre che su un problematico confronto tra vegetarianesimo e veganesimo, introdotto da Chapman, l'avvocato delle parti convenute, e avallato dal giudice.

Iniziando dal criterio *ii)*, Chapman ha affermato che quello del ricorrente non era un credo, bensì un'opinione o un punto di vista basato sullo stato attuale delle informazioni disponibili. Tale posizione è stata sostenuta richiamando il caso *McClintock*, che verteva sull'opinione di un giudice che le coppie omosessuali non potessero adottare con esiti tanto positivi quanto quelle eterosessuali. Secondo l'avvocato, questo era un mero punto di vista, così come l'idea di Conisbee che gli animali non dovevano essere allevati, rinchiusi o uccisi per produrre cibo, e che l'ambiente sarebbe stato un posto migliore

---

[31] *Ivi,* par. 16.

[32] Il testo della sentenza è consultabile in *https://www.bailii.org/uk/cases/ UKHL/2005/15.html*.

[33] *Mr G Conisbee v. Crossley Farm Ltd and Others* cit., parr. 18 e 21.

[34] *Ivi,* parr. 3 e 38.

[35] *Ivi,* par. 42. A titolo di confronto, la sussistenza di questo criterio è stata invece negata nel caso *Forstater v. CGD Europe & Anor,* dove il Tribunale ha concluso che il credo che il sesso sia biologicamente immutabile e che alle persone non dovrebbe essere permesso di autoidentificare il proprio genere sia incompatibile con la dignità umana e i diritti fondamentali degli altri. Cfr. Andrew Hambler, *Beliefs Unworthy of Respect in a Democratic Society: A View from the Employment Tribunal*, in *Ecclesiastical Law Journal*, 2, 2020, pp. 234-250.

senza la macellazione degli animali a scopo alimentare[36]. Tuttavia, il paragone fatto da Chapman risulta debole, perché i due casi non sembrano assimilabili: McClintock aveva precisato che la propria posizione non aveva un fondamento religioso o filosofico, mentre nulla suggerisce che il credo di Conisbee sia basato solo su informazioni e non anche su principi[37]. Nondimeno, le affermazioni di Chapman sono state condivise dal giudice Postle, il quale ha concluso che quello del ricorrente era chiaramente un punto di vista e, in quanto tale, inidoneo a qualificarsi come credo protetto. Egli ha anche aggiunto che – per soddisfare il criterio in esame – non è sufficiente avere un'opinione fondata su una certa logica, reale o presunta[38].

Rispetto al criterio *iii*), Chapman ha laconicamente affermato che il vegetarianesimo non attiene a un aspetto importante e sostanziale della vita e del comportamento umani, dal momento che riguarda la tutela della vita degli animali. Anche a questo riguardo è stato citato il precedente di un orientamento a cui era stata negata la qualifica di credo protetto, consistente nella convinzione che si debba indossare un papavero nella settimana precedente al *Remembrance Sunday*, ed è stato fatto un confronto con il caso di Conisbee: è sicuramente ammirevole che le persone mostrino rispetto alla memoria di chi ha combattuto nelle due guerre mondiali e nei conflitti successivi indossando un papavero, o che mostrino rispetto per gli animali astenendosi dal consumarne le carni. Ma in nessuno dei due casi si tratta di un aspetto importante e sostanziale della vita e del comportamento umani[39]. Nuovamente, il giudice Postle ha aderito al ragionamento di Chapman, concludendo che il vegetarianesimo è la scelta di uno stile di vita, è un sentimento ammirevole, ma non attiene alla vita e al comportamento umani[40]. Peter Edge ha tuttavia osservato che il ricorrente non credeva che «animali non umani» non dovessero uccidere altri «animali non umani» al fine di alimentarsi, ma che gli uomini non dovessero privare gli animali della vita per ricavarne cibo. In questa prospettiva, il vegetarianesimo attiene a una condotta umana. Peraltro, non è inusuale per una religione o un credo indicare modelli di comportamento nei confronti del mondo in generale, inclusi gli animali. Così, il pacifismo non riguarda solo il modo in cui gli esseri umani devono essere trattati, ma anche quello in cui devono comportarsi. Ora, sebbene il vegetarianesimo non riguardi la prima

---

[36] *Mr G Conisbee v. Crossley Farm Ltd and Others* cit., par. 28.

[37] Frank Cranmer, Russell Sandberg, *A critique of the decision in Conisbee that vegetarianism is not "a belief"* cit., p. 41.

[38] *Mr G Conisbee v. Crossley Farm Ltd and Others* cit., par. 39.

[39] *Ivi*, par. 29.

[40] *Ivi*, par. 40.

di queste modalità, concerne però senza dubbio la seconda[41]. Anche Frank Cranmer e Russell Sandberg hanno sottolineato l'assurdità di tale ragionamento: il criterio in esame non dovrebbe applicarsi al contenuto del credo religioso o filosofico, bensì all'importanza che questo ha per gli esseri umani. In questo senso, il vegetarianesimo riguarda gli esseri umani, perché consiste nel credo che essi non debbano mangiare carne. Inoltre, come sottolineano i rapporti sul cambiamento climatico, una dieta vegetariana non avrebbe un impatto benefico solo sull'ambiente, ma farebbe anche bene alla salute umana[42].

Il discutibile confronto tra il vegetarianesimo e il veganesimo[43] è stato introdotto nella discussione sul criterio *iv)*, relativo al grado di forza, serietà, coerenza e importanza del credo. Chapman non ha messo in dubbio la grande diffusione del vegetarianesimo, bensì le ragioni dell'adesione a esso, poiché mentre tutti i vegani condividono essenzialmente il medesimo credo, ci sarebbero almeno sei motivi per cui una persona può essere vegetariana: un sentimento generale di rispetto per la vita; una preoccupazione di tipo etico per l'allevamento e la macellazione degli animali; ragioni di salute o dieta; sensibilità ambientale; benefici economici; gusto personale. Questa varietà di motivazioni minerebbe la forza e la coerenza del vegetarianesimo come credo. L'avvocato delle parti convenute ha proseguito con un'argomentazione ancora più problematica: molte persone praticano il vegetarianesimo a un certo punto della loro vita, ma non mantengono questa pratica per sempre, perché per loro essa non è né seria né importante. Di conseguenza, un datore di lavoro non può sapere con certezza se un dipendente che ieri era vegetariano lo sarà anche domani[44]. Questa posizione non può però essere condivisa. Innanzitutto, nega in radice la libertà di cambiare credo (o religione), che è un diritto assoluto[45] e non può comportare come conseguenza quella di accordare a una visione del mondo minore protezione perché un giorno potrebbe essere abbandonata. Inoltre, anche ammettendo che vi sia una tendenza diffusa a praticare il vegetarianesimo solo stagionalmente, l'accertamento del grado di forza, serietà, coerenza e importanza del credo di una persona non dovrebbe dipendere dalla valutazione di come gli altri si comportano. In caso contrario, si arriverebbe

---

[41] Peter Edge, *Vegetarianism as a protected characteristic: another view on Conisbee*, in *Law & Religion UK (https://www.lawandreligionuk.com)*, 21 settembre 2019.

[42] Frank Cranmer, Russell Sandberg, *A critique of the decision in Conisbee that vegetarianism is not "a belief"* cit., p. 42.

[43] Su questo punto, cfr. *ivi,* p. 43.

[44] *Mr G Conisbee v. Crossley Farm Ltd and Others* cit., par. 30.

[45] Cfr. Rossella Bottoni, *Diritto e fattore religioso nello spazio europeo,* Giappichelli, Torino, 2019, p. 135.

alla conclusione assurda per cui – per esempio – l'indissolubilità del vincolo matrimoniale nel diritto canonico non è un credo religioso, perché molti cattolici ricorrono al divorzio civile per ottenerne la dichiarazione di cessazione degli effetti civili. Infine, le osservazioni svolte da Chapman potrebbero benissimo applicarsi anche al veganesimo: non è detto che un vegano mantenga tale sistema di vita durante l'intero arco della sua esistenza.

Chapman si è poi spinto a sostenere che, se il Tribunale non escludesse che il vegetarianesimo è un credo forte, dovrebbe allora valutare se ha una forza simile a quella di un credo religioso[46]. Questo, tuttavia, non è un requisito giuridico – o, meglio, non lo è più. Nel diritto antidiscriminatorio britannico il criterio per cui un credo filosofico doveva avere uno *status* simile a quello di uno religioso, previsto dall'*Employment Equality (Religion or Belief) Regulations 2003*, è stato abrogato dall'*Equality Act 2006*[47], né l'*Equality Act 2010* l'ha reintrodotto. Inoltre, Chapman ha affermato che molti vegetariani preferiscono semplicemente evitare carne e pesce e decidono di non andare fino in fondo e di non praticare il veganesimo. A suo avviso, si potrebbe pertanto sostenere che il vegetarianesimo è un credo «molto meno serio» del veganesimo[48]. Ma la «serietà» – almeno in una certa misura – non è forse negli occhi di chi guarda? Come ha osservato Frank Cranmer, la Corte Suprema britannica ha ritenuto che Scientology fosse una religione ai fini della registrazione dei suoi luoghi di culto ai sensi del *Places of Worship Registration Act 1855*[49]. Nondimeno, le sue dottrine non sembrano affatto «serie» a molte delle persone che non vi aderiscono[50].

Il giudice inizialmente è apparso adottare una posizione più cauta: ha infatti messo in guardia contro l'applicazione di *standard* troppo stringenti nella valutazione della forza, serietà, coerenza e importanza del vegetarianesimo[51]. Tuttavia, tale premessa non ha condotto alla sua logica conclusione, e Postle ha invece proseguito acriticamente sulla via tracciata da Chapman, distinguendo nettamente il vegetarianesimo dal veganesimo, sebbene il caso in esame non riguardasse quest'ultimo. È stato ipotizzato che questa differenza sia stata

---

[46] *Mr G Conisbee v. Crossley Farm Ltd and Others* cit., par. 31.

[47] Frank Cranmer, Russell Sandberg, *A critique of the decision in Conisbee that vegetarianism is not "a belief"* cit., p. 41.

[48] *Mr G Conisbee v. Crossley Farm Ltd and Others* cit., par. 31.

[49] Per approfondimenti sul diritto ecclesiastico britannico, cfr. Mark Hill QC, Russell Sandberg, Norman Doe, *Religion and Law in the United Kingdom*, Wolters Kluwer, Alphen an den Rijn, 2014.

[50] Frank Cranmer, *Is vegetarianism a "protected characteristic"? Conisbee,* in *Law & Religion UK (https://www.lawandreligionuk.com)*, 21 settembre 2019.

[51] *Mr G Conisbee v. Crossley Farm Ltd and Others* cit., par. 41.

fatta perché era pendente un ricorso di alto profilo presentato da un vegano (Casamitjana Costa), e perché nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo il veganesimo era già stato incluso nella protezione offerta dall'art. 9 CEDU[52]. Nel caso *Conisbee,* il giudice ha affermato che è vero che vi sono numerosi vegetariani in tutto il mondo, ma che essi lo sono per motivi molto diversi. Al contrario, le ragioni per essere un vegano appaiono essere le stesse per tutti. I vegani non accettano in alcun caso di mangiare carne, pesce o prodotti caseari, hanno precise preoccupazioni sul modo di trattare gli animali e condividono il chiaro credo che uccidere e mangiare gli animali sia contrario a una società civilizzata e anche al controllo del clima. In conclusione, secondo il giudice, la forza e la coerenza che emergono nel veganesimo non sono riscontrabili nel vegetarianesimo, a cui le persone aderiscono per i motivi più disparati: stile di vita, salute, dieta, imperativi etici, gusto personale[53]. Tuttavia, com'è stato correttamente osservato, la forza, serietà, coerenza e importanza di un credo non comportano che esso sia monoliticamente compatto. Disaccordi interni caratterizzano pressoché ogni religione o credo, dal cristianesimo al marxismo[54]. Le stesse considerazioni possono applicarsi al veganesimo, come ha convincentemente argomentato Peter Edge. Alcune ricerche suggeriscono che la maggioranza dei vegani sia atea o non religiosa, ma che una percentuale aderisca a una gamma di religioni e consideri il veganesimo come una manifestazione di tali credenze religiose piuttosto che una visione del mondo autonoma e separata. Così, vi sono vegani atei e vegani buddisti: in entrambi i casi si tratta di vegani, ma quelli atei non fondano il proprio veganesimo sugli insegnamenti buddisti su *dukkha* e *samsara*, come invece potrebbero fare i vegani buddisti[55]. Lo stesso caso *Casamitjana Costa,*

---

[52] Peter Edge, *Vegetarianism as a protected characteristic* cit. Il veganesimo è stato definito credo ai sensi dell'art. 9 CEDU dalla Commissione europea dei diritti dell'uomo in *C.W. v. the United Kingdom* (decisione di ammissibilità, 10 febbraio 1993, ricorso n. 18187/91). Com'è stato osservato, «Nel panorama delle numerose e spesso eterogenee pronunce degli organi giurisdizionali di Strasburgo sulla libertà religiosa, il tema delle "pratiche alimentari" connesse alle convinzioni etico-religiose non è certamente tra i più frequentati» (Anna Gianfreda, *La libertà religiosa alimentare nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in Antonio G. Chizzoniti (a cura di), *Cibo, religione e diritto. Nutrimento per il corpo e per l'anima*, Libellula Edizioni, Tricase, 2015, p. 453). Tra i pochi casi in materia solo due hanno posto la questione della presunta violazione del divieto di discriminazione: in *Jakóbski v. Poland* (sentenza 7 dicembre 2010, ricorso n. 18429/06) i giudici non hanno ritenuto necessario esaminare il ricorso anche dalla prospettiva dell'art. 14 in combinato disposto con l'art. 9 CEDU; in *Cha'are Shalom Ve Tsedek v. France* (sentenza 27 giugno 2000, ricorso n. 27417/95) l'ipotesi di discriminazione religiosa è stata esaminata, ma infine esclusa per 10 voti a 7.

[53] *Mr G Conisbee v. Crossley Farm Ltd and Others* cit., par. 41.

[54] Frank Cranmer, *Is vegetarianism a "protected characteristic"? Conisbee* cit.; Frank Cranmer, Russell Sandberg, *A critique of the decision in Conisbee that vegetarianism is not "a belief"* cit., p. 46.

[55] Peter Edge, *Vegetarianism as a protected characteristic* cit.

che ora esamineremo, conforta queste osservazioni: esso ha riguardato il cd. veganesimo etico, dove l'aggiunta dell'aggettivo sembra suggerire che esistano diversi orientamenti vegani[56].

Infine, seguendo nuovamente il discutibile ragionamento di Chapman, il giudice ha affermato che il credo filosofico deve avere uno *status* o forza simile a quello religioso, e che l'attinenza a un aspetto importante e sostanziale della vita e del comportamento umani non è un criterio sufficiente[57]. Entrambe le asserzioni sono criticabili: la prima è un'interpretazione *ultra legem,* dal momento che richiama una condizione che, come si è detto, non è più requisito giuridico dal 2006; la seconda sembra contraddire quanto sostenuto in precedenza[58]. Inizialmente, Postle aveva negato che il vegetarianesimo attenesse a un aspetto importante e sostanziale della vita e del comportamento umani; poi, invece, ha affermato che tale attinenza non è sufficiente a qualificarlo come credo protetto: ma una cosa è l'*assenza* di attinenza, un'altra è una connessione che, seppur giudicata insufficiente, comunque *esiste*.

Il caso Casamitjana Costa

Tra il 2004 e il 2007, e poi ancora tra il 2016 e il 2018, Jordi Casamitjana Costa ha lavorato per un'associazione contro gli sport crudeli, come la caccia alla volpe e al cervo e l'inseguimento della lepre. Durante il periodo di impiego, ha chiesto informazioni sugli investimenti dei fondi di pensione da parte del suo datore di lavoro, scoprendo che questi interessavano anche imprese che effettuavano sperimentazioni su animali, e pertanto – dal suo punto di vista – non etiche. Oltre a chiedere che i suoi contributi fossero investiti in fondi alternativi etici, ha inviato una serie di e-mail ai suoi colleghi per avvisarli, ritenendo che non fossero al corrente della politica di investimenti dell'associazione e che – come lui – l'avrebbero trovata contraria ai loro principi. L'associazione l'ha ammonito, invitandolo ad astenersi dal dare consigli finanziari e, infine, l'ha licenziato per condotta riprovevole. Casamitjana Costa ha quindi presentato ricorso lamentando discriminazione diretta, indiretta,

---

[56] Su questo punto cfr. Roberto D'Orazio, *La libertà di coscienza e il principio di eguaglianza alla prova delle «dottrine alimentari»*, in Lucia Scaffardi, Vincenzo Zeno-Zencovich (a cura di), *Cibo e diritto. Una prospettiva comparata,* I, Tre-Press, Roma, 2020, p. 53, nt. 84.

[57] *Mr G Conisbee v. Crossley Farm Ltd and Others* cit., par. 43.

[58] Frank Cranmer, Russell Sandberg, *A critique of the decision in Conisbee that vegetarianism is not "a belief"* cit., p. 47.

molestie e vittimizzazione[59].

La prima differenza – tutt'altro che marginale – tra questo caso e il precedente è che la parte convenuta (*The League Against Cruel Sports*) ha subito accettato che il veganesimo etico, professato e praticato dal ricorrente, costituiva un credo filosofico e, in quanto tale, era protetto dall'*Equality Act 2010*[60]. Il giudice ha nondimeno precisato che tale accertamento era di sua competenza, e ha osservato che in questo compito poteva beneficiare, tra l'altro, di una documentazione di 1239 pagine sulla definizione e sulla storia del veganesimo e sull'impatto che questo ha sulla vita di Casamitjana Costa[61] (contro la settantina del caso Conisbee)[62].

La parte della sentenza dedicata alla ricostruzione dei fatti consiste in un lungo elenco di abitudini e attività proprie di un individuo che si professa vegano etico. Il ricorrente non si limita ad astenersi dal consumare prodotti animali (pesce e carne) e derivati da essi (per esempio latte, uova e miele): evita anche alimenti come i fichi, che hanno un rapporto simbiotico con minuscoli insetti, la cui presenza nel frutto, al momento di consumarlo, non può essere esclusa con certezza. Inoltre, laddove l'etichetta di un prodotto non sia chiara[63], contatta l'azienda per verificare che esso sia effettivamente vegano; non permette che altre persone portino cibo non vegano in casa sua; quando

---

[59] Cfr. *https://ukhumanrightsblog.com/2020/01/04/ethical-veganism-is-a-protected-belief-rules-employment-tribunal*.

[60] *Mr J Casamitjana Costa v. The League Against Cruel Sports* cit., par. 1.

[61] *Ivi*, parr. 4-5.

[62] *Mr G Conisbee v. Crossley Farm Ltd and Others* cit., parr. 4-5.

[63] Il problema dell'etichettatura è un problema sempre più discusso in dottrina, il quale trascende il veganesimo e interessa anche i prodotti *kasher* e *halal*. A quest'ultimo riguardo, si vedano Rossella Bottoni, *The Italian Experience with Halal Certification: The Case of Halal Italia,* in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 6, 2020; Ead., *Legal Aspects of Halal Slaughter and Certification in the European Union and its Member States*, in Yunes Ramadan Al-Teinaz, Stuart Spear, Ibrahim H. A. Abd El-Rahim (a cura di)*, The Halal Food Handbook*, Wiley-Blackwell, Hoboken, 2020, pp. 263-270; Stella Coglievina, *La tutela delle diversità alimentari religiose in Spagna,* in Antonio G. Chizzoniti (a cura di), *Cibo, religione e diritto. Nutrimento per il corpo e per l'anima*, Libellula Edizioni, Tricase, 2015, pp. 401-436; Fernando Leonini, *La certificazione del rispetto delle regole alimentari confessionali: norme statuali e libertà religiosa*, in Antonio G. Chizzoniti, Mariachiara Tallacchini (a cura di), *Cibo e religione: diritto e diritti*, Libellula Edizioni, Tricase, 2010, pp. 143-154; Pietro Lojacono, *La rilevanza dei simboli religiosi nel campo economico e commerciale: il marchio e la pubblicità (traendo spunto dagli Accordi spagnoli con ebrei e islamici)*, in *Il Diritto ecclesiastico*, 1997, pp. 152-222; Elena Toselli, *Le diversità convergenti. Guida alle certificazioni kasher, halâl e di produzione biologica*, FrancoAngeli, Milano, 2015. Più in generale, cfr. Antonio G. Chizzoniti, *Le certificazioni confessionali nell'ordinamento giuridico italiano*, Vita e Pensiero, Milano, 2000. Sul tentativo di introdurre l'obbligo di etichettare tutti i prodotti derivanti da animali macellati ritualmente nel Regno Unito, oltre agli studi citati, cfr. Emma Downing, *Commons Research Briefing SN07108. Religious Slaughter of Animals*, 18 febbraio 2015, in *https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/SN07108/SN07108.pdf*, pp. 23-24.

soggiorna in albergo o partecipa a eventi dove viene servito del cibo, chiama sempre in anticipo per avvisare che è vegano; se viaggia per un periodo di tempo esteso, si porta dietro delle scorte alimentari; se si trova in luoghi remoti, preferisce in ogni caso patire la fame piuttosto che consumare un prodotto animale. Quel che è più rilevante è che il veganesimo etico va ben al di là di un mero regime alimentare[64]: Casamitjana Costa non possiede indumenti o mobili o altri oggetti prodotti da animali o con metodi basati sul loro sfruttamento; non ha animali domestici; non visita zoo, circhi e altri luoghi dove gli animali sono oggetto di spettacolo; da quando è diventato vegano, lavora solo nel campo della protezione degli animali e non ha relazioni sentimentali con persone non vegane; partecipa a manifestazioni, marce e proteste per i diritti degli animali e in quelle occasioni pronuncia discorsi a favore del veganesimo etico; si avvale di un servizio di elettricità fornito da una società certificata vegana; ove possibile, paga con carta di credito o monete ed evita le banconote, soprattutto quelle di recente emissione, in quanto realizzate usando prodotti animali; preferisce andare a piedi verso destinazioni raggiungibili al massimo in un'ora di cammino, invece che usare un mezzo che potrebbe urtare accidentalmente insetti o uccelli e – ultimo per ordine, ma non per importanza – evita prodotti finanziari caratterizzati da investimenti in aziende farmaceutiche che fanno test sugli animali. Il ricorrente ha infine precisato che fa uso di un determinato prodotto o servizio che non sia conforme al veganesimo etico o la cui conformità sia dubbia, solo se non è riuscito ad appurare che questo non abbia coinvolto lo sfruttamento animale, ovvero se è stato indotto in errore, o ancora se non aveva nessun'altra alternativa. In ogni caso ha specificato di non ritenere questi occasionali comportamenti come una trasgressione della sua morale, dal momento che comunque ha fatto tutto ciò che era possibile per contribuire alla riduzione della sofferenza e/o dello sfruttamento di ogni essere senziente[65].

Come ha opportunamente osservato Roberto D'Orazio, «il contegno tenuto dal ricorrente nei più diversi ambiti di vita al fine di appurare il carattere veritiero e totalizzante delle sue convinzioni, si risolve in una sorta di "statuto" dell'osservante vegano, che per il livello di dettaglio potrebbe assumersi a base di una tipizzazione dei comportamenti più rilevanti ai fini della tutela

[64] Per la prospettiva di studio del veganesimo come regime alimentare, cfr. *inter alia* Roberto D'Orazio, *La libertà di coscienza e il principio di eguaglianza alla prova delle «dottrine alimentari»* cit. Per una visione più ampia, che include anche l'abbigliamento e la relativa attività commerciale volta a promuovere le etichette vegane, cfr. Johanna Gibson, *Brands make believe: ethical veganism and labelling in fashion* cit.

[65] *Mr J Casamitjana Costa v. The League Against Cruel Sports* cit., parr. 10-22.

giuridica delle corrispondenti convinzioni. Lo standard che ne risulta appare tuttavia così stringente da far sorgere il dubbio che una sua eventuale applicazione al fine di individuare le espressioni tutelate possa rivelarsi riduttiva anziché espansiva delle forme in cui generalmente le concezioni vegane si manifestano nella prassi»[66]. Infatti, diversamente da quanto sostenuto dal giudice Postle nel caso *Conisbee*[67], vi sono diverse forme di veganesimo, così come vi sono divere forme di vegetarianesimo.

Rispetto alle leggi e alla giurisprudenza che rilevano per il caso in esame, il giudice ha affermato che l'art. 10 dell'*Equality Act 2010* sembrerebbe rispecchiare in maniera evidente l'art. 9 CEDU[68]. È interessante osservare che questo parallelo era già stato svolto da Bewley, l'avvocata di Conisbee[69]. Esso, tuttavia, non appare fondato: come hanno affermato Cranmer e Sandberg, l'art. 9 CEDU non distingue tra credi filosofici e non filosofici, e inoltre la giurisprudenza britannica si è avventurata ben al di là di quella della Corte europea dei diritti dell'uomo, arrivando a includere anche credi politici nella protezione offerta dall'art. 10 dell'*Equality Act 2010*[70]. Postle ha poi citato l'art. 3 del *Human Rights Act 1998*, secondo cui la legislazione domestica deve essere letta per quanto possibile come volta a dare attuazione ai diritti convenzionali, a meno che questo non violi un principio fondamentale dell'ordinamento. Ora – secondo il giudice – dal momento che la formulazione inclusiva dell'art. 10 dell'*Equality Act 2010* rispecchia quella dell'art. 9 CEDU, sarebbe sia bizzarro che illegittimo – ai sensi del menzionato art. 3 del *Human Rights Act 1998* – escludere dalla protezione del diritto antidiscriminatorio un credo già riconosciuto ai sensi della CEDU. Richiamando l'opinione di Lord Nicholls nel caso *Regina v. Secretary of State for Education and Employment and others (Respondents) ex parte Williamson (Appellant) and others*, già citato in precedenza, Postle ha anche assegnato grande rilevanza alla pratica e alla manifestazione del credo del ricorrente[71], il quale non si riduce quindi a un insieme di enunciati teorici.

Il giudice ha riconosciuto che il veganesimo è un credo filosofico protetto, innanzitutto perché *i)* è genuinamente posseduto e *ii)* è un credo e non un pun-

---

[66] Roberto D'Orazio, *La libertà di coscienza e il principio di eguaglianza alla prova delle «dottrine alimentari»* cit., par. 53.

[67] *Mr G Conisbee v. Crossley Farm Ltd and Others* cit., par. 41.

[68] *Mr J Casamitjana Costa v. The League Against Cruel Sports* cit., par. 24.

[69] *Mr G Conisbee v. Crossley Farm Ltd and Others* cit., par. 15.

[70] Frank Cranmer, Russell Sandberg, *A critique of the decision in Conisbee that vegetarianism is not "a belief"* cit., pp. 39-40.

[71] *Mr J Casamitjana Costa v. The League Against Cruel Sports* cit., parr. 26-30.

to di vista, nonostante le occasionali trasgressioni del ricorrente. Al riguardo, ha specificato che esso non consiste in un qualche tipo di opinione irrazionale, ma si fonda su una tradizione di lunga data a cui hanno aderito sia persone religiose che atee[72]. Questa affermazione è criticabile sotto due profili. In primo luogo, la razionalità di un credo non dovrebbe essere un criterio determinante ai fini della sua protezione giuridica: un qualsiasi credo o religione presenta elementi di irrazionalità agli occhi di chi non condivide tale orientamento. Così, la negazione di Dio può essere tanto irrazionale per una persona religiosa quanto l'affermazione della sua esistenza per una atea. In secondo luogo, l'adesione al veganesimo di persone aventi diverse religioni e credi conferma la fondatezza dell'obiezione di Edge che, riguardo al caso Conisbee, aveva osservato che come i vegetariani così anche i vegani potevano avere motivazioni molto diverse alla base della loro scelta di vita[73].

Ugualmente incongruente è l'affermazione del giudice in merito alla sussistenza del criterio *iii)* (attinenza a un aspetto importante e sostanziale della vita e del comportamento umani). A suo avviso, il veganesimo soddisfa tale requisito, perché è un credo al cui cuore vi è il rapporto tra umani e non umani: la relazione tra esseri umani e altre creature è un aspetto sostanziale della vita umana, il quale ha conseguenze sul comportamento dell'uomo. È doveroso ricordare che il medesimo giudice aveva negato che il vegetarianesimo, vertendo sul rispetto della vita degli animali, attenesse a un aspetto importante e sostanziale della vita e del comportamento umani[74]. Come ha affermato Angelo Licastro – rispetto a un diverso contesto, ma ci sembra che le sue considerazioni si possano ben applicare anche a questo – la «discriminazione diventa così assenza di ragionevolezza nella differenziazione»[75]. È compito dei tribunali valutare la legittimità del trattamento differenziato, «ma i margini di incertezza insiti in ogni operazione di questo tipo restano in certa misura ineliminabili, nonostante i parametri e i vincoli fissati dalle norme vigenti. Ne deriva che alla voce "ammissibilità" o "doverosità" del trattamento differenziato, non si può non ritrovare, ancora una volta, il criterio di ragionevolezza»[76].

Infine, sono condivisibili le conclusioni di Postle secondo cui il veganesimo etico *iv)* ha un determinato grado di forza, serietà, coerenza e importanza, e *v)* è meritevole di rispetto in una società democratica, è compatibile con la dignità umana e non è in conflitto con i diritti fondamentali degli altri. È

---

[72] *Ivi*, parr. 33-34.

[73] Peter Edge, *Vegetarianism as a protected characteristic* cit.

[74] *Mr J Casamitjana Costa v. The League Against Cruel Sports* cit., par. 35.

[75] Angelo Licastro, *Libertà religiosa, convivenza e discriminazioni* cit., p. 83.

[76] *Ivi*, p. 91.

però criticabile l'argomentazione su cui ha fondato tali conclusioni. In particolare, ha sottolineato l'esistenza di una comunità con operatori commerciali e ristoranti aderenti a tali principi etici, come elemento positivo a sostegno della forza, serietà, coerenza e importanza del veganesimo[77]. Pur non negando la possibilità che vi siano operatori commerciali aderenti per convinzione al veganesimo, questi di regola hanno come finalità il guadagno, e non la promozione di un ideale etico. Non appare quindi convincente il ricorso all'argomento dell'esistenza di un mercato vegano per sostenere la forza, serietà, coerenza e importanza di questo orientamento.

Anche se il caso *Casamitjana Costa* non ha avuto una conclusione giudiziaria – il che, come ha commentato Frank Cranmer, è stato un peccato per gli studiosi di diritto e religione che aspettavano la decisione di merito del Tribunale, ma un sollievo per le parti coinvolte che hanno raggiunto un accordo[78] – nondimeno le osservazioni svolte durante il procedimento hanno fornito alcune indicazioni sulle linee che la giurisprudenza britannica potrebbe assumere in materia nel prossimo futuro. Secondo un portavoce di *The League Against Cruel Sports*, l'unica ragione del licenziamento di Casamitjana Costa consisteva nelle sue comunicazioni ai colleghi relative alla politica di investimento dei fondi pensione, la quale ora è stata rivista. L'associazione ha dunque accettato che l'ex dipendente non aveva fatto nulla di male nel comunicare tali informazioni, in quanto questo comportamento era motivato dal suo credo nel veganesimo etico[79]. Di fatto, quindi, nella pratica dei rapporti di lavoro il veganesimo etico appare avviato verso un riconoscimento che le corti ancora non paiono del tutto pronte a sostenere con compiute argomentazioni giuridiche. Sarà interessante vedere gli sviluppi di questo approccio – che oggi esclude il vegetarianesimo dalla qualifica di credo filosofico protetto – rispetto ad altre concezioni vegane, in particolare quelle più strettamente riconducibili a un regime alimentare.

---

[77] *Mr J Casamitjana Costa v. The League Against Cruel Sports* cit., parr. 36-38.

[78] Frank Cranmer, *Law and religion round-up – 8th March,* in *Law & Religion UK* (*https://www.lawandreligionuk.com*), 8 marzo 2020. Cfr. anche Id., *"Ethical vegan" claim against League Against Cruel Sports settled: Casamitjana,* in *Law & Religion UK (https://www.lawandreligionuk.com),* 2 marzo 2020.

[79] Cfr. *https://www.shropshirestar.com/news/uk-news/2020/03/02/ethical-vegan-hails-victory-for-animal-protection-after-settling-tribunal-case*.

La discriminazione religiosa in Cina. Il caso dei cristiano-cattolici

Religious discrimination in China. The case of the Christian-Catholics

Angela Patrizia Tavani

Abstract

Although the Chinese Constitution formally guarantees freedom of religion, understood as the freedom to believe and practice a religious cult, nevertheless the evaluation of authorizing religious practice falls within the governmental powers.

This study focuses in particular on the case of Christian-Catholics, also with regard to the very recent events that have seen the Catholic Church in China as a protagonist. It is good to observe, in fact, that, in the difficult and delicate panorama of the study of religious discrimination in China, the ideological and political context of the Chinese Communist Party (CCP) cannot be underestimated, the objectives it sets itself, also through a formal regulation of religious freedom.

With the agreement signed in 2018 between the Holy See and China, which is about to be extended, the clandestine Catholic Church seems to find itself in a very delicate situation and not without risks and uncertainties: on the one hand there is a certain resistance to joining the Patriotic Catholic Church on the other hand, the government, even though drastic methods, pushes the faithful, fearful of ending up on the list of xie jiao (and risking being criminally prosecuted for this) to adhere to the confessions controlled by the party.

The Catholic Church is called to «use Chinese culture to express the faith» and «to shape Catholic culture with Chinese characteristics». It is the challenge of the new Asian Christianity, much desired by Pope Francis, in continuity with his predecessors.

Key words

Religious freedom – Religious discrimination – Future prospects for a peaceful coexistence.

Riassunto

Nonostante la Costituzione cinese garantisca formalmente la libertà di religione, intesa come libertà di credere e praticare un culto religioso, tuttavia rientra nei poteri governativi la valutazione se autorizzare o meno la pratica religiosa.

*Questo studio si sofferma in particolare sul caso dei cristiano-cattolici, anche con riguardo alle recentissime vicende che hanno visto protagonista la Chiesa cattolica in Cina. È bene osservare, infatti, che, nel panorama non facile e delicato dello studio delle discriminazioni religiose nell'*ex *Celeste Impero, non si può sottovalutare il fondamentale contesto ideologico e politico del Partito Comunista Cinese (PCC), gli obiettivi che esso si prefigge, anche attraverso una formale regolamentazione della libertà religiosa.*

Con l'Accordo stipulato nel 2018 tra Santa Sede e Cina, in procinto di proroga, la Chiesa cattolica clandestina sembra trovarsi in una situazione molto delicata e non priva di rischi ed incertezze: da un lato emerge una certa resistenza ad aderire alla Chiesa Cattolica Patriottica, dall'altro il Governo, attraverso metodi anche drastici, spinge i fedeli, timorosi di finire nell'elenco degli xie jiao (e rischiando di essere per questo perseguibili penalmente) ad aderire alle confessioni controllate dal partito.

La Chiesa cattolica è chiamata ad «utilizzare la cultura cinese per esprimere la fede» e «a plasmare la cultura cattolica con le caratteristiche cinesi». È la sfida del nuovo cristianesimo asiatico, tanto auspicato da Papa Francesco, in continuità con i suoi predecessori.

Parole chiave

Libertà religiosa – Discriminazione religiosa – Prospettive future per una convivenza pacifica.

Sommario: 1. Premessa – 2. Brevi cenni sulla questione religiosa nella storia cinese – 3. Continuità o rinnovamento? – 4. Quale futuro?

Premessa

Nell'analisi dell'intreccio tra religione, diritto e politica in un continente come l'Asia, su cui poco si indaga da parte della cultura occidentale[1], si impone una premessa fondamentale e, cioè, che l'approccio del presente studio è rigorosamente scevro da ogni valutazione politica, positiva o negativa, in ordine alle scelte operate da parte della Repubblica Popolare Cinese; esso mira, piuttosto, a comprendere le ragioni che si collocano a fondamento di determinate scelte, anche alla luce delle vicende storiche della Cina, dalle quali non potrà prescindersi.

È utile puntualizzare che in Cina è formalmente garantita la libertà di religione, intesa come libertà di credere e praticare un culto, ma non senza l'ingerenza governativa alla quale compete di rilasciare idonea autorizzazione a tal fine. Pertanto, non sembra garantita una libertà religiosa nei termini in cui

[1] Pierluigi Consorti, *Diritto e religione*, Laterza, Bari-Roma, 2020, p. 343.

è comunemente intesa e riconosciuta nelle convenzioni internazionali, come libertà di credere in senso sostanziale, nell'ambito di uno Stato variamente laico.

In particolare, con riguardo al tema in questione, ovvero all'inosservanza del principio di non discriminazione, che consiste nel riservare un diverso trattamento per i componenti di un gruppo, tenendo conto delle differenze politiche, etniche, culturali o religiose, è imprescindibile tenere presenti le ragioni, anche storiche, delle reazioni del potere politico nei confronti delle diverse credenze religiose verso cui la discriminazione ha potuto o può assumere carattere delittuoso.

Questo studio si sofferma in particolare sul caso dei cristiano-cattolici, anche con riguardo alle recentissime vicende che hanno visto protagonista la Chiesa cattolica in Cina, rinviando ad ulteriori lavori l'approfondimento sulle vicende religiose riguardanti altre confessioni, credenze e correnti filosofiche in Cina.

Si impone precipuamente l'esigenza di un sintetico inquadramento del contesto culturale e politico, che si avvicenda con il susseguirsi di dinamiche alquanto complesse e variegate, con particolare riguardo al fenomeno religioso. Si rivela utile a tal fine percepire e cogliere l'articolata organizzazione culturale e religiosa cinese, estremamente differente rispetto a quella occidentale in genere, europea e italiana in particolare, cercando di comprendere le cause a fondamento di quelle che riconosciamo come discriminazioni religiose, meritevoli di attenzione da parte dello studioso di diritto ecclesiastico e che, nell'ottica del potere politico cinese, rappresentano disposizioni finalizzate ad un interesse, per così dire, "superiore".

È bene osservare, infatti, che, nel panorama non facile e delicato dello studio delle discriminazioni religiose in Cina, non si può sottovalutare il contesto ideologico e politico del Partito Comunista Cinese (PCC), gli obiettivi che esso si prefigge, anche attraverso una formale regolamentazione della libertà religiosa, per poi comprendere, senza per questo giustificarle, le ragioni sottese alle discriminazioni religiose diffuse e denunciate dagli organi di stampa in tutto il mondo e puntualmente negate dalle autorità centrali cinesi. Una volta individuati il fondamento ideologico e gli obiettivi politici, si potrà cogliere la *ratio* a sostegno della normativa vigente.

Brevi cenni sulla questione religiosa nella storia cinese

Volendo riassumere brevemente, senza pretesa di esaustività, gli aspetti più salienti inerenti lo sviluppo storico delle tradizioni religiose in Cina, si

può individuare un susseguirsi di più fasi, nel corso dei secoli, caratterizzate da un andamento ondivago tra un atteggiamento politico dichiaratamente e fortemente discriminatorio, soprattutto nei confronti di alcuni gruppi religiosi, ed un altro, più velato, contrassegnato da una formale proclamazione della libertà religiosa – di fatto inesistente – nella Costituzione vigente della Repubblica Popolare Cinese. Un passato e un presente che, tuttavia, non sono tra loro in contrapposizione, ma in continua evoluzione e trasformazione, aspetto peculiare che difficilmente potrebbe essere colto in un orizzonte tipicamente occidentale[2].

Le tradizioni di età preimperiale che si rifacevano a Confucio si erano sviluppate nel corso del tempo sostanzialmente in due filoni: quello che fa capo a Mencio (più idealistica, ritenuta più fedele all'interpretazione del pensiero del Maestro), e quello di Xunzi, con risvolti più realistici. Nelle epoche successive permane la contrapposizione tra entrambe le tradizioni, l'una idealista e l'altra realista, l'una più spirituale, l'altra più pragmatica fino a quando non si è realizzata una vera e propria sintesi in età imperiale.

È opportuno ricordare che lo stesso confucianesimo venne inizialmente osteggiato dal Primo Imperatore della dinastia Qin (226 a.C.), maggiormente incline ad applicare il pensiero legalista di Shang Yang e Han Fei, riverberantesi in un duro sistema repressivo che, se inizialmente consentì la fondazione dell'Impero sulla costrizione e sul terrore, proprio a causa di tale peculiarità non ebbe lunga vita.

Infatti la dinastia Han vi subentrò anche grazie alla differente concezione confuciana per cui la *religio* era considerata determinante per costituire un governo stabile: la classe dirigente, educata anche attraverso la religione, al rispetto delle norme morali e sociali, sarebbe stata capace di trasmetterle al popolo, attraverso il proprio comportamento esemplare, dove «religione e politica, cultura e morale, pubblico e privato, individuale e collettivo convergevano in un'unità organica – unità perseguita come sacro valore che appare davvero *altra* rispetto all'esperienza storica europea, costitutivamente impregnata di dualismi e animata da una dinamica intrinsecamente plurale e pluralistica, quanto meno in seguito all'emergere, nel nostro Medioevo, della dialettica di potere spirituale e potere temporale»[3].

Tale impostazione non è mutata, sebbene con diverse declinazioni, fino all'ultima dinastia imperiale, caduta nel 1911.

In ogni caso nella Cina imperiale, quando il confucianesimo, formalizzan-

---

[2] Per approfondimenti cfr. Massimo Introvigne, *Il libro nero della persecuzione religiosa in Cina*, Sugarco Edizioni, Milano, 2019, p. 25 ss.

[3] Cfr. Amina Crisma, *Confucianesimo e Taoismo*, EMI, Bologna, 2016, p. 66.

dosi come ideologia ufficiale dello Stato, determinò una sintesi tra le versioni tradizionali di Mencio e di Xunzi, i gruppi religiosi di qualsiasi credo erano tenuti a prestare giuramento di fedeltà all'Imperatore: a lui solo spettava decidere quali religioni, sulla base di un giudizio prevalentemente politico, dovessero essere tollerate e quali perseguitate in quanto di ostacolo alla religione ufficiale imposta dall'autorità imperiale. Da notare che molti degli imperi che si sono susseguiti in Cina erano tra i più vasti mai esistiti al mondo.

A partire dalla dinastia Ming furono istituite le leggi contro i movimenti appartenenti agli *xie jiao* (sciè giào – zi giào), o "insegnamenti eterodossi", oggi considerate "sette"[4]; si trattava di una sorta di elenco predisposto sulla base dell'opinione discrezionale dell'Imperatore, il quale poteva decidere quali religioni fossero da ascrivere all'interno degli *xie jiao* e, pertanto, perseguitate.

Il timore degli Imperatori era fondato su tentativi di movimenti religiosi, soprattutto quelli basati su tradizioni millenarie, di sovvertire l'assetto governativo dell'impero. Per questa ragione, nel 1725 anche il cristianesimo venne dichiarato come movimento rientrante negli *xie jiao* e, pertanto, perseguitato, fino a quando non subentrarono forti pressioni da parte occidentale verso la metà dell'Ottocento[5].

Alla fine del secolo XIX scoppiò in Cina la rivolta dei *boxer* (fanatici militanti di alcune società segrete nazionaliste, decise a cacciare dalla Cina le avanguardie dell'imperialismo occidentale: missioni religiose, aziende straniere, inviati politici e militari delle grandi potenze). Furono chiamati *boxer* perché molti di loro appartenevano alla "Società dei Pugni Celesti" ed erano esperti di arti marziali.

Differente fu, invece, la politica adottata dalla Cina Repubblicana (1912-1949) che, ispirandosi alla Rivoluzione Francese favoriva, almeno formalmente, la libertà religiosa. Di fatto, in questo periodo, si percepiva chiaramente la tendenza alla soppressione delle credenze religiose, soprattutto se considerate popolari e, pertanto, non degne di tutela in quanto ritenute pura superstizione. È nota, al riguardo, la trasformazione dei templi in scuole che caratterizzò la Cina dell'epoca.

---

[4] Alcuni studiosi ritengono che l'uso dell'espressione *xie jieo* attualmente tradotta volutamente dal regime in "sette malvagie" e non più "insegnamenti eterodossi", è volta ad accattivarsi la solidarietà degli Occidentali religiosi e laici che, appunto, combattono le sette. Cfr. sull'argomento David Alexander Palmer, *Heretical Doctrines, Reactionary Secret Societis, Evil Cults: Labelling Heterodoxy in 20th-Century China*, in Mayfair Yang (a cura di), *Chinese Religiosities: The Vicissitudes of Modernity and State Formation*, University of California Press, Berkeley e Los Angeles, 2012, pp. 113-134.

[5] V. Goossaertand-D.A. Palmer, *The religious Question in Modern China*, University of Chicago Press, Chicago, 2011, p. 27.

Innegabile, sullo sfondo, la permanenza di una visione della religione come ostacolo al progresso della società cinese. Per questa ragione, nel corso dei secoli, sono state tollerate solo quelle forme di cristianesimo che si mostravano favorevoli alle politiche di modernizzazione. Anche in questa fase persistette la logica della persecuzione degli *xie jiao*, sebbene con motivazioni differenti.

Coerentemente con la sua ideologia, Mao Tse-Tung, presidente fin dal 1949, instaurò il Regime Comunista ed attuò una politica ancora più incisiva rispetto ai suoi predecessori, orientata all'affermazione dell'ateismo ed alla conseguente pretesa di estinzione della religione: l'approccio tradizionale imperiale veniva così esaltato da un atteggiamento ancor più intollerante nei confronti delle religioni, attesa la forte adesione alle idee marxiste.

Pur essendo convinto che la religione sarebbe spontaneamente scomparsa nel momento in cui tutta la società avrebbe assunto lo stile di vita improntato alla filosofia marxista-leninista di cui era convinto sostenitore, Mao era altresì del parere di favorire il processo di estinzione di ogni credo trascendente attraverso l'adozione di varie misure drastiche, non solo circoscritte all'ambito delle confessioni cristiano-cattoliche; oltre all'espulsione di tutti i missionari stranieri, istituì cinque associazioni che rappresentavano le credenze religiose controllate dal Partito comunista: buddista, islamica, taoista, nonché altre due di matrice cristiana: i protestanti e l'Associazione patriottica cattolica cinese (1957), questi ultimi considerati "separati" dalla Chiesa di Roma.

Peraltro, Mao Tse-Tung intensificò la politica di ostilità degli *xie jiao*, non più considerate "sette" come in passato, ma ancor peggio come "società segrete reazionarie". Migliaia di religiosi, soprattutto aderenti ai nuovi movimenti di fedeli, sono morti negli anni '50 a causa delle pressanti persecuzioni di Mao, ancora oggi memorabili, soprattutto nei confronti di un nuovo movimento religioso, lo Yaguandao.

Per questa ragione, come accennavo, l'inquadramento storico della politica ecclesiastica è di fondamentale importanza per lo studio delle condizioni in cui versa la libertà religiosa in Cina, soprattutto in ordine all'analisi della perseverante persecuzione degli *xie jiao*, ancora presente nell'*ex* Regno di Mezzo.

Contrariamente alle sue aspettative, tuttavia, le misure adottate da Mao Tse-Tung non sortirono gli effetti sperati; infatti, la religione non era scomparsa, anzi, proprio quella cristiana si era vieppiù sviluppata. Lo aveva già intuito Tertulliano, nell'infuriare delle persecuzioni romane: egli esortava i cristiani a non piangere i propri morti perché essi avrebbero costituito il seme fecondo della nuova religione.

Fu così che durante la c.d. Rivoluzione Culturale avvenuta tra il 1966 e 1976 i successori maoisti attuarono una politica tesa all'annientamento di tutte

le comunità religiose, ivi comprese quelle autorizzate e controllate dal Partito Comunista. Non solo vennero distrutte chiese, templi, moschee, ma si rischiava di essere giustiziati per il solo fatto di possedere una Bibbia in casa.

Nel 1978, dopo la morte di Mao, avvenuta due anni prima, salì al potere Deng Xiaoping, il quale, pur essendo convinto sulla opportunità dell'estinzione della religione, forte dell'esperienza del suo predecessore, si rese conto che l'obiettivo non poteva realizzarsi, se non nella prospettiva di lungo periodo.

Non potendo prescindere dalla constatazione del fallimento delle pesanti persecuzioni che avevano sortito l'effetto opposto e, cioè, di incrementare, piuttosto che sedare, il sentimento religioso, Deng Xiaoping pose fine alla Rivoluzione Culturale (1966-1976) e nel 1982 promulgò il Documento n. 19 legittimando, nel solco intrapreso da Mao, solo quelle religioni disposte a sottoporsi al rigido controllo del Partito Comunista[6].

Nonostante la politica di Deng Xiaoping fosse meno drastica, continuavano ad essere perseguitati gli aderenti alla c.d. *Chiesa cattolica clandestina*, che si distingueva da quella ufficialmente autorizzata e legittimata dal Regime, l'*Associazione patriottica cattolica cinese*.

Dopo il ritiro di Deng Xiaoping, avvenuto nel 1989, i suoi successori hanno continuato ad operare nel solco da lui tracciato mentre, nel contempo, si preparava l'ascesa di Xi Jinping, da alcuni definito come il nuovo Mao, divenuto Segretario Generale del Partito Comunista Cinese e successivamente presidente della Cina dal 2013.

In questo lasso temporale, a partire dal 1995 è stata ripresa la politica di persecuzione degli *xie jiao*, a causa del notevole incremento riscontrato nell'ambito dei nuovi movimenti religiosi cristiani, tra cui il più numeroso è quello della Chiesa di Dio Onnipotente, fondata nel 1991.

Da quel momento il Partito Comunista Cinese ha utilizzato il pretesto dell'elenco degli *xie jiao* quale principale strumento di persecuzione. Un esempio è rappresentato dalla circostanza avvenuta nel 1999, quando il Partito Comunista Cinese, con una virata, inseriva nella lista nera degli *xie jiao* il fiorente movimento del Falun Gong che, invece, in passato, aveva sostenuto e, anzi, indicato come un esempio positivo per il benessere fisico e morale della popolazione cinese[7].

---

[6] Per approfondimenti cfr. Stefano Testa Bappenheim, *La "questione religiosa" per il Partito Comunista Cinese dopo la "rivoluzione culturale"*, in Bruno Fabio Pighin (a cura di), *Chiesa e Stato in Cina. Dalle imprese di Costantini alle svolte attuali*, Marcianum Press, Venezia, 2010, pp. 175-215. Per spunti comparativi cfr. Id., *Ordinamento cinese in materia religiosa: cenni di somiglianza col sistema tedesco*, in *Ephemerides Iuris Canonici*, 59 (2019), pp. 235-254.

[7] Il *Falun Gong*, come disciplina spirituale, prevede per il benessere psicofisico alcuni esercizi, tra cui la meditazione, e si fonda su un insegnamento basato sui principi di Verità, Compassione e

Nello stesso anno veniva introdotto nel Codice penale cinese l'espressione "xie jiao" e veniva istituito il c.d. Ufficio 610, un organo di polizia preposto proprio per la repressione degli *xie jiao*.

Il crollo delle Torri gemelle dell'11 settembre 2001 costituì, inoltre, un ulteriore pretesto per perseguitare gli uiguri musulmani accusati di terrorismo. Stesso trattamento sarà riservato anche ai buddisti tibetani[8].

Continuità o rinnovamento?

Divenuto presidente Xi Jinping nel 2013, la motivazione posta alla base dell'azione tesa alla repressione della religione appare molto simile a quella operata da Mao.

Xi Jinping è convinto, infatti, che la politica dei suoi predecessori sia stata troppo elastica al punto da aver lasciato eccessivo spazio allo sviluppo delle chiese domestiche clandestine (ivi compresa quella cattolica) e degli *xie jiao*. Infatti, l'espressione *QuanqiuZhili* in cinese significa letteralmente "governante globale". È questo un aspetto decisivo delle politiche escogitate dal presidente Xi Jinping per proiettare la Repubblica Popolare sulla scena mondiale. In passato la Cina ha sempre tenuto un atteggiamento schivo verso l'esterno, ritenendosi storicamente il "centro del mondo" (*Zhongguo*, la parola che noi traduciamo Cina, significa proprio Paese di Mezzo). Ora Pechino prova a espandere la sua influenza oltre i propri confini, coerentemente con la sua politica di potenza.

Tuttavia, pur essendoci molte similitudini con le persecuzioni di Mao, la modalità utilizzata da Xi Jinping è mutata e, con molto pragmatismo, si è adeguata ai tempi attraverso l'utilizzo della tecnologia. Essa generalmente si fonda su una solida campagna propagandistica promossa a livello internazionale[9], sia per negare la circostanza del traffico di organi dei prigionieri arrestati a causa del culto eterodosso professato[10], sia attraverso *fake news*[11].

Tolleranza (真 善 忍) . Col passare degli anni il Falun Gong, divenuto ormai popolare, è stato oggetto di intense persecuzioni in quanto percepito dai vertici governativi come una potenziale minaccia. Cfr. il sito web *https//www.bitterwinter.org*, *Perché la Cina perseguita il Falun Gong*, 30 agosto 2018 e *Shen Yun: lo spettacolo che il PCC ama odiare*, 15 novembre 2018.

[8] Massimo Introvigne, *Il libro nero della persecuzione religiosa in Cina* cit., pp. 30-31.

[9] Si tratta di una coalizione, come racconta Massimo Introvigne, definita Fronte Unito, alla quale partecipano sia il Partito Comunista Cinese sia altre forze politiche e culturali internazionali. Cfr. *ivi*, p. 32.

[10] *Ibid*., p. 32.

[11] Quella più nota riguarderebbe un omicidio avvenuto nel 2014 al McDonald's, attribuito ingiustamente alla Chiesa di Dio Onnipotente. Cfr. Massimo Introvigne, *McDonald's 2014: un omicidio*

La politica dell'attuale presidente consiste, in concreto, nell'avvalersi di accademici e giornalisti, anche occidentali, al fine di persuadere l'opinione pubblica internazionale circa la falsità delle accuse fondate sul trattamento dei prigionieri perseguitati per motivi di religione e sulla bontà del fine perseguito nei campi di detenzione in quanto fatti recepire come scuole.

Ancora. Negli anni più recenti, persuaso che i risultati attesi dalla politica del suo predecessore Deng Xiaoping fossero troppo diluiti nel tempo, l'attuale presidente ha inteso perseguire drasticamente l'obiettivo di bandire le religioni in Cina, soprattutto degli *xie jiao*, che erano aumentati nonostante l'energica repressione.

Oltre alla proibizione ai minorenni di frequentare chiese o templi e di ricevere un'educazione religiosa, è stata adottata la legge del 26 agosto 2017, entrata in vigore l'anno successivo, denominata *Normativa sugli affari religiosi*, con cui si regolarizzano le questioni religiose e che contiene messaggi inequivocabili sulla politica di Xi Jinping: se da un lato viene ufficialmente confermata la sola ammissione del culto delle cinque religioni autorizzate[12], dall'altro viene considerata come reato l'adesione ad una confessione rientrante negli *xie jiao*; tuttavia, vi sono numerosi credenti cinesi che non aderiscono alle cinque religioni autorizzate o riconosciute dal regime, né a quelle rientranti nell'elenco degli *xie jiao*.

Molti credenti cinesi frequentano, infatti, tra l'altro, le chiese domestiche protestanti o la stessa chiesa cattolica clandestina. Il rischio è ben evidente: laddove le chiese clandestine, rifiutando il controllo governativo, fossero relegate nell'elenco degli *xie jiao*, il Governo sarebbe legittimato a perseguirne penalmente gli adepti.

La Chiesa cattolica clandestina, insieme ad altre chiese domestiche, attualmente sembra trovarsi in una situazione molto delicata e non priva di rischi ed incertezze: da un lato non intende sottoporsi al Partito Comunista Cinese attraverso l'adesione alla Chiesa Cattolica Patriottica, dall'altro non vuole essere relegata nell'elenco degli *xie jiao*.

Il Governo dal canto suo, disponendo arresti e carcerazioni, distruggendo gli edifici di culto e i simboli religiosi appartenenti alle confessioni sotterranee[13], spinge i fedeli, timorosi di finire nell'elenco degli *xie jiao* (e rischiando

---

che la CDO non ha commesso, 20 settembre 2018, in *https://www.bitterwinter.org*.

[12] La fondazione dell'organismo denominato Chiesa delle Tre Autonomie (autonomia nell'amministrazione, nel sostegno e nella diffusione) risale agli anni '50 durante la presidenza di Mao; è così denominato in quanto presuppone l'indipendenza rispetto ad aiuti da parte di missioni straniere. Vi fanno parte L'Associazione Buddista Cinese, l'Associazione islamica cinese, l'Associazione taoista cinese, la Chiesa protestante cinese e la Chiesa cattolica cinese.

[13] Il Partito Comunista Cinese aveva così creato quello che è stato definito il "mercato rosso",

di essere per questo perseguibili penalmente) ad aderire alle confessioni controllate dal partito.

Le reazioni da parte delle chiese clandestine al fenomeno appena descritto sono state divergenti, alternandosi tra una resistenza ad oltranza e un atteggiamento più diplomatico, fondato sulla negoziazione.

Dal canto suo il regime non ha attuato discriminazioni sulla base della simpatia o meno nei confronti di una credenza, ma verificando se la chiesa clandestina non abbia superato una linea di demarcazione ben chiara alla collettività: le chiese domestiche, per non suscitare reazioni negative da parte del regime, avrebbero dovuto avere una consistenza numerica molto modesta, senza aumento significativo dei propri proseliti; si sarebbero dovute isolare dalle altre chiese domestiche e da quelle straniere e internazionali, come nel caso della Chiesa cattolica; non avrebbero dovuto esprimere critiche di alcun genere nei confronti del Partito Comunista Cinese; avrebbero dovuto riunirsi esclusivamente in luoghi di culto, evitando di testimoniare all'esterno la religione professata[14], che nell'ottica del regime rientra nell'ambito della sfera privata del credente.

È indubitabile che l'obiettivo di Xi Jinping sia quello di indurre i fedeli ad aderire alla Chiesa delle Tre Autonomie; nel caso dei credenti appartenenti alla Chiesa cattolica clandestina, ad aderire a quella Patriottica. L'imperativo categorico è salvare il comunismo in Cina; per questa ragione, la religione, intesa quale causa principale della caduta dei regimi comunisti, deve essere limitata e controllata[15].

In sostanza i diritti fondamentali del cittadino o della comunità sono destinati a soccombere davanti ai principi "superiori" che animano l'ideale comunista. Numerosi gli articoli pubblicati sul sito *web Bitter Winter* che raccolgono le testimonianze di fedeli cinesi appartenenti alla Chiesa cattolica clandestina, ripetutamente perseguitati e controllati dalla polizia in varie zone della Cina, ancor più dopo la sottoscrizione dell'Accordo del 22 settembre 2018 tra Santa Sede e Cina[16], al fine di indurli *obtorto collo* ad aderire alla

---

rappresentato dalle Associazioni religiose approvate dal regime, e il "mercato nero", quello malvagio rappresentato dagli *xie jiao*. Nel mezzo, nel "mercato grigio", rientrerebbero tutte le altre religioni che continuano ancora oggi a prosperare dove sono ricomprese anche la chiesa Cattolica "clandestina". Cfr. Yang Fenggang, *The Red, Black, and Gray Markets of Religion in China*, in *The sociological Quarterly*, 47 (1), 2006, pp. 93-122.

[14] Carsten Vala, *The Politics of Protestant Churches and the Party-State in China: God Above Party?*, Routledge, Londra-New York, 2018.

[15] *Ibid*.

[16] Cfr. Agostino Giovagnoli, Elisa Giunipero (a cura di), *L'Accordo tra Santa Sede e Cina. I cattolici cinesi tra passato e futuro*, Urbaniana University Press, Venezia, 2019, *passim*.

Chiesa Patriottica controllata dal regime[17].

A tal proposito si segnala l'intervento da parte del prefetto della Congregazione per l'evangelizzazione dei popoli del 3 febbraio 2019, di cui vale la pena riportare alcuni stralci: «Mi rendo conto che qualcuno possa pensare che, in questa fase, la Sede Apostolica sembri chiedere un sacrificio unilaterale, cioè solo ai membri della comunità clandestina, i quali si dovrebbero, per così dire "ufficializzare", mentre a quelli "ufficiali", non si chiederebbe nulla. La questione non è da porre in questi termini; infatti, non si tratta di una resa dei "clandestini" agli "ufficiali" o alle autorità civili, nonostante le apparenze, né di una vittoria sulla comunità non ufficiale […] Perciò, spero di non dover più sentire o leggere di situazioni locali nelle quali si strumentalizza l'Accordo al fine di costringere le persone a fare ciò a cui la stessa legge cinese non obbliga, come iscriversi all'Associazione Patriottica»[18].

Dopo questa scossa di assestamento, il Vescovo di Pechino Giuseppe Li Shan, intervenuto in occasione di un convegno sulla pace tra Oriente e Occidente, ha voluto rasserenare gli animi dichiarando che: «sul piano della fede la Chiesa di Cina è uguale alla Chiesa cattolica di qualsiasi altro Paese del mondo: stessa fede, stesso battesimo, fedele all'"una, santa cattolica e apostolica" in comunione con la Chiesa universale»[19].

Il futuro è caratterizzato dall'annuncio del Vangelo secondo quelli che sono i parametri dettati dalla politica e dall'ideologia della società cinese. Ma la Chiesa è chiamata, aggiunge Li Shan, a «utilizzare la cultura cinese per interpretare la dottrina ed esprimere la fede», fino a plasmare una cultura cattolica con caratteristiche cinesi[20]. È quanto auspicato da Papa Benedetto XVI, quando accennava ad un cristianesimo asiatico o cinese[21]. E forse è quanto in cuor suo auspica Papa Francesco, gesuita, che non può non rammentare la presenza in Cina, ricca di significati non solo culturali, di un altro gesuita: Matteo Ricci. Anche il PCC auspica una Chiesa più "cinese". Ci si perdonerà tuttavia, se

---

[17] Sulla descrizione dei numerosi episodi da parte della polizia e di funzionari cinesi, nei confronti di aderenti alla Chiesa cattolica clandestina, dopo la sottoscrizione dell'Accordo Santa Sede-Cina del 2018, cfr. *www.bitterwinter.org*.

[18] Intervista del Cardinale Fernando Filoni del 3 febbraio 2019 su *L'Osservatore Romano*.

[19] Gianni Valente, *Il vescovo di Pechino: la Chiesa in Cina è sempre rimasta cattolica*, su *La Stampa*, 15 maggio 2019.

[20] *Ibidem*.

[21] Benedetto XVI, Lettera ai Vescovi, ai presbiteri, alle persone consacrate e ai fedeli laici della Chiesa cattolica nella Repubblica popolare cinese, 27 maggio 2007, su *htttps://www.vatican.va*. L'espressione "nuova evangelizzazione" è in perfetta continuità con l'idea di Giovanni XXIII, quando convocò il Concilio con l'intento di poter trasmettere la rivelazione divina in modo più adeguato ai segni dei tempi anche a culture estranee all'occidente.

interpretiamo questo auspicio del Partito come un aspetto delle trattative volto ad ottenere il risultato di una Chiesa più obbediente all'apparato governativo.

Quale futuro?

Anche Napoleone, durante l'esilio di Sant'Elena osservò profeticamente che la Cina allora dormiva e che il suo risveglio avrebbe scosso il mondo.

Nel chiederci cosa accadrà nel futuro, è necessario avere sempre uno sguardo rivolto al passato, nella speranza di non commettere gli stessi errori. È utile evidenziare che la Compagnia di Gesù riuscì fin dal XVI secolo ad avvicinarsi all'Oriente, seguendo l'intuito del suo fondatore Ignazio di Loyola. I gesuiti dell'epoca avevano già percepito che il dialogo con il mondo cinese non poteva che fondarsi sulla valorizzazione della loro cultura e del senso dell'amicizia. Padre Matteo Ricci si impegnò molto in tal senso, apprezzando le tradizioni tramandate da Confucio che, ancora oggi, possono rappresentare una pista ideale per veicolare il messaggio evangelico. I gesuiti, come anche i francescani ed altri missionari avevano intensificato l'evangelizzazione attraverso le loro opere, fino a quando con Mao furono costretti ad abbandonare la Cina, non senza tristi e dolorose esperienze. Da quel momento, nella metà degli anni '50, la situazione si fece molto critica. La Santa Sede, dal canto suo, ha sempre reagito cautamente, con pazienza e saggezza, cercando, laddove possibile, di avviare un dialogo costruttivo che si è riproposto, dopo la morte di Mao, con Deng Xiaoping, in un contesto più aperto al mondo esterno.

In occasione del ricordo di Matteo Ricci nel 2001, San Giovanni Paolo II aveva auspicato «l'apertura di uno spazio di dialogo con le autorità della Repubblica popolare cinese, in cui, superate le incomprensioni del passato, si possa lavorare insieme per il bene del popolo cinese e per la pace nel mondo».

Benedetto XVI nella sua Lettera alla Chiesa di Cina nel 2007 aveva ribadito l'apertura al dialogo con le autorità cinesi e auspicava «di vedere presto instaurate vie concrete di comunicazione e di collaborazione tra la Santa Sede e la Repubblica popolare cinese», poiché «l'amicizia si nutre di contatti, di condivisione di sentimenti nelle situazioni liete e tristi, di solidarietà, di scambio di aiuto», senza mai dimenticare, da un lato la bussola della fede e della saggezza pastorale e, dall'altro, l'umile cognizione della complessità delle questioni in campo. Le soluzioni relative ai problemi ecclesiali vanno evidentemente cercate superando le tensioni esistenti con le legittime autorità civili[22].

[22] Cfr. sito *web www.vatican.va*.

In questa linea continua di azione e di magistero pontificio, Papa Francesco desidera proseguire nell'impegno del dialogo attraverso la promozione ed il sostegno del dialogo ufficiale col Governo cinese. Già nel 2016, Papa Francesco affermava: «Per me, la Cina è sempre stata un punto di riferimento di grandezza, un grande Paese, una grande cultura con una saggezza inesauribile». E aggiungeva: «Il vero equilibro della pace si realizza attraverso il dialogo, dialogo che non significa scendere a compromessi, ma camminare insieme per costruire».

Nei confronti della Chiesa cattolica clandestina il Partito Comunista Cinese sembra aver adottato una differente strategia con la sottoscrizione il 22 settembre 2018 dell'Accordo (provvisorio in corso di proroga) tra la Santa Sede e la Cina in ordine alle nomine episcopali[23], che sancisce la riammissione di sette Vescovi cinesi ordinati senza mandato pontificio[24]. È probabile che si assista col passare del tempo ad una fusione tra la Chiesa cattolica patriottica (nella quale i Vescovi sono nominati dal PCC) e quella clandestina, nella quale, secondo il Codice di Diritto canonico i Vescovi sono nominati dal Papa, per giungere al compromesso della nomina dei Vescovi direttamente dal Papa, ma al tempo stesso graditi al PCC. Pertanto, se fino a poco tempo fa, la selezione dei Vescovi passava sotto le forche caudine del gradimento da parte degli apparati politici e senza il necessario consenso della Santa Sede, la scommessa del futuro sulla quale si è soffermato il Vescovo di Pechino è quella di annunciare il Vangelo immergendosi nella cultura della società cinese, la quale non può prescindere dalle influenze dettate dall'attuale assetto politico, ideologico ed economico. La Chiesa cattolica è chiamata ad «utilizzare la cultura cinese per esprimere la fede» e «a plasmare la cultura cattolica con le caratteristiche cinesi». È la sfida del nuovo cristianesimo asiatico, tanto auspicato da Papa Francesco, in continuità con i suoi predecessori. Il Cardinale Parolin, in un'intervista ad *Asianews*, ha recentemente ricordato che: «fino a due anni fa […] la possibilità di nuove ordinazioni illegittime è sempre rimasta aperta e fino a pochi anni fa nuovi vescovi cinesi sono stati ordinati illegittimamente». Ora questo problema è risolto "definitivamente"[25].

Queste nobili aspettative da parte della Chiesa di Roma a mio avviso tengono nel debito conto che la Cina attuale è diventata una potenza globale. E la

---

[23] Dalla sottoscrizione dell'Accordo ad oggi tutte le ordinazioni sono state compiute secondo le norme di diritto canonico e in piena e legittima comunione gerarchica con il Papa.

[24] Nei prossimi giorni alcuni rappresentanti del Vaticano si recheranno in Cina per discutere con il Governo su come rinnovare, probabilmente per un altro biennio, l'Accordo sottoscritto nel 2018 per le nomine dei vescovi. Cfr. *https://www.vaticaninsider.it*.

[25] Cfr. sito *web www.asianews.it*.

sua politica, come quella di ogni superpotenza, non può mai essere collocata in una prospettiva statica, vale a dire tendente soltanto a mantenere lo *status quo*; essa si rivela espansiva, dinamica, come si può desumere dalle controversie, non solo commerciali, che caratterizzano i suoi rapporti con l'altra superpotenza, gli USA, in un clima che si potrebbe definire di *concordia discors*. Né si possono passare sotto silenzio le schermaglie diplomatiche con tutte le nazioni bagnate dal Mar Cinese Meridionale, sui cui isolotti gli eredi del Celeste Impero stanno creando basi militari, con conseguenti rivendicazioni di diritti su quelle acque e sui fondali, ricchissimi di idrocarburi. In altri termini, è facile intuire che la politica cinese non si discosta molto da quella di qualsiasi altro impero: anche per la Cina comunista (che Einaudi, se fosse ancora con noi, definirebbe economicamente liberale e politicamente illiberale) la religione è pur sempre *instrumentum regni* e deve servire a rafforzare il regime politico, non a creargli ostacoli.

Certamente non può negarsi che, nonostante l'ideale materialista professato dal Governo, il popolo cinese possiede un'elevata spiritualità che lo ha contraddistinto in epoca ancor più remota rispetto all'Occidente e che, insieme all'ascesa economica e alla modernizzazione, affiora con la crescita dei movimenti religiosi.

Dal canto suo la politica religiosa cinese se, da una parte sperimenta una trasformazione dei movimenti religiosi in forze sociali (come sembra fare con la Chiesa cattolica), dall'altra è attenta nel limitarne gli spazi di manovra: all'articolo 36 della Costituzione afferma che i cittadini «godono della libertà di credo religioso»[26]; vieta la discriminazione basata sulla religione e proibisce agli organi statali, alle organizzazioni pubbliche o agli individui di costringere i cittadini a credere o non credere in nessuna particolare fede. Il Consiglio di Stato, l'autorità amministrativa del Governo, ha approvato nuove norme in materia religiosa, che sono entrate in vigore nel febbraio 2018, per consentire alle organizzazioni religiose registrate dallo stato di possedere proprietà, stampare pubblicazioni, formare e approvare il clero e raccogliere donazioni. Infatti, nella parte dedicata ai principi generali, l'art. 1 del nuovo Regolamento in materia religiosa del 2018 si apre con la dicitura: «Al fine di proteggere la libertà religiosa dei cittadini, mantenere l'armonia religiosa e l'armonia sociale»[27].

---

[26] Sui contenuti e limiti della libertà religiosa in Cina cfr. Giuseppe Dalla Torre, *La libertà religiosa in Cina,* in *Chiesa e Stato in Cina. Dalle imprese di Costantini alle svolte attuali*, Marcianum Press, Venezia, 2010, p. 123 ss.

[27] La normativa ha l'obiettivo di mantenere l'*armonia* religiosa e sociale (维护宗教和睦与社会和谐) (art. 1). Sui cittadini religiosi incombe il dovere di mostrare rispetto reciproco e vivere in

A ben vedere il richiamo espresso all'*armonia*, per definire l'obiettivo che si prefigge la normativa, agli occhi del giurista occidentale, potrebbe apparire alquanto inusuale. Siamo piuttosto abituati ad utilizzare il termine in ambito musicale ma anche spirituale. Tutt'al più potremmo trovare utilizzato il termine quando si intende sottolineare, ad esempio, la congruenza tra una legge ed una norma costituzionale. Ma vi è di più. Nel Regolamento sono legittimati i controlli sull'attività religiosa da parte del Governo, la cui *ratio* viene, ancora una volta, fatta risalire alla tutela dell'*armonia*. Le regole, sempre al fine di tutelare l'*armonia*, includono restrizioni sull'istruzione religiosa, sull'edificazione dei luoghi di culto e sul relativo accesso, sulle celebrazioni religiose.

In quest'ottica va letto il controllo da parte dei funzionari della pubblica sicurezza cinese e del dipartimento amministrativo per gli affari religiosi sui gruppi religiosi per prevenire attività che «perturbano l'ordine pubblico, compromettono la salute dei cittadini o interferiscono con il sistema educativo dello Stato», come previsto dalla Costituzione cinese.

Così come nessuna organizzazione o alcun individuo può usare la religione per svolgere attività illegali (mettere in pericolo la sicurezza nazionale, distruggere l'ordine sociale, compromettere la salute dei cittadini, ostacolare il sistema educativo statale e altre attività che danneggiano gli interessi nazionali, gli interessi pubblici sociali e i diritti e interessi legittimi dei cittadini).

Ancora, il Regolamento del 2018 prescrive che nessuna organizzazione o alcun individuo può creare contraddizioni e conflitti tra religioni diverse, all'interno della stessa religione e tra credenti e non credenti; è altresì vietato predicare, sostenere o sovvenzionare l'estremismo religioso o utilizzare qualsiasi religione per minare l'unità nazionale, dividere il Paese o condurre attività terroristiche (art. 4).

Anche nella parte dedicata alle Istituzioni religiose si fa espresso riferimento all'*armonia*: ai sensi dell'art. 45 anche le pubblicazioni a carattere religioso non devono distruggere l'*armonia* tra cittadini religiosi e cittadini non religiosi, né minare l'*armonia* tra le religioni o l'*armonia* interna di una religione. Inoltre, non devono discriminare o arrecare offese ai credenti e ai non credenti, né promuovere l'estremismo religioso, o violare il principio di

---

armonia (信教公民和不信教公民、信仰不同宗教的公民应当相互尊重、和睦相处) (art. 2, § 3), nonché il dovere di rispettare la Costituzione, le leggi, i regolamenti e praticare i valori fondamentali socialisti, salvaguardando l'unità nazionale e, ancora una volta, l'*armonia* religiosa e la stabilità sociale (宗教团体、宗教院校、宗教活动场所和信教公民应当遵守宪法、法律、法规和规章，践行社会主义核心价值观，维护国家统一、民族团结、宗教和睦与社会稳定) (art. 4, § 2). Lo Stato, dal canto suo protegge le normali attività religiose, guidandone l'adattamento alla società socialista. Giova rilevare che il richiamo all'armonia si evince anche dagli artt. 1 e 2 § 2 della Decisione del Comitato permanente del Congresso popolare municipale di Shanghai sulla revisione del *Regolamento del Comune di Shanghai per gli affari religiosi* del 21 aprile 2005. Cfr. sito *web www.en.pkulaw.cn*.

indipendenza e autonomia della religione[28].

Il paradosso sta nel fatto che la violazione delle norme appena citate autorizza il Governo ad intervenire e reprimere qualsiasi iniziativa possa ostacolare l'armonia e la stabilità. È in quest'alveo, ampio e non ben predefinito, che si colloca la discrezionalità del Governo, il quale resta l'unico interprete autentico del concetto di armonia e pertanto potrà liberamente valutare tutto ciò che, a suo insindacabile giudizio, si ponga in contrapposizione ad essa, intervenendo con azioni repressive che, paradossalmente, ledono quell'armonia che, invece, si vorrebbe preservare.

Non è mancato, infatti, nel 2019 l'invito del Parlamento europeo rivolto alle autorità cinesi a porre fine, tra l'altro, alle campagne contro le congregazioni e le organizzazioni cristiane, alle molestie ai sacerdoti cristiani, alla demolizione delle chiese, esortando le autorità cinesi a dare attuazione al diritto costituzionale alla libertà di credo religioso per tutti i cittadini cinesi[29].

Come avvenuto nel periodo imperiale, anche attualmente il Governo, attraverso l'attività legislativa si arroga il diritto di decidere se una religione possa essere considerata ortodossa o meno e, di conseguenza, quale emarginare e quale utilizzare *pro domo sua*. Inoltre, a causa dei crescenti scambi culturali, si diffondono facilmente idee religiose e culturali nuove; per questa ragione oggi si sente parlare sempre più di "sinizzazione", quale tendenza a limitare l'influenza di soggetti stranieri che possano inficiare le direttive della politica del Partito, per consentire al Governo di esercitare sui cittadini un costante potere di controllo. La religione, cioè, deve rimanere affare di competenza dello Stato, oltre ad assumere caratteristiche peculiari cinesi.

Quando Voltaire scoprì, grazie ai gesuiti, l'universo cinese, commentò: «I cinesi non ebbero da rimproverarsi alcuna superstizione, alcuna ciarlataneria, come accadde invece agli altri popoli. Il Governo cinese mostrava agli uomini, e mostra loro tuttora, che è possibile governarli senza ingannarli, che non è per mezzo della menzogna che si serve il Dio della verità; che la superstizione è non solo inutile, ma nociva alla religione […] Da tanti secoli, la religione di tutta la gente onesta e dabbene in Cina è: adorate il Cielo, e siate giusti […] Il grande Confutze, che noi chiamiamo Confucio […] non ha fatto altro che raccogliere in un corpus le antiche leggi della morale […] Egli raccomanda il bene, e prescrive tutte le virtù»[30].

In quest'ottica il confucianesimo appare, più che una religione, un modo

---

[28] Cfr. art. 45 del nuovo Regolamento in materia religiosa del 1° febbraio 2018 sul sito *web www.en.pkulaw.cn*.

[29] Cfr. *https://www.europarl.europa.eu*.

[30] Voltaire, *Il filosofo ignorante*, Bompiani, Milano, 2000, pp. 25-26.

di vivere, un insieme di regole morali cui l'essere umano possa attingere, a prescindere dall'epoca in cui vive e a prescindere dal proprio credo religioso. Come è stato fatto a proposito del tema della compassione nel *Mengzi*, il libro dove sono raccolti gli insegnamenti di Mencio, il discepolo di Confucio. La solidarietà che scaturisce impulsivamente davanti alla sofferenza altrui rientra tra le caratteristiche ontologicamente insite nell'essere umano ed è soprattutto uno dei capisaldi della dottrina cristiana. Vi è, cioè, un forte legame tra tradizioni antiche, precetti religiosi e linguaggio dei diritti che non possono essere considerati, a pena di sminuirne il valore, meramente occidentali. A ben vedere la misericordia proclamata continuamente da Papa Francesco non può che essere condivisa ed avere una caratteristica universale[31], per tramutarsi nel diritto umano della *pietas* comune a tutte le religioni, della lealtà, della libertà religiosa, quegli stessi principi che costituiscono patrimonio della tradizione che ha forgiato i cinesi nel loro modo di pensare e di agire.

[31] Eloquenti sono le sue parole di incoraggiamento ai giovani cattolici cinesi: «Lasciatevi sorprendere dalla forza rinnovatrice della grazia, anche quando può sembrarvi che il Signore chieda un impegno superiore alle vostre forze. Non abbiate paura di ascoltare la sua voce che vi chiede fraternità, incontro, capacità di dialogo e di perdono, e spirito di servizio, nonostante tante esperienze dolorose del recente passato e le ferite ancora aperte. Spalancate il cuore e la mente per discernere il disegno misericordioso di Dio, che chiede di superare i pregiudizi personali e le contrapposizioni tra i gruppi e le comunità, per aprire un coraggioso e fraterno cammino alla luce di un'autentica cultura dell'incontro». Papa Francesco, *Messaggio ai cattolici cinesi e alla Chiesa universale*, 26 settembre 2018, n. 8. Cfr. *https://www.vatican.va*.

Identità etnico-religiosa, violazioni dei diritti umani e crimini: uno studio del caso Rohingya

Ethnic-religious identity, human rights violations and crimes: The case of Rohingyas as a case-study

Silvia Angioi

Abstract

This article addresses the topic of persecution of religious minorities and focuses on the case of Rohingya minority in Myanmar. It aims at demonstrating that the peculiar combination of political (and military) action, and targeted legislative intervention of the Burmese regime has been conceived to progressively eliminate the Rohingya minority and to cancel its specific ethno-religious identity. The article aims also to highlight that the recent escalation of the Burmese army's intervention against the Rohingya villages have forced the international community to react. Indeed, following the mass atrocities committed during the operations conducted in the late August 2017, and the mass exodus of hundred of thousand of Rohingyas towards Bangladesh, both the International Criminal Court and the International Court of Justice have been called upon to intervene; the first one has to decide on the responsibility of Burmese military and political leaders for crimes against humanity and the second one on the responsibility of Myanmar for crime of genocide.

Key words

Ethnic-religious minorities – International crimes – Rohingya.

Riassunto

L'articolo affronta il tema delle persecuzioni religiose tramite l'analisi di un caso-studio, quello della minoranza Rohingya in Myanmar. L'articolo mira a mettere in evidenza come sia l'azione politico-militare del regime birmano (e da ultimo del Governo misto civile-militare), sia l'intervento del legislatore siano stati concepiti con l'obiettivo di cancellare dalla mappatura delle minoranze presenti nel Paese – anche non ufficialmente riconosciute – un intero gruppo che si caratterizza per la sua peculiare identità in termini sia etno-linguistici che religiosi. Mira altresì a porre in evidenza come da ultimo la soglia di attenzione della comunità internazionale nei confronti del problema dei Rohingya si sia finalmente innalzata: la gravità delle violazioni dei diritti umani perpetrate a danno della minoranza religiosa durante le operazioni militari condotte dall'esercito birmano nei

villaggi Rohingya nell'estate del 2017, abbiano determinato l'intervento sia della Corte penale internazionale, sia della Corte internazionale di giustizia che sono state chiamate a pronunciarsi rispettivamente sulla responsabilità dei vertici politici e militari e birmani per crimini contro l'umanità e sulla responsabilità dello Stato del Myanmar per genocidio.

Parole chiave
Minoranze etnico-religiose – crimini internazionali – Rohingya.

Sommario: 1. Introduzione – 2. I Rohingya in Myanmar tra identità etnico-religiosa e politica di persecuzione – 3. Il ruolo del legislatore nella progressiva marginalizzazione della minoranza Rohingya: le norme in materia di religione – 4. Segue: le norme in materia di cittadinanza – 5. Questione Rohingya, Myanmar e diritto internazionale, tra mancata ratifica degli strumenti internazionali e ruolo degli organi di monitoraggio – 6. L'intervento della Corte penale internazionale e della Corte internazionale di giustizia sul caso Rohingya: identità etnico-religiosa, crimini contro l'umanità e genocidio – 7. Conclusioni

Introduzione

Le vicende relative al massiccio esodo dei Rohingya verso il Bangladesh, avvenuto nell'agosto 2017 in conseguenza delle operazioni condotte dall'esercito e dalla polizia birmana nei villaggi situati nello Stato del Rakhine (parte occidentale del Myanmar), hanno senza dubbio conferito un'evidente attualità ad un problema che in realtà è assai datato, cioè quello della politica di discriminazione, se non di vera e propria persecuzione, attuata in maniera sistematica e continua nei confronti dei Rohingya, sia dal regime militare che ha governato il Paese dal 1961, sia, più di recente, dal governo misto civile-militare, eletto nel 2011 all'indomani dell'avvio del processo di transizione democratica.

Le dimensioni e la brutalità delle operazioni condotte nel 2017 hanno determinato dapprima la reazione degli organi di vertice delle Nazioni Unite che si occupano di monitoraggio delle violazioni dei diritti umani – innanzitutto l'Alto Commissario per i diritti umani – ed in seguito l'intervento dei due principali organi giurisdizionali internazionali – Corte penale internazionale e Corte internazionale di giustizia – chiamate a pronunciarsi sulla asserita commissione di crimini internazionali e di atti di genocidio. Si è dunque registrato un cambio di passo nell'approccio della comunità internazionale nei confronti della questione Rohingya ma, più in generale, nei confronti di uno Stato, il Myanmar, che da decenni si segnala per le gravi e generalizzate violazioni dei

diritti umani di cui le minoranze etniche sono state fatte oggetto in maniera particolare.

Il caso dei Rohingya, minoranza di origine indo-bengalese e di fede islamica, appare, nella peculiare situazione birmana, dotato di una sua specificità: in un contesto nazionale che si caratterizza per essere fortemente multietnico e multireligioso, nel quale il confronto tra regime militare e minoranze ha assunto i tratti di una pluridecennale, violenta contrapposizione, i Rohingya, appaiono, fra i diversi gruppi etnici, quello verso il quale in particolare è stata indirizzata una politica di sistematica discriminazione e persecuzione.

L'obiettivo della presente analisi è dunque di evidenziare come tale politica sia stata attentamente condotta dal regime birmano non solo facendo ricorso a strumenti di tipo politico-militare, ma anche attraverso l'adozione di specifici strumenti legislativi. Questi ultimi hanno diversamente perseguito l'obiettivo di marginalizzare e discriminare la minoranza Rohingya: gli interventi legislativi attuati in materia religiosa sono apparsi non solo finalizzati ad assicurare in generale una primazia alla religione buddista maggioritaria e dunque all'etnia *Bamar* che la professa, ma hanno in alcuni casi interessato più specificamente le minoranze di fede islamica e i Rohingya in particolare. Accanto ed oltre gli interventi in materia religiosa, anche alcuni specifici strumenti adottati in altri settori si sono rivelati capaci di incidere profondamente sullo *status* giuridico dei Rohingya, dando origine a forme di evidente discriminazione nonché di negazione dei diritti basilari. Il caso emblematico è rappresentato dalla legge sulla cittadinanza: quest'ultima ha infatti non solo generato un diffuso fenomeno di apolidia all'interno del gruppo, consolidando una situazione di totale esclusione dal godimento dei diritti fondamentali, ma ha creato le condizioni favorevoli perché gli interventi dell'esercito birmano che hanno ciclicamente prodotto l'esodo dei Rohingya verso i paesi confinanti, fossero giustificati e supportati a livello politico interno, in quanto diretti nei confronti di un gruppo minoritario considerato estraneo al tessuto etnico e religioso del Paese.

L'analisi ha poi l'obiettivo di evidenziare come l'azione del regime e del governo birmano nei confronti dei Rohingya, si collochi in un contesto che dal punto di vista del diritto internazionale si caratterizza per il fatto che il Myanmar non è parte dei più importanti strumenti internazionali a tutela dei diritti umani e risulta pertanto estraneo al funzionamento dei meccanismi di controllo sulle violazioni dei diritti umani, previsti da quegli stessi strumenti. Si avrà però modo di considerare come malgrado il vuoto normativo e l'assenza di meccanismi di controllo giuridico, alcuni organi di monitoraggio sui diritti umani, previsti nel quadro delle Nazioni Unite – *in primis* lo *Special Rapporteur* per il Myanmar – abbiano potuto nel tempo registrare e documentare la gravità della situazione interna e la natura delle violazioni dei diritti umani e dei diritti

delle minoranze, ascrivibili al regime. Ai rapporti stilati nel corso degli anni dal *Rapporteur*, che contengono importanti indicazioni per quanto concerne sia il quadro dell'ordinamento giuridico interno cui si è fatto sopra riferimento, sia la tipologia e l'entità delle violazioni dei diritti umani perpetrate nel corso del tempo dal regime birmano, sono andati ad aggiungersi quelli predisposti più di recente dagli organi nominati dal Consiglio dei diritti umani in seguito agli eventi dell'agosto 2017. Le indicazioni e le informazioni contenute in tali rapporti potranno risultare assai utili nei procedimenti avviati dinanzi alla Corte penale internazionale e dinanzi alla Corte internazionale di giustizia, chiamate ad accertare rispettivamente la responsabilità penale dei vertici politici e militari birmani per crimini contro l'umanità e la responsabilità del Myanmar per violazione della Convenzione sul genocidio. È quanto dire che quei rapporti saranno utili ai fini di una possibile qualificazione giuridica della politica attuata per decenni dal regime birmano nei confronti di una minoranza etnico-religiosa, ai sensi di quanto previsto dalle norme del diritto internazionale penale: tali norme chiamate a garantire la repressione delle violazioni gravi e massicce dei diritti umani risultano infatti essere, al di là della loro vocazione naturale, gli unici strumenti attivabili in contesti, come quello birmano, quasi totalmente avulsi dai meccanismi di controllo non solo giuridico ma anche quasi-giurisdizionale previsti dagli strumenti internazionali di tutela dei diritti umani.

I Rohingya in Myanmar tra identità etnico-religiosa e politica di persecuzione

Gli eventi cui si è fatto sopra riferimento, risalenti all'agosto 2017 rappresentano solo il terminale – senz'altro impressionante per le modalità con cui l'esercito birmano ha condotto le operazioni e per le cifre dell'esodo conseguito a tali operazioni – di una lunga serie di interventi che il regime ed il governo birmano hanno nel tempo attuato nei confronti della minoranza Rohingya.

Tracciare e ripercorrere il *fil rouge* di quella che a tutti gli effetti pare essere una precisa strategia adottata nei confronti dei Rohingya, significa da un lato individuare il punto di partenza da cui tale strategia si origina e al contempo evidenziare in che modo l'azione di tipo politico-militare si sia accompagnata all'intervento del legislatore, così da creare un quadro complesso nel quale sono andati a convergere strumenti diversi, diretti sinergicamente ad attuare una politica di marginalizzazione e sistematica persecuzione. L'elemento che assume uno specifico rilievo nel caso dei Rohingya è il fatto che in un contesto nazionale che si caratterizza per il chiaro carattere multietnico e multireligioso, il regime e il governo birmano hanno opposto fin dall'epoca successiva all'indipendenza, un sistematico rifiuto di riconoscere l'esistenza

dei Rohingya in quanto gruppo dotato di una specifica identità etnica, religiosa e culturale e, conseguentemente di annoverare i Rohingya fra le minoranze ufficialmente riconosciute.

La questione dell'identità etnica, religiosa e culturale dei Rohingya è assai controversa, già a partire dall'uso del termine Rohingya: quest'ultimo, utilizzato sia a livello internazionale che dagli appartenenti al gruppo per autodefinirsi, è costantemente e intenzionalmente omesso dal governo birmano che non utilizza il termine Rohingya, ma piuttosto il termine "*Bengali*" anche nei documenti e negli atti ufficiali. Altrettanto controversa è la questione relativa alle origini della presenza del gruppo nel territorio del Paese: mentre i Rohingya sostengono di essere discendenti delle comunità arabe e persiane che si sono nel tempo, a seguito di varie ondate migratorie, stanziate nell'area nord-occidentale del Myanmar, tra la popolazione birmana di religione buddista è invece piuttosto diffusa la percezione – speculare rispetto all'atteggiamento delle autorità statali – che i Rohingya siano degli immigrati, per lo più "irregolari", provenienti dal Bangladesh, al cui tessuto etnico apparterrebbero e al quale sarebbero accomunati innanzitutto dal fatto di professare la fede islamica. Va altresì precisato che data la sua collocazione geografica, l'area del Rakhine è stata storicamente interessata da fenomeni migratori ciclici: in una prospettiva storica merita ricordare che durante il periodo della dominazione coloniale, l'amministrazione britannica aveva favorito, in Birmania come altrove, movimenti migratori interni alle diverse aree e regioni dell'impero ed il legislatore coloniale aveva altresì utilizzato un approccio diretto a creare condizioni favorevoli allo stanziamento e al radicamento delle comunità immigrate, innanzitutto attraverso il ricorso a un sistema legislativo improntato al criterio dell'applicazione della *personal law*[1]. Nel caso del terri-

[1] In Birmania, come anche in India, il legislatore aveva garantito l'applicazione della *personal law* alle 3 comunità religiose più importanti: buddista, induista e islamica. Tramite l'adozione nel 1898 del *Burma Laws Act*, fu infatti introdotto un sistema basato sulla *personal law* che prevedeva l'applicazione di *corpus* giuridici differenti in materie ricomprese in generale nel diritto di famiglia e nel diritto delle successioni. Conseguenza naturale dello stanziamento nel territorio birmano di una numerosa comunità di origine indo-bengalese e di religione islamica era stata la diffusione dei matrimoni interreligiosi, contratti, nella maggior parte dei casi, fra immigrati (uomini) di fede islamica e donne locali di religione buddista. Alla diffusione dei matrimoni interreligiosi si ricollegava tuttavia la difficoltà di regolamentare una serie di aspetti derivanti dall'applicazione della *personal law*. L'invalidità, ai sensi della legge islamica del matrimonio contratto con donne non appartenenti alle religioni del libro produceva a sua volta ulteriori effetti sulla filiazione; il quadro giuridico risultava ancora più complesso in considerazione del fatto che nel diritto applicabile alla popolazione di religione buddista erano assenti norme in materia successoria e testamentaria, che dunque rendevano problematica la soluzione di questioni che invece erano regolamentate attentamente dal diritto islamico. A differenza della comunità buddista, la comunità islamica appariva peraltro fortemente caratterizzata dal punto di vista giuridico oltre che religioso: non solo infatti il diritto applicabile era chiaramente individuato in un complesso di norme sciaraitiche e norme consuetudinarie ma alla sua definizione

torio birmano, la migrazione di una comunità di fede islamica aveva determinato un problema di convivenza con la popolazione locale in grande maggioranza di fede buddista: la forte specificità che sia dal punto di vista religioso che più prettamente giuridico caratterizzava la comunità islamica originaria, in prevalenza, del sub-continente indiano, aveva favorito l'insorgere di un diffuso sentimento di ostilità da parte della comunità buddista, sfociato in episodi di violenza, alcuni di rilevanti proporzioni, che avevano indotto il legislatore coloniale ad adottare specifici provvedimenti legislativi intesi a limitare l'applicazione della *personal law* e dunque del diritto musulmano[2].

I rapporti tra confessione buddista maggioritaria e minoranza islamica, apparsi conflittuali già nell'epoca precedente l'indipendenza, non avevano subìto un'evoluzione in senso migliorativo dopo la fine del periodo coloniale, allorché l'approccio del potere politico e del legislatore, percepito come chiaramente sbilanciato a favore della religione buddista, aveva contribuito ad acuire ulteriormente le tensioni fra la comunità islamica e quella buddista maggioritaria. Tali tensioni si sono nel tempo ciclicamente riacuite: dopo l'avvento al potere del regime militare, gli episodi di violenza originati dall'attrito tra comunità buddista e minoranza islamica, hanno offerto al regime il pretesto per intervenire nei villaggi abitati dalla minoranza Rohingya tramite operazioni militari e di polizia che hanno generato ripetuti fenomeni di migrazione forzata verso i paesi confinanti[3]. A ciò si è aggiunta la circostanza

---

aveva ulteriormente contribuito il legislatore con l'emanazione di alcuni specifici provvedimenti (per es. il *Mussalman Wakf Validating Act* del 1913 e il successivo *Mussalman Wakf Act* del 1924). Cfr. Mose Yegar, *The Muslims of Burma. A Study of a Minority Group*, Harrasowitz, Wiesbaden, 1972, p. 79; Melissa Crouch, *Constructing Religion by Law in Myanmar*, in *The Review of Faith and International Affairs*, 2015, pp. 1-11.

[2] Nel 1938, a seguito di scontri violenti diretti contro la comunità musulmana fu nominata una commissione di inchiesta che suggerì l'adozione di provvedimenti legislativi idonei a tutelare le donne buddiste nei confronti degli "*stranieri*". Il legislatore provvide dunque ad adottare uno strumento – il *Buddhist Women Special Marriage and Succession Bill* – che aveva lo scopo di circoscrivere l'ambito di applicazione della legge islamica nel caso di matrimoni interreligiosi, riconoscendo alla donna il diritto, in contrasto con quanto previsto dal diritto musulmano, di chiedere il divorzio e l'affidamento dei figli a fronte dell'obbligo al mantenimento previsto invece in capo al coniuge. Veniva altresì stabilito che i tribunali chiamati a decidere in merito a cause di scioglimento di matrimoni misti non avrebbero dovuto applicare il diritto musulmano, sulla base dell'assunto che il diritto applicabile ai matrimoni contratti fra individui di fede buddista risultasse più idoneo a garantire i diritti della donna; tutto ciò in un'ottica, che andava affermandosi già all'epoca, di tutela della confessione religiosa maggioritaria e dominante cioè quella buddista (cfr. Mose Yegar, *The Muslims of Burma* cit., pp. 32-33.) Va altresì evidenziato che il contenuto di tali provvedimenti fu ripreso dal legislatore anche dopo la conquista dell'indipendenza con l'adozione del *Muslim Dissolution of Marriage Act* del 1953 e del *Buddhist Women's Special Marriage and Succession Act* del 1954 (Mose Yegar, *The Muslims of Burma* cit., pp. 77-78).

[3] A seguito della cosiddetta operazione "*Naga Min*" nel 1977 si era verificato un primo esodo massiccio dei Rohingya verso il Bangladesh; il secondo esodo conseguì alla decisione del regime di

che il regime ha intenzionalmente favorito ed alimentato la diffusione del risentimento diffuso verso la comunità Rohingya; la strumentalizzazione della conflittualità interreligiosa che è passata e passa tutt'ora attraverso il sistematico diniego dell'esistenza dei Rohingya in quanto minoranza e nella loro classificazione in quanto immigrati illegali di provenienza bengalese ha rappresentato un efficace strumento politico utile a distogliere l'attenzione della popolazione dai gravi problemi finanziari e sociali e a fare dei Rohingya oltre che un formidabile capro espiatorio, il "nemico comune", contro il quale il regime ha progressivamente intensificato la repressione.

Il tratto caratterizzante la politica del regime birmano nei confronti dei Rohingya è il *modus operandi* che è rimasto inalterato nel tempo: a fronte di episodi di violenza ricorrenti che trovano un fondamento ideologico nell'idea, diffusa ampiamente tra la popolazione birmana e alimentata dalle autorità statali e religiose, che la minoranza islamica – e quella presente nello stato del Rakhine in particolare – rappresenti una minaccia per la salvaguardia dell'identità etnica e religiosa (buddista) del Paese, il regime ed il legislatore intervengono con modalità che servono al contempo a discriminare e colpire quella minoranza e i Rohingya in particolare. Il connubio tra intervento legislativo, azione politico-militare e non da ultimo il fondamentale ruolo svolto dal clero buddista nella mobilitazione della società civile contro la minoranza Rohingya, ha fatto di quest'ultima il bersaglio di un fenomeno di sistematica discriminazione e persecuzione su base etnico-religiosa.

Da questo punto di vista pare significativo il fatto che nemmeno il cambiamento del contesto politico dopo il 2011 e l'avvio di un'importante fase di transizione democratica hanno indotto un'inversione di rotta nell'approccio del governo birmano alla questione Rohingya. Al contrario, si è assistito ad una radicalizzazione del conflitto interreligioso con la mobilitazione del clero buddista e di alcuni suoi esponenti di spicco nel promuovere una campagna xenofoba e di incitamento all'odio nei confronti della minoranza Rohingya: tale campagna, ha fomentato l'idea che i Rohingya rappresentino un pericolo per la sicurezza e l'integrità razziale del Paese a fronte del quale occorre non solo riallocare «the national Bengali to a third country» ma soprattutto indivi-

---

non consentire ai Rohingya di esprimere il voto nelle consultazioni elettorali che ebbero luogo nel 1990. Le violenze e i disordini che seguirono determinarono un innalzamento del livello di repressione da parte del regime che a sua volta causò l'esodo di 10.000 Rohingya nel 1990 e di altri 250.000 nel 1992 nonché delle crisi umanitarie che ne seguirono. Sul punto cfr. Akm Ahsan Ullah, *Rohingya Refugees to Bangladesh: Historical Exclusions and Contemporary Marginalization*, in *Journal of Immigrant & Refugee Studies*, 2011, pp. 139-161; Shatti Hoque, *Myanmar's Democratic Transition: Opportunity for Transitional Justice to Address the Persecution of the Rohingya*, in *Emory International Law Review*, 2018, pp. 551-580.

duare «a final solution»[4]; se a ciò si aggiunge il fatto che anche l'intervento del legislatore, lungi dall'essere concepito nella direzione di attenuare la conflittualità, ha contribuito a rafforzare la comunità buddista e a discriminare contestualmente la minoranza Rohingya[5], ben si comprende non solo perché tra il 2012 e il 2015 diverse decine di migliaia di Rohingya abbiano cercato rifugio nei paesi limitrofi ma altresì perché si siano creati i presupposti favorevoli al verificarsi degli eventi occorsi nel 2017[6]. Proprio tali eventi, lungi dal rappresentare il "colpo di coda" di un regime che negli anni ha si è reso responsabile di gravi e continue violazioni dei diritti umani, hanno dimostrato che il *modus operandi* delle autorità birmane resta del tutto invariato, nonostante il mutamento di regime: è quanto dire della tendenza ad adottare strumenti di diversa tipologia che sembrano convergere verso un unico obiettivo, cioè la progressiva estromissione di un'intera minoranza dal territorio dello Stato.

Il ruolo del legislatore nella progressiva marginalizzazione della minoranza Rohingya: le norme in materia di religione

Come si è già avuto modo di considerare, in quello che può definirsi come il processo di progressiva (e violenta) marginalizzazione dei Rohingya il legi-

---

[4] Come ha avuto modo di evidenziare la *Fact-Finding Commission* istituita per decisione del Consiglio dei diritti umani delle Nazioni Unite nel marzo 2017, per indagare sulle violazioni dei diritti umani commesse a partire dal 2011 (Cfr. Human Rights Council, *Situation of Human Rights in Myanmar*, res. 34/22, A/ /HRC/34/L.8/Rev.1, 22 *March* 2017) alcuni gruppi, ivi comprese alcune associazioni di monaci e cittadini buddisti dello Stato del Rakhine, avevano avviato, a partire dalla metà del 2012, una violenta propaganda razzista contro i Rohingya nella quale erano comparsi chiari riferimenti ad Hitler e al fatto che «inhuman acts were sometimes necessary to maintain a race». Cfr. *Report of the detailed findings of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar*, A/HCR/39/CRP.2, 11 *September* 2018, par. 713.

[5] Si fa riferimento in particolare all'adozione nel 2015 delle cosiddette "*Race and Religion Laws*". Sul punto cfr. *infra*, par. 3.

[6] All'origine della campagna d'odio scatenata nel 2012 contro i Rohingya vi fu lo stupro e l'omicidio di una donna buddista da parte di tre uomini che furono subito indicati dalla stampa come "indiani". Ne seguirono gli incidenti, scatenati dall'attacco della folla contro un gruppo di fedeli musulmani in preghiera, che causarono la morte di dieci uomini, circostanza che a sua volta generò una serie ulteriore di scontri e violenze nello Stato del Rakhine, con attacchi ai villaggi, distruzione di case, proprietà ed edifici di culto. Le stime dei danni nonché quelle relative al numero dei Rohingya dispersi furono rese note da diverse agenzie specializzate delle Nazioni Unite. Cfr. Nehginpao Kipgen, *Conflict in Rakhine State in Myanmar: Rohingya Muslims' Conundrum*, in *Journal of Muslim Minority Affairs*, 2013, pp. 298-310; Gerry van Klinken, Su Mon Thazin Aung, *The Contentious Politics of Anti-Muslim Scapegoating in Myanmar*, in *Journal of Contemporary Asia*, 2017, pp. 353-375; Iselin Frydenlund, *Buddhist Islamophobia: Actors, Tropes, Contexts,* nel volume Asbjørn Dyrendal, David G. Robertson, Egil Asprem (a cura di), *Handbook of Conspiracy Theory and Contemporary Religion. Brill Handbooks on Contemporary Religion,* vol. 17, Brill, Leiden, 2018, pp. 279-302.

slatore ha svolto un ruolo preciso, andando a rafforzare l'azione che il regime birmano ha parallelamente condotto sul piano politico e militare.

Il legislatore si è mosso sostanzialmente in due direzioni: la prima è quella volta ad incidere sulle norme attinenti la materia religiosa così da garantire alla religione buddista una primazia nei confronti delle altre confessioni religiose e al clero buddista un ruolo centrale nei rapporti con l'autorità politica; la seconda è quella diretta invece, attraverso le norme in materia di cittadinanza, ad incidere sullo *status civitatis* dei Rohingya, generando un processo di perdita e mancato acquisto della cittadinanza, diretto a sua volta ad incidere in maniera decisiva sul godimento dei diritti fondamentali.

Prendendo le mosse dalle norme che definiscono il ruolo attribuito alla religione buddista, va evidenziato che già il testo costituzionale adottato nel 1947 all'indomani dell'indipendenza conteneva una disposizione che, pur riconoscendo l'islam, il cristianesimo, l'induismo e l'animismo come religioni professate all'interno del territorio nazionale attribuiva al buddismo una posizione speciale in quanto religione professata dalla maggioranza dei cittadini dell'Unione (art. 21). Al dettato costituzionale andava poi ad aggiungersi quanto disposto dallo *State Religion Act* adottato nel 1961, che proclamava il buddismo religione di Stato[7]. La Costituzione del 2008, attualmente in vigore, ripercorre lo stesso schema: l'art. 361 pur riconoscendo quali religioni ufficiali il cristianesimo, l'islam, l'induismo e l'animismo, attribuisce al buddismo – nella versione del buddismo Theravada – una "posizione speciale", in quanto religione professata dalla maggioranza della popolazione. L'elemento che merita di essere considerato è che la religione buddista rappresenta un elemento identitario di fortissima pregnanza e coesione per la popolazione birmana: il ruolo fondamentale svolto dalla comunità monastica buddista a livello socio-culturale è alla base delle dinamiche, peraltro assai conflittuali in certe fasi storiche, tra regime militare e comunità monastica. Tali dinamiche hanno non solo caratterizzato l'evoluzione storico-politica del Paese ma hanno direttamente influenzato l'approccio del re-

[7] Di tale orientamento si perse traccia nel testo costituzionale adottato nel 1974 dal regime militare, circostanza quest'ultima spiegabile alla luce del tentativo esperito dal regime militare di conferire un'impronta laica e socialista allo Stato. Tale modello risultava peraltro funzionale rispetto alla necessità, in un contesto multietnico e multi-religioso, di contenere le istanze delle numerose minoranze presenti sul territorio che avanzavano richieste in termini di decentramento e autonomia anche a ristoro della marginalizzazione subita sul piano etnico-religioso. L'approccio che fino ad allora aveva caratterizzato il regime militare era stato percepito come chiaramente sbilanciato a favore della religione buddista, circostanza che aveva contribuito, in un contesto particolarmente conflittuale e frammentato, ad acuire ulteriormente le tensioni tra Governo centrale e minoranze. Cfr. Tin Maung Maung Than, *The* Sangha *and* Sasana *in Socialist Burma*, in *Sojourn Journal of Social Issues in Southern Asia*, 1988, pp. 26-61; Nyi Nyi Kyaw, *Freedom of Religion, the Role of the State and Interreligious Relations in Myanmar*, International Centre for Ethnic Studies and Equitas, Colombo, 2018, pp. 42-53.

gime e del legislatore alle tematiche religiose. Ciò spiega perché al di là delle frizioni tra comunità monastica e potere centrale e al di là del fatto che la comunità religiosa ha rappresentato in alcune fasi una vera e propria roccaforte del dissenso politico nei confronti del regime, la centralità della religione buddista e del suo apparato in quanto fondamentale elemento identitario del Paese non è stata mai messa in discussione. Ciò può essere affermato nonostante l'orientamento del regime militare sia stato quello di esercitare forme di controllo nei confronti dell'attività religiosa, compresa, evidentemente, quella della comunità monastica buddista[8]. È vero infatti che al di là della "politicizzazione" di parte della comunità buddista in senso antigovernativo[9], la centralità attribuita alla religione buddista ha senza dubbio contribuito a garantire nel tempo il progressivo miglioramento dei rapporti tra il clero e le autorità di governo, rapporti che si

[8] Con riferimento al controllo delle attività della comunità monastica (*Sangha*) cfr. *The Law Relating to the Sanghá Organization* (*No. 20/90, 31st October 1990*). La legge aveva decretato la messa al bando, in quanto definite illegali, di qualsiasi organizzazione monastica che non fosse ufficialmente riconosciuta, che è quanto dire non fosse ricompresa nell'elenco contenuto nel testo di legge (art. 5). Va tuttavia rilevato che la strategia di controllo delle attività religiose era inserita in un quadro di repressione del dissenso politico molto più ampio caratterizzato dal ricorso ad una serie di norme di diversa natura ed origine. Sotto questo profilo rilevano le norme contenute nella legge sull'editoria, adottata nel 1962 (cfr. *Socialist Republic of the Union of Myanmar*, *1962 Printers and Publishers Registration Law. Law No. 1 amended by the Revolutionary Council of the Union of Myanmar, 1971*) e poi emendata dal regime militare nel 1989, nonché le norme della "*State Protection Law*", adottata nel 1975 ed emendata nel 1991: la legge fu integralmente concepita al precipuo scopo di contrastare qualsiasi attività "controrivoluzionaria" e in particolare, come si legge nel preambolo, «to prevent the infringement of the sovereignty and security of the Union of Burma against any threat to the peace of the people, and against the threat of those desiring to cause subversive acts causing the destruction of the country». A tal fine la legge autorizzava lo *State Council* – supremo organo di governo – sia ad imporre qualora fosse ritenuto opportuno, lo stato di emergenza, sia ad apportare restrizioni ai fondamentali diritti dei cittadini in qualsiasi parte del Paese). Ancora rileva la legge n. 6/88 relativa alla formazione delle organizzazioni (*State Law and Order Restoration Council, Law No. 6/88, Law Relating to Forming of Organizations*, *September* 30, 1988): quest'ultima infatti definisce "organizzazioni" le diverse formazioni – dai partiti politici, alle associazioni, società, sindacati, club ed altro – che, per poter operare devono ottenere l'autorizzazione del Ministero per gli Interni e gli Affari religiosi e che, ai sensi dell'art. 5 sono definite illegali qualora queste «attempt, instigate, incite, abet or commit acts that may in any way disrupt law and order, peace and tranquility, or safe and secure communications» (par. b) e «attempt, instigate, incite, abet or commit acts that may effect [sic] or disrupt the regularity of state machinery» (par. c).

[9] In questo senso va messo in rilievo che anche la cosiddetta "*saffron revolution*" del 2007 – cioè la più rilevante mobilitazione della comunità monastica dopo quella del 1988 – che aveva dato voce alla protesta dei monaci buddisti, supportati da vasti strati della popolazione, contro la decisione adottata dal Governo militare di aumentare nella misura del 500% il prezzo dei carburanti, ha in parte contribuito alla svolta politica che ha condotto sia all'adozione della nuova Costituzione nel 2008, sia alle successive elezioni annunciate nel 2010 e indette nel 2011. Cfr. David Steinberg, *Globalisation, Dissent and Orthodoxy: Burma/Myanmar and the Saffron Revolution*, in *Georgetown Journal of International Affairs,* 2, 2008, pp. 51-55; UN Human Rights Office of the High Commissioner, *Myanmar: UN rights experts express alarm at adoption of first of four "protection of race and religion" bills*, 27, in *https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx? NewsID=16015&LangID=E*.

sono ulteriormente rafforzati dopo le elezioni del 2011 e l'insediamento del primo governo misto civile-militare. È altrettanto vero che ha contribuito anche ad acuire enormemente, in un contesto estremamente variegato dal punto di vista etnico e religioso, quella conflittualità interreligiosa – in particolare quella fra comunità buddista e comunità islamica – che si era manifestata fin dall'epoca della dominazione britannica.

Paradossalmente, proprio l'avvio del processo di democratizzazione è stato segnato dall'acuirsi dell'ostilità tradizionalmente manifestata nei confronti della comunità islamica. Da questo punto di vista, va rilevato che la creazione nel 2012 del cosiddetto «Committee for the Protection of Nationality and Religion» – il *Ma Ba Tha* – che iscrive nel suo programma politico la difesa dell'identità buddista birmana contro i pericoli dell'islamizzazione, ha svolto un ruolo di primo piano, non solo attivando una feroce propaganda anti-islamica, ma facendosi altresì promotore dell'adozione di 4 progetti di legge, adottati dal Parlamento birmano nel 2015 intesi espressamente a proteggere la religione buddista: tali provvedimenti, denominati *Race and Religion Protection Laws*[10], sono stati aspramente criticati dalle organizzazioni per i diritti umani per essere stati concepiti in un'ottica chiaramente discriminatoria nei confronti delle minoranze religiose e della minoranza islamica più in particolare[11].

I quattro provvedimenti – segnatamente il "*Monogamy Bill*"[12], la "*Buddhist Women Special Marriage Law*"[13], il "*Religious Conversion Bill*"[14] e la "*Popu-*

---

[10] Il movimento politico di matrice religiosa e capeggiato da un monaco buddista noto per le sue posizioni estremiste e anti-islamiche, ha mostrato di esercitare un forte ascendente sulla classe politica orientando di conseguenza alcune fondamentali scelte del legislatore. Sul punto cfr. Nyi Nyi Kyaw, *Freedom of Religion* cit., pp. 46-62.

[11] Cfr. Human Right Watch, *Burma: Reject Discriminatory Population Bill. "Race and Religion" Laws Could Herald New Repression, Violence*, *May* 16, 2015; Id. *Burma: Discriminatory Laws Could Stoke Communal Tensions. New Laws Target Muslims, Other Religious Minorities*, *August* 23, 2015; The United Nations Population Fund, *UNFPA Statement on the Population Control Healthcare Law in Myanmar*, 9 *June* 2015; Amnesty International, *Joint statement by Amnesty International and the International Commission of Jurists. Myanmar: Parliament must reject discriminatory "race and religion" laws*, 3 *March* 2015; United Nations Human Rights High Commissioner Office, *Myanmar: UN rights experts express alarm at adoption of first of four "protection of race and religion" bills*, Geneva, 27 *May* 2015; Chloé White, *Protection form Whom? Violations of International Law in Myanmar's New "Race and Religion Protection" Laws*, Georgetown Institute for Women, Peace and Security, Washington, DC, 2015.

[12] *Law* n. 54/2015, traduzione non ufficiale in *https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn= 103619*.

[13] *Law* n. 50/2015, traduzione non ufficiale in *http://www.burmalibrary.org/docs21/2015-Myanmar_Buddhist_Women_Special_Marriage_ Bill.pdf*.

[14] *Law* n. 28/2015, traduzione non ufficiale in *http://www.burmalibrary.org/docs18/2014-Draft_Religious_Conversion_Law-en.pdf*.

lation Control Healthcare Law"[15] – mirano non solo a sottoporre a controlli e restrizioni il diritto a cambiare religione, ma incidono in maniera pregnante sull'esercizio di alcuni diritti connessi con l'istituto del matrimonio e con il diritto di procreazione.

Per quanto concerne in particolare il "*Religious Conversion Bill*" va rilevato che malgrado il riferimento contenuto nel preambolo all'art. 34 della Costituzione che riconosce e garantisce il diritto alla libertà di religione, la legge sottopone il diritto a cambiare religione ad una serie di limitazioni[16] che, sebbene motivate con la necessità di ridurre il fenomeno delle conversioni forzate, in realtà, sono funzionali all'esigenza di accentrare nello Stato il controllo sul fenomeno delle conversioni all'islam[17], anche a costo di comprimere in maniera evidente l'esercizio della libertà di religione, costituzionalmente garantito. Alla base invece dell'adozione dei due provvedimenti denominati "*Monogamy Bill*"[18] e "*Buddhist Women Special Marriage Law*"[19] vi sono ragioni che appaiono connesse in maniera più evidente con l'esigenza di tutelare la religione buddista. L'adozione di tali provvedimenti è apparsa particolarmente controversa: supportati dal *Ma Ba Tha e dai movimenti anti-islamici*

---

[15] *Http://www.asianlii.org/mm/legis/laws/pchl2015h592.pdf*.

[16] È previsto infatti che debba essere presentata una specifica istanza con la quale il richiedente manifesta la propria volontà, fuori da ogni costrizione, di cambiare religione ed espone le ragioni per le quali intende farlo (artt. 4-5). L'istanza è inoltrata ad un organo governativo denominato "*Registration Board*" che è competente a sottoporre il richiedente ad un'intervista che mira ad accertare che la richiesta sia stata presentata liberamente e ad assegnare al richiedente un termine di 90 giorni elevabile fino a 180, durante il quale lo stesso è tenuto a studiare i fondamenti delle fede alla quale intende convertirsi. Il *Registration Board* alla fine della procedura ha la competenza per accogliere l'istanza e rilasciare il relativo certificato di conversione, ovvero di rigettare l'istanza. Va da sé che l'organo governativo ha un'ampia discrezionalità nello stabilire se siano state esercitate pressioni sul richiedente al fine di determinarne la conversione. Appare discutibile il fatto che ad un organo amministrativo – in cui peraltro non è assicurata la presenza di esponenti delle diverse confessioni religiose ufficiali – e non eventualmente ad un organo giudiziario sia attribuita una così ampia discrezionalità quanto alla decisione da adottare e non prevedere rispetto ad un eventuale rigetto dell'istanza alcuna forma di appello, appare misura quantomeno discutibile; altrettanto discutibile è il fatto stesso di istituire una procedura amministrativa complessa e articolata che rappresenta un ostacolo da superare e che può chiaramente rappresentare un deterrente per chiunque intenda cambiare il proprio credo.

[17] A questo proposito va rilevato che il clero buddista aveva attivato una campagna ideologica anti-islamica invocando la necessità dell'adozione di specifiche misure volte a scongiurare il pericolo dell'aumento delle conversioni all'islam, tenuto conto del pericolo rappresentato dall'islam per le altre confessioni religiose oltre che per identità culturale e razziale del Paese. Cfr. Mikael Gravers, *Anti-Muslim Buddhism Nationalism in Burma and Sri-Lanka: Religious Violence and Globalized Imaginaries of Endangered Identities*, in *Contemporary Buddhism*, 16, 2015, pp. 1-27.

[18] *Law* n. 54/2015, traduzione non ufficiale in *https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn= 103619*.

[19] *Law* n. 50/2015, traduzione non ufficiale in *http://www.burmalibrary.org/docs21/2015-Myanmar_Buddhist_Women_Special_Marriage_ Bill.pdf*.

e giustificati con la necessità di tutelare le donne buddiste nell'ambito del matrimonio e di garantire l'eguaglianza dei diritti tra coniugi di fede diversa nell'ambito del matrimonio[20], i due provvedimenti sono stati stigmatizzati, in quanto ritenuti discriminatori, da numerose organizzazioni a tutela dei diritti umani e dei diritti delle donne sia a livello internazionale che locale[21]. Va però rilevato che, perlomeno in parte, hanno trovato il supporto di alcune componenti della stessa popolazione femminile[22].

I due provvedimenti legislativi sono correlati ed infatti diverse disposizioni della "*Buddhist Women Special Marriage Law*", fanno espressamente richiamo al "*Monogamy Bill*" quale legge regolatrice del rapporto di matrimonio e viceversa. La previsione della clausola di monogamia quale condizione di validità del matrimonio imposta dal *Monogamy Bill*[23], va ad aggiungersi alle disposizioni della "*Buddhist Women Special Marriage Law*". Tali disposizioni nel caso di matrimoni contratti tra donne di fede buddista ed uomini di fede islamica delineano un istituto concepito totalmente *ex latere mulieris*[24]. E' stato infatti posto in evidenza come non solo tali norme creino evidenti discriminazioni tra i coniugi tenuto conto che impongono una serie di obblighi, apparentemente diretti a tutelare la libertà di religione e i diritti individuali,

---

[20] Nel preambolo della legge n. 50/2015 si afferma che la medesima è concepita «In order to enable the enjoyment of equal rights by Myanmar Buddhist Women and non-Buddhist men with respect to marriage, divorce, partition1 and guardianship of children and to give effective protection»; in quello della legge n. 54/2015 è espressa invece l'esigenza «to protect women from being co- wives, and to prevent crimes arising from polygamous acts of men».

[21] Cfr *supra*, nt. 11.

[22] Cfr. Matthew J. Walton, Melyn McKay, Daw Khin Mar Mar Kyi, *Women and Myanmar's "Religious Protection Laws"*, in *The Review of Faith & International Affairs*, 2015, pp. 36-49.

[23] L'art. 5 prevede che il matrimonio concluso ai sensi di qualsiasi norma di legge, consuetudine o precetto religioso sia validamente concluso solo se in regime di monogamia sia che si tratti di matrimonio contratto tra individui di fede buddista, sia di fede diversa, sia infine nel caso di matrimoni misti (artt. 6-7). La violazione delle norme non solo integra gli estremi di un reato penalmente perseguibile ai sensi dell'art. 495 del codice penale, ma produce altresì effetti sia sullo scioglimento del vincolo – il coniuge, moglie o marito possono chiedere il divorzio nel caso di matrimonio contratto dall'altro coniuge – sia sulla capacità di ereditare alla morte del coniuge (artt. 13-15).

[24] La legge che, ai sensi dell'art. 2(a), è applicabile in caso di matrimoni misti fra donne buddiste ed uomini non-buddisti, impone una serie di obblighi in capo al solo coniuge (uomo) non buddista e che intenda sposare una donna buddista: in particolare rilevano le disposizioni, contenute nel capitolo V, che definiscono nel dettaglio e in diversa misura, gli obblighi imposti all'uomo (non buddista) e alla donna buddista, dall'obbligo di non interferire nella professione delle fede buddista della propria moglie – ivi compreso l'obbligo di prestare il dovuto rispetto, astenendosi da qualsiasi comportamento che possa essere considerato offensivo nei confronti della religione buddista – a quello di astensione dal ricorso a qualsiasi forma di coercizione o induzione alla conversione ad un'altra fede. La violazione di tali norme consente alla moglie non solo di inoltrare istanza di divorzio ma di chiedere contestualmente l'affidamento dei figli, il mantenimento e la liquidazione dei beni nella misura del 50% di quanto sia di proprietà comune.

soltanto su una delle parti e cioè sull'uomo[25], ma siano altresì idonee a rafforzare lo stereotipo secondo il quale nell'ambito dei matrimoni misti la donna buddista è intrinsecamente più vulnerabile e l'uomo è "naturalmente propenso" a violare la libertà religiosa della consorte e a forzare la sua conversione[26].

Da ultimo va segnalato che anche l'adozione del "Population Control Health Care Bill", che è stata giustificata adducendo ragioni connesse con l'esigenza di contrastare la povertà dilagante in molte aree del Paese attraverso il contenimento delle nascite, è stata oggetto di critiche severe da parte degli osservatori internazionali perché sarebbe invece ispirata ancora una volta da sentimenti islamofobici: di questo sarebbe prova la campagna di opinione, alimentata dalle autorità governative prima dell'emanazione della legge e ancora una volta supportata dalle autorità religiose, che individua nell'alto tasso di natalità presente all'interno delle comunità islamiche e della comunità Rohingya in particolare, una minaccia per l'identità etnico-razziale del Paese[27].

Segue: le norme in materia di cittadinanza

Una delle questioni senz'altro più controverse, allorché si tratta dello *status* giuridico dei Rohingya in Myanmar, è quella relativa alla cittadinanza. In via preliminare merita innanzitutto considerare che già all'epoca dell'adozione della prima Costituzione e dell'*Union Citizenship Act* nel 1948 (UCA), il legislatore aveva escluso i Rohingya dall'elenco delle minoranze naziona-

---

[25] È stato altresì posto in rilievo come le norme che invece attribuiscono specifici diritti alla madre in materia di affidamento dei figli, non solo appaiano discriminatorie nei confronti dell'altro coniuge, ma nemmeno tengano conto di quel generale criterio informatore, chiaramente individuato dalla Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo (art. 3(1)) e cioè quello del superiore interesse del minore, che dovrebbe sempre e comunque ispirare le scelte destinate ad avere ricadute sul minore.

[26] In merito a quanto sia diffusa in Myanmar l'idea che l'islam sia una fede deprecabile, che merita pertanto di essere marginalizzata (e dunque perseguitata) cfr. Matt Schissler, Matthew J. Walton, Phyu Phyu Thi, *Reconciling Contradictions: Buddhist-Muslim Violence, Narrative Making and Memory in Myanmar*, in *Journal of Contemporary Asia*, 2017, pp. 376-395; Mikael Gravers, *Anti-Muslim Buddhism Nationalism in Burma and Sri-Lanka* cit., pp. 1-27.

[27] Cfr. Human Rights Watch, *Burma: Reject Discriminatory Population Bill*. cit.; UNFPA, *Statement on the Population Control Healthcare Law in Myanmar*, in *https://www.unfpa.org/press/unfpa-statement-population-control-healthcare-law-myanmar*; Equal Rights Trust, *Myanmar Enacts Discriminatory Population Control Law, Further Threatening the Rohingya,* in *https://www.equalrightstrust.org/news/myanmar-enacts-discriminatory-population-control-law-further-threatening-rohingya*; KFF, *Myanmar President Approves Population Control Health Care Law Amid Concerns Over Potential Reproductive, Human Rights Violations*, in *https://www.kff.org/news-summary/myanmars-population-control-law-threatens-to-suppress-womens-reproductive-rights-growth-of-marginalized-groups-u-s-diplomat-rights-activists-say/*.

li ufficialmente riconosciute[28]. Tale orientamento era stato successivamente confermato allorché il regime militare, assunto il potere dopo il golpe del 1962 aveva adottato un nuovo testo costituzionale nel 1974[29]. In seguito all'adozione della nuova Costituzione, fu decisa la nomina di un comitato incaricato di redigere il testo di una nuova legge sulla cittadinanza i cui lavori presero avvio nel 1978. Assai significativamente, nello stesso anno il regime diede avvio all'operazione militare denominata "*Naga Min*", con l'obiettivo di individuare ed espellere dal territorio dello Stato tutti gli stranieri e gli immigrati[30]. I Rohingya furono fra i principali obiettivi dell'operazione che infatti determinò la fuga oltre il confine bengalese di oltre 250.000 persone. A distanza di qualche anno, l'adozione della legge sulla cittadinanza, nel 1982, contribuì a definire in senso chiaramente peggiorativo la questione dello *status* giuridico dei Rohingya. La legge si basa su un criterio distintivo di tipo etnico-razziale e ripercorrendo lo schema già definito in precedenza dal legislatore, suddivide la popolazione in otto gruppi etnici ufficialmente riconosciuti – le cosiddette "*national races*" – ai cui membri è riconosciuto lo *status* di cittadini ("*full citizens*") a condizione che possa essere provato che la presenza degli ascendenti sul territorio dello Stato risale al periodo precedente il 1823[31]. La legge individua, dunque, tre distinte tipologie di cittadini: i "*full citizens*" di cui si è detto, cui si aggiungono gli "*associate citizens*" ed i "*naturalized citizens*". Va considerato che mentre la naturalizzazione è procedura solitamente riservata agli stranieri e agli apolidi (gli interessati devono infatti dare prova della conoscenza di una delle lingue ufficiali del Paese), vengono invece definiti "*associate citizens*" coloro che al momento dell'entrata in vigore della nuova legge risultavano aver presentato una richiesta (ancora pendente) di cittadinanza ai sensi di quanto previamente stabilito dalla legge del 1948. A questo proposito, merita sottolineare che solo un numero limitato di persone aveva inoltrato tale richiesta: la maggior parte infatti si era trovata in possesso, fino al 1962, di documenti di identità, rilasciati già durante il periodo dell'amministrazione

---

[28] Cfr. *The Union Citizenship Act, 1948 (Act No. LXVI of 1948) as amended up to 1st December 1960*, Art 3. (1): «For the purposes of section 11 of the Constitution the expression *any of the indigenous races of Burma* shall mean the Arakanese, Burmese, Chin, Kachin, Karen, Kayah, Mon or Shan race and such racial group as has settled in any of the territories included within the Union as their permanent home from a period anterior to 1823 A. D. (1185 B.E.)».

[29] Cfr. art. 31 della Costituzione del 1974, in *https://www.burmalibrary.org/sites/burmalibrary.org/files/obl/docs/UNION_CITIZENSHIP_ACT-1948.htm*.

[30] Cfr. *supra* nt. 3; Nick Cheesman, *How in Myanmar "National Races" Came to Surpass Citizenship and Exclude Rohingya*, in *Journal of Contemporary Asia*, 47, 2017, p. 472.

[31] Cfr. art. 3 della "*Burma Citizenship Law*", n. 4/1982, in *http://eudo-citizenship.eu/NationalDB/docs/1982%20Myanmar%20Citizenship%20Law%20%5BENGLISH%5D.pdf*.

coloniale, che attestavano il possesso della cittadinanza. Di tali documenti il regime militare aveva disposto la requisizione e alla consegna dei documenti da parte dei possessori aveva fatto seguito il rilascio di documenti che non attestavano il pregresso possesso della cittadinanza ma soltanto la temporanea residenza nel territorio dello Stato[32]. È stato posto in evidenza come nonostante la legge del 1982 contenga una norma intesa ad evitare un fenomeno di apolidia diffusa che avrebbe potuto essere generato dal meccanismo appena descritto[33], tale fenomeno in seno ad alcune minoranze, e ai Rohingya più in particolare, si sia prodotto in conseguenza delle particolari modalità con le quali la legge è stata applicata. È stato infatti evidenziato come specie dopo il cambio di regime nel 1988, allorché il concetto e la valorizzazione delle "*national races*" è divenuto elemento portante del progetto politico del regime militare, all'attuazione della legge fu data un'evidente accelerazione, senza che tuttavia ne fosse assicurata un'applicazione uniforme. Nel caso specifico dei Rohingya, il processo che nel tempo ha prodotto il risultato di rendere la quasi totalità dei Rohingya apolidi è scaturito più che dal contenuto della legge in sé, dalla sua selettiva applicazione ovvero dalla violazione, in certi casi, delle sue norme[34]. Tenuto conto della centralità attribuita all'appartenenza razziale – nello specifico alle "*national races*" indicate sia dalla Costituzione che dalla legge sulla cittadinanza – ne è derivato che tale requisito è diventato fondamentale quale criterio selettivo per l'attribuzione della cittadinanza e per la conseguente classificazione in quanto stranieri di tutti coloro che non possono dichiararsi appartenenti ad una delle "*national races*".

Il ruolo che la legge sulla cittadinanza ha svolto nella progressiva marginalizzazione dei Rohingya è fondamentale, tenuto conto che al possesso della cittadinanza si riconnette la possibilità per l'individuo di accedere ai servizi essenziali, dall'istruzione, alle cure mediche, al lavoro e che dallo *status* di cittadinanza dipende anche la libertà di movimento all'interno del territorio dello

---

[32] Cfr. Trevor Gibson, Helen James, Lindsday Falvey (a cura di), *Rohingya. Citizenship and Insecurity in Myanmar*, Thaksin University Press, Chiang May, 2016, spec. pp. 78-85.; Ian Holliday, *Addressing Myanmar's Citizenship Crisis*, in *Journal of Contemporary Asia*, 44, 2014, pp. 404-421.

[33] L'art. 6 stabilisce infatti che chiunque risulti essere cittadino al momento dell'entrata in vigore della legge resta tale anche ai sensi della nuova normativa, essendo sufficiente a tal fine la presentazione di un'apposita richiesta supportata dal possesso di documento attestante la cittadinanza.

[34] Va considerato che la legge prevede l'istituzione di un organo centrale – composto dai Ministri della difesa, degli esteri e degli interni, due dei quali provenienti dai vertici militari – dotato di poteri molto ampi in materia di riconoscimento, diniego e ritiro della cittadinanza. I funzionari dell'amministrazione, apparentemente in risposta ad ordini ricevuti dall'alto, rifiutarono ed omisero la nuova registrazione di un numero assai consistente di individui sulla base dell'appartenenza ad alcuni gruppi etnici – Rohingya in testa – che furono intenzionalmente esclusi dal procedimento diretto ad attribuire la cittadinanza. Cfr. Ian Holliday, *Addressing Myanmar's Citizenship Crisis* cit., spec. p. 473.

Stato. A ciò si aggiunge il fatto che a seguito di alcune note campagne militari[35], le autorità birmane hanno adottato provvedimenti diretti a revocare lo *status* di cittadinanza – qualora ne fossero stati titolari – di coloro che avevano trovato rifugio oltrefrontiera: la conseguenza ulteriore è stata che nel momento in cui, in varie fasi, parte dei rifugiati ha scelto di fare ritorno in Myanmar, questi ed i loro discendenti sono stati classificati e registrati, proprio perché privi della cittadinanza birmana, come immigrati illegali di origine bengalese.

In un panorama, quale è quello illustrato dal discusso censimento effettuato nel 2014[36], in cui circa il 25% della popolazione risulta essere privo dei documenti che attestano la cittadinanza, quella dei Rohingya appare una situazione di ancora più evidente fragilità, dato che lo *status* di apolidia caratterizza la quasi totalità degli individui appartenenti al gruppo[37]. Che la legge sulla cittadinanza abbia contribuito a caratterizzare il Myanmar come uno Stato in cui una maggioranza – quella di etnia Bamar e di religione buddista – gode di una evidente posizione di privilegio rispetto alle altre minoranze è apparso evidente già da tempo[38]; quanto poi la legge abbia rappresentato uno strumento, sebbene non unico, che ha permesso il sistematico diniego dei fondamentali diritti della minoranza Rohingya, è altrettanto evidente ed è questione su cui, come si avrà modo di osservare nei paragrafi che seguono, anche gli organi internazionali di monitoraggio sulle violazioni dei diritti umani hanno da tempo richiamato l'attenzione.

Questione Rohingya, Myanmar e diritto internazionale tra mancata ratifica degli strumenti internazionali e ruolo degli organi di monitoraggio

Come si è evidenziato in apertura di questo studio, il problema delle gravi violazioni dei diritti umani nei confronti della minoranza Rohingya è di re-

---

[35] *In primis* l'operazione "*Naga Min*" sopra citata: cfr. *supra*, nt. 3.

[36] Cfr. Jane M. Ferguson, *Who's Counting? Ethnicity, Belonging, and the National Census in Burma/Myanmar*, in *Bijdragen tot de Taal-, Land- en Volkenkunde*, 2015, pp. 1-28.

[37] L'UNPF aveva espresso le proprie preoccupazioni in relazione alle modalità con le quali il censimento era condotto – lontano dagli «international census standards, human rights principles and agreed procedures» – specie per quel che concerneva il conteggio degli individui appartenenti a determinati gruppi etnici e soprattutto l'esclusione dei Rohingya dallo stesso censimento in quanto considerati non facenti parte della popolazione birmana. Era peraltro emerso che il conteggio della popolazione risultante dal censimento risultava inferiore rispetto al numero degli abitanti che il Governo del Myanmar aveva dichiarato prima che il censimento avesse luogo. Cfr. UNFPA, *Making Sense of Myanmar's Census*, 31 *March* 2014, in *https://www.unfpa.org/news/making-sense-myanmars-census*.

[38] Cfr. David Brown, *The State and Ethnic Politics in Southeast Asia*, London-New York, 1994, pp. 33-65; Matthew J. Walton, *The Wages of Burman Ness. Ethicity and Burman Privilege in Contemporary Myanmar*, in *Journal of Contemporary Asia*, 43, 2013, pp. 1-27.

cente divenuto oggetto sia dell'intervento della Corte penale internazionale sia della Corte internazionale di giustizia. Pare opportuno tuttavia evidenziare le modalità con cui nel tempo gli organi di monitoraggio sui diritti umani hanno evidenziato la gravità di una situazione interna che, caratterizzata da violazioni diffuse e generalizzate dei diritti umani, è apparsa particolarmente critica specie per quanto concerne alcune minoranze nazionali ed in particolare i Rohingya.

Va preliminarmente considerato che la nomina da parte delle Nazioni Unite di un *Rapporteur* speciale per il Myanmar risale al 1992 ed è certamente significativo il fatto che il *Rapporteur* da allora non è mai cessato dalla funzione e risulta essere uno dei più "longevi" fra quelli titolari di un *country mandate*[39]. I rapporti presentati nel corso degli anni dal *Rapporteur* hanno evidenziato la persistenza di una situazione di diffusa e generalizzata violazione dei diritti umani, espressione della brutalità con cui il regime militare ha nel tempo represso ogni forma di dissenso politico e ingaggiato una campagna militare contro i gruppi armati interni composti da appartenenti ad alcune minoranze[40]. Quegli stessi rapporti hanno evidenziato con assoluta regolarità, che alcune minoranze etniche e religiose, ed i Rohingya in particolare[41], hanno sofferto in maniera più grave e sistematica la violazione dei propri diritti come effetto non solo di una politica di sistematica repressione ma anche di scelte legislative specifiche. Da questo punto di vista, la sopra citata legge sulla cittadinanza era stata oggetto di un esame attento da parte del *Rapporteur* speciale già nel rapporto presentato nel 1993 all'indomani della sua nomina. Ad avviso del *Rapporteur*, infatti, la legge non solo rappresentava «a striking

[39] Il *Rapporteur* è stato nominato con una risoluzione della Commissione dei diritti umani delle Nazioni Unite il 3 marzo 1992 (E/CN.4/1992/58) ed insieme ai *Rapporteur* nominati tra il 1992 e il 1993 per il Sudan, la Somalia, la Cambogia e i territori palestinesi risulta essere quello in carica da più lungo tempo, a testimonianza della perdurante gravità della situazione interna.

[40] I rapporti del *Rapporteur* iniziarono ad essere predisposti a partire dal 1992, in un momento storico in cui, dopo 30 anni di regime militare, la situazione appariva in tutta la sua gravità. Tali rapporti hanno denunciato in maniera sistematica il ricorso ampio alla tortura, alle detenzioni arbitrarie, alla eliminazione degli oppositori politici, alla repressione della libertà di stampa e di manifestazione del pensiero, il ricorso esteso al lavoro forzato sia all'interno dei luoghi di detenzione che nelle aree abitate dalle minoranze etniche, la violenza sessuale diffusa, specie ai danni di donne appartenenti alle minoranze etniche, le esecuzioni extragiudiziali, il reclutamento forzato ed il reclutamento dei bambini soldato.

[41] Merita considerare che mentre nei primi rapporti presentati, il *Rapporteur* fa riferimento alla «minoranza islamica presente nello Stato del Rakhine» (*inter alia* E/CN.4/1993/37; E/CN.4/1994/57), a partire dai rapporti presentati dalla metà degli anni '90 compare il più esplicito riferimento ai "Rohingya" (cfr. A/51/466, 8 *October* 1996; A/55/359, 22 *August* 2000; A/66/365, 16 *September* 2011; A/67/383, 25 *September* 2012; A/ HRC/25/64/Add.1, 12 *March* 2014; A/HRC/34/67, 14 *March* 2017).

example of discriminatory application»[42], ma più in particolare, tenuto conto della peculiare storia della popolazione musulmana del Rakhine, «jeopardizes in particular the status of Myanmar Muslims of Rakhine state» ed appariva idonea «to create conditions which promote statelessness»[43]. Per tali ragioni il *Rapporteur* ha costantemente richiamato la necessità di una revisione della legge per il contrasto tra quest'ultima ed i principi del diritto internazionale, non solo quelli posti a base della Convenzione internazionale per la riduzione dei casi di apolidia del 1961, mai ratificata dal Myanmar, ma anche della Convenzione per l'eliminazione delle discriminazioni nei confronti della donna e della Convenzione sui diritti dell'infanzia, di cui invece il medesimo è parte[44].

Come si è avuto modo di considerare, proprio l'applicazione della legge sulla cittadinanza e la conseguente condizione di apolidia hanno per un verso offerto al regime birmano il pretesto per giustificare una sistematica politica di repressione centrata sull'adozione di misure discriminatorie e sul ricorso a pratiche di epurazione che hanno generato fenomeni ciclici di migrazione forzata[45]; per l'altro, tenuto conto che la Costituzione birmana riconnette la titolarità dei diritti fondamentali allo *status* di cittadinanza, hanno rappresentato lo strumento utile a legittimare il sistematico diniego dei diritti fondamentali. Su questo punto pare opportuna un'ulteriore riflessione: il nesso tra *status civitatis* e titolarità dei diritti fondamentali infatti può non assumere un particolare rilievo in quegli ordinamenti interni che hanno garantito l'adattamento agli strumenti internazionali di tutela dei diritti umani, perché l'osmosi tra norme interne e norme internazionali produce quale effetto quello di sfumare la differenza tra cittadini e non-cittadini quanto alla titolarità dei diritti fondamentali, perlomeno dei cosiddetti *core rights*. In quegli ordinamenti interni – come è

---

[42] Cfr. E/CN.4/1993/37 cit., par. 225.

[43] *Ibidem*. Più in particolare si legge: «Historically, the Rakhine Muslims have been unable to obtain nationality or residency status identification cards and thus cannot now prove any kind of residency or previous nationality status. Secondly, under this new law, persons must prove that they have Burmese nationality back to all eight great-grandparents. The Special Rapporteur was informed that these provisions of the law were directed primarily at the Rakhine Muslim population to forbid them from ever gaining nationality or associate nationality».

[44] Si fa riferimento in particolare all'art. 9 della Convenzione sull'eliminazione delle discriminazioni nei confronti delle donne che attribuisce ad uomini e donne pari diritti in materia di acquisto e mantenimento della cittadinanza e all'art. 7 della Convenzione sui diritti dell'infanzia che attribuisce al minore il diritto all'acquisto della cittadinanza e ad essere protetto rispetto alla possibilità di restare apolide. Per i rapporti del *Rapporteur* speciale cfr. da ultimo, A/67/383, 25 *September* 2012, par. 94; A/67/397, 23 *September* 2013, par. 57.

[45] I ripetuti "mass exodus" dallo Stato del Rakhine verso il Bangladesh sono stati riportati dal *Rapporteur* speciale nei diversi rapporti, in particolare quelli presentati in concomitanza con alcuni avvenimenti ben noti verificatisi nei primi anni '90 e nel 2012. Cfr. E/CN.4/1993/37 cit., parr. 235-237; A/HRC/22/58, 17 *April* 2013, parr. 48-61; A/67/397 cit., parr. 48-67.

quello birmano – nei quali invece tale osmosi normativa non si produce perché l'ordinamento interno non provvede a recepire il contenuto delle norme internazionali poste a presidio dei diritti umani, la differenza tra cittadini e non cittadini, assume una valenza centrale perché opera una discriminazione di base quanto alla possibilità di godimento di quegli stessi diritti fondamentali.

Se a tale dato si aggiunge quello relativo all'adozione sistematica, nei confronti dei Rohingya, di provvedimenti di diversa natura – dall'imposizione di tasse speciali, alla pratica del ricollocamento di interi villaggi, all'obbligo di ottenere permessi speciali per contrarre matrimonio, alle limitazioni alla libertà di movimento – bene si ricava il quadro di una situazione che ad avviso del *Rapporteur* si caratterizza per il sistematico diniego dei diritti fondamentali che ha origine nella precisa volontà del regime birmano di discriminare gli appartenenti alla minoranza: le misure adottate nei confronti dei Rohingya sono state infatti più volte definite come «severe, unreasonable, and racially based»[46].

Negli anni, dunque, i diversi *Rapporteur* speciali che si sono alternati nella carica hanno evidenziato come le ripetute e generalizzate violazioni dei diritti umani siano state concepite in contrasto con qualsiasi norma di diritto internazionale nonché di diritto internazionale umanitario[47]. Ciò che pare assai significativo è il fatto che i *Rapporteur* abbiano dovuto prendere atto del fatto che il Myanmar non aveva e non ha tutt'ora ratificato i principali strumenti di tutela dei diritti umani, *in primis* il Patto sui diritti civili e politici: hanno di conseguenza potuto richiamare il Myanmar soltanto al rispetto dei principi contenuti nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 e degli obblighi derivanti dai pochi strumenti internazionali che il Myanmar ha provveduto a ratificare[48].

È altrettanto significativo che dopo l'istituzione, da parte delle Nazioni Unite, del Consiglio dei diritti umani e l'attivazione del meccanismo della *Universal Periodic Review*, è diventata più concreta per gli organi internazionali la possibilità di monitorare il Myanmar in maniera un po' più stringente.

---

[46] Cfr. E/CN.4/1997/64, par. 107; A/HCR/19/67, 7 *March* 2012, par. 71; A/67/383, 25 *September* 2012. Merita segnalare, che l'inosservanza delle norme ha conseguenze significative: a titolo di mero esempio può ricordarsi che per i Rohingya contrarre matrimonio senza avere preventivamente chiesto e ottenuto l'autorizzazione – che peraltro è procedura lunga e costosa – può costare la condanna fino a 10 anni di detenzione (cfr. A/67/383 cit., par. 64).

[47] L'inosservanza delle basilari norme di diritto internazionale umanitario è ancora più significativa alla luce del fatto che il Myanmar ha ratificato le 4 Convenzioni di Ginevra soltanto nel 1992 e a tutt'oggi non risulta essere parte dei Protocolli addizionali.

[48] Cfr. fra gli altri, A/61/369, 21 *September* 2006; A/HRC/10/19, 11 *March* 2009; A/HRC/16/59, 7 *March* 2011; A/71/361, 29 *August* 2016.

A questo proposito, merita evidenziare che le conclusioni cui sono pervenuti i *Working Groups* alla fine dei primi due cicli di revisione periodica, sono indicativi per un verso di un atteggiamento diffuso in particolare tra gli Stati asiatici – più marcatamente quelli confinanti e membri dell'ASEAN – di sostegno al processo di transizione democratica avviato tra il 2010 e il 2011 e per l'altro, di un atteggiamento, in particolare quello dei paesi occidentali, di persistente attenzione se non di allerta nei confronti di una situazione interna che continua a caratterizzarsi per le violazioni diffuse dei diritti umani. È altresì significativo il fatto che il Myanmar non abbia manifestato una chiara opposizione alle numerose raccomandazioni inviate da vari Stati relative alla necessità che lo stesso provveda a ratificare i principali strumenti internazionali di tutela dei diritti umani; dall'altro però è altrettanto significativo il fatto che abbia utilizzato la formula «the recommendations below do not enjoy the support of Myanmar» con riferimento all'elenco di raccomandazioni con cui numerosi Stati non si sono limitati a chiedere che sia avviata una procedura di ratifica di quegli stessi strumenti sui diritti umani, ma hanno richiesto che il Myanmar adotti l'impegno di garantire che l'allineamento agli standard internazionali in materia di diritti umani avvenga tramite un più generale processo di adattamento e di modifica dell'intero ordinamento interno[49].

In particolare, il secondo ciclo di revisione periodica, che ha avuto luogo nel 2015, contiene le raccomandazioni, provenienti da numerosi Stati, che pongono l'accento sul problema della discriminazione nei confronti delle minoranze e delle minoranze religiose ed in particolare sulla situazione dei Rohingya. Va infatti rilevato che la soglia dell'attenzione della comunità internazionale negli anni immediatamente precedenti, anche a seguito dell'esodo verificatosi nel 2012, si era chiaramente sollevata e di ciò si ha riprova laddove si consideri che fra i quesiti preliminari inviati dal *Working Group* al Myanmar figurano quelli relativi alla situazione dei Rohingya, con i quali si chiedeva al Myanmar quali misure concrete intendesse adottare per risolvere il problema delle violenze nei confronti dei Rohingya e per perseguire adeguatamente i responsabili[50].

Appare tuttavia piuttosto significativo il fatto che a conclusione della revisione periodica, fra le raccomandazioni inviate dal *Working Group* rispetto alle quali il Myanmar ha dichiarato di non assumere alcun impegno, vi sono quelle con cui è richiesta la revisione delle "*Race and Religion Protection*

---

[49] Cfr. *Report of the Working Group on the Universal Periodic Review. Myanmar*, A/HRC/17/9, 24 *March* 2011, spec. par. 107.

[50] Cfr. *Adavnce Questions to Myanmar*, in *https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/Pages/MMindex.aspx*.

Laws" nonché della legge sulla cittadinanza in quanto strumenti normativi discriminatori ed idonei ad incidere negativamente sulla libertà di religione e sui basilari diritti delle minoranze e dei Rohingya in particolare[51]. Da questo punto di vista non pare dunque casuale il fatto che il Myanmar abbia espressamente affermato di non voler assumere nessun impegno per quanto concerne la ratifica di alcuni importanti strumenti internazionali fra cui la Convenzione sulla tortura, la Convenzione per l'eliminazione della discriminazione razziale, lo Statuto istitutivo della Corte penale internazionale; altrettanto dicasi per quanto concerne il manifesto rifiuto di assumere impegni quanto agli emendamenti da introdurre nell'ordinamento interno al fine di garantire il diritto alla libertà di religione e la tutela delle minoranze etniche e religiose in conformità con la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo.

L'intervento della Corte penale internazionale e della Corte internazionale di giustizia sul caso Rohingya: identità etnico-religiosa, genocidio e crimini contro l'umanità

Alla luce di quanto evidenziato sopra, emerge come anche l'attività degli organi di monitoraggio sui diritti umani sia servita a mettere in luce come, in una situazione di diffusa e sistematica violazione dei diritti umani, alla base della politica di repressione attuata sistematicamente nei confronti dei Rohingya vi sia il preciso intento di discriminare una minoranza per ragioni che sono strettamente inerenti con la sua identità etnico-religiosa.

È stato altresì posto in evidenza come quella stessa identità etnico-religiosa sia stata e sia tutt'ora negata dalle autorità di governo e sia servita, nel tempo a giustificare a livello interno le misure adottate. Da questo punto di vista appare significativo il fatto che il governo del Myanmar abbia richiesto espressamente al *Rapporteur* di non fare uso nei rapporti ufficiali del termine Rohingya perché tale termine non è riconosciuto dallo Stato del Myanmar[52]. Altrettanto indicativa è la circostanza che in tutta risposta il governo del Bangladesh abbia recentemente indirizzato una nota al Segretario Generale delle Nazioni Unite, con la quale ha espresso chiare obiezioni circa il fatto che il termine "*bengali*" fosse utilizzato dal Governo birmano per etichettare gli appartenenti alla comunità islamica dello Stato del Rakhine[53]. Nonostante il

---

[51] Cfr. *Report of the Working Group on the Universal Periodic Review. Myanmar*, A/HRC/31/13, 23 *December* 2015, spec. par. 145.

[52] Cfr. A/69/398, 23 *September* 2014, par. 51; A/HRC/28/72, par. 46.

[53] Cfr. A/C.3/69/10, 17 *November* 2014.

Rapporteur avesse rilevato in più circostanze che l'orientamento del governo birmano fosse da considerarsi chiaramente contrario al principio-cardine del diritto internazionale in materia di minoranze che è quello relativo al diritto di ciascun individuo ad auto-identificarsi in quanto appartenente ad una minoranza, il governo birmano ha ribadito la sua posizione in maniera chiara. Una riprova si è avuta allorché, in seguito alle violenze occorse nel 2012 che avevano causato l'esodo di circa 250.000 Rohingya verso il Bangladesh, il Presidente birmano U Thein Sein aveva disposto la nomina di una Commissione incaricata di investigare sulle cause e le origini del conflitto interreligioso e studiare le strategie per una composizione del conflitto; la Commissione nel rapporto finale, stilato nel 2013, non ha mai utilizzato il termine Rohingya e lo ha sostituito con il termine generico "*bengali*"[54]. Identico approccio è quello che ha caratterizzato i lavori della *Independent Commission of Inquiry*, nominata il 30 luglio 2018 per indagare sulle violenze occorse nel 2017[55]: il rapporto finale, presentato nel gennaio 2020 non contiene infatti alcun riferimento ai Rohingya ma solo quello ai «Muslims from the Rakhine State»[56].

Vi è un dato su cui è opportuno soffermare l'attenzione: sia le vicende storiche più o meno recenti, sia l'orientamento della giurisprudenza internazionale che si è espressa in particolare in tema di genocidio e di persecuzione, dimostrano che l'individuazione del *target* – gruppo etnico, razziale, nazionale e religioso – è elemento costitutivo del crimine di genocidio ed è anche elemento che sta alla base della definizione ed attuazione di politiche di persecuzione nonché di fenomeni, che pure non hanno ricevuto una sistematizzazione nel quadro dei crimini internazionali, come la "pulizia etnica"[57]. La circostanza che il regime birmano si sia da sempre rifiutato di riconoscere l'esistenza dei Rohingya in quanto gruppo, negando anche il diritto ad auto-

---

[54] Cfr. *Final Report of Inquiry Commission on Sectarian Violence in Rakhine State*, 8 *July* 2013, in *http://www.burmalibrary.org/docs15/Rakhine_Commission_Report-en-red.pdf*.

[55] Cfr. C*:/Users/Admin/Downloads/theIndependentCommissionofEnquiryICOE.pdf*.

[56] Cfr. *Executive Summary Of Independent Commission of Inquiry-ICOE's Final Report*, 20 *January* 2020, in *https://www.president-office.gov.mm/en/?q=briefing-room/news/2020/01/ 21/id-9838*.

[57] Sul punto cfr. *inter alia*, *International Criminal Tribunal for Ruanda* (ICTR), *Chamber I, Judgement of 2 September 1998*, *Case No*. ICTR-96-4-T, *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, spec. par. 521; Id., *Trial Chamber II*, *Judgement of 21 March 1999, Case No* ICTR-95-1-T, *The Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana* par. 98; Id., *Trial Chamber III, Judgement of 5 May 2003, Case No*. ICTR-97-20-T, *The Prosecutor v. Laurent Semanza*, par. 317; *International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia* (ICTY), *Trial Chamber, Judgement of 14 December 1999*, *The Prosecutor v. Goran Jelisic*, parr. 69-72. Sul concetto di pulizia etnica cfr. *Interim Report of the Commission of Experts established Pursuant to Security Council Resolution 780 (1992)*, S/25274, 26 *January* 1993; *Final Report of the Commission of Experts established Pursuant to Security Council Resolution 780*, S/1994/674, 27 *May* 1994.

identificarsi richiamato sopra, è spiegabile alla luce del fatto che il riconoscimento dell'esistenza di una specifica minoranza in un contesto fortemente multietnico e multireligioso quale è quello birmano, porterebbe le autorità statali a dover includere i Rohingya nel novero delle minoranze ufficialmente riconosciute e dunque a garantire ai medesimi un insieme di fondamentali diritti. Il rifiuto di operare tale riconoscimento si è accompagnato al parallelo e costante tentativo di assimilazione dei Rohingya al tessuto etnico, nazionale e religioso del vicino Bangladesh. Tale tentativo, peraltro avversato come si è sopra rilevato, dal governo bengalese, appare fondato su criteri – l'appartenenza etnico-religiosa dei Rohingya, l'affinità con il tessuto etnico-religioso bengalese e la conseguente asserita estraneità rispetto a quello birmano – che, alla luce di quanto evidenziato dalla Corte internazionale di giustizia nel caso *Bosnia c. Serbia-Montenegro* possono ben essere definiti come "positivi" e dunque tali da assumere un ruolo specifico nella definizione di una strategia genocidaria e/o persecutoria[58].

È parso poi evidente che sono state le modalità e la violenza con cui l'esercito e la polizia birmani sono intervenuti nei villaggi abitati dai Rohingya nell'agosto 2017 a determinare la reazione decisa della comunità internazionale: il superamento di una "soglia" di gravità delle violazioni dei diritti umani in quello specifico frangente ha permesso che le stesse siano state meglio contestualizzate nel quadro di una pluridecennale politica persecutoria e si sia ad esse guardato nell'ottica di un loro possibile inquadramento nel contesto dei crimini internazionali e del crimine di genocidio. In una prima fase, immediatamente a ridosso degli eventi occorsi, è stato il Procuratore della Corte penale internazionale, anche sulla scorta della posizione assunta innanzitutto dall'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i diritti umani, ad aver avan-

[58] Nel caso per esempio delle Camere straordinarie per la Cambogia, gli estremi del crimine di genocidio sono stati ravvisati con riferimento agli atti compiuti nei confronti della minoranza di origine vietnamita – identificata sulla base dell'appartenenza etnico-nazionale – e della minoranza islamica Cham, individuata sulla base dell'appartenenza religiosa (cfr. *Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia*, *Trial Chamber, Judgement of 16 November 2018, Case No. 002/19-09-2007/ECCC/TC*, spec. parr. 3989-3999 (genocidio dei musulmani Cham) e 3999-4003 (genocidio della minoranza vietnamita). L'individuazione di un gruppo sulla base di elementi specifici è argomento centrale anche nel ragionamento della Corte internazionale di giustizia nel caso *Bosnia*, allorché ha precisato che «The drafting history of the Convention confirms that a positive definition must be used. […] The drafters of the Convention also gave close attention to the positive identification of groups with specific distinguishing characteristics in deciding which groups they would include and which (such as political groups) they would exclude. […] The rejection of proposals to include within the Convention political groups and cultural genocide also demonstrates that the drafters were giving close attention to the positive identification of groups with specific distinguishing well-established, some said immutable, characteristics» (cfr. ICJ, *Judgement of 26 February 2007*, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide Convention*, *Bosnia and Erzegovina v. Serbia and Montenegro*, par. 194).

zato una richiesta alla *Pre-Trial Chamber* della stessa Corte perché fossero individuati i presupposti per l'esercizio della giurisdizione in merito ai crimini contro l'umanità – e in particolare il crimine di deportazione – e dunque potesse essere avviata la fase delle indagini. L'esito favorevole della richiesta inoltrata dal Procuratore della Corte penale ha verosimilmente incoraggiato la successiva iniziativa, intrapresa di recente dal Gambia col supporto dell'OCI, di adire la Corte internazionale di giustizia, perché la stessa si pronunci sulla violazione da parte del Myanmar della Convenzione sul genocidio di cui quest'ultimo è parte dal 1956.

Con riferimento ai due procedimenti alcune considerazioni paiono opportune. Per quanto innanzitutto concerne l'intervento dinanzi alla Corte penale internazionale, va rilevato che per il Procuratore è stato necessario aggirare l'ostacolo fondamentale rappresentato dalla mancata ratifica da parte del Myanmar dello Statuto della Corte penale. Il Procuratore ha dunque individuato nel crimine di deportazione – in quanto crimine dotato di una natura transnazionale che ha visto coinvolto il Bangladesh, Stato parte dello Statuto – la condotta idonea a radicare la giurisdizione davanti alla Corte penale[59]. Da un punto di vista logico e sostanziale si potrebbe argomentare che nel caso dei Rohingya – e non è evidentemente l'unico[60] – la deportazione potrebbe meglio essere considerata quale crimine concepito nel più ampio contesto di una sistematica politica di persecuzione originata, nel caso di specie, da motivi di carattere etnico-religioso. Va tuttavia considerato che lo Statuto della Corte sebbene configuri deportazione e persecuzione in quanto fattispecie distinte, prevede che essendo solitamente il crimine di persecuzione realizzato attraverso il ricorso a strumenti molteplici questa risulti in qualche modo collegata ad altre condotte – i cosiddetti *underlying acts* – previste dallo Statuto[61]. Ne ri-

---

[59] Sul punto cfr. Vagias Michail, *The Prosecutor's Request Concerning the Rohingya Deportation to Bangladesh: Certain Procedural Questions*, in *Leiden Journal of International Law*, 4, 2018, pp. 981-1002; Carlos E. Gomez, *The International Criminal Court's Decision on Rohingya Crisis: The Need for a Critical Redefinition of the Trans-Border Jurisdiction to Address Human Rights*, in *California Western International Law Journal*, 1, 2019, pp. 177-206; Silvia Angioi, *Aspetti sostanziali e procedurali della questione Rohingya di fronte alla Corte penale internazionale*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2, 2019, pp. 264-291.

[60] Già il Tribunale di Norimberga aveva messo in evidenza che la politica di persecuzione nei confronti della comunità ebraica aveva assunto consistenza gradualmente, tramite l'adozione di una serie di atti – adozione di provvedimenti legislativi volti ad estromettere gli appartenenti alla comunità ebraica dalla vita civile e politica, sociale e lavorativa e a privarli della cittadinanza – che risultarono prodromici rispetto all'elaborazione della politica di sterminio. Cfr. *International Military Tribunal*, *The United States et. al. v. Hermann Wilhelm Goering, Rudolf Hess, Joachim von Ribbentrop et. al., Nazi Conspiracy and Aggression*, 1 *October* 1946, spec. pp. 77-82; pp. 88-128. *http://www.worldcourts.com/imt/eng/decisions/1946.10.01_United_States_v_Goering.pdf*.

[61] Cfr. art. 7(1)(h) dello Statuto della Corte penale internazionale e gli *Elements of Crimes* che

sulta che se la persecuzione fosse messa in atto facendo ricorso a mezzi e strumenti destinati a produrre interamente i propri effetti all'interno del territorio del Myanmar, quegli stessi atti non risulterebbero perseguibili dinanzi alla Corte stante il difetto di giurisdizione della medesima, originato dalla mancata ratifica dello Statuto da parte del Myanmar. È dunque la natura transnazionale del crimine di deportazione che ha assicurato il radicamento della giurisdizione: come sopra rilevato, essendosi il crimine prodotto all'interno del territorio di uno Stato non parte dello Statuto, resta fermo l'elemento della connessione che ai sensi di quanto previsto dallo Statuto deve essere individuato tra la persecuzione ed altre condotte attraverso le quali questa prenderebbe forma. Sarà dunque interessante, tenuto conto che la richiesta del Procuratore è stata accolta dalla *Pre-Trial Chamber* che ha accertato la sussistenza della giurisdizione della Corte, verificare nel prosieguo del giudizio se il nesso tra deportazione e persecuzione – in questo caso su base etnico-religiosa – possa rappresentare un criterio utile ad ampliare lo spettro della responsabilità dei soggetti coinvolti.

Diversamente, la (asserita) violazione da parte del Myanmar delle norme della Convenzione sul genocidio – ratificata dal Myanmar nel 1956 – ha innescato l'avvio del procedimento dinanzi alla Corte internazionale di giustizia su iniziativa del Gambia. Sotto questo profilo merita considerare che all'indomani dell'intervento dell'esercito birmano nei villaggi Rohingya nell'agosto 2017 erano stati l'Alto Commissario delle Nazioni Unite, alcune rilevati organizzazioni non governative ed altri osservatori internazionali a denunciare quello che era stato definito un esempio da manuale di "pulizia etnica". In una prima fase, il termine "genocidio" non è stato utilizzato ma semmai soltanto evocato: il ricorso ben più esplicito al termine compare invece nel rapporto finale stilato dalla *Fact Finding Mission* istituita dal Consiglio dei diritti umani delle Nazioni Unite e presentato nel settembre 2018[62]. Merita evidenziare

---

oltre a stabilire che la persecuzione si concreta negli atti che sono idonei a privare in maniera grave qualcuno dei propri fondamentali diritti, stabiliscono che il crimine sia posto in atto «in connection with any act referred to in this paragraph or any crime within the jurisdiction of the Court». Da questo punto di vista la formulazione adottata dallo Statuto – e ripresa anche dall'art. 3(1) (h) del *Draft Articles on Crimes against Humanity* della Commissione di diritto internazionale (cfr. UN Doc. A/72/10, *Chapter* IV, p. 11) – contrasta sia con quella adottata precedentemente dallo Statuto del Tribunale per la *ex* Iugoslavia (art. 5(h)), sia dal Tribunale per il Ruanda (art. 3(h)), sia con quella adottata successivamente dallo Statuto della Corte speciale per la Sierra Leone (art. 2(h)) e dalla legge istitutiva delle Camere straordinarie per la Cambogia (art. 5); tutti gli strumenti menzionati infatti concepiscono il crimine di persecuzione in maniera autonoma e al di là di qualsiasi forma di collegamento con altri crimini previsti dai rispettivi Statuti.

[62] Cfr. *Report of the detailed findings of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar* cit., *supra* nt. 4.

come la *Fact-Finding Mission* abbia messo in evidenza l'ampio ricorso – già a partire dal 2012 – allo strumento del *hate speech* in seno a gruppi ed organizzazioni di militanti buddisti cui era ascrivibile la diffusione di una violenta propaganda anti-islamica: attraverso il ricorso ai *social* era stata chiaramente invocata la necessità di una "soluzione finale" di stampo hitleriano nei confronti dei "*Bengali Muslims*" che rappresentavano una minaccia per la purezza della razza birmana[63] e si era manifestato un chiaro sostegno alle operazioni militari in corso nei villaggi Rohingya nell'agosto 2017, affermando al contempo l'infondatezza delle accuse di genocidio[64].

In maniera ancora più significativa il rapporto prende posizione con riferimento ad un aspetto fondamentale connesso col genocidio che è quello relativo all'intento genocidario. Rispetto a tale elemento, e tenuto conto che assai di frequente non vi è un'evidenza diretta dell'intento genocidario[65], il rapporto evidenzia la presenza di 5 indicatori che si ritengono rilevanti ai fini della prova dell'esistenza dell'intento genocidario.

Il primo attiene al contesto in cui gli atti si sono prodotti. Gli atti e le campagne di violenza nei confronti della minoranza non avrebbero infatti nulla di casuale ma sarebbero stati concepiti e "coltivati" in un terreno favorevole e preparato nel tempo. Il diffuso ricorso ad una retorica dell'odio, denigratoria ed insultante nei confronti dei Rohingya è stato enormemente amplificato dall'uso dei *social media* ed ha contribuito, in un contesto in cui l'identità etnica e religiosa dei Rohingya è stata da sempre negata, al radicamento dell'idea della loro estraneità al tessuto etnico-razziale del Paese. La sistematica discriminazione è stata realizzata attraverso il ricorso a strumenti diversi – "*laws, policies and practices*" – e si è tradotta nella persecuzione e

---

[63] *Ivi*, parr. 1310-1312. Si legge nel rapporto che «over 150 online public social media accounts, pages and groups [that] have regularly spread messages amounting to hate speech against Muslims in general or Rohingya in particular. Given Facebook's dominance in Myanmar, the Mission paid specific attention to a number of Facebook accounts that appear to be particularly influential considering the number of followers (all over 10,000, but some over 1 million), the high levels of engagement of the followers with the posts (commenting and sharing), and the frequency of new posts (often daily, if not hourly)». Pone altresì in evidenza come gli appellativi comuni utilizzati con riferimento ai Rohingya siano quelli di "cani", "mentitori" "immondizia che si riversa sulle coste" (quest'ultimo relativo a dei *post* pubblicati sulle migliaia di *boat people* Rohingya nel Mare delle Andamane dopo l'esodo del 2015), "terroristi" e "jihadisti". Sul punto cfr. Hakim Neema, *How Social Media Companies Could Be Complicit in Incitement to Genocide*, in *Chicago Journal of International Law*, 1, 2020, pp. 83-117.

[64] Il rapporto riporta il testo di alcuni messaggi tra i quali quelli in cui si afferma che «those that the Myanmar army is killing are not people, but animals», *ivi*, par. 1318.

[65] Il rapporto riporta quanto affermato dal Tribunale per il Ruanda nel caso *Ruzindana*, che ha rilevato che «explicit manifestations of criminal intent are, for obvious reasons, often rare in the context of criminal trials». Cfr. ICTR, *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, ICTR-95-1-A, *Judgment*, 1 *June* 2001, par. 159. *Report of the detailed findings of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar* cit., par. 1415.

stigmatizzazione del gruppo, che ha visto il diretto e primario coinvolgimento di esponenti del governo, delle forze armate e dei reparti di sicurezza oltre che della comunità religiosa buddista; tali elementi ad avviso della Commissione assumono un rilievo specifico ai fini della dimostrazione della presenza di un intento genocidario[66].

Il secondo indicatore attiene alle dichiarazioni pubbliche degli esponenti del governo, delle forze armate, degli esponenti del mondo politico e delle autorità religiose, rilasciate precedentemente, durante e a seguito delle violenze e delle "*clearance operations*". Il linguaggio insultante e denigratorio, così come la manifestazione dell'intento di uccidere ed eliminare gli appartenenti alla comunità dei "*Bengali immigrants*" ha accompagnato sistematicamente gli atti di violenza: tale circostanza, secondo gli estensori del rapporto, ha un'importanza tutt'altro che secondaria come dimostra l'orientamento del Tribunale per il Rwanda con riferimento al genocidio dei Tutsi[67]. Analogamente, le dichiarazioni ufficiali rilasciate dalle massime autorità politiche, dai vertici militari e dalle autorità religiose sono indicative di un orientamento politico chiaro[68]. Un terzo indicatore è rappresentato dall'esistenza di un preciso piano politico diretto a mutare le caratteristiche demografiche dello Stato del Rakhine. Le preoccupazioni espresse sistematicamente nel corso del tempo da appartenenti alle autorità politiche e dai membri del governo birmano relativamente alla necessità di modificare la composizione demografica dello Stato del Rakhine, si erano tradotte nell'adozione di specifiche misure legislative che, con l'obiettivo di indurre una progressiva diminuzione del numero di Rohingya attraverso una riduzione del tasso di natalità, avevano sia limitato il diritto di procreare, sia imposto il rispetto di procedure amministrative lunghe ed onerose che rendevano di fatto assai difficoltosa la conclusione dei matri-

---

[66] *Ivi*, parr. 1419-1420.

[67] Si fa in particolare riferimento alla circostanza che le milizie Hutu durante gli attacchi ai villaggi Tutsi usassero cantare canzoni che inneggiavano allo sterminio dei Tutsi, elemento cui il Tribunale attribuì una specifica importanza in quanto prova dell'intento genocidario; comportamenti analoghi, così come testimoniato da numerosi sopravvissuti alle operazioni condotte dall'esercito birmano, hanno caratterizzato le incursioni e gli attacchi nei villaggi Rohingya e gli atti di violenza perpetrati, fra cui le esecuzioni sommarie, gli infanticidi e le violenze sessuali di gruppo ai danni in particolare delle donne in età fertile, *ivi*., par. 1422.

[68] In particolare, accanto alle dichiarazioni del Presidente Thein Sein che, nel 2012, nel pieno dell'esodo dei Rohingya auspicava che quelli che avevano trovato rifugio nei campi dell'UNHCR vi restassero, sono state evidenziate le dichiarazioni ufficiali rilasciate dal comandante in capo delle forze armate birmane – il generale Min Aung Hlaing – che mentre erano in corso le operazioni dell'agosto 2017 aveva pubblicamente negato l'esistenza dei Rohingya, etichettato gli appartenenti al gruppo come immigrati illegali ed affermato che il "*Bengali problem*" era un "*unfinished job*" che il Governo stava cercando di risolvere con la massima cura, sostenendo l'operato delle forze armate, *ivi*, par. 1424.

moni[69]. A tali misure era andata ad aggiungersi la politica di ricollocamento di interi villaggi, introdotta già dai primi anni '90 e consistente nel dislocamento nelle zone abitate dai Rohingya dei cosiddetti "villaggi modello", abitati da gruppi di popolazione di religione buddista proveniente dallo Stato del Rakhine o da altre aree del Paese[70]. Da questo punto di vista, anche il ricorso su vasta scala alla pratica delle violenze sessuali da parte dei membri dell'esercito ai danni delle donne Rohingya in età fertile assumerebbe più precisamente i connotati dello stupro etnico diretto per un verso ad inficiare la capacità riproduttiva delle donne come conseguenza delle violenze di gruppo, per l'altro a determinare modificazioni nelle caratteristiche etniche originarie della minoranza Rohingya, così come accaduto per esempio nella *ex* Iugoslavia[71].

Il quarto indicatore è rappresentato dall'esistenza di una pianificazione: viene sottolineato come sebbene la pianificazione delle attività in cui si concreta il genocidio non costituisca in senso stretto un elemento costitutivo del crimine[72], sia però un elemento utile a provare l'esistenza del crimine. In questo senso le operazioni condotte dall'esercito birmano sul finire dell'estate 2017 non solo rappresentano un tassello di un mosaico ben più complesso, ma per il modo in cui sono state condotte forniscono la prova dell'esistenza di una pianificazione[73]. Il quinto ed ultimo indicatore è rappresentato dall'estrema

---

[69] Cfr. *supra*, pp. 9-10.

[70] *Ibidem*.

[71] Cfr. ICTY, *Prosecutor v. Karadzic*, IT-95-5/IT-18-1-R-61, *Review of the Indictments Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence*, 11 *July* 1996, par. 94.

[72] In questo senso si sono espressi sia il Tribunale per la *ex* Iugoslavia (ICTY), *The Prosecutor v. Jelisic*, IT-95-10-A. *Judgment*, 5 *July* 2001, par. 48; ICTY, *The Prosecutor v. Krstic*, IT98-33-A, *Judgment*, 19 *April* 2004, par. 225, sia il Tribunale per il Ruanda (ICTR)), *The Prosecutor v. Obed Ruzindana and Clément Kayishema*, ICTR-95-1-A, 1 *June* 2001). Va tuttavia rilevato che diversamente, lo Statuto della Corte penale internazionale nei suoi *Elements of Crimes* (art. 6) prevede «the conduct took place in the context of a manifest pattern of similar conduct directed against that group or was conduct that could itself effect such destruction».

[73] Nel rapporto si legge che la risposta dell'esercito birmano ai due attacchi da parte dell'Arakan Salvation Army alle postazioni dell'esercito nello Stato del Rakhine era stata immediata ed era stata preceduta non solo da un rafforzamento della presenza militare nell'area, ma anche da una serie di operazioni dirette a confiscare dai villaggi Rohingya tutte le armi e gli oggetti potenzialmente offensivi. Le operazioni erano state condotte non da un unico ma da diversi reparti dell'esercito ed aveva visto coinvolto tutti i ranghi, dal comandante in capo ai soldati di fanteria. Tale elemento ad avviso della Commissione fornisce un'ulteriore prova della pianificazione e della preparazione dettagliata delle operazioni. Analogamente, fornirebbe una prova anche il fatto che le vittime non sono state scelte casualmente: ad essere presi di mira in particolare sono state le donne in età riproduttiva, i bambini e gli esponenti di spicco della comunità. *Report of the detailed findings of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar* cit., parr. 1430-1431. Da questo punto di vista è alquanto indicativo quanto affermato dal Tribunale per il Ruanda nel caso *Muhimana: «*The perpetrator's specific genocidal intent may be inferred from deeds and utterances. It may also be inferred from the general context of the perpetration, in consideration of factors such as: the systematic manner of killing; the methodical

brutalità con cui sono state condotte le operazioni: ai sensi del rapporto – ed in linea con quanto affermato dal giudice internazionale – tale elemento oggettivo sarebbe indicativo dell'intento di distruggere il gruppo[74]. Per quanto in altri termini, la brutalità sia insita concettualmente negli attacchi contro i civili, è però indubbio che sia il fatto che non siano state risparmiate le donne e i bambini, sia l'entità delle violenze perpetrate sono elementi indicativi della pianificazione della distruzione del gruppo[75].

Il rapporto conclude, relativamente alla questione del genocidio, evidenziando che se l'intento delle autorità birmane fosse stato semplicemente quello di fare un esercizio di "pulizia etnica", la deportazione sarebbe stata strumento sufficiente a perseguire l'obiettivo; l'entità delle violenze, la brutalità degli attacchi, la sistematica distruzione dei villaggi e l'eliminazione fisica dei Rohingya se collocata nel contesto di una pluridecennale oppressione e discriminazione è dimostrativa del fatto che l'obiettivo fosse un altro e sia stato raggiunto; ad avviso della *Fact-Finding Mission*, «The situation in many areas now appears to match the official narrative: there is no group called Rohingya in Myanmar. The "clearance operations" were indeed successful»[76]. Il rapporto pertanto, sulla base della constatazione che «on reasonable grounds, [that] the factors allowing the inference of genocidal intent are present», auspica che «a competent prosecutorial body and court of law [to] investigate and adjudicate cases against specific individuals to determine individual guilt or innocence»[77].

Nel rapporto predisposto l'anno successivo, nel momento in cui la *Fact-Finding Commission* è cessata dalle funzioni ed ha passato le consegne all'*In-*

---

way of planning; the general nature of the atrocities, including their scale and geographical location, weapons employed in an attack, and the extent of bodily injuries; the targeting of property belonging to members of the group; the use of derogatory language towards members of the group; and other culpable acts systematically directed against the same group, whether committed by the perpetrator or others» ICTR, *Prosecutor v. Muhimana*, ICTR-95-1B-T, *Judgment*, 28 *April* 2005, par. 496.

[74] Come ha affermato il Tribunale per il Ruanda nel caso *Ndindabahizi*, «Even in the absence of other massacres, a brutal attack targeting several thousand members of an ethnic group, is itself indicative of the requisite intent to destroy an ethnic group, in whole or in part. Those who participated in the attacks on Gitwa Hill on 26 April and preceding days, committed genocide». Cfr. ICTR, *Prosecutor v. Ndindabahizi* ICTR-2001-71-T, *Judgment,* 15 *July* 2004, par. 461.

[75] Cfr. ICTR, *Prosecutor v. Akayesu*, ICTR-96-4-T, *Judgment*, 2 *September* 1998, par. 121: «there was an intention to wipe out the Tutsi group in its entirety, since even newborn babies were not spared. Even pregnant women, including those of Hutu origin, were killed on the grounds that the foetuses in their wombs were fathered by Tutsi men, for in a patrilineal society like Rwanda, the child belongs to the father's group of origin».

[76] *Report of the detailed findings of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar* cit., par. 1439.

[77] *Ivi*, par. 1441.

dependent Investigative Mechanism for Myanmar, la Commissione ha concluso ribadendo il suo convincimento che sia rilevabile una responsabilità per crimini internazionali e più specificamente per genocidio, crimini di guerra e crimini contro l'umanità e che di conseguenza «Myanmar incurs State responsibility under the prohibition against crime of genocide and crimes against humanity as well as for other violations of international human rights law and international humanitarian law»[78].

Vi è dunque da considerare, anche alla luce di quanto evidenziato dalla *Fact-Finding Mission*, quale sia stato in questa primissima fase di avvio l'orientamento della Corte internazionale di giustizia. La Corte, adita l'11 novembre 2019 dal Gambia che sollevava la questione della ripetuta violazione da parte del Myanmar della Convenzione sul genocidio e chiedeva l'adozione di misure provvisorie, si è pronunciata in prima battuta il 23 gennaio 2020 con l'emanazione dell'ordinanza che dispone proprio in merito all'adozione di misure provvisorie. La Corte, ignorando la richiesta del Myanmar di cancellare il ricorso dal ruolo o, in alternativa, di ignorare la richiesta relativa all'adozione di misure provvisorie, ha non solo riconosciuto l'esistenza della controversia ma ha emanato, nelle more del procedimento e dunque prima dell'esame nel merito, l'ordinanza relativa all'adozione da parte del Myanmar di una serie di misure, in ottemperanza agli obblighi derivanti dalla Convenzione sul genocidio, nei confronti "*of the Rohingya group in its territory*". L'emanazione dell'ordinanza è in sé un dato significativo tenuto conto del fatto che a giustificare la necessità dell'adozione di misure provvisorie intervengono specifici elementi: *in primis* quello della *plausability*, ovvero del *fumus bonis juris* e, a seguire, il collegamento tra il diritto protetto e le misure cautelari di cui si impone l'adozione ed infine il timore di un pregiudizio grave e irreparabile[79].

---

[78] *Report of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar*, A/HRC/42/50, 8 *August* 2019, par. 18.

[79] Cfr. quanto affermato dalla stessa Corte nei casi *Belgio vs. Senegal, Request for the Indication of Provisional Measures. Order of 28 May 2009*, parr. 57-60; *Timor-Leste vs. Australia, Request for the Indication of Provisional Measures. Order of 3 March 2014*, parr. 26-29. In dottrina si veda Leo Gross, *Some Observations on Provisional Measures*, nel volume Yoram Dinstein (a cura di), *International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1989, pp. 307-323; Hugh Thirlway, *The Indication of Provisional Measures by the International Court of Justice*, nel volume Rudolf Bernhardt (a cura di), *Interim Measures Indicated by International Courts*, Springer, Berlin-Heidelberg, 1994, pp. 1-36; Shabtai Rosenne, *Provisional Measures in International Law: The International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea*, Oxford University Press, Oxford, 2005; Cameron Miles, *Provisional Measures and the "New" Plausability in the Jurisprudence of the International Court of Justice*, in *British Yearbook of International Law*, 2018, pp. 1-42; D. Wes Rist, *What Does the ICJ Decision on the Gambia v. Myanmar Mean?* in *American Society of International Law*, 24, 2020, in *https://www.asil.org/insights/volume/24/issue/2/what-does-icj-decision-gambia-v-myanmar-mean*.

Il contenuto delle misure di cui è richiesta l'adozione appare infatti del tutto in linea con la *ratio* della Convenzione e dunque con la necessità di prevenire e reprimere il crimine di genocidio tenuto conto delle diverse modalità con le quali può essere perpetrato; fa dunque un espresso riferimento, fra l'altro, all'uccisione dei membri del gruppo, alla creazione di condizioni di vita idonee comunque a condurre alla distruzione totale o parziale del gruppo, alle misure idonee a prevenire le nascite all'interno del gruppo. La Corte inoltre, focalizzando l'attenzione sul ruolo svolto dai reparti dell'esercito e dai gruppi irregolari di supporto, ha chiesto al Myanmar non solo di fare in modo che i medesimi si astengano da qualsiasi comportamento che possa rientrare nelle tipologie di atti indicate, ma altresì di operare attivamente per evitare la distruzione delle prove.

Conclusioni

L'analisi condotta ha posto in evidenza come a fronte di un fenomeno di persecuzione sistematica e pluridecennale nei confronti dei Rohingya, siano state le dimensioni e la gravità delle operazioni condotte dall'esercito birmano nell'agosto del 2017 a determinare un mutamento nell'approccio della comunità internazionale e a indurre per la prima volta una risposta sul piano giurisdizionale attraverso l'intervento della Corte penale internazionale prima e della Corte internazionale di giustizia nell'ultima fase. Dinanzi ad ognuno dei due organi giudiziari, le fasi più critiche, in particolare quella della raccolta delle prove e dell'esame nel merito devono ancora avere luogo e appaiono in tutta la loro complessità. Sembra tuttavia piuttosto evidente che sia l'accoglimento delle istanze del Procuratore della Corte penale internazionale – che per la prima volta dall'istituzione della Corte ha sollevato la questione della giurisdizione *ex* art. 19(3) dello Statuto – sia l'atteggiamento assolutamente proattivo della Corte internazionale di giustizia che è evidenziato non solo dall'emanazione dell'ordinanza ma soprattutto dal contenuto delle misure provvisorie imposte, siano indicativi di un evidente innalzamento della soglia di attenzione da parte della comunità internazionale rispetto alla politica del governo birmano nei confronti dei Rohingya. Se poi sarà possibile sul piano giurisdizionale accertare la responsabilità per crimini dei vertici politici e militari birmani ai sensi dello Statuto della Corte penale, nonché la responsabilità del Myanmar per violazione della Convenzione sul genocidio saranno gli sviluppi processuali a stabilirlo. Di sicuro, allo stato attuale alcuni elementi paiono assumere un significato evidente: la Corte internazionale di giustizia già in queste fasi preliminari ha posto l'accento sia sulla natura *erga omnes*

partes degli obblighi posti dalla Convenzione sul genocidio – da cui deriva la legittimazione di qualsiasi Stato parte e non dello Stato specificamente leso ad adire la Corte medesima – sia sull'esistenza dei Rohingya in quanto "*protected group*". Quest'ultimo punto pare essere di particolare rilievo: rispetto al fatto che – come si è più volte evidenziato nei paragrafi che precedono – il diniego dell'esistenza dei Rohingya in quanto gruppo dotato di una specificità etnico-religiosa ha caratterizzato in qualche modo il perno su cui ha ruotato per decenni la strategia persecutoria del regime birmano, il riconoscimento della loro identità in quanto "*protected gruop*", che è quanto dire della loro peculiare identità sul piano etnico e religioso, costituisce un importante punto di partenza per il successivo accertamento relativo alla commissione di crimini concepiti su base etnico-religiosa. Sarà dunque interessante verificare se il caso Rohingya servirà a dimostrare ulteriormente quanto è stato già da tempo evidenziato dal *United Nations Office on Genocide Prevention*: quest'ultimo infatti ha posto l'accento sull'esistenza di un legame intrinseco tra identità etnica e religiosa, incitamento all'odio e crimini internazionali – sia crimini contro l'umanità sia crimini di guerra – ed ha sottolineato come tali crimini siano il frutto non di attività estemporanee o casuali ma al contrario di un processo costruito nel tempo e di cui dunque risulta fondamentale cogliere i segni premonitori[80]. Da questo punto di vista, il caso Rohingya non solo conferma l'assunto, ma assume una valenza paradigmatica.

[80] Cfr. United Nations Office on Genocide Prevention, *Framework of Analysis for Atrocity Crimes. A Tool for Prevention*, New York, 2015; Id., *Plan of Action for Religious Leaders and Actors to Prevent Incitement to Violence that Could Lead to Atrocity Crimes*, New York, 2017.

Diritto e religione nella Federazione Russa. Emblematici esempi di discriminazione

Law and religion in the Russian Federation. Emblematic examples of discrimination

Maria Cristina Ivaldi

Abstract

By investigating the main sources of Russian legislation on religious matters, the essay aims to highlight, first of all, the contrast – never recognised by constitutional justice – between the principles expressed in the Fundamental Law and those enshrined in the Federal Legislation in force in this field (i.e. the law on freedom of conscience and religious associations, anti-terrorism legislation and the related provisions of the Criminal Code and of the Administrative Offences Code). Secondly, it aims to highlight the discriminatory aspects. Next, it will examine some significant pronouncements by the highest courts concerning the "non-traditional" religious group, which is currently under severe scrutin by the Russian Institutions, namely the Jehovah's Witnesses.

The conclusive remarks will assess the legislation under investigation also in the light of the recent constitutional amendments and of the draft law currently under discussion aimed at a further change of Law no. 125 FZ/1997.

Key words

Law and Religion in Russia – Religious Discrimination – Non-traditional Religions.

Riassunto

Esaminando le principali fonti del diritto russo in materia religiosa, il saggio cerca di evidenziare, in primo luogo, i contrasti sussistenti – ma mai riconosciuti dalla giustizia costituzionale – tra i principi espressi dalla legge fondamentale e la legislazione federale in vigore in questo ambito (legge sulla libertà di coscienza e sulle associazioni religiose, legislazione anti-terrorismo e disposizioni connesse del codice penale e del codice degli illeciti amministrativi), evidenziandole gli aspetti discriminatori. Di seguito si esaminano alcune significative pronunce delle più alte giurisdizioni concernenti il gruppo religioso "non tradizionale" che risulta attualmente maggiormente attenzionato dalle istituzioni russe ovvero quello dei testimoni di Geova.

Il contributo si chiude cercando di fare il punto sulla normativa indagata, anche alla

luce del recente emendamento del testo costituzionale e del progetto di legge attualmente in discussione, diretto ad un'ulteriore modifica della legge n. 125 FZ/1997.

Parole chiave
Diritto e religione in Russia – Discriminazione religiosa – Religioni non tradizionali.

Sommario: 1. Considerazioni introduttive – 2. La legge federale 19 settembre 1997, n. 125 FZ sulla libertà di coscienza e sulle associazioni religiose – 3. Le successive modifiche alla legge federale n. 125 FZ/1997 e la legislazione connessa – 3.1. L'azione statale contro il terrorismo – 3.2. La punizione della blasfemia – 3.3. L'implementazione delle misure antiterrorismo e la repressione delle attività missionarie – 4. Le decisioni della Corte suprema del 2017 nei confronti dei testimoni di Geova – 5. Alcune considerazioni circa le ipotizzabili linee evolutive del diritto russo in materia religiosa

Considerazioni introduttive

Da ormai diversi anni la Federazione Russa è all'attenzione degli organismi che si occupano di tutela dei diritti umani, in specie della libertà religiosa a partire dalla *United State Commission on International Religious Freedom* (USCIRF)[1] che la ha dichiarata *Country of Particular Concern*[2]. Tra le organizzazioni non governative prezioso si presenta il monitoraggio e le indagini prodotte ad esempio da *Human Right Watch*[3] e *Forum 18*[4] e, ancor più, come

---

[1] Organismo governativo federale, indipendente e bipartisan, che trova il suo fondamento del *Freedom of Religion Act* del 1998 (*https://www.congress.gov/105/plaws/ publ292/PLAW-105publ292.pdf*).

[2] Da ultimo v. il capitolo dedicato alla Russia dall'*Annual Report 2020* in *https://www.uscirf.gov/sites/default/files/Russia.pdf*. Della USCIRF si segnala anche il recente *webinar* dal titolo *Religious Freedom in Russia and Central Asia*, tenutosi il 16 settembre 2020, la cui registrazione è disponibile in *https://www.uscirf.gov/uscirf-events/uscirf-hearing-religious-freedom-in-russia-and-central-asia*.

Evento precedute dal *Webinar* organizzato dal *Center for Studies on New Religions* (CESNUR), la *Vytautas Magnus Universitys* e il *New Religions Research and Information Center* di Vilnius dal titolo «Jehovah's Witness and Their Opponents: Russia, the West, and Beyond», svoltosi lo scorso 3 settembre 2020. L'iniziativa ha dato luogo alla predisposizione dello *statement* «The Persecution of Jehovah's withnesses in Russia: An International Human Rights Concern» (*https://www.cesnur.org/2020/jehovahs-witnesses-statement.htm*), aperto alla firma di accademici e *leader* di organizzazioni a tutela dei diritti umani, da sottoporre al Governo russo nonché ad autorità nazionali ed internazionali.

[3] *Https://www.hrw.org/*. Cfr., di recente, Human Right Watch, *Russia: Escalating Persecution of Jehovah's Witnesses*, 9 gennaio 2020, in *https://www.hrw.org/news/ 2020/01/09/russia-escalating-persecution-jehovahs-witnesses*.

[4] *Http://www.forum18.org/*. v. Victoria Arnold, Forum 18, *Russia: Religious freedom survey January 2017*, 13 gennaio 2017, in *http://www.forum18.org/archive.php?article_id=2246*.

si vedrà nel proseguo, dal russo *SOVA Center for Information and Analysis*[5].

Anche diverse istituzioni internazionali hanno attenzionato la Russia per le medesime violazioni. Lo ha fatto l'Organizzazione delle Nazioni Unite nonché il Consiglio d'Europa e l'Unione Europea a livello sovranazionale, nonostante al momento i richiami, le raccomandazioni, etc. non pare abbiano sortito conseguenze di rilievo[6].

Sicuramente le maggiori restrizioni sono state e sono tuttora dirette nei confronti delle c.d. religioni non tradizionali, tra le quali detiene attualmente il primato per il numero e la varietà dei provvedimenti quella dei testimoni di Geova, presenti in Russia sin dalla fine dell'Ottocento[7].

Preliminarmente alla disamina di alcuni significativi interventi giurisprudenziali che hanno contribuito a rendere sempre più difficile la fruizione del diritto di libertà religiosa – in generale e in particolare per quanto concerne la situazione del predetto gruppo – occorre fare riferimento al relativo assetto normativo che è venuto a caratterizzare l'ordinamento russo, a partire dagli anni Novanta[8].

---

[5] *Https://www.sova-center.ru/en/*. Sito che – come si vedrà in seguito – svolge una funzione essenziale di controllo sulle attività di uso impropio delle misure anti-estremismo (*https://www.sova-center.ru/en/misuse/*), rispetto alle quali v. *amplius infra* par. 3 ss.

V. altresì le *Russia Religion News*, gestita dal prof. Paul D. Steeves, emerito della Stetson University, disponibili all'indirizzo *https://www2.stetson.edu/religious-news/00current choices.shtml*, che monitora i media a proposito delle notizie concernenti il fattore religioso nei Paesi dell'*ex* Unione sovietica nonché *Interfax Religion* (*http://www.interfax-religion.com/*), portale informativo concernete la vita delle religioni in Russia.

In lingua italiana v. Aiuto alla Chiesa che Soffre, *Federazione Russa*, estratto dal *Rapporto 2018 sulla libertà religiosa nel mondo*, in *https://acs-italia.org/wp-content/uploads/FEDERAZIONE-RUSSA.pdf*.

[6] *Amplius infra* par. 5.

[7] Cfr. Redazione, *I Testimoni di Geova in Russia, storia di fede e repressione*, 1° aprile 2020, in *https://riforma.it/it/articolo/2020/04/01/i-testimoni-di-geova-russia-storia-di-fede-e-repressione*, ove è disponibile una scheda sintetica. Per una dettagliata analisi storica delle vicende che hanno interessato i testimoni di Geova nel periodo sovietico v. Emily B. Baran, *How Soviet Jehovah's Witness Defied Communism and Lived to Preach About it*, Oxford University Press, Oxford, 2014, *passim*.

[8] Per quanto riguarda il Novecento vale la pena di ricordare sinteticamente, il pregresso trattamento riservato al fattore religioso a partire dalla posizione preminente riconosciuta alla Chiesa ortodossa nel periodo pre-rivoluzionario. Va parimenti richiamata la stretta separazione tra le istituzioni religiose e lo Stato nel periodo sovietico, ove la libertà di culto conviveva con il riconoscimento della libertà di propaganda antireligiosa (art. 124, Cost. 1936). Per un'accurata ricostruzione v. Giovanni Codevilla, *Lo Zar e il Patriarca. I rapporti tra trono e altare in Russia dalle origini ai giorni nostri*, La Casa di Matriona, Milano, 2008, 517 pp.; Id., *Chiesa e Impero in Russia. Dalla Rus' di Kiev alla Federazione Russa*, Jaka Book, Milano 2011, 704 pp. nonché Id., *La nuova Russia (1990-2015)*, Jaka Book, Milano, 2016, XXII-330 pp. (vol. IV di Id., *Storia della Russia e dei paesi limitrofi. Chiesa e impero*). Più in generale, v. inoltre Giovanni Barberini, *Stati socialisti e confessioni religiose*, Giuffrè, Milano, 1973, *passim* e – per il periodo più recente – Giovanni Cimbalo, *Confessioni e comunità religiose nell'Europa dell'Est, pluralismo religioso e politiche legislative degli Stati*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 8, 2019, *passim*, nonché Greg Simons,

In una prima fase circoscritta, per effetto della *glasnost* e della *perestrojka*, che danno luogo alla fine della stessa URSS, si registra una inversione di tendenza rispetto al periodo sovietico e un deciso riconoscimento della libertà religiosa[9]. Ciò avviene con la legge RSFSR 25 ottobre 1990 sulla libertà delle professioni religiose[10], redatta sulla base della legge URSS sulla libertà di coscienza e sulle organizzazioni religiose del 1° ottobre dello stesso anno[11], che all'art. 3, comma primo, riconosce il diritto di ciascun cittadino di scegliere liberamente, di avere o di diffondere convinzioni religiose o ateistiche, di professare qualsiasi religione o di non professarne alcuna e di agire in conformità con le proprie convinzioni, a condizione di rispettare le leggi dello Stato.

Conformemente al nuovo atteggiamento statale in materia di religione la legge – quanto agli aspetti maggiormente salienti – proibiva l'intromissione degli organi statali nelle scelte religiose dei cittadini (art. 3, comma terzo)[12], riconosceva il diritto di associazione e la possibilità di registrazione quale persona giuridica che poteva essere rifiutato solo per contrasto con i requisiti previsti dalla legge stessa, salvo il diritto di appello contro un eventuale rifiuto (art. 20)[13] e riconosceva il diritto ai contatti ed alle relazioni internazionali ai cittadini ed alle associazioni religiose (art. 25).

Nondimeno è l'emanazione della nuova Costituzione postsovietica nel 1993[14] a consacrare al massimo livello il riconoscimento della libertà religiosa.

David Westerlund (a cura di), *Religion, Politics and Nation-Building in Post-Communist Countries*, Routledge, London-New York, 2015, spec. i primi cinque saggi.

[9] A proposito del nuovo approccio al fattore religioso nel periodo in oggetto v. Silvio Ferrari, W. Cole Durham, Elisabeth A. Sewell (a cura di), *Law and Religion in Post-Comunist Europe*, Peeters, Leuven-Paris-Dudley (MA), 2003, *passim*, spec. Lev Simkin, *Church and State in Russia*, *ivi*, p. 261 ss.

[10] La versione in italiano tradotta da Giovanni Codevilla è disponibile in Id., *Stato e Chiesa nella Federazione Russa. La nuova normativa nella Russia postcomunista*, La Casa di Matriona, Milano, 1998, pp. 143-159.

[11] Traduzione italiana disponibile in *L'Altra Europa*, n. 1, 1991, pp. 115-132. Per un commento v. Germana Carobene, *La recente legge sovietica sulla libertà di coscienza e organizzazioni religiose*, in *il Diritto ecclesiastico, fasc*. 2-3, 1991, pp. 428-452.

[12] Disposizione alla stregua della quale non è ammessa alcuna coercizione alla determinazione da parte del cittadino del proprio atteggiamento nei confronti della religione, della professione o del rifiuto della professione religiosa, della sua partecipazione o non partecipazione ad atti di culto, a riti e cerimonie religiose e all'insegnamento della religione.

[13] Norma che aveva consentito il riconoscimento dei testimoni di Geova così come di altri gruppi religiosi.

[14] Adottata, in seguito a referendum il 12 dicembre 1993, entra in vigore il 25 dicembre dello stesso anno con la pubblicazione ufficiale nella *Rossiyskaya Gazeta*, n. 237. Testo tuttora in vigore sia pure con modifiche come quelle introdotte nell'estate del 2020 (*infra* par. 5). Per un primo bilancio applicativo v. Mario Ganino, Angela Di Gregorio, Caterina Filippini (a cura di), *La Costituzione della Russia a dieci anni dalla sua adozione*, Giuffrè, Milano, 2006, *passim*, spec. Giovanni Codevilla, *La libertà religiosa in Russia: un ritorno al passato zarista?*, *ivi* p. 105 ss.

Il testo, prima di tutto definisce la Federazione Russa come uno Stato laico, escludendo che qualsiasi religione possa erigersi a religione di stato o obbligatoria (art. 14, 1). Detta statuizione deve leggersi in parallelo con il precedente art. 13 che, riconoscendo il pluralismo ideologico, proibisce che ciò possa avvenire pure rispetto a qualsiasi ideologia.

Il primo corollario è la separazione delle associazioni religiose – assunte come eguali davanti alla legge – dallo Stato (art. 14, 2). Eguaglianza nei diritti e nelle libertà garantita pure agli individui, senza distinzione di religione (art. 19, 2).

Questo tipo di laicità costituzionale – come si vedrà nel proseguo – subirà diversi aggiustamenti a livello di legislazione ordinaria che ne verranno a snaturare progressivamente la portata formale del contenuto[15].

L'art. 28 riconosce ad ogni individuo la libertà di coscienza, la libertà di religione, individuale o collettiva, il diritto di professare o di non professare alcuna religione, di scegliere liberamente, mantenere, diffondere e agire in conformità con le proprie credenze religiose o di altro genere[16]. La disposizione trova il suo fondamento generale nella previsione di cui al precedente art. 2 Cost. che individua un dovere dello Stato di riconoscere, rispettare e proteggere i diritti e le libertà dell'uomo e del cittadino. Del pari, la Costituzione vieta, ai sensi dell'art. 29, 2, la propaganda o le provocazioni che incitino all'odio e all'inimicizia religiosa così come la promozione della superiorità anche religiosa.

I limiti, invece, sono concepiti cumulativamente rispetto a tutti i diritti e le libertà, sul presupposto che, nella Federazione Russa, si riconoscono e garantiscono i diritti e le libertà, in accordo con i principi universalmente riconosciuti del diritto internazionale nonché in conformità con la Costituzione medesima (art. 17, 1, Cost.)[17]. Inoltre, l'esercizio dei propri diritti e libertà, non deve vio-

---

Per il testo ufficiale delle disposizioni di seguito citate si rinvia al portale ufficiale dell'informazione giuridica russa di cui all'indirizzo *http://publication.pravo.gov.ru/* o a quello della sola legislazione disponibile in *http://pravo.gov.ru/proxy/ips/?start_search&fattrib=1*. Si segnala, tra gli altri, il *database https://www.legislationline.org/*, creato per aiutare gli stati partecipanti all'OSCE ad adeguare la loro legislazione alle norme internazionali in materia di diritti umani, dove sono disponibili diversi provvedimenti in inglese, rilevanti per l'indagine *de qua*. Del pari v. il sito *http://licodu.cois.it/* ove è presente un'ampia sezione dedicata alla Russia.

[15] *Infra* parr. ss.

[16] A tal riguardo v. Ekaterina Lagoda, *Il concetto e il contenuto dell'istituto della libertà di coscienza e di religione nella tradizione giuridica russa*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), giugno 2010, pp. 1-16.

[17] Art. 17, 1, Cost. V. *amplius infra* parr. 4 e 5, in ordine alla elaborazione da parte della Corte costituzionale e del legislatore di una sorta di teoria dei controlimiti russa, diretta a condizionare la ricezione da parte della Federazione di provvedimenti internazionali emanati da autorità previste da

lare quello di altre persone (art. 17, 3, Cost.). In concreto, limiti possono essere posti dalla legge federale solo nella misura in cui ciò sia necessario ai fini della difesa dei principi del sistema costituzionale, della morale, della salute, dei diritti e degli interessi legittimi di altre persone e per assicurare la difesa del Paese e la sicurezza dello Stato (art. 55, 3, Cost.). Come si vedrà proprio la sicurezza dello Stato costituirà l'argomento principale a sostegno delle misure antiterroristiche applicate pure alle attività di tipo religioso[18].

La legge federale 19 settembre 1997, n. 125 FZ sulla libertà di coscienza e sulle associazioni religiose

Alla dissoluzione dell'URSS è però seguita, contemporaneamente, una campagna della Chiesa ortodossa nel senso della riconfessionalizzazione dello Stato e diretta a superare la legge sulla libertà religiosa, anche in nome della difesa dalla invasione di esperienze religiose straniere[19]. Campagna che ha senza dubbio avuto un certo peso nel cambiamento di atteggiamento dello Stato nei confronti della religione, realizzatosi con la legge federale 26 settembre 1997, n. 125 FZ[20].

---

accordi o trattati internazionali dei quali la stessa sia parte.

Incidentalmente si ricorda, ad esempio, l'adesione della Federazione Russa al sistema del Consiglio d'Europa (domanda presentata nel 1992 con successiva ammissione nel 1996), cui è seguita la ratifica della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, entrata in vigore il 28 febbraio 1996. Convenzione della quale il 4 novembre 2020 si festeggiano i 70 anni dalla emanazione.

Diversi risultano i procedimenti concernenti la Federazione Russa anche in tema di violazione dell'art. 9 CEDU. Per una rassegna è sufficiente effettuare una ricerca sul *database* della Corte di Strasburgo, all'indirizzo *https://hudoc.echr.coe.int/*.

[18] *Infra*, spec. par. 3.3.

[19] Circa la posizione della Ortodossia in Russia, anche in prospettiva storica – oltre a già evocati lavori di Giovanni Codevilla (Id., *Lo Zar e il Patriarca* cit., *passim* nonché Id., *Chiesa e Impero in Russia. Dalla Rus' di Kiev alla Federazione Russa* cit., *passim*) – v. Thomas Bremer, *La Croce e il Cremlino: breve storia della Chiesa ortodossa in Russia*, Queriniana, Brescia 2008, 328 pp. nonché Dimitri Pospielovsky, *The Russian Church Under the Soviet Regime 1917-1982*, vol. I, St Vladimir Seminary Press, New York, 1984, 535 pp.; Wallace L. Daniel, *The Orthodox Church and Civil Society in Russia*, Texas A&M University Press, Collegge Station, 2006, 251 pp.; John Garrard, Carol Garrard, *Russian Orthodoxy Resurgent: Faith and Power in the New Russia*, Princeton University Press, Princeton 2008, 326 pp.; Irina Papkova, *The Orthodox Church and Russian Politics*, Oxford University Press USA, New York 2011, 265 pp. e Katja Richters, *The Post-Soviet Russian Orthodox Church. Politics, Culture and Greater Russia*, Routledge, Abingdon 2013, 224 pp.

[20] La versione della legge federale, aggiornata al 2002, è disponibile nella traduzione di Giovanni Codevilla, in *https://www.olir.it/documenti/legge-federale-26-settembre-1997/*. Per quella attualmente in vigore, con evidenziate le modifiche v. *http://pravo.gov.ru/proxy/ips/?searchres=&bpas=cd00000&a3=102000505&a3type=1&a3value=&a6=&a6type=1&a6value=&a15=&a15type=1&a15value=&a7type=1&a7from=a7to=&a7date=26.09.1997&a8=&a8type=1&a1=&a0=&a16=&a16type=*

Ciò appare evidente sin dal preambolo che pone la Chiesa ortodossa in una posizione prevalente quando – pur riaffermando il diritto di tutti alla libertà di coscienza e di religione e l'uguaglianza davanti alla legge indipendentemente dai singoli convincimenti e dall'atteggiamento verso la religione e ribadendo che la Federazione Russa è uno stato secolare – riconosce il ruolo speciale della Ortodossia nella storia della Russia, nella formazione e nello sviluppo della sua spiritualità e cultura[21]. Di seguito, ma in evidente subordine, dichiara di rispettare nell'ordine il cristianesimo[22], l'islam, il buddismo, l'ebraismo e le altre religioni che sono parte integrante del patrimonio storico dei popoli della Russia, pervenendo in tal modo a istituire implicitamente una sorta di tripartizione che distingue la religione determinante nello sviluppo del Paese, le altre religioni, espressamente menzionate – verso le quali è riconosciuta una particolare deferenza – e quelle ivi presenti storicamente non indicate singolarmente. Ad esse poi si aggiunge la categoria "residuale" – peraltro enucleabile implicitamente dall'articolato – delle religioni non ascrivibili alle categorie ora individuate, definibili come non tradizionali.

È, in ogni caso da evidenziare come molta parte della dottrina e della pubblicistica russa, sia pure in maniera singolare, abbia ricompreso tra le religioni *tout court* tradizionali – oltre che l'ortodossia – solo l'islam, il buddismo e l'ebraismo[23]. Si tratta, peraltro, di una interpretazione avvalorata dalla circostanza che, esemplificativamente, il Consiglio interreligioso della Russia – istituito alla fine del 1998 e posto sotto la presidenza del Patriarca ortodosso

---

1&a16value=&a17=&a17type=1&a17value=&a4=&a4type=1&a4value=&a23=&a23type=1&a23value=&textpres=&sort=7&x=45&y=19.

Per un commento contestuale v. Massimo Introvigne, *1997: fine della libertà religiosa nella Federazione Russa*, in *Cristianità*, n. 273-274, 1998, pp. 3-11. Per la dottrina di lingua inglese v. L. Daniel Wallace, Christopher Marsh, *Russia's 1997 Law on Freedom of Conscience in Context and Retrospect*, in *Journal of Church and State*, n. 1, 2007, *special issue: Russia*, pp. 5-17, W. Cole Durham, Lauren B. Homer, *Russia's 1997 Law on Freedom of Conscience and Religious Associations: An Analytical Appraisal*, in *Emory International Law Review,* Winter 1998, pp. 101-246 nonché gli altri contributi contenuti nel numero monografico della Rivista.

[21] La menzione *de qua* evoca le problematicità insite nell'inserimento di un tal riferimento soprattutto in testi costituzionali o paracostituzionali. In ordine, per esempio, alle questioni concernenti l'introduzione di un richiamo alle radici religiose nel perento Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa del 2004 v. Maria Cristina Ivaldi, *Il fattore religioso nel diritto dell'Unione europea tra riconoscimento giurisprudenziale e codificazione normativa*, Edizioni Nuova Cultura, Roma, 2012, p. 61 ss.

[22] Evidenzia la inappropriatezza dell'uso del termine Giovanni Codevilla, *Lo Zar e il Patriarca* cit., p. 411, il quale sottolinea come «avendo già menzionato l'ortodossia, che è parte del cristianesimo, avrebbe dovuto nominare non già in modo generico il cristianesimo stesso, ma più precisamente il cattolicesimo e il protestantesimo, che con l'ortodossia costituiscono la famiglia delle religioni cristiane».

[23] Avvalora la sussistenza della suddetta interpretazione, Giovanni Codevilla, *Lo Zar e il Patriarca* cit., pp. 415-415.

di Mosca e di tutta la Russia[24] – è formato solo da ortodossi, musulmani, ebrei e buddisti, con esclusione di cattolici e protestanti[25].

Nell'articolato[26], invece, all'art. 4, la legge federale n. 125 FZ/1997 riprende i concetti costituzionali di laicità e separazione, fornendone una dettagliata specificazione[27].

Tra gli aspetti peculiari si segnala, in primo luogo, l'art. 2, 3 che si pone in parte in contrasto con l'art. 15, 4, Cost. quando richiama gli atti internazionali non come parte integrante della legislazione russa bensì come mero ausilio interpretativo della legislazione sulla libertà di coscienza e sulle associazioni religiose[28]. In secondo luogo, la legge perviene alla scomposizione di quello che nella normativa del 1990, precedentemente in vigore, costituiva un *genus* unitario in due diverse *species*, prevedendo che «le associazioni religiose possono essere costituite nella forma di organizzazioni religiose o di gruppi religiosi» (art. 6, 2).

Per ottenere la qualifica di organizzazione religiosa occorre poi essere presenti sul territorio della Federazione Russa da almeno 15 anni (art. 9, 1). Per dar vita ad un'organizzazione centrale sono necessarie almeno tre organizzazioni locali con i predetti requisiti (art. 9, 2). Le stesse poi, per potersi fregiare del termine russo e derivati, devono possedere 50 anni di presenza dimostrabile nel territorio (art. 8, 5).

Le organizzazioni religiose sono dotate peraltro di uno *status* privilegiato poiché solo queste possono vedersi riconosciuta la personalità giuridica e, quindi, esercitare alcuni diritti quale quello di fondare istituti di istruzione (art. 5, 3) o di impartire l'insegnamento nelle scuole pubbliche anche se al di fuori del programma scolastico (art. 5, 4).

Inoltre, su richiesta delle medesime, viene riconosciuto ai rispettivi ministri di culto il diritto di ottenere il rinvio del servizio di leva e l'esonero dall'addestramento militare (art. 3, 4).

---

[24] Cfr. *http://interreligious.ru/about/*.

[25] A proposito della situazione delle religioni in Russia v. Geraldine Fagan, *Believing in Russia. Religious Policy after Communism*, Routledge, London-New York, 2012, *passim*.

[26] Articolato composto originariamente da 27 articoli ai quali – nel tempo – sono stati aggiunti da leggi federali gli artt. 13^1 (Riorganizzazione di un'organizzazione religiosa, legge federale 26 aprile 2015, n. 80 FZ); art. 17^1 (Attività di pellegrinaggio, legge federale 3 luglio 2019, n. 170 FZ); 24^1 (Contenuto delle attività missionarie, legge federale 6 luglio 2016, n. 374 FZ); art. 24^2 (Procedure per lo svolgimento delle attività missionarie, legge federale 6 luglio 2016, n. 374 FZ) e 25^1 (Segnalazione di un'organizzazione religiosa che ha ricevuto denari e altri beni da organizzazioni internazionale o straniere, cittadini stranieri, apolidi, legge federale 28 novembre 2015, n. 341 FZ).

[27] Disposizione parzialmente modificata dalle leggi federali 7 giugno 2013, n. 119 FZ e 2 luglio 2013, n. 185 FZ.

[28] Circa i rapporti tra diritto interno e diritto internazionale v. *supra* nt. 17 e *infra* parr. 4 e 5.

Possono percepire agevolazioni tributarie ed aiuti finanziari per il restauro, la conservazione e la tutela dei beni culturali (art. 4, 3); svolgere attività nelle c.d. comunità separate (art. 16, 3); produrre o acquistare materiale religioso (art. 17); operare nell'ambito della beneficenza (art. 18, 1) e fondare seminari e *media* (art. 18, 2); invitare stranieri (art. 20, 2) ed avere presso di sé una rappresentanza religiosa estera (13, 5). Del pari possono esercitare le importanti prerogative previste dall'art. 8, 7 in forza del quale «gli organi dello Stato, nell'esaminare le questioni riguardanti l'attività delle organizzazioni religiose nella società, prendono in considerazione l'ambito territoriale delle attività di un'organizzazione religiosa, e offrono alle organizzazioni religiose la possibilità di partecipare all'esame delle suddette questioni».

La legge prende in esame anche l'ipotesi delle organizzazioni straniere, ovvero di quelle entità che sono costituite fuori dai confini della Federazione Russa (art. 13, 1), le quali possono avere solo una rappresentanza ma non svolgere attività di culto o altre attività religiose[29] o ricevere lo *status* di associazioni religiose ai sensi della medesima legge federale n. 125 FZ/1997.

Viceversa, il gruppo religioso, è quello che non richiede – o non può richiedere perché privo dei requisiti prescritti dalla legge stessa – la registrazione statale e può svolgere la propria missione solo in sede locale e godere di una limitata sfera di azione che per l'art. 7, 3 consiste nel celebrare liturgie, riti e cerimonie religiose, nonché impartire l'insegnamento della religione ed una formazione religiosa solo ai propri seguaci. Il tutto in palese violazione dell'art. 14, 2 Cost., ovvero del principio di eguaglianza di fronte alla legge. É inoltre fatto loro divieto di operare in ambito caritativo *ex* art. 18.

Detta legge federale prevede altresì una norma concernente le associazioni religiose già registrate ai sensi della regolamentazione del 1990, ma non in possesso delle prerogative in via di implementazione. Infatti, era ipotizzato, ai sensi dell'originario disposto dell'art. 27, una sorta di regime transitorio. Fino all'eventuale raggiungimento dei suddetti requisiti, queste venivano, *medio tempore*, declassate allo *status* dei gruppi anche se rispetto ad essi restavano comunque titolari delle proprietà già acquisite in precedenza.

Non era contemplato alcun rimedio al diniego di registrazione e questa da «atto di natura meramente ricognitiva con cui il pubblico potere si limita a prendere atto della volontà dei cittadini di associarsi a finalità religiosa» passava ad avere «efficacia costitutiva»[30].

Proprio il diniego del riconoscimento, ai sensi della nuova legge federa-

---

[29] Attualmente neppure attività missionarie, ai sensi della modifica introdotta dalla legge federale 6 luglio 2016, n. 374 FZ, sulla quale v. *infra* par. 3.3.

[30] Giovanni Codevilla, *Stato e Chiesa nella Federazione Russa* cit., p. 55.

le è all'origine della vicenda che ha condotto i testimoni di Geova davanti alla Corte di Strasburgo, I sezione, che, con sentenza 10 giugno 2010, ric. n. 302/02, ha concluso all'unanimità nel senso della violazione dell'art. 9 CEDU, in combinazione con l'art. 11, in ordine allo scioglimento disposto e confermato in via giudiziaria dalle istituzioni nazionali russe[31].

Nonostante i segnalati possibili contrasti di talune tra le norme di cui alla legge federale n. 125 FZ/1997 con i disposti costituzionali in materia religiosa, il Giudice delle leggi russo[32] ha, comunque, sempre concluso nel senso della legittimità delle singole norme dedotte in giudizio.

Così è stato a partire dalla Corte costituzionale, decisione 23 novembre 1999, n. 16-P, causa Testimoni di Geova e Chiesa cristiana della glorificazione[33] così come nei successivi provvedimenti del 13 aprile 2000, n. 46-O[34], causa Compagnia di Gesù e 7 febbraio 2002, n. 7-O[35], causa Esercito della Salvezza, delle quali è disponibile una accurata analisi dottrinale[36].

Le successive modifiche alla legge federale n. 125 FZ/1997 e la legislazione connessa

La legge federale n. 125 FZ del 1997 è stata più volte modificata nel corso degli anni[37] e a ciò si è costantemente accompagnata una prassi di polizia e

---

[31] Decisione scaricabile dal *database della* Corte di Strasburgo, dalla maschera di ricerca disponibile all'indirizzo *https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/HUDOC&c=*. Per un commento v. Chiara Lapi, *La difficile posizione giuridica dei Testimoni di Geova in Russia di fronte alla Corte di Strasburgo*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), giugno 2011, 12 pp.

Sotto il profilo della affermata violazione dell'art. 9 CEDU, in riferimento alla Federazione Russa v. inoltre: Corte europea, I sezione, decisione, 5 ottobre 2006, causa Esercito della Salvezza di Mosca c. Russia, ric. n. 72881/01 e – sempre della stessa sezione – decisione, 1° ottobre 2009, causa Kimlya c. Russia, ric. nn. 76836/01 e 32782/03, relativa a Scientology.

[32] Tutte le pronunce citate nel testo, ove non altrimenti precisato sono comunque rinvenibili sul *database* della Corte all'indirizzo *http://www.ksrf.ru/ru/Decision/Pages/default.aspx*.

[33] In *http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision30316.pdf*. Disponibile anche in inglese in *http://www.ksrf.ru/en/Decision/Judgments/Documents/1999%20November%2023%2016-P.pdf*.

[34] In *http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision32102.pdf*.

[35] In *http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision30999.pdf*.

[36] Cfr. Marina Thomas, *Russian Federation Constitutional Court Decisions on Russia's 1997 Law "On Freedom of Conscience and Religious Associations"*, in *The International Journal of Not-for-Profit Law*, vol. 6, n. 1, 2003 (*https://www.icnl.org/resources/research/ijnl/russian-federation-constitutional-court-decisions-on-russias-1997-law-on-freedom-of-conscience-and-religious-associations#_ftn55*).

[37] Modificata dalle leggi federali 26 marzo 2000, n. 45 FZ; 21 marzo 2002, n. 31 FZ; 25 luglio 2002, n. 112 FZ; 8 dicembre 2002, n. 169 FZ; 6 giugno 2004, n. 6 FZ; 29 giugno 2004, n. 58 FZ; 6 luglio 2006, n. 104 FZ; 28 febbraio 2008, n. 14 FZ; 23 luglio 2008, n. 160 FZ; 30 novembre 2010, n.

giurisprudenziale zelante ed estensiva[38].

Significativi si palesano, ad esempio, gli ulteriori interventi normativi che pur non andando a gravare direttamente sulla normativa *de qua* hanno contribuito a consolidarne un'interpretazione intransigente. A queste misure pare possa ascriversi il rafforzamento del concetto di identità nazionale, come avviene per effetto del decreto presidenziale 10 gennaio 2000, n. 24[39], in tema di sicurezza, la cui implementazione implica anche la protezione del retaggio culturale, spirituale e morale delle tradizioni storiche oltre a contrastare l'influenza negativa delle organizzazioni religiose e dei missionari stranieri.

Nel complesso ci si riferisce a diverse azioni legislative che vanno ad incidere direttamente sul diritto di libertà religiosa, avendo ad oggetto l'azione statale contro il terrorismo, la punizione della blasfemia e la restrizione delle attività missionarie.

L'azione statale contro il terrorismo

Preliminarmente occorre rilevare la costante assenza di tassatività nella definizione di cosa si debba intendere per attività estremistica, nei diversi provvedimenti succedutisi nel tempo, che siano intervenuti o meno sulla legge federale n. 125 FZ/1997.

In primo luogo, va nominata la legge federale 25 luglio 2002, n. 114 FZ sul contrasto all'attività estremista[40], nonostante siano registrabili anche provvedimenti anteriori, databili alla fine degli anni Novanta.

---

328 FZ; 1° luglio 2011, n. 169 FZ; 7 giugno 2013, n. 119 FZ; 2 luglio 2013, n. 180 FZ; 2 luglio 2013, n. 185 FZ; 22 ottobre 2014, n. 316 FZ; 31 dicembre 2014, n. 505 FZ; 6 aprile 2015, n. 80 FZ; 20 aprile 2015, n. 103 FZ; 13 luglio 2015, n. 261 FZ; 28 novembre 2015, n. 341 FZ; 30 marzo 2016, n. 76 FZ; 6 luglio 2016. n. 374 FZ; 5 febbraio 2018. n. 15 FZ; 1° maggio 2019, n. 85 FZ; 3 luglio 2019, n. 170 FZ; 2 dicembre 2019, n. 394 FZ e 2 dicembre 2019, n. 407 FZ. Per la riforma attualmente in discussione v. *infra* par. 5.

[38] Come è dato, peraltro, rilevare nei numerosi *reports* delle diverse organizzazioni a tutela dei diritti umani citati in nota al par. 1.

[39] Testo disponibile anche in inglese *sub* Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation, *National security concept of the Russian Federation*, 10 *January* 2020, in *https://www.mid.ru/en/foreign_policy/official_documents-/asset_publisher/CptICkB6BZ29/ content/id/589768*.

[40] Accessibile anche in inglese dal *database* OSCE – ODIHR *www.legislationonline.org* all'indirizzo *http://www.legislationline.org/documents/action/popup/id/4368*. Per un commento: Emily B. Baran, Zoe Knox, *The 2002 Russian Anti-Extremism Law: An Introduction*, in *The Soviet and Post-Soviet Review*, n. 2, 2019, p. 97 ss. Si tratta di un numero speciale della Rivista dal titolo «Understanding Russia's Anti-Extremism Law: Historical Contexts and Contemporary», curato dalle stesse Autrici, cui si rinvia per gli altri contributi dedicati alla legislazione anti-estremista.

Anch'essa più volte modificata[41], attribuisce alle autorità il potere *de facto* di censurare la libertà religiosa e di perseguire penalmente un'ampia serie di attività connesse prevedendo altresì un elenco federale dei materiali proibiti[42]. Si tratta di una legge[43] criticata a partire dal Consiglio d'Europa, per il tramite dalla Commissione di Venezia[44], proprio per la eccessiva genericità nella definizione delle diverse fattispecie, come è, ad esempio il caso dei concetti di «attività estremista» o di «estremismo», «organizzazione estremista» e «materiale estremista»[45].

In parziale connessione con il profilo *de quo*, tra le novelle, più recenti meritano una specifica menzione gli emendamenti alla legge sulla libertà di coscienza e sulle associazioni religiose di cui alla legge federale 28 novembre

---

[41] Modifiche disponibili *sub topic Counter-Terrorism* all'indirizzo *https://www.legislationline.org/legislation/ section/legislation/country/7/topic/5* nonché in *https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile =CDL-REF(2012)012-e*.

[42] Cfr. art. 13, legge federale n. 114 FZ/2002 che sotto la rubrica «Responsabilità della diffusione di materiale estremista», contempla la predisposizione di una lista federale pubblica (ult. cpv.). Detto documento, disponibile al momento del rilascio del presente contributo all'indirizzo *https://minjust.gov.ru/ru/extremist-materials/*, si compone di ben 425 pagine e conta 5066 pubblicazioni (versione in pdf). V., inoltre, l'art. 20.29, codice degli illeciti amministrativi, che sotto la rubrica «Produzione e diffusione di materiali estremisti», commina sanzioni pecuniarie e/o arresto amministrativo nonché la confisca dei suddetti materiali e delle attrezzature utilizzate per la loro produzione, nel caso di fattispecie commesse da persone fisiche ed un incremento delle misure, in caso di persone giuridiche. Disposizione introdotta dalla legge federale 24 luglio 2007, n. 211 FZ, modificata in seguito dalla legge federale 2 maggio 2015, n. 116 FZ.

[43] Così come emendata con le leggi federali 27 luglio 2006, n. 153 FZ; 10 maggio 2007, n. 71 FZ e il 29 aprile 2008, n. 54 FZ. Per la versione attualmente in vigore, con evidenziate le modifiche si rinvia a *http://pravo.gov.ru/proxy/ips/?searchres=&bpas=cd00000&a3=102000505&a3type=1&a3value=%D4%E5%E4%E5%F0%E0%EB%FC%ED%FB%E9+%E7%E0%EA%EE%ED&a6=&a6type=1&a6vlue=&a15=&a15type=1&a15vale=&a7type=1&a7from=&a7to=&a7date=25.07.2002&a8=&a8type=1&a1=&a0=&a16=&a16type=1&a16value=&a 17=&a17type=1&a17value =&a4=&a4type=1&a4value=&a23=&a23type=1&a23value =&textpres=&sort=7&x=50&y=10*.

[44] Council of Europe (COE). European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *Opinion on the Federal Law on Combating Extremist Activity of the Russian Federation no. 660/2011, Adopted by the Venice Commission at its 91st Plenary Session (Venice, 15-16 June 2012)*, in *https://www.venice.coe.int/ webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2012)016-e*, 19 pp. Sempre in ambito COE ma a livello di Assemblea parlamentare v. Council of Europe (COE). Parliamentary Assembly, *Resolution 2 October 2012,* n. 1896, in *http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?*fileid=gli&lang=en. In precedenza, v. Id., *Resolution 23 April 2002*, n. 1277 (*https://pace.coe.int/en/files/16991/html*) e Id., *resolution 22 June 2005*, n. 1455 (*https://pace.coe.int/en/files/17354/html*).

[45] Cfr. gli *specific remarks* a proposito delle definizioni di estremismo (par. 26 ss.); materiale estremista (par. 46 ss.) e organizzazione estremista (par. 50 ss.). V. inoltre par. 77 *sub Conclusions* ove «The Venice Commission recalls that it is of crucial importance that, in a law such as the Extremism Law, which has the capacity of imposing severe restrictions on fundamental freedoms, a consistent and proportionate approach that avoids all arbitrariness be taken. As such, the Extremism Law has the capacity of imposing disproportionate restrictions of fundamental rights and freedoms as enshrined in the European Convention on Human Rights (in particular Articles 6, 9, 10 and 11) and infringe the principles of legality, necessity and proportionality».

2015, n. 341 FZ, in particolare, di quello diretto a consentire al Ministero della giustizia e alle istituzioni dipendenti il diritto di ispezionare le attività economiche delle organizzazioni religiose qualora ricevano finanziamenti dall'estero, se vi è un sospetto di attività illecite o legate all'estremismo[46]. L'azione antiterrorismo, peraltro, sarà successivamente implementata dalle leggi di cui al celeberrimo pacchetto Yarovaya, che si esaminerà tra poco[47].

La punizione della blasfemia

Premettendo di osservare i rischi insiti nella tutela statale del sentimento religioso dei cittadini, soprattutto di quello ascrivibile alla religione di maggioranza o alla quale, anche solo di fatto, viene riconosciuta una posizione ufficiale[48], mediante la legge federale 29 giugno 2013, n. 136 FZ sugli emendamenti all'art. 148 del codice penale e su alcuni strumenti legislativi della Federazione Russa allo scopo di contrastare le offese alle opinioni e ai sentimenti religiosi dei cittadini[49], viene introdotta la punizione della blasfemia, con una pena detentiva e/o pecuniaria.

In effetti si deve osservare come già la legge federale n. 125 FZ/1997, contenesse alcune previsioni a tutela della religione, in specie quella di cui all'art. 3, 6[50].

La legge federale n. 136 FZ/2013 è stata approvata quasi ad unanimità così come la coeva n. 135 FZ che, integrando la legislazione vigente a tutela dei minori, al fine di proteggerli dalle informazioni che sostengano la negazione dei valori familiari tradizionali, punisce in sostanza la promozione dell'omosessualità nei confronti di questi, anche se nella redazione definitiva sostitui-

---

[46] Art. 25, 5, legge federale n. 341 FZ/2015.

[47] *Infra* par. 3.3.

[48] Si tratta di una problematica che ha diffusamente interpellato la dottrina e la giurisprudenza italiana. Per una puntuale analisi v. Maria Cristina Ivaldi, *La tutela penale in materia religiosa nella giurisprudenza*, Giuffrè, Milano, 2004, *passim*.

[49] In *http://pravo.gov.ru/proxy/ips/?docbody=&nd=102166335&intelsearch=o.+136*.

La versione aggiornata del codice penale in vigore è disponibile in *http://pravo.gov.ru/proxy/ips/?docbody=&prevDoc=102166335&backlink=1&&nd=102041891*.

[50] Art. 3, 6, legge federale n. 125 FZ/1997, nella già richiamata traduzione di Giovanni Codevilla per OLIR: «L'impedimento ad esercitare il diritto alla libertà di coscienza ed alla libertà di professione religiosa, incluso l'impedimento accompagnato da violenza alla persona, con offesa dolosa dei sentimenti dei cittadini in relazione al loro atteggiamento verso la religione, con propaganda della superiorità religiosa, con distruzione o danneggiamento dei beni o con minaccia di compiere tali azioni, è vietato e perseguito in conformità con la legge federale. È vietato lo svolgimento di pubbliche iniziative e la distribuzione di testi ed immagini che offendono i sentimenti religiosi dei cittadini nelle vicinanze dei luoghi oggetto di venerazione religiosa».

sce il termine omosessualità con quello di relazioni sessuali non tradizionali[51].

La novella introdotta all'art. 148, codice penale, aggiunge alle statuizioni già esistenti[52], sotto la rubrica «Violazione della libertà di coscienza e di religione», la fattispecie consistente nell'offesa pubblica che dimostri una evidente mancanza di rispetto per la società con l'obiettivo di offendere i sentimenti religiosi dei credenti. È prevista la condanna ad una pena pecuniaria o ad un periodo di lavoro obbligatorio o la reclusione, senza distinguere tra le diverse credenze[53]. Nel caso in cui la fattispecie *de qua* sia commessa in luoghi appositamente designati per lo svolgimento di servizi divini, altri riti religiosi e cerimonie, la sanzione è aumentata[54].

Detta statuizione trova la sua *ratio* nel celeberrimo caso delle *Pussy Riots*, giovani donne condannate ad una pena detentiva di due anni, per aver intonato una preghiera anti-Putin, a seno scoperto, a Mosca nella Cattedrale di Cristo Salvatore, nell'agosto 2012, punita allora ai sensi dell'art. 213, 2, codice penale, ovvero per teppismo motivato dall'odio religioso[55].

Nondimeno, come riferito da autorevole fonte[56], sono state poche le condanne *ex* art. 148, dall'entrata in vigore del testo modificato, ai sensi della legge di riforma del 2013. La maggior parte delle fattispecie blasfeme risultano infatti punite ai sensi dell'art. 282, codice penale[57], che vieta le azioni volte ad incitare all'odio o all'inimicizia e ad umiliare una persona o un gruppo di persone anche per motivi di religione, commesse pubblicamente, anche attraverso i mezzi di comunicazione di massa o le reti di informazione e di te-

---

[51] In *http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001201306300001*. In parallelo v. *infra* par. 5, la modifica costituzionale posta a presidio del matrimonio, in quanto unione tra uomo e donna, introdotta nel 2020.

[52] Ora *sub* n. 3 ss. ai sensi del quale è punita l'ostruzione illegale delle attività delle organizzazioni religiose o dello svolgimento di servizi, altri riti e cerimonie con una multa, lavori obbligatori o correttivi nonché con l'arresto fino a tre mesi.

[53] Art. 148, 1, codice penale.

[54] Art. 148, 2, codice penale. Al successivo art. 148, 3 è altresì prevista l'ostruzione illegittima delle attività di organizzazioni religiose o dello svolgimento di servizi, altri riti religiosi e cerimonie, ipotizzando aggravanti qualora l'azione sia commessa da un soggetto che utilizzi la sua posizione ufficiale oppure con l'uso della violenza o con la minaccia del suo uso (art. 148, 4).

[55] Nel testo come modificato dalla legge federale 3 aprile 2017, n. 60 FZ in ipotesi di teppismo, ovvero di una grave violazione dell'ordine pubblico, che esprime una chiara mancanza di rispetto per la società, commesso per motivi di odio o di inimicizia anche religiosa (art. 213, 1, b).

[56] United States (US) Law Library of Congress, *Blasphemy and Related Laws in Selected Jurisdictions*, 2017, in *https://www.loc.gov/law/help/blasphemy/index.php#_ftnref145*, p. 23.

[57] Articolo da ultimo modificato dalla legge federale 27 dicembre 2018, n. 519 FZ. Versione in inglese disponibile in *https://www.legislationline.org/download/ id/4247/file/RF_CC_1996_am03.2012_en.pdf*.

lecomunicazione, compreso internet[58], da una persona dopo essere stata [già] ritenuta responsabile amministrativamente per un atto simile, entro l'anno[59]. Aggravanti sono previste nel caso in cui queste condotte siano commesse con l'uso o la minaccia di violenza, da una persona che si avvalga della sua posizione ufficiale o da un gruppo organizzato[60]. Detti comportamenti possono essere perseguiti con varie sanzioni pecuniarie, lavoro forzato, divieto di svolgere attività professionali specifiche o con la reclusione da due a cinque anni.

Sempre a livello di tutela di quello che potremmo definire come sentimento religioso dei cittadini, la legge federale n. 136 FZ/2013, viene ad incidere anche sul codice degli illeciti amministrativi varato nel 2001[61], con alcune modifiche introdotte all'art. 5.26.

L'art. 5.26 – dopo aver sanzionato l'ostruzione del diritto alla libertà di coscienza e alla libertà di religione, compresa l'adesione o il rifiuto di credenze religiose o di altro tipo, l'ingresso o l'uscita da un'associazione religiosa – dispone la punibilità della dissacrazione pubblica e intenzionali di libri religiosi o liturgici, di oggetti di culto e altre insegne e simboli[62].

L'implementazione delle misure antiterrorismo e la repressione delle attività missionarie

La riforma e l'implementazione della legislazione antiterrorismo nota con il nome di pacchetto Yarovaya[63], si compone delle leggi federali 6 luglio 2016,

---

[58] In ordine alla applicazione della normativa relativa all'antiestremismo in internet v. Maria Kravchenko, *Russian Anti-Extremism Legislation and Internet Censorship*, in *The Soviet and Post-Soviet Review*, n. 2, 2019, p. 158 ss.

[59] Art. 282, n. 1, codice penale. Si segnala altresì l'utilizzo in chiave repressiva, anche nell'ambito *de qua*, delle previsione di cui agli artt. 282^1 (organizzazione di comunità estremista) e 282^2 (organizzazione di attività di una comunità estremista), entrambe introdotte dalla già evocata legge federale n. 112 FZ/2002 – che modifica l'art. 14 della legge federale n. 125 FZ/1997 – sono successivamente emendate dall'art. 1, n. 22 ss. della legge federale n. 375 FZ/2016, *amplius infra* par. 3.3.

[60] Art. 282, 2, codice penale.

[61] Versione aggiornata in *http://pravo.gov.ru/proxy/ips/?docbody=&prevDoc= 102166335&backlink =1&&nd=102074277*.

[62] Art. 5.26, codice degli illeciti amministrativi, risp. 1 e 2. Si ricorda altresì che l'art. 5.26 sanzione la mancata o incompleta spendita del nome da parte di organizzazioni religiose nel materiale stampato e diffuso, a fine missionario (art. 5.26, 3) e l'attività missionaria esercitata in violazione della legge federale n. 125 FZ/1997 (art. 5.26, 4), ipotizzando un'aggravante qualora il soggetto sia straniero o apolide (art. 5.26, 5).

[63] Cfr. il *report* commissionato dall'USCIRF concernente l'applicazione delle misure anti-estremismo sull'esercizio della libertà religiosa dal 2011 al 2017 curato dalla già menzionata studiosa del *SOVA Center* Maria Kravchenko: USCIRF, *Inventing Extremism. The impact of Russian Anti-Extremism*

n. 374 FZ e n. 375 FZ.

La legge n. 374 FZ/2016 «Sugli emendamenti alla legge federale sulla lotta al terrorismo e alcuni atti legislativi della Federazione Russa in termini di definizione di misure aggiuntive per contrastare il terrorismo e garantire la sicurezza pubblica»[64] predispone, tra l'altro, una serie completa di norme che regolano le attività missionarie in Russia, i tipi di materiali che possono essere utilizzati dai missionari e l'ammissione di questi nel Paese[65]. Il provvedimento *de quo*, oltre ad incidere sulla legge federale n. 125 FZ/1997 modifica l'appena richiamato art. 5.26, codice degli illeciti amministrativi, sempre in connessione all'esercizio di attività missionarie[66]. Attività missionarie, a proposito della cui definizione è intervenuta, peraltro, anche la Corte costituzionale, con la decisione 13 marzo 2018, n. 579-O/2018[67].

La coeva legge federale n. 375 FZ/2016 «Sugli emendamenti al codice penale e al codice di procedura penale in termini di definizione di misure aggiuntive per contrastare il terrorismo e garantire la pubblica sicurezza», come da rubrica viene ad implementare l'arsenale penale della Federazione Russa, in materia[68]. Tra l'altro interviene sui già richiamati[69] artt. 282, 282^1, 282^2 nonché sull'art. 282^3, codice penale[70].

Policies on Freedom of Religion or Belief, 2018, 52 pp. in *https://www.uscirf.gov/sites/default/files/Inventing%20Extremists.pdf*, spec. p. 15 ss. Per un commento da parte della dottrina italiana v. Federico Delfino, *La legislazione antiterrorismo in Francia e in russia. Un difficile equilibrio tra sicurezza dei cittadini e diritti*, in *Rivista di diritto dei media*, 1, 2019, spec. p. 14 ss.(*http://www.astrid-online.it/static/upload/ pape/paper6_delfino1.pdf*). Da ultimo v. Germana Carobene, *Normativa "anti estremismo" e libertà religiosa nella Federazione Russa. Il caso dei Testimoni di Geova*, *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 16, 2020, 28 pp.

[64] In *http://pravo.gov.ru/proxy/ips/?docbody=&firstDoc=1&lastDoc=1&nd=102404066*.

[65] Cfr. art. 8, legge federale n. 374 FZ/2016 che inserisce nella legge federale n. 125 FZ/1997 il capo III^1 «Attività missionaria» composto dagli artt. 24^1 «Contenuto delle attività missionarie» e 24^2 «Procedure per lo svolgimento delle attività missionarie».

[66] Art. 11, 1, legge federale n. 374 FZ/2016 che, ad esempio, ipotizza la multa fino ad un milione di rubli, il sequestro di beni e l'espulsione – in caso di violazione commessa da uno straniero o da un apolide – per la distribuzione di letteratura religiosa e di altri materiali senza l'approvazione e in violazione delle regole riguardanti lo svolgimento del lavoro missionario.

Per una rassegna dei procedimenti giudiziari ai sensi dell'art. 5.26, 4 e 5, codice degli illeciti amministrativi, relativa al 2019 v. Victoria Arnold, Forum 18, *Russia: 100 known "missionary activity" prosecution in 2019 – list*, 20 agosto 2020, in *http://www.forum18.org/archive.php?article_id=2594*. Per quelli relativi al primo semestre 2020 v. Id., *Russia: 42 known "missionary activity" prosecution in first half of 2020 – list*, *21 August 2020*, in *http://www.forum18.org/archive.php?article_id=2595*.

[67] In *http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision323481.pdf*.

[68] In *http://publication.pravo.gov.ru/Document/Text/0001201607070042*.

[69] *Supra* par. 3.2.

[70] Art. 282^3, «Finanziamento di attività estremiste», codice penale, introdotto dalla legge federale 28 giugno 2014, n. 179 FZ, novellato dall'art. 1, n. 25, legge federale 6 luglio 2016, n. 375 FZ.

Si ricorda che l'imputazione di attività estremiste comporta l'iscrizione nella lista *Rosfinmonitoring* dei terroristi ed estremisti[71], con conseguente congelamento dei beni[72].

Nel complesso la riforma del 2016, pertanto, aumenta i limiti posti alla libertà religiosa, ridefinisce le attività missionarie, soprattutto quelle da parte di stranieri, e vieta la predicazione, la preghiera, la divulgazione di materiali, il rispondere a domande sulla religione se poste fuori dai luoghi deputati. Si tratta di restrizioni che si applicano anche qualora le suddette attività abbiano luogo in residenze private oppure *online*. Sono previste pene detentive di breve termine (codice degli illeciti amministrativi) o di lungo termine (codice penale).

Le decisioni della Corte suprema del 2017 nei confronti dei testimoni di Geova

I diversi rapporti – *in primis* delle organizzazioni internazionali a tutela dei diritti umani cui si è fatto cenno[73] – evidenziano numerosi provvedimenti di polizia e giudiziari, nei diversi stati federati[74], che sono venuti ad incidere sulla libertà religiosa, in specie, degli aderenti a religioni non tradizionali. In parte analogo problema si è posto e si pone nei c.d. territori annessi[75].

---

[71] *Http://www.fedsfm.ru/documents/terr-list*. Lista prevista dall'art. 6, legge federale 7 agosto 2001, n. 115 FZ, sulla lotta al riciclaggio di danaro e al finanziamento del terrorismo.

[72] V. Victoria Arnold, Forum 18, *Russia: Jehovah's Witness criminal cases-list*, 11 ottobre 2019, in *http://www.forum18.org/archive.php?article_id=2512*, nel quale si dà conto dell'inserimento nella celeberrima lista *Rosfinmonitoring* anche di diversi geovisti tra i quali Dennis Christensen. Per alcuni ragguagli circa il testimone di Geova danese v. *https://www.amnesty.org/fr/latest/news/2020/07/russia-travesty-of-justice-danish-jehovahs-witness -set-for-release-may-stay-in-custody/*.

[73] *Supra* par. 1.

[74] Per un attento monitoraggio dell'implementazione delle misure antiterroristiche nella Federazione in ambito religioso – in gran parte riferibili ai testimoni di Geova – si rinvia, ancora una volta, alle analisi periodiche disponibili sul sito *web* del *SOVA Center for Information and Analysis* (*https://www.sova-center.ru/en*).

[75] Ci si riferisce, in primo luogo, all'Ukraina dell'est e alla Crimea dove – come può evincersi dall'USCIRF, *Annual Report 2019, Russia* (*https://www.uscirf.gov/reports-briefs/annual-report-chapters-and-summaries/russia-chapter-2019-annual-report*), relativo al 2018 – si è assistito ad una sorta di esportazione della persecuzione delle minoranze religiose. Per quanto riguarda la prima v. i contributi pubblicati nel volume di Elisabeth A. Clark, Dmytro Vovk (a cura di), *Religion During the Russian Ukraninian Conflict*, Routledge, London-New York, 2020, *passim*. Rispetto alla seconda v. Evhen Tsybulenko, Anastassiya Platonova, *Violations of Freedom of Expression and Freedom of Religion by the Russian Federation as the Occupying Power in Crimea*, in *Baltic Journal of European Studies*, n. 3, 2019, pp. 134-147; Felix Corley, *Crimean Anti-Religious Persecution in 2018 and 2019*, in *Occasional Papers on Religion in Eastern Europe*, n. 6, 2019, pp. 70-81 (*online* in *https://digitalcommons.georgefox.edu/ree/vol39/iss6/5*); Olesia Olexandrivna Otradnova, *Crimea – the new challenge for freedom of religion*, in *Administrative Law and Process*, n. 3, 2016, pp. 161-167 (*online*

Limitando l'analisi ai provvedimenti maggiormente esemplificativi emanati dai più alti organi di giustizia federali, pare opportuno soffermarsi sulla piuttosto recente decisione della Corte suprema 20 aprile 2017, causa ACPI17-238[76] (giudice Jurij Grigor'evič Ivanenko), confermata dalla Camera d'appello 17 luglio 2017, causa APL17-216 (collegio di tre giudici)[77].

In prima istanza il giudice Jurij Grigor'evič Ivanenko ha accolto la richiesta presentata dal Ministero della giustizia[78] di chiudere il Centro amministrativo dei Testimoni di Geova in Russia, di sciogliere le associazioni religiose locali che fanno parte della relativa struttura e di consegnare alla Federazione tutte le proprietà e i beni dell'organizzazione religiosa sciolta, vietandone di fatto l'esercizio del culto.

Quanto ai beni in oggetto, vi è tuttavia da osservare la loro riferibilità ad un ente statunitense, la *Watch Tower Bible and Tract Society of Pennsylvania* (d'ora in poi WTPA) e la circostanza che, per questa via, si è dunque di fatto invalidato un contratto in vigore da 17 anni che originariamente sanciva appunto il trasferimento delle menzionate proprietà alla WTPA, la quale risulta aver sempre pagato i relativi tributi previsti dalla legislazione russa. Contratto mai messo in discussione prima della decisione *de qua*.

Malgrado ciò vi è da ritenere che proprio la ascrivibilità della proprietà in capo ad un ente straniero, nella specie statunitense, rappresenti una delle possibili concause politiche che stanno alla base ancor prima della decisione in commento, delle stesse misure normative applicate.

I provvedimenti in oggetto – resi in applicazione della legislazione antiterrorismo in ambito religioso – sono stati all'origine di una serie di dichiarazioni di condanna da parte di diverse istituzioni internazionali oltre ad aver contribuito a rafforzare il clima di diffidenza nei confronti dei testimoni di Geova, generando peraltro anche episodi di violenza registrati in diverse parti della

---

in *http://applaw.net/index.php/journal/article/view/115*).

[76] Per il testo delle pronunce si rinvia al *database* della Corte Suprema all'indirizzo *https://vsrf.ru/lk/practice/acts*. La decisione del caso di specie è disponibile in *http://vsrf.ru/stor_pdf.php?id=1538264*. Giudizio in composizione monocratica (giudice J.G. Ivanenko), impugnabile – come avvenuto di seguito – presso la Camera d'appello della medesima Corte. Disponibile nella traduzione italiana in *https://coscienzaeliberta.it/coscienza-e-liberta/rivista-n-54/documenti-corte-suprema-della-federazione-russa-sentenza-20-aprile-2017-n-54-anno-2017/*. Per un'analisi v. Zoe Knox, *Jehovah's Witnesses as Extremmist: The Russian State, Religious Pluralism, and Human Rights*, in *The Soviet and Post-Soviet Review*, n. 2, 2019, p. 128 ss.

[77] Camera d'appello composta dai giudici V.Yu Zaitsev, V.V. Popova e G.V. Manokhina, in *http://vsrf.ru/stor_pdf.php?id=1564706*.

[78] Ministero che, nel caso di specie, asseriva la responsabilità del suddetto Centro amministrativo per le affermate violazioni commesse dalle associazioni locali e il contenuto estremista delle pubblicazioni dei testimoni di Geova.

Federazione[79].

La stessa conferma in Camera d'appello – ovvero l'esaurimento dei gradi previsti dalla giurisdizione ordinaria interna – ha aperto le porte alla proposizione di ricorsi alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo[80] e al Comitato per i Diritti Umani delle Nazioni Unite[81].

Nell'attesa dell'esito delle suddette doglianze non può tuttavia non farsi cenno alla già evocata elaborazione di una sorta di teoria dei controlimiti, in senso sovranista[82], che la Corte costituzionale ha contribuito a circostanziare, negli ultimi anni, per porre un argine alla ricezione delle decisioni degli organismi interstatali rese in forza di atti internazionali sottoscritti dalla Russia. Il pensiero va, primariamente alla risoluzione 14 luglio 2015, n. 21-P[83], di seguito trasfusa nella legge costituzionale federale, 14 dicembre 2015, n. 7 FKZ[84], poi ripresa dalla stessa Corte costituzionale, risoluzione 19 apri-

---

[79] A titolo meramente esemplificativo v. Office for Democratic Institutions and Human Rights (OSCE). Permanent Council, 1185th Plenary Meeting, *EU Statement on the Situation of Jehovah's witnesses in Russia*, 10 maggio 2018, in *https://www.osce.org/files/f/documents/f/0/381820.pdf* nonché Id., *Statement by the Delegation of the United States of America on the situation of Jehovah's Witnesses in the Russian Federation*, 10 maggio 2018, in *https://www.osce.org/files/f/documents/1/4/381823.pdf*. A livello dell'Organizzazione delle Nazioni Unite V., in primo luogo, United Nations (UN). Office of the High Commissioner for Human Rights, *Mandates of the Special Rapporteur on the promotion of the rights; the Special Rapporteur of peaceful assembly and association; the Special Rapporteur on freedom of religion or belief*, 28 luglio 2016, OL RUS 7/2016, in *https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/Legislation/RUS_7_2016.pdf*, a proposito dei rilievi formulati nei confronti del c.d. pacchetto Yarovaya. *Special Rapporteurs* che di lì a poco manifesteranno preoccupazione rispetto all'emanazione delle sentenze della Corte Suprema Russa del 2017 (v. il *press release* in *https://www.ohchr.org/EN/ NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=21479&LangID=E*) nonché United Nations (UN). Human Rights Council, *Compilation on the Russian Federation. Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights*, 19 marzo 2018, A/HRC/WG.6/30/RUS/2, in *https://undocs.org/en/ A/HRC/WG.6/30/RUS/2*.

[80] Per la notizia del deposito di ricorsi presso la Corte di Strasburgo v. *https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-8-2017-002841_IT.html*.

[81] Per quanto concerne l'*UN Human Rights Commetee* – pur nel diverso approccio tenuto rispetto alla Corte Europea di Strasburgo per quanto concerne il minor margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati – v. i cospicui casi registrati nel 2017, 2018, 2019 (*https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CCPR/Pages/TableRegisteredCases.aspx*) concernenti la Federazione Russa e la violazione del diritto di libertà religiosa prevista ai sensi dell'art. 18 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici (cfr. le comunicazioni nn. 2925/2017, 2035/2017, 2966/2017, 3161/2018, 3119/2018, 3171/2018, 3286/2019, 3318/2019 e 3659/2019).

[82] *Supra* par. 1, nt. 17.

[83] In *http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision201896.pdf*.

[84] In *http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001201512150010*. Riforma censurata anche da Council of Europe (COE). European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *Final Opinion on the Amendments to the Federal Constitutional Law on the Constitutional Court no. 832/2015, Adopted by the Venice Commission at its 107th Plenary Session (Venice, 10-12 June 2016)*, in *https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)016-e*, 36 pp.

le 2016, n. 12-P/2016[85] – non attinente al fattore religioso – che ribadisce il principio secondo il quale la Federazione «non è obbligata a dare esecuzione a quelle sentenze della Corte EDU che constatano la violazione della CEDU da parte di provvedimenti russi giudicati, viceversa, conformi alla Costituzione»[86].

Si tratta di una teoria che verrà peraltro ripresa e ulteriormente riformulata anche in sede di revisione della Legge fondamentale del 2020[87].

A margine, merita altresì una menzione una ulteriore vicenda giudiziaria che ha visto il suo epilogo, proprio nello stesso anno, anche se su base locale. Il pensiero va alla sentenza del Tribunale di San Pietroburgo, 20 dicembre 2017 che conferma in appello il precedente provvedimento del Tribunale cittadino di Vyborg, 17 agosto 2017[88]. Il caso definito giudizialmente ha ad oggetto la dichiarazione della «"Traduzione" del Nuovo Mondo delle Sacre Scritture» in russo come pubblicazione estremista, denegando al testo la natura di bibbia. Si tratta di un *escamotage* utilizzato per aggirare in divieto posto dall'art. 3^1, legge federale 25 luglio 2002 n. 114 FZ, così come introdotto nel 2015[89], di dichiarare determinati testi sacri come materiali estremisti.

Infatti, la disposizione in oggetto – sotto la rubrica «Requisiti di applicabilità della legislazione della Federazione Russa sulla lotta alle attività estremiste in relazione ai testi religiosi» – dispone che la bibbia, il corano, il tanakh e il kangyur – così come il contenuto di questi e le citazioni da essi tratte – non possono essere dichiarati materiali estremisti.

Già a partire dalla pronuncia di prima istanza diversi opuscoli e la "Traduzione" *de qua* sono stati inseriti nella già menzionata lista sul materiale

---

[85] In *http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision230222.pdf*. Provvedimento che consta di 89 pagine.

[86] Sul punto, più diffusamente v. Andrea Caligiuri, *La recente giurisprudenza costituzionale russa sui rapporti tra Convenzione europea dei diritti umani e ordinamento interno*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 3, 2016, p. 703 ss. (*online* in *http://www.sidi-isil.org/wp-content/uploads/2016/07/Caligiuri-Andrea.pdf*) e Angela Di Gregorio, *Russia. Il confronto tra la Corte costituzionale e la Corte europea per i diritti dell'uomo tra chiusure e segnali di distensione*, in *Federalismi.it*, n. 2/2016, p. 1 ss. (*online* in *https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=32308*). Si tratta di un tema diffusamente indagato anche dalla dottrina straniera; per tutti v. i saggi contenuti nel volume di Lauri Mälksoo, Wolfgang Benedek (a cura di), *Russia and the European Court of Human Rights: The Strasbourg Effect*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, *passim*.

[87] *Infra* par 5.

[88] Per un commento v. Victoria Arnold, Forum 18, *Russia*: *Jehovah's Witness Bible, Jewish, Christian, Muslim books banned*, 29 settembre 2017, in *http://www.forum18.org/archive.php?article_id=2319*.

[89] Ai sensi dell'art. 1 della legge federale 23 novembre 2015, n. 314 FZ (*http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001201511230050*), emanata all'unico scopo di integrare con la predetta statuizione, la legge federale n. 114 FZ/2002.

estremista[90], del Ministero della giustizia[91].

Peraltro, la situazione dei testimoni di Geova è stata altresì discussa nel corso di una riunione del Consiglio presidenziale per lo sviluppo della società civile e i diritti umani[92], l'11 dicembre 2018[93]. In quell'occasione Putin ha avuto modo di preconizzare la possibilità – finanche il dovere – di essere molto più liberali nei confronti dei testimoni di Geova, ricordando nel contempo che la società russa non è composta solo da sette religiose posto che il 90 per cento della popolazione è cristiano ortodosso e che lo Stato protegge le altre religioni tradizionali. Il Presidente ha poi precisato che occorre sostanzialmente tener conto dei dati reali e che comunque è necessario mantenere la vigilanza quanto alle possibili ricadute terroristiche.

Alcune considerazioni circa le ipotizzabili linee evolutive del diritto russo in materia religiosa

Si è osservato come la legislazione sulla libertà di coscienza e sulle associazioni religiose e le altre norme esaminate nel testo si pongono in contrasto con il disposto costituzionale, almeno dal punto di vista formale. Contemporaneamente si è anche evidenziato come la stessa Corte costituzionale abbia più volte escluso l'illegittimità della legislazione *de qua*[94]. Resta ora da verificare se i recenti emendamenti alla Legge fondamentale[95] possano fornire allo studioso qualche ulteriore indicazione per l'esegesi del diritto in materia religiosa della Federazione Russa. Come si vedrà di seguito sembra possa fondatamente affermarsi che se rimane pressoché irrisolta la questione del contrasto tra Costituzione e la legge federale n. 125 FZ/1997, per effetto della novella del 2020 si inserisce – a parere di chi scrive – perfino una contraddi-

---

[90] *Supra* par. 3.3.

[91] *Records* nn. 4485-4488.

[92] Si tratta – come da definizione – di una entità consultiva istituita per assistere il Presidente della Federazione nell'esercizio delle sue responsabilità costituzionali in materia di diritti umani (*http://en.kremlin.ru/structure/councils#institution-18*). Circa le origini e la missione v. *http://president-sovet.ru/about/mission/*.

[93] Video e trascrizione della seduta disponibile in *http://kremlin.ru/events/ president/news/59374*.

[94] *Supra* par. 2.

[95] Adottati con legge sulla modifica della Costituzione, 14 marzo 2020, n. 1 FKZ, confermate dall'esito referendario del 1° luglio 2020, ed entrate in vigore dal 4 luglio, per effetto del decreto presidenziale, 3 luglio 2020, n. 445 (*http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202007030012*). Pur non essendo la prima riforma ad intervenire sul testo del 1993 è senz'altro la più estesa e significativa. Il testo attualmente in vigore, con gli emendamenti evidenziati, è disponibile all'indirizzo *web http://pravo.gov.ru/proxy/ips/?docbody=&prevDoc=102126851&backlink=1&&nd =102027595*.

zione interna allo stesso assetto costituzionale.

La dottrina anche italiana fin da subito si è occupata diffusamente della riforma[96] evidenziandone l'opacità a cominciare dall'*iter* legislativo seguito[97]. Perplessità ha del resto suscitato pure la norma transitoria che consente di azzerare i precedenti mandati del Presidente in carica Vladimir Putin, consentendo la sua potenziale permanenza in carica fino al 2036.

Tuttavia, allo studioso delle interazioni tra il diritto e il fattore religioso è soprattutto una la modifica che si palesa significativa. Il pensiero va al neo-introdotto art. 67[1], Cost., il cui comma secondo contiene un riferimento a Dio[98]. Purtroppo, non è possibile aderire all'interpretazione fornita, sia pure da autorevolissima dottrina, secondo la quale la mera *nominatio Dei* – peraltro ad una divinità non altrimenti identificata – non violerebbe il principio di laicità[99]. A questa conclusione non pare potersi neppure accedere seguendo l'esegesi poco convincente fornitane dalla stessa Corte costituzionale russa, con la decisione 16 marzo 2020, n. 1-Z/2020[100]. Corte secondo la quale l'inserimento di un riferimento alla fede in Dio non implica l'abbandono del carattere laico

---

[96] Cfr., *in primis*, la sezione speciale della rivista *Nuovi Autoritarismi e Democrazie: Diritto, Istituzioni, Società*, n. 1, 2020, p. 132 ss. (*online* su *https://riviste.unimi.it/index.php/NAD/article/view/13659/12820*).

[97] Sul punto: Angela Di Gregorio, *Dinamiche di contesto e caratteristiche generali della Legge di Emendamento della Costituzione della Russia del 14 marzo 2020*, e Ilmira Galimova, *La Legge di Emendamento alla Costituzione della Federazione di Russia del 14 marzo 2020 e il suo* iter*: i principali punti critici della revisione costituzionale in Russia*, *ivi*, risp. p. 139 e 199 ss. Di quest'ultima Autrice v. inoltre Ead, *La Russia tra la "grande riforma" costituzionale e le misure anti-Covid*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 1-2020 (*https://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2020/05/Russia-1-2020.pdf*), p. 1 ss.

[98] Art. 67[1], 2, Cost. – «La Federazione Russa, unita da migliaia di anni di storia, conservando la memoria degli antenati che ci hanno trasmesso gli ideali e la fede in Dio, nonché la continuità nello sviluppo dello Stato russo, riconosce l'unità dello Stato storicamente stabilita».

[99] Giovanni Codevilla, *La laicità dello Stato nella revisione costituzionale della Federazione di Russia*, in *Nuovi Autoritarismi e Democrazie*, n. 1, 2020 cit., p. 238. Dello stesso Autore, in precedenza, sempre in relazione al concetto di laicità, v. Id., *Laicità dello Stato e separatismo nella Russia di Putin*, in Antonio G. Chizzoniti (a cura di), *Chiesa cattolica ed Europa Centro-orientale. Libertà religiosa e processo di democratizzazione*, Vita e Pensiero, Milano, 2004, p. 254 ss.

[100] Pronuncia disponibile sul *database* della Corte all'indirizzo *http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision459904.pdf* così come in *http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202003160037*. Nel provvedimento si legge che il riferimento a Dio non indicherebbe una rinuncia al carattere laico dello Stato ma avrebbe un valore storico-culturale in relazione all'importanza che la componente religiosa ha rivestito nella creazione e nello sviluppo della statualità russa.

V. spec. par. 2, quanto alla possibilità di limitare i diritti prevista dall'art. 17, 3, Cost, e parr. 2.1. e 2.2. a proposito delle specificazioni rese in ordine a cosa debba intendersi per attività missionaria. Cfr. inoltre, la Nota del servizio stampa della Corte medesima disponibile in *http://www.ksrf.ru/ru/Pressrv/Smi/Pages/VieWItem.aspx?ParamId=7063*. Per una critica alla decisione v. Angela Di Gregorio, *Dinamiche di contesto e caratteristiche generali della Legge di Emendamento* cit., p. 164 ss., la quale evidenzia come la Corte abbia scelto selettivamente i punti rispetto ai quali valutare la legittimità.

(art. 14) o della libertà di coscienza (art. 28), non essendo formulata in modo da implicare alcuna affiliazione confessionale o l'istituzione di credenze religiose obbligatorie, non ponendo gli individui in posizione diseguale a seconda della presenza di detta fede o del suo orientamento. Viceversa, la menzione mirerebbe «unicamente a sottolineare la necessità di tenere conto nella definizione delle politiche pubbliche, del ruolo socio-culturale storicamente significativo che la componente religiosa deve giocare e ha giocato nella formazione e nello sviluppo dello Stato russo»[101], con ciò riferendosi, evidentemente, al solo Dio dell'Ortodossia.

Sicuramente la *ratio* risiede da una parte nella sempre crescente influenza della Chiesa ortodossa russa – di fatto religione ufficiale – dall'altro nell'utilizzo della religione come fattore di unità nazionale[102].

Un riverbero di questa impostazione è, peraltro, rinvenibile anche nell'ulteriore inserimento *sub* art. 72, comma primo, lettera g[1] della statuizione in virtù della quale la Federazione Russa e le sue entità costitutive sono congiuntamente responsabili, oltre che della protezione della famiglia anche del matrimonio in quanto unione di un uomo e di una donna. Previsione che si inserisce nella necessità politica – peraltro più volte espressa – di sostenere e promuovere tra i valori nazionali identitari anche quelli familiari[103].

In medio tempore, rimangono da evocare, ad esempio, le diverse dichiarazioni[104] rese nel corso del *1276th Meeting* del COE, *Permanent Council* del 23 luglio 2020, tutte tese a condannare episodi di intolleranza e discriminazione nei confronti dei testimoni di Geova ed il relativo mancato godimento del diritto di libertà religiosa in Russia.

---

[101] Corte costituzionale, n. 1-Z/2020, par. 3 (cpv. 6).

[102] In ordine alle interazioni tra politica e religione v. pure Elena Miroshnikova, *National Report on the Political Aspects of Religion: Russia*, in Javier Martinez Torron, W. Cole Durham (a cura di), *Religious and Secular State. National Reports*, International Center for Law and Religion Studies, Provo, 2010, pp. 573-591.

[103] In materia di richiamo ai valori familiari tradizionali v. *supra* par. 3.2. la modifica introdotta all'art. 6.24, 1, codice degli illeciti amministrativi, dalla legge federale n. 135 FZ/2013 diretta, nella sostanza a punire la promozione dei rapporti sessuali non tradizionali tra minori attraverso la diffusione di informazioni volte alla formazione di atteggiamenti sessuali, per l'appunto, non tradizionali. Sul punto v. inoltre l'intervento pregresso del Giudice delle leggi diretto a valutare la legittimità della disposizione: Corte costituzionale, 23 settembre 2014, n. 24-P/2014, in *http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision173469.pdf* in inglese, all'indirizzo *http://www.ksrf.ru/en/ Decision/ Judgments/Documents/2014%20September %2023%2024-P.pdf*.

[104] V., in particolare, gli *statements* presentati da Unione Europea, (*https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/pc_no_1276_eu_statement_on_the_situation_jehovahs_witnesses_in_russia_0.pdf*), Regno Unito (*https://www.gov.uk/government/news/situation-of-jehovahs-witnesses-in-the-russian-federation-uk-statement*) e Stati Uniti (*https://osce.usmission.gov/on-violations-of-freedom-of-religion-or-belief-in-the-russian-federation/*).

Last but not least deve essere menzionato il progetto di legge di matrice governativa n. 992354-7, presentato il 21 luglio scorso[105], teso ad emendare, per l'ennesima volta, la legge federale n. 125 FZ/1997, dopo le modifiche intercorse nel 2019[106].

Innanzitutto vi è da osservare che la riforma viene presentata, sin dalla relativa rubrica, in termini di «miglioramento della regolamentazione giuridica delle attività delle associazioni religiose». L'articolato, tuttavia, svela l'intento che si potrebbe definire come reiteratamente giurisdizionalista del Governo russo. Ad analoghe conclusioni, peraltro, si perviene dall'analisi delle note esplicative che lo accompagnano[107].

Uno dei tratti salienti è la previsone della necessità, per tutti coloro che svolgono non meglio precisate «attività religiose» che abbiano ricevuto un'educazione religiosa all'estero, di ottenere una ricertificazione dalle istituzioni educative russe. La *ratio* formale sembra essere quella di contrastare l'estremismo. Nondimeno, per questa via, si perviene ad una sempre maggiore ingerenza e controllo sulla vita delle associazioni religiose anche tradizionali. Religioni[108] che, unitamente alla Chiesa cattolica[109] hanno manifestato riserve sul punto. Probabilmente proprio l'insieme dei rilievi, ha indotto la stessa *Duma* a rinviare la prima lettura in aula. Del resto anche la Chiesa ortodossa – per il tramite del metropolita Hilarion, Presidente del Dipartimento per le

---

[105] L'*iter* in corso al momento della presentazione di questo contributo e tutta la documentazione relativa sono diponibili all'indirizzo *https://sozd.duma.gov.ru/bill/992354-7* (per la schermata iniziale di ricerca dei prodedimenti di fronte alla *Duma* v. *https://sozd.duma.gov.ru/oz#data_source_tab_b)*.

[106] Cfr., fra le altre, le leggi federali 1° maggio 2019, n. 85 FK (*http://publication.pravo.gov.ru/Document/Text/0001201905010035*) e 2 dicembre 2019, n. 407 FK (*http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001201912020068*), che modificano rispettivamente l'art. 19 e l'art. 9, 3 della legge federale n. 125 FZ/1997.

[107] In *https://sozd.duma.gov.ru/bill/992354-7#bh_note*.

[108] In effetti dubbi, circa l'opportunità di una tale riforma, sono stati estrinsecati da diversi esponenti ascrivibili alle c.d. religioni tradizionali (buddisti, musulmani ed ebrei), i quali si formano, per lo più all'estero. Cfr. S.N., *Russian religions oppose changes in religion law*, 18 settembre 2020, in *https://www2.stetson.edu/religious-news/200918b.html*, che traduce dal russo un articolo pubblicato in *https://vz.ru/society/2020/9/18/458782.html*. *Ivi* si riporta il suggerimento espresso dal presidente del Comitato del Consiglio della Federazione Russa per la legislazione costituzionale e la costruzione dello Stato (*http://legislation.council.gov.ru/*), Andrej Alexandrovich Klishas, di pervenire perlomeno alla previsione di un elenco a cura del Ministero della giustizia, nel quale siano catalogate le organizzazioni educative religiose straniere che non implichino la richiesta di una nuova certificazione in Russia. Sul punto v., inoltre, la sezione della agenzia *Ria Novosti* dedicato alla religione all'indirizzo *https://ria.ru/religion*.

[109] Cfr. Vladimir Rozanskij, *I cattolici russi contrari alla nuova legge sulla libertà religiosa*, 25 settembre 2020, in *http://www.asianews.it/notizie-it/I-cattolici-russi-contrari-alla-nuova-legge-sulla-libert%C3%A0-religiosa-51127.html*, il quale riprende le posizioni espresse dal vicario generale dell'Arcidiocesi della Madre di Mosca, padre Kirill Gorbunov, pubblicate in *https://ria.ru/20200922/attestatsiya-1577593561.html*.

relazioni ecclesiastiche estrerne del Patriarcato di Mosca – si è espressa per la neccessità di giungere sul punto ad un previo consenso da parte delle religioni tradizionali[110].

Tra le altre caratteristiche principali si segnalano la necessità di una notifica annuale anziché triennale di continuazione della attività dei gruppi religiosi nonché l'esclusione di determinati soggetti – ad esempio degli stranieri dichiarati indesiderabili e dei soggetti indicati nella già evocata lista *Rosfinmonitoring* degli estremisti e terroristi[111] – dalla posizione di capo o anche solo partecipante ad un'associazione religiosa, Perché non vi sia interferenza dello Stato nelle attività delle associazioni religiose occorrerà poi non solo l'ossequio alla legge in questione – la n. 125 FZ/1997 – bensì all'intera legislazione federale.

Nell'attesa dei preannunciati sviluppi normativi non resta dunque che continuare a monitorare l'applicazione giurisprudenziale della disciplina già in vigore. Verosimili sono nuove prese di posizioni da parte delle istituzioni internazionali, anche per il tramite di ulteriori pronunciamenti della Corte Europea di Strasburgo e del Comitato ONU per i Diritti Umani così come il rifiuto di ottemperare da parte della Federazione in virtù della menzionata teoria dei controlimiti[112], declinata in senso sovranista, sempre più definita anche a livello apicale delle fonti del diritto, per effetto della riforma degli artt. 79[113] e 125[114] Cost. Disposizioni mediante le quali si viene a radicare nella competenza del Giudice delle leggi russo la possibilità di dichiarare la non eseguibilità di decisioni di organi interstatuali, rese sulla base di una interpretazione dei trattati internazionali cui abbia aderito la Federazione, che si pongano in contrasto con il dettato costituzionale[115].

---

[110] Dichiarazione resa al canale televisivo «Russia 24», riportata in *https://ria.ru/20200926/zakon-1577815329.html*.

[111] *Supra* par. 3.3.

[112] *Supra* par. 4.

[113] Cfr. art. 79, Cost., nella parte in cui prevede che le decisioni degli organi interstatuali adattate sulla base delle disposizioni dei trattati internazionali cui ha aderito la Russia, sulla base di un'interpretazione contraria alla Costituzione, non siano soggette ad esecuzione nella Federazione.

[114] L'art. 125, 5[1], lett. b), Cost., conferisce alla Corte costituzionale la competenza di giudicare della eseguibilità di decisioni di cui alla nota precedente – qualora rese in forza di un'interpretazione contraria alla Costituzione – così come delle decisioni o gli arbitrati di un tribunale straniero o internazionale qualora i suddetti provvedimenti contraddicano i fondamenti dell'ordine pubblico della Federazione.

[115] Modifiche ascritte, per l'appunto, al modello sovranista altresì da Angela Di Gregorio, *Dinamiche di contesto e caratteristiche generali della Legge di Emendamento della Costituzione* cit., p. 148.

Le minoranze musulmane e non musulmane nell'Iran sciita

Muslim and non-Muslim minorities in Shi'i Iran

Gian Maria Piccinelli

Abstract

Since the 1979 revolutionary Constitution, Iran is a laboratory of great interest in the construction of a contemporary Islamic state model. Far from being consolidated today, this model engenders in Iran a wide-ranging internal and external debate that touches on the one hand the hierocratic structure of government, on the other one the relationship between democracy and citizenship within a particular perspective of secularism. The analysis of the status of religious minorities, both Muslim (Sunni, Alawite and Druze, but also Sufi) and non-Muslim (Jews, Christians, Zoroastrians who are constitutionally recognized, but also Baha'is) is a litmus test of the democratic process in Iran. However, account must be taken of the rhetoric around the construction of a strong national identity in contrast with an effective discrimination that is justified within the historic institute of dhimma. Meanwhile, the every-day chronicles record the limitation imposed on ethnic and religious pluralism by the official interpretation, carried out by the Shia clergy in power, of fundamental rights and freedoms in the Islamic context.

Key words

Religions and (limited) pluralism in Iran – Constitution, democracy and religious freedom – Status of religious minorities.

Riassunto

Fin dalla Costituzione rivoluzionaria del 1979, l'Iran è un laboratorio di grande interesse per la costruzione di un modello di Stato islamico contemporaneo. Lungi dall'essere consolidato oggi, questo modello genera un ampio dibattito dentro e fuori l'Iran che tocca da un lato la struttura ierocratica del governo, dall'altro il rapporto tra democrazia e cittadinanza in una particolare prospettiva di laicità. L'analisi dello status *delle minoranze religiose, sia musulmane (sunnite, alawite e druse, ma anche sufi) che non musulmane (ebrei, cristiani e zoroastriani che sono riconosciuti costituzionalmente, ma anche baha'i) è un banco di prova dello sviluppo di un processo democratico in Iran. Tuttavia, si deve tenere conto della retorica relativa alla costruzione di una forte identità nazionale in contrasto con una fattiva discriminazione giustificata all'interno dello storico istituto della*

dhimma. *Nel frattempo, le cronache quotidiane registrano la limitazione imposta al pluralismo etnico e religioso dall'interpretazione ufficiale, operata dal clero sciita al potere, dei diritti e delle libertà fondamentali in contesto islamico.*

Parole chiave
Religioni e (limitato) pluralismo in Iran – Costituzione, democrazia e libertà religiosa – Status *delle minoranze religiose*

Sommario: 1. Premessa – 2. Il modello repubblicano islamico – 3. Il pluralismo etnico e religioso nella Costituzione iraniana – 4. Il riconoscimento di (alcune) minoranze non musulmane – 5. L'istituto della dhimma *– 6. Le relazioni tra musulmani e non musulmani*

Premessa

Sin dalla rivoluzione khomeinista del 1979, l'Iran è divenuto un laboratorio costituzionale di grande interesse nella costruzione di un modello di stato moderno governato secondo i dettami fondamentali dell'islam e della *shari'a*. Vi è stata in questi anni e ancora vi è, tuttavia, una duplice narrativa intorno al percorso costituzionale realizzato. Da un lato, infatti, dobbiamo considerare il vivo interesse suscitato nel mondo islamico all'interno del quale – proprio a partire dalla fine degli anni Settanta del Novecento – si sono andate rafforzando istanze identitarie e fondamentaliste. Queste, desiderose di sperimentare forme di stato e di governo che recuperassero i principi giuridici e la tradizione politico-amministrativa dell'islam, sia pure con i necessari adattamenti ad una modernità islamizzata, hanno considerato il neo-stato khomeinista tra i prototipi di «democrazia islamica» che potrebbe rendere fattibili strumenti coerenti (*shari'a compliant*) di partecipazione pubblica e di sindacato islamico sull'attività legislativa e amministrativa[1]. Dall'altro lato, prevalentemente in

[1] Sulle evoluzioni costituzionali in Iran, si v. in generale il volume curato da John L. Esposito e Rouhollah K. Ramazani, *Iran at the Crossroads*, Palgrave McMillan, New York 2001; inoltre Asghar Schirazi, *The Constitution of Iran: Politics and the State in the Islamic Republic*, trad. di John O'Kane, Bloomsbury Academic, London, 1998. Un'attenta comparazione dal testo del 1906 alla riforma del 1989 (ivi compresa la bozza di testo provvisorio voluta da Khomeini, ancora a Parigi, e redatta da Hasan Habibi all'inizio del 1979) è stata pubblicata da Ferminia Moroni, *Le Costituzioni della Repubblica Islamica dell'Iran*, in *Oriente Moderno*, 2008, pp. 109-136; si v. anche Dariush Borbor, *A Comparative Overview of the Iranian Constitutions of 1906-07 and 1979*, in *Iran & the Caucasus*, 2006, pp. 263-286. Per una traduzione italiana, con commento, della Costituzione del 1979, si v. Maurizio Pistoso e Silvia Curzu, *La Costituzione della Repubblica Islamica dell'Iran*, in *Oriente Moderno*, 1980, pp. 245-271.

Occidente, l'esperienza iraniana è stata invece accompagnata per lo più da una retorica antagonista (fino a rappresentare l'Iran come fulcro dell'*axis of evil* di bushiana memoria) che ha letto l'evoluzione post-rivoluzionaria come una restaurazione teocratica ed autoritaria di stampo medievale, sottolineandone gli elementi di non compatibilità con il modello democratico e laico dello stato contemporaneo e della sua *rule of law* costruita sui diritti e le libertà fondamentali dell'uomo[2]. Da un punto di vista storico scientifico, entrambe le narrative devono essere confrontante e valutate alla luce dell'ampio dibattito giuridico e politico avviatosi all'indomani della Rivoluzione, sia all'interno che all'esterno del Paese. Questo dibattito mostra come si abbia di fronte un "modello" in continua evoluzione, da studiare e analizzare non facendo ricorso a schemi teorici ed ideologici, ma avendo attenzione alla dimensione pragmatica del rapporto tra religione, diritto e politica che è andato attuandosi in Iran soprattutto dopo la morte dell'*ayatollah* Ruhollah Khomeini (1902-1989). E il discorso sulla condizione delle comunità religiose minoritarie nel contesto iraniano risente profondamente di questo dato politico.

Il modello repubblicano islamico

La Costituzione post-rivoluzionaria adottata nel 1979, stabilisce che l'Iran è una Repubblica Islamica. Prima di allora, l'unica Costituzione di una "Repubblica Islamica" era stata quella pakistana del 1956, ma la sua applicazione è stata troppo breve ed intermittente per poterne valutare la reale portata[3].

---

[2] Per una ricostruzione storico-politica degli eventi che portano al consolidamento del modello khomeinista in Iran, si v. in particolare Said Amir Arjomand, *The Turban for the Crown. The Islamic Revolution in Iran*, Oxford University Press, Oxford-New York, 1988. Per una storia dell'Iran contemporaneo, si v. Farian Sabahi, *Storia dell'Iran 1890-2020*, Il Saggiatore, Milano, 2020.

[3] A causa di successivi colpi di Stato che ne hanno inibito la vigenza per lunghi intervalli e hanno portato a nuove Costituzioni nel 1962 e nel 1973. Quest'ultima, attualmente in vigore, è stata sospesa tra il 1977 e il 1985. Da allora al 2019 sono intervenuti 26 emendamenti. Tre di questi non sono mai entrati in vigore per mancata approvazione di entrambi i rami del Parlamento, tra cui l'emendamento n. 15 del 1998 che intendeva stabilire il Corano e la Sunna come «supreme law of land», integrando l'attuale art. 2 della Costituzione che dichiara l'islam religione dello Stato (si tratta comunque di un "obbiettivo" fissato dalla *Objectives Resolution* del 1949 richiamato dall'art. 2A quale parte integrante del testo costituzionale). Cfr. Ishtiaq Husain Qureshi, *Pakistan: An Islamic Democracy*, Institute of Islamic Culture, Lahore, [1949]: «The constitution of a country must reflect the ideals on which its people want to base their political life. […] The Assembly was right in setting for itself the ideals of Islam. But these ideals should be given a rational, dynamic interpretation, for the people of Pakistan and of other Muslim states have failed to keep abreast of world progress in the development of material culture, political institutions, and social fabric. Progress and Islamic ideals can be reconciled in a threefold definition of sovereignty in an Islamic state: (1) the legal sovereign shall be the Muslim law; its definition shall be in the hands of the legislature; (2) the political sovereign shall be the people

Le due esperienze, con le loro specificità, almeno teoricamente hanno avviato la costruzione di un paradigma costituzionale che individua nell'assoluta supremazia della *shari'a* la fonte di legittimità di ogni atto dello Stato e che esplicita la conseguenza di questa scelta con l'assunzione di un *Islamic Label*, sia pure declinato secondo ermeneutiche rispettivamente sciita e sunnita. Tra i padri dello "stato islamico" vanno ricordati il pakistano Abdu-l-A'la al-Mawdudi (1903-1979) e gli iraniani Ali Shari'ati (1933-1977) e Abdolhasan Bani-Sadr (1933)[4]. Per Mawdudi[5], la *wilàya* (la delegazione di autorità da parte di Dio che è sede della sovranità assoluta e da cui ogni forma di autorità discende) è fondamento del principio in base al quale ogni uomo deve obbedienza esclusivamente alla legge divina e a colui che Dio ha investito quale capo della comunità[6].

Nel 1979, l'art. 56 della Costituzione iraniana stabilisce il principio della sovranità divina, ma affidandone al popolo il concreto esercizio nei limiti della Costituzione e in quanto diritto riconosciuto agli uomini da Dio (e pertanto inderogabile e insopprimibile)[7]. Si tratta di un cambiamento essenziale rispetto al modello teorico disegnato da Mawdudi, in quanto il parametro valutativo di riferimento nell'esercizio della sovranità non è più la legge divina, ma la costituzione.

Di questo processo storico che deve tener conto ogni tentativo di defi-

---

who will elect and dismiss their governments; (3) the real sovereign will be basically the principles of Islam, brought into the public forum and discussed at length». Cfr. Ardath W. Burks, *Constitution-Making in Pakistan*, in *Political Science Quarterly*, 1954, p. 541-564. Sulla Costituzione del 1962, si veda il contributo di Francesco Castro, *La Costituzione del Pakistan del 1962*, in *Oriente Moderno*, 1962, pp. 1-28.

[4] Cfr. Said A. Arjomand, *Constitution-Making in Islamic Iran: The Impact of Theocracy on the Legal Order of a Nation-State*, in June Starr, Jane F. Collier (a cura di), *History and Power in the Study of Law: New Directions in Legal Anthropology*, Cornell University Press, Ithaca-London, 1989, pp. 113-128.

[5] *The Political Framework of Islam*, (Ahmed Said Khan, Khurshid Ahmad trans.), Islamic Foundation, Leicester, 1996.

[6] Dal 1956, il Preambolo di tutte le costituzioni pakistane che si sono succedute si apre recitando: «sovereignty over the entire Universe belongs to Allah Almighty alone, and the authority to be exercised by the people of Pakistan within the limits prescribed by Him is a sacred trust; […] it is the will of the people of Pakistan to establish an order; […] the State shall exercise its powers and authority through the chosen representatives of the people; […] the principles of democracy, freedom, equality, tolerance and social justice, as enunciated by Islam, shall be fully observed; […] the Muslims shall be enabled to order their lives in the individual and collective spheres in accordance with the teachings and requirements of Islam as set out in the Holy Quran and Sunnah; […] adequate provision shall be made for the minorities freely to profess and practice their religions and develop their cultures».

[7] «Absolute sovereignty over the world and man belongs to God, and it is He Who has made man master of his own social destiny. No one can deprive man of this divine right, nor subordinate it to the vested interests of a particular individual or group. The people are to exercise this divine right in the manner specified in the following articles».

nizione del modello costituzionale iraniano. E il ricorso a categorie giuridiche occidentali non consente di portare coerentemente a termine il compito.

Ne è testimonianza il dibattito su islam e democrazia che continua da decenni a tenere occupati politologi, costituzionalisti e storici fuori e dentro il mondo musulmano. Gli studiosi occidentali hanno a lungo analizzato il tema sotto tutti gli aspetti. Uno dei contributi fondamentali rimane quello di Esposito e Voll[8] del 1996 che, con riferimento alla ancora giovane esperienza dell'Iran, notano come l'islam rivoluzionario attuato secondo la visione di Khomeini non abbia fatto altro che sostituire il regime di terrore dello *Shah* Muhammad Reza Pahlavi con un regime di terrore in nome dell'islam. «Although on paper the constitution allowed for political debate and a governmental separation of powers, in practice any form of opposition was banned, Khomeini was named *faqih* for life, minorities were persecuted, and the militant clergy held complete control of the government»[9]. Gli stessi autori, venti anni dopo[10], analizzando gli effetti delle proteste di piazza della Primavera araba del 2011 (considerata la quarta ondata di protesta antiautoritaria in Medio Oriente dalla fine del XIX secolo), considerano che il principale ostacolo al consolidamento di processi democratici nel mondo musulmano non è l'islam, ma resta il sistema di relazioni politiche internazionali volto al mantenimento di influenze militari ed economiche da parte di attori esterni, oltre alla grave eredità coloniale che è tra le ragioni di un diffuso sentimento antioccidentale. Tuttavia, in Iran, il sistema di contrappesi contenuto nella riforma della Costituzione del 1989, ha consentito un'alternanza di riformisti e conservatori, di colombe e falchi nei diversi organi della Repubblica islamica con la possibilità di allargare il dibattito sul ruolo del parlamento, sugli equilibri istituzionali, sulla partecipazione popolare, sui meccanismi di produzione e interpretazione delle leggi.

Olivier Roy, nel 1987[11], è tra i primi a riconoscere nel sistema istituzionale iraniano un modello di "teocrazia costituzionale" finalizzato a conservare il potere nelle mani del clero sciita attraverso il principio della *velayat-e-faqih*, cioè del mandato divino al giurisperito religioso, alla Guida Suprema, principale interprete della rivelazione e dei suoi contenuti giuridici espressi dalla

---

[8] John L. Esposito, John O. Voll, *Islam and democracy*, Oxford University Press, Oxford-New York, 1996.

[9] *Ibidem*, p. 70.

[10] John L. Esposito, Tamara Sonn, John O. Voll, *Islam and Democracy after the Arab Spring*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2016.

[11] Olivier Roy, *Une théocratie constitutionnelle: les institutions de la République islamique d'Iran*, in *Politique étrangère*, 1987, pp. 327-338.

shari'a. La visione di Khomeini ha sin dall'inizio definito la superiorità assoluta di questo principio rispetto ad ogni altro principio costituzionale relativo alla produzione e all'interpretazione di norme legislative.

I più recenti studi di Ran Hirschl e Larry Catá Backer[12] hanno letto un più ampio fenomeno, in atto soprattutto nel mondo musulmano, che nel corso del XX secolo ha sostenuto il ricorso alla religione, come principio metagiuridico, per valutare in concreto la legittimità delle norme e delle procedure legislative, delle scelte politiche dello Stato e delle azioni che ne sono la conseguenza. Si tratta di una sfida che non è incompatibile con la laicità in quanto consente di separare la religione dalla politica anzi, affermando la priorità della seconda sulla prima, crea un sostanziale rovesciamento della loro dialettica. Conferma di questo processo è l'introduzione della dottrina dell'interesse generale (*fiqh-ul-maslahe*) da parte di Khomeini la quale ha permesso di superare le tradizionali interpretazioni dei precetti religiosi nel momento in cui il *wali al-faqih*, cioè la Guida Suprema, ritenesse discrezionalmente che esse non fossero attuabili nel contesto attuale. In questo senso, la preservazione del governo islamico è divenuta più importante degli stessi canoni religiosi, considerati mezzi e non fini[13]. Con un simile espediente, il "governo del *faqih*" (*velayat-e-faqih*), che è il principale fondamento del sistema ierocratico iraniano[14], è stato modificato in un "governo assoluto del *faqih*" (*velayat-e motlaqe-ye-faqih*) concedendo la massima discrezionalità alla Guida Suprema di giungere alla "disattivazione" di precetti religiosi sulla base di ragioni politiche attuali[15].

Nella stessa direzione si muove anche l'analisi di Nasir Gobadzadeh in una delle sue pertinenti analisi che lo conducono a definire l'esperienza iraniana una forma di *religious secularity*: «The *Fiqh-ul Maslaha* solution casts reasonable doubt over the nature of the Islamic Republic of Iran. Since post-revolutionary Iran is ruled by the clergy, and all policies are dressed in Islamic garb, there is a common misconception that the Islamic Republic is a theocratic regime. However, the actual workings and lived experience of the

---

[12] In particolare Ran Hirschl, *The Theocratic Challenge to Constitution Drafting in Post-Conflict States*, in *William & Mary Law Review*, 2008, pp. 1179-1211 e Larry Catá Backer, *Theocratic Constitutionalism: An Introduction to a New Global Legal Ordering*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2009, pp. 85-172.

[13] Si veda in questo senso Olivier Roy, *Secularism Confronts Islam*, Columbia University Press, New York, 2007, pp. 62-64 e Abdolmohammad Kazemipur, Ali Rezaei, *Religious Life under Theocracy: The Case of Iran*, in *Journal for the Scientific Study of Religion*, 2003, pp. 347-361.

[14] Cfr. Said Saffari, *The Legitimation of the Clergy's Right to Rule in the Iranian Constitution of 1979*, in *British Journal of Middle Eastern Studies*, 1993, pp. 64-82.

[15] Cfr. Ferminia Moroni, *Dall'idea alla forma: la Velâyat-e moṭlaqè-ye faqih ovvero potestas vitae necisque contra iura fasque*, in *Oriente Moderno*, 1998, pp. 279-336.

Islamic state in Iran challenge this misconception. The establishment of *Majma-e Tashkhis-e Maslahat-e Nezam*[16] [that can approve regulations contrary to Islamic principles], close diplomatic ties with communist regimes, existence of interest in the banking system, promotion of Khamenei to the rank of Ayatollah and later on to *Marja-e Taghlid*[17] based on political calculations of the regime, these reveal the prioritization of political convenience over strict theocratic attitude. Thus, theocracy does not accurately characterize state–religion relations in the post-revolutionary era. There has been a shift from the dominance of religion over politics to the supremacy of politics»[18].

L'apparente ossimoro da cui muove l'identificazione di un contesto (per quanto *in fieri* e ancora estremamente instabile) di «laicità religiosa» (*religious secularity*) da parte di Gobadazadeh, fa tesoro del dibattito interno all'Iran sul tema del rapporto tra islam e democrazia, tra azione politica e dimensione confessionale[19]. Anche il binomio tradizionalizzazione-modernizzazione rimane centrale nel discorso politico iraniano e, mentre nel primo ventennio dalla rivoluzione era stato appannaggio delle *élites* intellettuali[20], dopo il 2011, vede la partecipazione crescente della società civile. Si tratta, comunque, di un dibattito che, sullo sfondo, ricomprende e mantiene la religione come principale criterio ermeneutico della storia e della politica nell'islam, laddove la laicità è pensata e fondata sulla reciproca autonomia della sfera religiosa e di

---

[16] Ossia il «Consiglio per il discernimento dell'interesse (*maslaha*) dello Stato», organo introdotto dalla riforma costituzionale del 1989 con il potere di bloccare e ribaltare le decisioni del Consiglio dei Guardiani (a sua volta unico organo con il potere di rendere nulla ogni decisione del Parlamento ritenuta contraria ai principi islamici).

[17] Letteralmente «fonte di imitazione (o emulazione)», è il più alto livello di autorità riconosciuto ad un dotto religioso sciita (in Iran o all'estero) che impone ai credenti la piena adesione alle sue interpretazioni.

[18] Nasir Gobadzadeh, *Religious Secularity. A vision for revisionist political Islam*, in *Philosophy and Social Criticism*, 2013, pp. 1005-1027, spec. p. 1011. Si v. anche il volume di Nasir Gobadzadeh, *Religious Secularity. A Theological Challenge*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2015, in part. pp. 78-84.

[19] Non è questa la sede per richiamare questo dibattito quanto mai ampio ed importante a cui continuano a contribuire le più autorevoli voci della scienza politica e giuridica iraniana. Tra i suoi più maturi rappresentanti vale ricordare Abd ol Karim Sorush, Mohammad Mojtahed Shabestari, Mohsen Kadivar e Hassan Yousefi Eshkevari. Per un'ampia sintesi di questo dibattito, oltre al volume dello stesso Nasir Gobadzadeh citato alla nota precedente, si vedano anche Mahmoud Sadri, *Sacral Defense of Secularism: The Political Theologies of Soroush, Shabestari, and Kadivar*, in *International Journal of Politics, Culture and Society*, 2001, pp. 257-270; Ziba. Mir-Hosseini, Richard Tapper, *Islam and democracy in Iran: Eshkevari and the quest for Reform*, I.B. Tauris, London, 2006.

[20] Cfr. Ali Mirsepassi, *Intellectual Discourse and the Politics of Modernization: Negotiating Modernity in Iran*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009. Si veda anche Massimo Papa, *La modernità in Iran e nei Paesi musulmani*, in *La modernità*, Atti del Forum internazionale (10-11 maggio 2010), Proctor Edizioni, Bologna, 2010, pp. 309-323.

quella politica (che rappresentano la duplice legittimazione del potere in base alla Costituzione), senza alcuna necessaria subordinazione di una rispetto all'altra. Il ruolo stesso della religione, in effetti, si trova ad essere ridefinito dalla politica portando ad una laicizzazione *de facto* di un contesto fortemente dominato dal potere politico del clero ma nel quale questi deve fare i conti con una progressiva erosione della sua autonomia e della sua influenza proprio a causa della necessità politica di adeguamento della società ai tempi[21].

L'Iran, per tali ragioni, rimane uno dei principali riferimenti nella sperimentazione e nell'evoluzione del cosiddetto costituzionalismo islamico che riconosce, cioè, l'islam e la *shari'a* quale perimetro ideale e valoriale all'interno del quale la Repubblica islamica opera e fissa i propri obiettivi, spesso con un atteggiamento fortemente pragmatico[22] che lascia spazio all'adeguamento e alla re-interpretazione (*ijtihad*) della tradizione giuridica dell'islam.

Il pluralismo etnico e religioso nella Costituzione iraniana

È nel dettato della Costituzione del 1979 e della sua successiva riforma attuata nel 1989 che deve essere inquadrata l'analisi della condizione delle minoranze religiose all'interno della Repubblica islamica. L'Iran prende atto costituzionalmente del pluralismo religioso sul suo territorio. Nello stesso tempo manca ogni riconoscimento del pluralismo etnico-culturale che, nella realtà, pervade ogni aspetto della società. È, infatti, nella prospettiva della creazione di una forte identità nazionale iraniana che le diversità etniche, culturali e linguistiche (salvo il limitato pluralismo linguistico accolto dall'art. 15 Cost.)[23] sono omesse e "superate" con un conseguente *favor* verso un ideale culturale iranico-sciita adottato come modello di riferimento in ogni settore, dall'educazione scolastica all'accesso alle cariche pubbliche[24]. In parte, come vedremo, il tema delle minoranze etniche e linguistiche interseca comunque

---

[21] Interessante l'analisi di Olivier Roy, *The Crisis of Religious Legitimacy in Iran*, in *Middle East Journal*, 1999, pp. 201-216 che pone in relazione questo processo anche con l'iranizzazione dello sciismo transnazionale.

[22] Cfr. Nasir Gobadzadeh, *Religious Secularity. A Theological Challenge* cit., p. 74 ss.

[23] Si v. Yan Richard, *La constitution de la république islamique d'Iran et l'État-nation*, *in Revue du monde musulman et de la Méditerranée*, 1993, pp. 151-161; Bernard Hourcade *Les citadins ont-ils effacé les diversités ethniques en Iran?*, in Christian Bromberger, Azadeh Kian (a cura di), *De l'Iran au Jazz, à cheval*, CNRS Editions, Paris, 2015, pp. 251-259.

[24] Patricia J. Higgins, *Minority-State Relations in Contemporary Iran*, in *Iranian Studies*, 1984, pp. 37-71 riconosce una sostanziale continuità tra le politiche nazionaliste del regime dello *Shah* e il trattamento discriminatorio delle diverse comunità etniche e linguistiche nella Repubblica islamica.

la questione delle comunità religiose non musulmane[25].

L'art. 12 della Costituzione, dopo aver dichiarato l'islam religione ufficiale dello Stato secondo i canoni e l'interpretazione della scuola (*madhhab*) sciita gia'farita imamita[26], riconosce la pratica delle altre esegesi musulmane secondo le quattro scuole giuridiche ortodosse sunnite e il solo *madhhab* zaydita tra le altre scuole sciite.

Pur non potendo essere considerati una minoranza religiosa in senso stretto, i sunniti iraniani sono comunque una comunità confessionale non superiore al 3% all'interno della società sciita maggioritaria per il 95%. Cifre difficili da verificare data l'ammissibilità di *taqiyya*, cioè di dissimulazione della propria confessione a favore dell'adesione formale ad una maggioranza, strumento talora suggerito anche dai giuristi classici per evitare possibili persecuzioni, purché si rimanga nell'ambito dell'islam. Alla *taqiyya* fanno spesso ricorso gli sciiti in contesti sunniti maggioritari. È da sottolineare, inoltre, come l'art. 12 non faccia riferimento ad altre storiche espressioni della *shi'a*, quali gli Ismailiti. Il mancato riconoscimento è più comprensibile per altre confessioni ritenute storicamente eterodosse quali gli Alawiti e i Drusi.

Tra le diverse "vie" che l'islam offre ai credenti per vivere la fede in accordo con la rivelazione, il Sufismo o "via mistica" è stata oggetto di una durissima repressione sia durante il regime dell'ultimo *Shah*, sia dopo la rivoluzione del 1979. Tra le principali accuse il sincretismo e il ricorso a forme di interpretazione allegorica e non letterale del Corano, posizioni che peraltro trovano perfetta coincidenza in altre visioni islamiche fondamentaliste, come ad es. l'wahabbismo salafita dell'Arabia Saudita. Fonti non ufficiali stimano comunque un progressivo aumento dei musulmani sufi, sia tra gli sciiti, sia tra i sunniti, probabilmente a fronte di un eccessivo irrigidimento ideologico dell'islam di sistema[27]. La Safaviyya è una *tariqa* (confraternita) sufi tra le più

---

[25] In generale si v. Eliz Sanasarian, *Religious minorities in Iran*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000; Daniel Tsadik, *The Legal Status of Religious Minorities: Imāmī Shī'ī Law and Iran's Constitutional Revolution*, in *Islamic Law and Society*, 2003, pp. 376-408; Jamsheed K. Choksy, *Non-Muslim Religious Minorities in Contemporary Iran*, in *Iran & the Caucasus*, 2012, pp. 271-299.

[26] Sulle divisioni del mondo sciita si v. Farhad Daftary, *The Ismailis. Their History and Doctrines*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990; Biancamaria Scarcia Amoretti, *Sciiti nel Mondo*, Jouvence, Roma, 2015, in part. pp. 35-43; Muhammad Rida Al Muzaffar, *La dottrina dello sciismo imamita*, Irfan Edizioni, Cosenza, 2015. La scuola giuridica di riferimento degli imamiti duodecimani è il *madhhab* gia'farita, dal nome del sesto *imam* Gia'far al-Sàdiq (700-765) considerato il maggiore esperto di *fiqh*.

[27] Cfr. Ladan Boroumand, *Iranians Turn Away from the Islamic Republic*, in *Journal of Democracy*, 2020, pp. 169-181, anche online: in *https://www.journalofdemocracy.org/articles/iranians-turn-away-from-the-islamic-republic/* (tutti i link a siti web citati nel presente contributo sono stati verificati in data 10 agosto 2020).

antiche in Iran con origini agli inizi del VII sec. dell'ègira. Oggi molto attivi sono i *nimatullahi*, tra gli sciiti, e i *naqshbandi*, tra i sunniti.

Il riconoscimento di (alcune) minoranze non musulmane

L'art. 13 della Costituzione disciplina, invece, la questione delle minoranze religiose non musulmane. Esso contiene l'autorizzazione al culto per le cosiddette religioni celesti e il riconoscimento dei loro statuti confessionali: «Gli Zoroastriani, gli Ebrei e i Cristiani sono le sole minoranze religiose riconosciute ed entro i limiti della legge sono liberi di compiere i propri riti e cerimonie religiose e sono liberi di operare secondo le proprie norme nei negozi giuridici privati e nell'insegnamento religioso»[28].

Anche qui, se osserviamo la demografia religiosa dell'Iran, constatiamo in realtà la presenza di molteplici comunità che non sono ammesse al culto in base al citato articolo ma che, ancora oggi, sia pure con numeri ridotti, continuano a professare fedi e culti ben più antichi del cristianesimo e dell'islam. Lo yazdanesimo, ad esempio, con la sua triplice distinzione tra yazidi, yarsani e aleviti, deriva da antichi culti mitraici, successivamente influenzati dalle diverse fedi monoteiste che hanno attraversato il Medio Oriente, nonché da tradizione vediche[29].

Molto più recente la formazione del baha'ismo, religione monoteista sorta alla metà del XIX sec. proprio in Iran dove conta la maggior parte dei suoi fedeli. I baha'i non rientrano tra i culti ammessi nonostante il loro numero sia pari, probabilmente superiore, a quello dei cristiani (cifra compresa tra i 300 e i 350 mila fedeli)[30]. In quanto movimento intellettuale e religioso radicato nella cultura iraniana, che per i musulmani più intransigenti si contrappone a

---

[28] Per una storia di queste comunità nel corso dell'ultimo secolo, cfr. Mark Bradley, *Iran and Christianity: Historical Identity and Present Relevance*, Coninuum International Publishing, London-NewYork, 2008; Christian A. Van Gorder, *Christianity in Persia and the Status of Non-Muslims in Iran*, Rowman & Littlefield, Plymouth, 2010; Lior B. Sternfeld, *Between Iran and Zion: Jewish Histories of Twentieth-century Iran*, Stanford University Press, Palo Alto, 2019; Richard Foltz, *Zoroastrians in Iran: What Future in the Homeland?*, in *Middle East Journal*, 2011, pp. 73-84.

[29] Peter Nicolaus, *The Yezidi Religion*, in *Iran & the Caucasus*, 2014, pp. 315-324. Importanti i risultati delle ricerche storiche Giuseppe Furlani, *Gli adoratori del pavone: i Yezidi: i testi sacri di una religione perseguitata*, Jouvence, Roma, 2016 (inizialmente pubblicati nel 1930).

[30] Si v. il fondamentale Alessandro Bausani, *Saggi sulla fede Baha'i*, Istituto Baha'i, Roma, 2008. Inoltre, Do-Minic Parviz Brookshaw, Seena B. Fazel (a cura di), *The Baha'is of Iran: Socio-Historical Studies*, Routledge, New York, 2012, in part. il contributo di Mohammad Tavakoli Targhi, *Anti-Baha'ism and Islamism in Iran*, in, pp. 200-231; Ankita Sanyal, *Baha'is in Post-revolution Iran: Perspectives of the Ulema*, in *Contemporary Review of the Middle East*, 2019, pp. 58-74.

quella puramente musulmana sciita, i Baha'i hanno incontrato una repressione implacabile nel corso di gran parte del XX secolo, fino ad oggi. Tacciati sovente di collaborazionismo con le potenze straniere, nei loro confronti (come anche per gli adepti del Babismo che fu precursore del Baha'ismo) sono state ripetutamente promosse strategie discriminatorie e repressive, sia sotto il regime dei Pahlavi, sia da parte del governo islamico.

Per i culti costituzionalmente riconosciuti sono riservati dall'art. 64 della Costituzione alcuni seggi in parlamento in proporzione al numero dei loro aderenti: tra i cristiani 2 seggi per gli armeni e 1 per assiri e caldei; 1 seggio per gli ebrei e 1 per gli zoroastriani[31]. Guardando alle quote parlamentari per i cristiani, si comprende come la questione delle minoranze religiose si interseca con il riconoscimento delle minoranze etniche (ad esempio la maggior parte dei sunniti sono Curdi, Turcomanni e Baluci, mentre i cristiani sono prevalentemente armeni); riconoscimento che non trova specifica menzione nel dettato costituzionale, fatto salvo per l'accoglimento di un limitato pluralismo linguistico (art. 15).

L'istituto della dhimma

La condizione dei non musulmani in "terra d'Islam" (*dar al-islam*) richiama innanzitutto l'istituto generale della *dhimma*[32], cioè dell'obbligazione fondamentale per ogni musulmano di proteggere coloro che professano una delle religioni monoteiste rivelate, a partire da ebrei e cristiani. Le "genti del Libro" (*ahl al-kitab*) hanno ricevuto dal Dio unico la Scrittura (*kitab*) che, con la missione profetica di Muhammad e la rivelazione del Corano, ha avuto il suo pieno compimento[33]. Nel corso dell'espansione dell'islam, tale obbliga-

---

[31] L'art. 64 fissa il numero minimo di 270 seggi dell'Assemblea islamica nazionale. Tale numero può essere rivisto ogni dieci anni: in caso di aumento della popolazione sarà aggiunto un seggio ogni 150.000 persone. Tale regola si applica anche alle comunità non musulmane nel caso in cui i membri di una di esse crescano oltre le 150.000 unità.

[32] Cfr. Chafik Chehata, s.v. *Dhimma*, in *Enciclopedie de l'Islam*, II ed., vol. II, Brill, Leiden, 1965; Yohanan Friedmann, s.v. *Dhimma*, in *Encyclopaedia of Islam, THREE*, Brill, Leiden, 2012, *online* in *https://referenceworks.brillonline.com/entries/encyclopaedia-of-islam-3/dhimma-COM_26005*. Inoltre, per un'introduzione critica a questo istituto, si v. R. Stephen Humphrey, *Islamic History. A Framework for Inquiry*, Princeton University Press, Princeton, 1991, in part. p. 255 ss.

[33] Tra i numerosissimi contributi scientifici sull'argomento, si vedano in part. Javaid Rehman, *Accommodating Religious Identities in an Islamic State: International Law, Freedom of Religion and the Rights of Religious Minorities*, in *International Journal on Minority and Group Rights*, 2000, pp. 139-165; Jorgen S. Nielsen, *Contemporary Discussions on Religious Minorities in Muslim Countries*, in *Islam and Christian-Muslim Relations*, 2003, pp. 325-335; Kamran Hashemi, *The Right of Minorities to Identity and the Challenge of Non-discrimination: A Study on the Effects of Traditional*

zione è stata estesa anche a preesistenti religioni come il Mandeismo e lo Zoroastrismo. Quest'ultimo, fondato dal profeta Zoroastro circa 6 secoli prima di Cristo, è stata la religione maggioritaria e più rappresentativa dell'identità persiana in epoca pre-islamica[34]. Successivamente, al momento del contatto dell'islam con il sub-continente indiano, la *dhimma* è stata estesa anche a hindu, sikh e buddisti, sia pure in questo caso con un ampio disaccordo tra i giuristi.

Nel diritto islamico classico, senza particolari divergenze tra le scuole sunnite e sciite, ebrei e cristiani hanno lo *status* di *dhimmi*, cioè di protetti. L'obbligazione di *dhimma* o protezione è onere di ogni musulmano nei confronti dei non musulmani appartenenti ai culti ammessi che vivano all'interno del *dar al-islam*, cioè sotto l'autorità musulmana. Dallo *status* di protetto discende una limitazione nel godimento dei diritti, in particolare quelli politici. Storicamente diverse forme di discriminazione (ad es. nella foggia o nei colori dell'abbigliamento, ovvero nel tipo di cavalcatura consentita) sono state poste in essere soprattutto allo scopo di evitare possibili contaminazioni o promiscuità con la maggioranza musulmana. Secondo Bernard Lewis[35] nel primo islam queste restrizioni avevano carattere per lo più simbolico. Allora, si trattava di regole finalizzate a definire il rapporto tra le diverse comunità, e non a discriminare ed opprimere i non musulmani[36].

In Iran, nelle principali città sono sempre esistiti quartieri organizzati su base etnico-confessionale. In particolare, quelli di ebrei e cristiani erano divenuti col tempo dei ghetti cintati da mura come a Isfahan e a Shiraz. Nei primi anni Sessanta del secolo scorso, l'abolizione da parte dei Pahlavi dell'obbligo di dimora nei rispettivi quartieri per le minoranze religiose e delle limitazioni all'accesso alle cariche pubbliche ha modificato notevolmente il paesaggio, fino a far scomparire molti di questi raggruppamenti urbani, ma non la discriminazione diffusa. Si tratta di una conseguenza del fatto che, come ricorda la Vivier-Muresan nel suo lavoro sui sobborghi comunitari in Iran[37], la dottrina

---

Muslims' "Dhimmah" on Current State Practices, in *International Journal on Minority and Group Rights*, 2006, pp. 1-25.

[34] Cfr. Sarah Stewart, Alan Williams, Almut Hintze (a cura di), *The Zoroastrian Flame: Exploring Religion, History and Tradition*, I.B. Tauris, London-New York, 2016.

[35] Id., *The Jews of Islam*, Princeton University Press, Princeton, 2014, p. 62. Si v. anche, Abel S. Ahmedov, *Origins of Law of Religious Minorities in Islam: Evolution of Concept of Dhimmi as Portrayed in Early Sources*, in *Journal of Islamic State Practices in International Law*, 2007, pp. 23-47.

[36] Si v. anche l'interessante analisi di Giorgio Vercellin, *Tolleranza islamica e tolleranza occidentale. Confronti e cambiamenti*, in *Studi storici*, 2004, pp. 119-147.

[37] Anne Sophie Vivier Muresan, *Communitarian Neighborhoods and Religious Minorities in Iran: A Comparative Analysis*, in *Iranian Studies*, 2007, pp. 593-603.

sciita aggiunge anche il contatto fisico con un non musulmano alla lista delle "cose impure" (sangue, urina ed escrementi, alcohol e la carne di determinati animali, comunemente indicati dalle scuole sunnite) che contaminano il credente e impediscono di adempiere correttamente e legittimamente gli obblighi rituali[38]. Per tale motivo, ma anche per ragioni politiche, i sovrani iraniani hanno imposto ripetutamente limiti alla circolazione e al soggiorno dei non musulmani sul territorio.

Secondo l'Ayatollah Khomeini[39], i *dhimmi* sono tenuti a versare la tassa di sottomissione, la cosiddetta *jiziyya*, quale corrispettivo della protezione offerta loro dall'autorità islamica senza acquisire alcun diritto alla partecipazione politica o accesso a cariche pubbliche che possano consentire l'esercizio diretto di un potere nei confronti dei musulmani (una delle critiche che egli muoveva al regime dello *Shah* riguardava proprio l'accesso alla magistratura consentito ai non musulmani e, quindi, la possibilità che un ebreo o un cristiano potesse teoricamente giudicare un musulmano).

I cittadini che sono membri di una delle minoranze religiose riconosciute devono registrarsi presso le autorità. La registrazione comporta determinati diritti, compreso l'uso dell'alcol a fini liturgici. La mancata registrazione e la partecipazione al culto da parte di persone non registrate può sottoporre una chiesa alla chiusura e all'arresto dei suoi *leader* da parte delle autorità. I protestanti non sono riconosciuti tra le confessioni cristiane ma debbono registrarsi come armeni, assiri, caldei o latini. A Yazidi e Yarsani è consentito iscriversi come sciiti (perdendo in questo modo la propria identità religiosa e culturale). Coloro che non si registrano e non possono dimostrare l'appartenenza della famiglia ad una delle comunità riconosciute prima del 1979, sono considerati musulmani[40].

In conformità con l'autonomia giuridica, sia pur limitata, concessa alle comunità religiose non musulmane in base all'art. 13 della Costituzione, ad esse è consentito applicare le proprie regole giuridiche confessionali in materia di statuto personale. È così permessa l'adozione e, per i riti che non consentono il divorzio, i matrimoni non possono essere sciolti. Nello stesso tempo, le competenti autorità religiose interne a ciascuna comunità sono chiamate a dirimere le eventuali controversie. Il legislatore iraniano ha negato la compe-

---

[38] Da ricordare che, nella concezione esoterica sciita imamita, la rappresentazione di ebrei e cristiani è invece positivamente legata ad una concezione teleologica di santità e ciclicità della storia su cui si v. Mathieu Terrier, *Le rôle des juifs et des chrétiens dans l'historiosophie du šī'isme imamite*, in *MIDEO – Mélanges de l'Institut Dominicain d'Etudes Orientales*, 2018, pp. 181-217.

[39] *Islamic Government*, 1979, p. 22 ss.

[40] USCIRF, *2017 Report on International Religious Freedom: Iran*, online: *https://www.state.gov/wp-content/uploads/2019/01/Iran-2.pdf*, pp. 5-6.

tenza dei tribunali ordinari nel trattare le questioni "private e di famiglia" delle minoranze religiose sulla base dei rispettivi canoni e consuetudini[41]. L'articolo 4 della legge sulla protezione della famiglia (*laihe-himayet az-khanwadeh*)[42] estende la questione della validità delle decisioni di queste autorità anche alle questioni relative ai minori (capacità, tutela e amministrazione dei beni). Considerato il dettato costituzionale, tali autorità sono riconosciute come una parte speciale del sistema giudiziario. Di conseguenza, le loro decisioni possono essere fatte valere in tribunale ed essere delibate ed eseguite, salvo contrarietà all'ordine pubblico o al buon costume.

Le relazioni tra musulmani e non musulmani

Tornando al testo della Costituzione, è importante soffermarci anche sull'art. 14. In esso è riportato letteralmente il versetto 8 della sura 60: «Dio non vi proibisce di trattare con gentilezza e giustizia coloro che non hanno combattuto contro la vostra religione e non vi hanno cacciato dalle vostre case: certamente Dio ama i giusti». E aggiunge: «Il Governo della Repubblica Islamica dell'Iran e tutti i musulmani devono agire nei confronti dei non musulmani con bontà, giustizia ed equità, nel rispetto dei loro diritti umani». Nessun principio di uguaglianza, quindi, ma solo criteri di giustizia ed equità devono ispirare lo Stato e la comunità musulmana nelle relazioni con i non musulmani.

Bisogna ricordare che Muhammad Husayn Tabataba'i, che fu maestro del giovane Khomeini nella città di santa di Qom, riteneva che il passo coranico citato dall'art. 14 fosse stato abrogato dal versetto 29 della sura 9: «Combattete coloro che non credono in Allah e nell'Ultimo Giorno, che non vietano quello che Allah e il Suo Messaggero hanno vietato, e quelli, tra la gente della Scrittura, che non scelgono la religione della verità, finché non versino umilmente il tributo, e siano soggiogati».

Il pensiero di Khomeini offre una lettura più moderata dei due opposti versetti e una loro contestualizzazione pragmatica nell'Iran della Rivoluzione. Ciò si comprende anche dalla conclusione dell'art. 14 che, dopo aver afferma-

---

[41] Legge sulla decisione delle questioni private e religiose degli iraniani zoroastriani, ebrei e cristiani, approvata dal Consiglio di discernimento dell'interesse dello Stato il 24 giugno 1993. Cfr. Abdossaeid Badiei Khorsand, Farhad Parvin, *Specific Authorities of Religious Minorities in Iran's Legal System & the Effects of Their Decisions*, in *The Judiciary's Law Journal* (Judiciary Branch, Iran), 2019, pp. 21-39.

[42] Legge n. 36780/68357 del 1/5/1386 [23 luglio 2007].

to il dovere di relazioni giuste ed eque con i non musulmani, recita: «Questo principio ha validità soltanto nei confronti di coloro che non cospirino e non agiscano contro l'Islam e contro la Repubblica Islamica dell'Iran».

Dai rapporti delle organizzazioni specializzate e dalle cronache che giungono sovente dall'Iran, è frequente il ricorso delle autorità iraniane e della magistratura alla denuncia e al sanzionamento di comportamenti ritenuti rilevanti nella prospettiva politico-religiosa posta dall'art. 14. Il codice penale iraniano del 2013[43] assimila al reato coranico – a pena *hadd* – di brigantaggio (artt. 279-285) la ribellione e ogni comportamento che si ritenga possa «diffondere la corruzione sulla terra» (artt. 286-288; espressione che riprende il passo coranico riferito a Gog e Magog nella sura 18 e che evoca la fine del mondo).

Il ricorso a imputazioni di carattere politico-religioso diviene strumento prevalente di repressione dell'opposizione politica, ma anche delle minoranze religiose. Secondo il rapporto 2019 dell'USCIRF (*US Commission on International Religious Freedom*), negli ultimi anni, l'accusa è stata indirizzata ai riformisti sciiti non allineati con l'ideologia al potere, ai sufi, ai baha'i, ai cristiani ritenuti di fare proselitismo e ai musulmani convertiti ad altra religione, in particolare al cristianesimo (tema quest'ultimo di estrema delicatezza sia perché l'Iran non ha adottato una legge specifica sull'apostasia che consentirebbe di verificare quantità delle imputazioni e qualità del giudizio, sia per la difficoltà di verificare nei diversi casi le motivazioni che spingono i musulmani iraniani alla conversione)[44]. Si tratta comunque di accuse che possono prevedere sanzioni che vanno da una detenzione minima di cinque anni fino alla pena capitale. La bestemmia, cioè l'oltraggio del Profeta e dei Dodici *Imam* sciiti è invece trattato nel Cap. 2 del quinto libro del codice (artt. 513-515) tra i reati a pena discrezionale *ta'zir*, unitamente all'attentato contro le istituzioni dello stato. Il vilipendio della religione islamica può essere punito con il carcere da uno a cinque anni, mentre la bestemmia comporta l'applicazione della pena capitale a titolo di pena *hadd* (art. 513). Punibile con il carcere da sei mesi a due anni anche l'oltraggio a Khomeini o alla Guida Suprema in carica (art. 514).

---

[43] Si v. Deborah Scolart, *L'islam, il reato, la pena. Dal fiqh alla codificazione del diritto penale*, Istituto per l'Oriente, Roma, 2017, in part., Cap. XI, pp. 332-343.

[44] La conversione dei musulmani ad altra religione è una delle ragioni alla base della migrazione da molti paesi islamici e di richiesta di protezione internazionale. Sulle difficoltà di verifica di tali motivazioni, cfr. Sebnem Koser Akcapar, *Religious conversions in forced migration: Comparative cases of Afghans in India and Iranians in Turkey*, in *Journal of Eurasian Studies*, 2019, pp. 61-74 (anche *online*: *https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/1879366518814666*). Inoltre, Austrian Centre for Country of Origin & Asylum Research and Documentation (ACCORD), *Iran: House churches; situation of practicing Christians; treatment by authorities of Christian converts family members – Query Response*, 14 giugno 2017, *online*: *https://www.ecoi.net/local_link/342012/472687_en.html*.

Il resto, potremmo dire, è cronaca. Stando ai recenti rapporti delle istituzioni e delle organizzazioni che monitorano il rispetto dei diritti umani[45], la repressione di casi di blasfemia e apostasia sembra diminuire[46], mentre aumenta la repressione di tipo politico-religioso di cui si è detto poc'anzi. Al di là della sfera penale, nella realtà quotidiana, non si può non constatare una forte discriminazione nei confronti di tutte le comunità religiose non sciite, compresi i sunniti. La creazione di spazi per la libertà religiosa non sembra al momento all'ordine del giorno del governo e del parlamento iraniano. Restiamo però in ascolto del grido e delle richieste di riforma per una maggiore tutela dei diritti umani e delle libertà fondamentali[47] che salgono dalle strade e dalle piazze di questo importante laboratorio politico che è l'Iran.

---

[45] Tra i rapporti più recenti, cfr. CEASEFIRE – Centre for Civilian Rights, *In the name of security. Human rights violations under Iran's national security laws*, giugno 2020, *online*: *https://minorityrights.org/wp-content/uploads/2020/06/In-the-Name-of-Security_Iran_EN_June 20.pdf*; CEASEFIRE – Centre for Civilian Rights, *Rights Denied: Violations against ethnic and religious minorities in Iran*, Marzo 2018, *online*: *https://minorityrights.org/wp-content/uploads/2018/03/Rights-Denied-Violations-against-ethnic-and-religious-minorities-in-Iran.pdf*; Fédération Internationale de Droit de l'Homme (FIDH), *Discrimination against religious minorities in IRAN. Report presented by the FIDH and the Ligue de Défense des Droits de l'Homme en Iran*, *63rd Session of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination*, agosto 2003, *online*: *https://www.fidh.org/IMG/pdf/ir0108a.pdf*; LANDINFO, *Iran: Christian converts and house churches – Prevalence and conditions for religious practice*, 27 novembre 2017, *online*: *https://landinfo.no/wp-content/uploads/2018/04/Iran-Christian-converts-and-house-churches-1-prevalence-and-conditions-for-religious-practice.pdf*; US Commission on International Religious Freedom (USCIRF), *2019 Report on International Religious Freedom: Iran*, giugno 2020, *online*: *https://www.state.gov/reports/2019-report-on-international-religious-freedom/iran/*; US Commission on International Religious Freedom (USCIRF), *Annual Report 2020: Iran*, *online* in *https://www.uscirf.gov/sites/default/files/Iran_2.pdf*.

[46] UK Home Office, *Iran: Christians and Christian converts*, *Country Policy and Information Note*, febbraio 2020, *online*: *https://www.justice.gov/eoir/page/file/1253351/download*.

[47] Non recente, ma sempre autorevole, l'analisi di Ann Elisabeth Mayer, *Islamic Rights or Human Rights: An Iranian Dilemma*, in *Iranian Studies*, 1996, pp. 269-296.

La discriminazione religiosa in Pakistan

Religious discrimination in Pakistan

Deborah Scolart

Abstract

In Pakistan the protection of religious minorities finds little place in the Constitution. The need to protect the Islamic identity of the state leads to forms of discrimination that are particularly severe against some religious groups, i.e. the Ahmadiyya. Forced conversions and the abusive use of blasphemy laws are sometimes instrumental to the restriction of individual freedoms and induce members of non-Islamic denominations to leave the Country. Jurisprudence, Government and Legislature often clash in an attempt to define the principles that guide the coexistence of religious denominations in Pakistan.

Key words

Religious freedom – Ahmadiyya – Blasphemy.

Riassunto

In Pakistan la tutela delle minoranze religiose trova poco spazio nella Costituzione. La necessità di tutelare l'identità islamica dello Stato porta a forme di discriminazione che sono particolarmente severe nei confronti di alcuni gruppi religiosi, in particolare gli Ahmadiyya. Le conversioni forzate e l'uso abusivo delle leggi sulla blasfemia sono talvolta utilizzati per limitare le libertà individuali e indurre gli appartenenti alle confessioni non islamiche a lasciare il Paese. Giurisprudenza, Governo e Potere legislativo si confrontano e non di rado scontrano nel tentativo di definire quali siano i principi che guidano la convivenza tra confessioni religiose in Pakistan.

Parole chiave

Libertà religiosa – Ahmadiyya – Blasfemia.

Sommario: 1. Il Pakistan, patria dei puri – 2. La tutela delle minoranze religiose nella Costituzione – 3. La questione della comunità ahmadiyya – 4. Il problema delle conversioni forzate a scopo matrimoniale – 5. L'uso abusivo delle leggi sulla blasfemia – 6. Quale futuro per le minoranze religiose?

Il Pakistan, patria dei puri

Si può in certa misura affermare che il problema delle minoranze religiose in Pakistan sia coevo alla nascita stessa dello Stato che, come noto, si inquadra nel più ampio movimento per l'indipendenza del subcontinente indiano dalla Corona britannica. Nel 1924 la Lega musulmana aveva chiesto delle salvaguardie per i diritti religiosi e politici delle popolazioni musulmane dell'India e per l'autonomia politica del Bengala, del Punjab e delle province della frontiera nord-occidentale, richieste che non avevano trovato risposte soddisfacenti da parte delle autorità inglesi e tantomeno dagli indù. Il timore sempre più forte che la vicina indipendenza avrebbe portato al consolidamento del dominio indù a discapito dei musulmani spinse nel 1938 Muhammad Ali Jinnah a formulare la teoria delle "due nazioni"[1], richiedendo per la prima volta formalmente una patria separata per i musulmani. La "patria dei puri" (questo il significato di Pakistan)[2] «venne fondat[a] sull'idea che i musulmani dell'India formassero una nazione e avessero diritto a una loro patria territoriale […] format[a] con i territori delle province del Sind, del Beluchistan, della frontiera nord-occidentale e con parti del Punjab e del Bengala […]. Il problema principale del Pakistan era quello di creare un'identità nazionale che riflettesse la realtà delle nuove frontiere politiche, e di dare un regime accettabile e stabile a un popolo diviso da nette differenze etniche, linguistiche, ideologiche e persino religiose»[3].

---

[1] La teoria delle "due nazioni" formulata da Muhammad Ali Jinnah nel 1938 prendeva le mosse dal discorso tenuto da Muhammad Iqbal (1876-1938) nel 1930 in cui si chiedeva che il Punjab, la Frontiera nord-occidentale, il Sindh e il Belucistan venissero fusi in un unico Stato: «The formation of the consolidated North-West Indian Muslim State appears to be the final destiny of the Muslims, at least of the North-West India» (*https://allamaiqbal.com*).

Che musulmani e indù costituissero una sola nazione era invece l'orientamento di Jawaharlal Nehru il quale, nell'ottica dell'indipendenza del subcontinente indiano dalla Corona britannica, puntava alla creazione di uno Stato indiano unificato, senza rappresentanze elettorali separate e senza province a maggioranza musulmana. Il piano di Nehru concedeva però ai musulmani una rappresentanza parlamentare più ampia rispetto alla percentuale della popolazione per riflettere il ruolo e la rilevanza che la comunità islamica aveva tradizionalmente avuto e svolto in India.

[2] La teoria più accreditata relativa all'origine del nome vuole che esso sia stato costruito nel 1933 da Chaudhri Rahmat Ali, uno studente musulmano indiano a Cambridge, fondatore del Pakistan National Movement, unendo le lettere dei nomi delle province che avrebbero dovuto comporre il nuovo Stato (Punjab, Afghaniyya – nome con cui era all'epoca anche nota la North-West Frontier – Kashmir, Sindh e Belucistan) a cui venne aggiunta una "i" per semplificare la pronuncia. Questa combinazione di lettere dava altresì vita a un nome suggestivo, la "patria dei puri", perché le prime tre lettere formano la parola *pāk*, puro, mentre il suffisso *–stan* indica il "luogo di qualcosa". Cfr. Sarah Ansari, s.v. *Pākistān*, in *Encyclopedia of Islam*, vol. VIII, 1995, pp. 240-244, alla p. 241; Chaudhri Rahmat ʿAli, "*Now or never. Are we to live or perish for ever?*" disponibile sul sito *http://www.columbia.edu/itc/mealac/pritchett/00islamlinks/txt_rahmatali_1933.html*.

[3] Così Ira M. Lapidus, *Storia delle società islamiche*, Einaudi, Torino, 2000, vol. III, p. 213.

Giova ricordare che, come scrive Lapidus, «l'idea di Pakistan costituì una rivoluzione per il pensiero musulmano, dato che questa concezione di una nazione musulmana non aveva alcun contenuto propriamente religioso. La creazione del Pakistan era il programma di élite laicizzate che si trovavano costrette dalla mancanza di unione della popolazione musulmana e dalla lotta con le maggioranze indù a definire "islamica" la loro società politica»[4]. La campagna di propaganda svolta dal 1938 al 1945 fece leva sulla necessità di disporre di un potere politico musulmano e sull'appeal del sogno di uno Stato "islamico": cavalcando questi ideali e la speranza utopistica che una società fondata sui valori dell'islam sarebbe stata in grado di vivere secondo giustizia, la Lega musulmana ottenne alle elezioni politiche del 1945 un tale mandato popolare da risultare l'unica forza politica in grado di sostenere e rappresentare gli interessi dei musulmani indiani. La strada per la separazione tra India e Pakistan, cioè tra uno Stato a maggioranza indù e uno Stato a maggioranza musulmana, era ormai tracciata: il 14 agosto 1947 nacque il Pakistan e il 15 agosto 1947 l'India divenne indipendente. Il Pakistan divenne così il primo stato moderno a essere fondato sull'identità religiosa. Il costo politico e umano della *Partition* fu terribile: le due nazioni sono ancora in guerra per il controllo del Kashmir, 14,5 milioni di persone attraversarono il confine nelle due direzioni per ricongiungersi alla propria maggioranza religiosa e centinaia di migliaia di persone morirono negli scontri tra le due comunità[5]. Ancora Lapidus commenta che «la violenza scatenata dal tramutarsi della coscienza religiosa in coscienza politico-nazionale distrusse per sempre la civiltà che era stata condivisa da popoli di differenti confessioni religiose»[6].

Il paese che nasceva dalla *Partition* del 1947 era composto da una parte occidentale, corrispondente all'attuale Pakistan, e da una parte orientale, il Bengala, poi separatasi nel 1971 e divenuta l'odierno Bangladesh; tra le due aree, a dividerle, si trovavano 1600 km di territorio indiano. Unificando territori e popolazioni di lingue e tradizioni diverse l'identità nazionale finì per essere sussunta nella costruzione di uno Stato "islamico"; è la storia costituzionale del Pakistan a raccontare i caratteri sempre più netti di questa identità religiosa[7]. Il primo e forse più importante documento è la *Objectives Resolu-*

---

[4] Ira M. Lapidus, *Storia delle società islamiche* cit., p. 207.

[5] Yasmin Khan, The Great Partition. The Making of India and Pakistan, Yale University Press, New Haven, 2007.

[6] Ira M. Lapidus, *Storia delle società islamiche* cit., p. 231.

[7] La storia politica pakistana è stata piuttosto turbolenta, e i primi venticinque anni dopo l'indipendenza furono segnati da colpi di stato e dittature militari intervallate a governi democratici. Questa vivacità è visibile anche nella successione di carte costituzionali: Costituzione provvisoria del 1947; Costituzione del 1956, abrogata nel 1958 con l'instaurazione della legge marziale; Costituzione

tion, adottata il 12 marzo 1949: si tratta di un testo fondamentale nella storia costituzionale del Pakistan perché delinea i principi ai quali l'intero sistema giuridico e politico del Paese deve adeguarsi, affermando l'appartenenza ad Allah della sovranità, il sacro dovere di esercitare l'autorità da Egli delegata allo Stato del Pakistan attraverso il suo popolo entro i limiti della Sua volontà e l'obbligo per lo Stato di garantire ai cittadini, individualmente e collettivamente, la possibilità di vivere nel rispetto degli insegnamenti dell'islam come delineati dal Corano e dalla Sunna. Definita dalla giurisprudenza come "pietra miliare dell'edificio giuridico pakistano", "vincolo che tiene unito il paese", "spirito e norma fondamentale del concetto costituzionale di Pakistan", la *Objectives Resolution* incarna dunque le ragioni che hanno dato vita al Paese e delinea gli obiettivi primari dell'azione politica[8].

Altrettanto importanti nel definire l'identità religiosa dello Stato sono alcune disposizioni costituzionali; si trovano infatti espressi sin dalla carta del 1956 due principi fondamentali. Il primo, e forse più importante, è che «non può essere emanata alcuna legge che sia ripugnante ai precetti dell'islam (*islāmī ahkām*) come delineati nel sacro Corano e nella Sunna, e le leggi esistenti devono essere rese conformi ai suddetti precetti dell'islam» (art. 198 par. 1 Cost. 1956; art. 6 Cost. 1962, dove però si parla di "ripugnanza all'islam"; art. 227 par. 1 della Cost. del 1973)[9]. Il secondo riguarda la necessaria appartenenza all'islam del presidente della Repubblica (art. 32, par. 2 Cost. 1956; art. 10, lett. *a* Cost. 1962; art. 41, par. 2 Cost. 1973).

A questi principi si sono affiancati, nel tempo, altri strumenti: innanzitutto, è mutato il ruolo e il rango della *Objectives Resolution*, divenuta parte del preambolo della Costituzione del 1963 e poi, con il *Presidential Order* 14 del 1985, il nuovo art. 2-A della Costituzione del 1973; si tratta di un cambiamento sostanziale perché la *Objectives Resolution*, incorporata nella carta, è

---

del 1962, abrogata nel 1969 da un colpo di Stato e contestuale proclamazione della legge marziale; Costituzione del 1973, ancora in vigore come modificata dai suoi venticinque emendamenti, l'ultimo dei quali del 2018.

[8] Cfr. Nasim Hasan Shah, *The Objectives Resolution and its Impact on the Administration of Justice in Pakistan*, in *Islamic Studies*, 26, 4, 1987, pp. 383-394.

[9] Anche la giurisprudenza concorre a delineare un ruolo sempre più chiaro per l'islam; significativa sotto questo profilo è la sentenza *Asma Jilani* del 1972 in cui si riconosce l'islam come struttura portante (*Grundnormen*) dell'ordinamento giuridico pakistano (*Asma Jilani v. The Government of Punjab*, PLD 1972 SC 139): «in ogni caso, se una *Grundnorm* è necessaria, non vedo ragione di guardare alla tradizione giuridica occidentale (*western legal theorists*) per trovarne una. La nostra *Grundnorm* è custodita nella nostra dottrina secondo cui la sovranità legale sull'intero universo appartiene solo ad Allah Onnipotente e l'autorità è esercitabile dal popolo entro i limiti da Lui prescritti. Questa è una norma immutabile e inalterabile, chiaramente accolta nella *Objectives Resolution* approvata dall'Assemblea costituente il 7 marzo 1949». Cfr. anche Martin Lau, *The Role of Islam in the Legal System of Pakistan*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2006.

ora un importante strumento di interpretazione della stessa con riferimento ai principi e ai valori islamici[10]. Inoltre, sono stati istituiti organi *ad hoc*, quali il Consiglio dell'ideologia islamica (che era Consiglio consultivo nella Costituzione del 1962, artt. 199-206), le cui competenze sono oggi definite dagli artt. 228-231 Cost.[11]; e la Corte federale sciaraitica, creata nel 1980 come organo *sui generis* incaricato del vaglio di conformità sciaraitica delle leggi[12].

La tutela delle minoranze religiose nella Costituzione

Secondo la celebre definizione proposta nel 1977 da Francesco Capotorti, una minoranza è: «un gruppo numericamente inferiore al resto della popolazione di uno Stato, in posizione non dominante, i cui membri – essendo cittadini dello Stato – hanno caratteristiche etniche, religiose o linguistiche diverse da quelle del resto della popolazione e mostrano, anche solo implicitamente, un senso di solidarietà, volto a preservare la loro cultura, tradizioni, religione o lingua»[13]. Su questa base, sono da ritenersi minoranze religiose in Pakistan gli indù, i cristiani e poche migliaia di persone baha'i, sikh e zoroastriane, che tutti insieme rappresentano circa il 4% di una popolazione per il resto composta da musulmani, in prevalenza sunniti[14].

---

[10] L'emendamento del 1985 costituisce la risposta del presidente Zia-ul-Haq alla sentenza *The State v. Zia-ur-Rehman and Others* (PLD 1973 SC 49) in cui la Corte suprema aveva affermato che la *Resolution* non era parte sostanziale della Costituzione e mai lo sarebbe stata a meno di essere incorporata nella carta stessa.

[11] Il Consiglio dell'ideologia islamica ha il compito di consigliare il Governo, il Parlamento e le autorità provinciali ogniqualvolta si tratti di emanare o emendare leggi e regolamenti che incidono sulla possibilità per i cittadini di vivere conformemente ai precetti dell'islam (art. 230 Cost.); i membri possono variare da 8 a 20 e almeno uno deve essere una donna. Cfr. il sito ufficiale del Consiglio dell'ideologia islamica all'indirizzo *http://www.cii.gov.pk*.

[12] La Corte federale sciaraitica è disciplinata dagli artt. 203A-203J Cost. Il suo compito è quello di verificare la conformità delle leggi federali e statali ai precetti dell'islam (*islāmī ahkām*) e può, inoltre, riesaminare le sentenze emesse dalle altre corti in materia di reati *hudūd* (sono i reati di furto, brigantaggio, rapporti sessuali illeciti, calunnia di adulterio e consumo di bevande alcoliche, disciplinati dalle *ordinances* del 1979 secondo il modello sciaraitico) al fine di verificare la correttezza sia del giudizio che della procedura.

[13] Capotorti era all'epoca *Special Rapporteur* della sub-Commissione delle Nazioni Unite sulla Prevenzione della discriminazione e sulla protezione delle minoranze; cfr. E/CN.4/Sub.2/384/Rev.1, par. 568.

[14] Il censimento del 1998 evidenzia la composizione religiosa del paese: 95% musulmani (75% sunniti e 25% sciiti), il resto diviso tra 1.85% indù, 1.59% cristiani; 0.22% ahmadi; 0.7% altri gruppi (parsi, baha'i, sikh, buddisti). In assenza di censimenti ufficiali le stime successive basate sui documenti di identità rilasciati dal Governo ci dicono che nel 2014 le minoranze religiose erano attestate tra il 3 e il 5 per cento della popolazione; Cfr. UN High Commissioner for Refugees, *UNHCR Eligibility Guidelines for Assessing the International Protection Needs of Members of Religious Minorities from*

Il problema dello *status* giuridico e dei diritti da riconoscere a questi soggetti era stato affrontato una prima volta nella Dichiarazione di Lahore del 1940, documento con il quale la Lega musulmana indiana aveva formalizzato la necessità di uno Stato islamico indipendente; il documento richiedeva che «adequate, effective and mandatory safeguards should be specifically provided in the constitution for minorities in these units and in these regions for the protection of their religious, cultural, economic, political, administrative and other rights and interests in consultation with them; and in other parts of India where the Mussalmans are in a minority, adequate, effective and mandatory safeguards shall be specially provided in the constitution for them and other minorities for the protection of their religious, cultural, economic, political, administrative and other rights and interests in consultation with them»[15].

La Dichiarazione di Lahore, con l'obiettivo di garantire per quanto possibile i diritti dei musulmani, con particolare riguardo e attenzione a coloro che sarebbero rimasti in India (una minoranza in un Paese a maggioranza induista), chiedeva quindi salvaguardie "adeguate, efficaci e obbligatorie" per le minoranze presenti sul (nascente) suolo pakistano, in una sorta di reciprocità che avrebbe in teoria dovuto giovare a tutti.

Anche la *Objectives Resolution* del 1949 tiene conto delle minoranze, prevedendo che «siano prese adeguate disposizioni per salvaguardare i legittimi interessi delle minoranze e delle classi arretrate e depresse», formulazione certo ambigua circa la reale portata dell'impegno assunto dallo Stato, ma comunque – data l'enorme rilevanza della *Resolution* nel contesto politico e giuridico pakistano – in grado di classificare, almeno teoricamente, la questione delle minoranze tra gli obiettivi primari dell'attività statale. Tuttavia, quando nel 1985 la *Objectives Resolution* confluì nel nuovo art. 2-A Cost. venne apportata una significativa correzione: la *Resolution*, nella formulazione originale, chiedeva che le minoranze potessero «professare e praticare *liberamente* le loro religioni» (corsivo mio); quando venne incorporata nell'art. 2-A, la parola "liberamente" fu omessa per essere reinserita solo con il XVIII emendamento costituzionale, approvato nel 2010, così correggendo "[a] historic wrong" secondo le parole della Corte suprema (*Zaheeruddin v. The State* 1993 SCMR 1718 su cui *infra* par. 3).

Alle minoranze si riferisce esplicitamente solo l'art. 36 Cost. 1973 ai sensi del quale «lo Stato tutela i diritti e gli interessi legittimi delle minoranze, com-

---

Pakistan, gennaio 2017, HCR/EG/PAK/17/01, in *https://www.refworld.org/ docid/5857ed0e4.html*.

[15] Il testo della Dichiarazione è pubblicato *online* in *https://historypak.com/lahore-resolution-1940/*.

presa la loro rappresentanza negli uffici federali e provinciali»[16]. L'articolo 36 è però inquadrato tra i *Principles of Policy* e come tale è soggetto alla "disponibilità di risorse" (art. 29, par. 2 Cost.); poiché la Costituzione non detta regole sulla distribuzione delle risorse e nemmeno fissa un qualche tipo di cronoprogramma per l'attuazione dei principi, gli analisti ritengono che l'articolo 36 possa essere considerato una parte non operativa della Carta[17].

Più chiara è la situazione con riferimento ai diritti dei non musulmani, a cui già le costituzioni del 1956 e del 1963 riconoscevano alcune garanzie, quali il diritto di professare e praticare liberamente la propria religione, l'accesso senza discriminazioni al pubblico impiego, il diritto di aprire istituti scolastici confessionali, il divieto di subire un'imposizione fiscale a vantaggio di confessioni religiose diverse da quella di appartenenza. Le carte, però, mentre prevedevano seggi riservati alle donne in Parlamento (art. 44 Cost. 1956, art. 20, par. 2 Cost. 1963), nulla dicevano sulla rappresentanza parlamentare delle minoranze (linguistiche, etniche o religiose che fossero). In generale, le garanzie disegnate dalle costituzioni erano solo apparenti, nel caso della Costituzione del 1956 perché non si svolsero le elezioni e non fu quindi possibile attuare la carta, mentre la Costituzione del 1963, voluta dal generale e presidente Ayub Khan, era gravemente deficitaria dal punto di vista dei diritti civili e della rappresentanza politica di tutti i cittadini e non solo dei non musulmani.

Anche la Costituzione del 1973 prevede garanzie a favore delle comunità religiose non musulmane[18], riconoscendo a ogni cittadino il diritto – fatta salva la legge, l'ordine pubblico e la morale – di professare, praticare e diffondere la propria religione, nonché a ogni confessione religiosa e a ogni sua setta il diritto di fondare, mantenere e gestire le proprie istituzioni religiose (art. 20 Cost.). Inoltre, stabilisce salvaguardie contro l'imposizione fiscale a vantaggio di una religione diversa dalla propria (art. 21 Cost.), garanzie per quanto riguarda l'istruzione religiosa e la possibilità di aprire istituti educativi religiosi (art. 22 Cost.), il divieto di discriminazione in materia di accesso ai luoghi pubblici (art. 26 Cost.) e nell'accesso all'impiego pubblico (art. 27 Cost.).

---

[16] Un disegno di legge presentato nel 2016 per l'istituzione di una *Pakistan Minorities Rights Commission* definiva le minoranze in questi termini: «a community notified as such by the Federal Government», così lasciando alla piena discrezionalità del Governo di stabilire se e come un gruppo fosse da inquadrare come minoranza; fortunatamente questo disegno di legge non ha avuto seguito.

[17] Maria Malik, *Giving "Jinnah's Pakistan" back to the Religious Minorities*, in *Daily Times*, 12 luglio 2019, *https://dailytimes.com.pk/428819/giving-jinnahs-pakistan-back-to-the-religious-minorities/*.

[18] Le norme costituzionali non parlano esplicitamente di non musulmani, ma riconoscono a "*every citizen*" un diritto o stabiliscono che "*no person*" possa essere discriminata nell'accesso a luoghi o incarichi pubblici.

A tale ultimo proposito va però ricordato che alcune cariche pubbliche sono aperte esclusivamente ai musulmani; se inizialmente la riserva operava solo a favore del presidente della Repubblica, il *Presidential Order* 14 del 1985 ha introdotto il principio che deve essere musulmano anche il primo ministro (art. 91, par. 3 Cost.). Data la natura e le funzioni della Corte federale sciaraitica non sorprende che debbano essere musulmani tutti i suoi membri mentre questa condizione non è richiesta per tutti gli altri incarichi pubblici, e curiosamente nemmeno per essere membro del Consiglio dell'ideologia islamica dove è sufficiente aver «conoscenza dei principi e della filosofia dell'islam enunciati nel Sacro Corano e nella Sunna, o comprensione dei problemi economici, politici, legali o amministrativi del Pakistan» (art. 228, par. 2 Cost.).

Vi è poi la questione della rappresentanza parlamentare delle confessioni religiose diverse da quella islamica. L'articolo 51 Cost. detta la composizione dell'Assemblea nazionale. I seggi generali sono attualmente 266 e i posti per le donne sono 60 per un totale di 326 seggi. A questi vanno aggiunti, *ex* art. 51 par. 4, 10 seggi riservati ai non musulmani, per i quali, diversamente da quanto accade per le donne, il collegio elettorale è l'intero Paese e non le singole province; i parlamentari per i seggi riservati ai non musulmani sono eletti attraverso un sistema di rappresentanza proporzionale delle liste sulla base del numero totale di seggi generali vinti da ciascun partito politico nell'Assemblea nazionale (art. 51.6.*e* Cost.). In Senato sono previsti quattro seggi per i non musulmani (su un totale di 96), uno per ogni Provincia; i candidati sono eletti dai membri di ogni Assemblea provinciale (art. 59.1.*f* Cost.). Infine, secondo l'art. 106 Cost. ci sono 24 seggi riservati ai non musulmani nelle quattro assemblee provinciali (3 nel Belucistan, 4 nel Khyber Pakhtunkhwa, 8 nel Punjab e 9 nel Sindh)[19]. Il sistema elettorale applicabile alle elezioni dei non musulmani incide sulla loro rappresentatività. Nel 1984 è entrata in vigore la legge sull'elettorato separato e la rappresentanza comunitaria, secondo la quale i non musulmani avrebbero avuto le proprie circoscrizioni ed eletto i propri rappresentanti. Il risultato è stato che poiché i parlamentari musulmani non potevano raccogliere voti dai non musulmani, non erano interessati a occuparsi dei loro diritti e problemi; allo stesso tempo,

[19] La distribuzione dei seggi dei non musulmani su base provinciale non riflette né la effettiva presenza delle comunità religiose minoritarie né il peso specifico dell'intera popolazione provinciale; oltretutto, essendo fissata nella Costituzione è difficile da modificare in ragione dei mutamenti nella composizione della popolazione dovuti a crescita demografica o emigrazione. Non è neanche ben chiaro il criterio che ha guidato la mano del legislatore nel fissare le quote percentuali dei seggi assegnati ai non musulmani: nel Punjab, che è la provincia pakistana più popolosa, i non musulmani hanno 8 seggi su 371 con un'incidenza del 2,1%, la più bassa delle quattro province. Il Sindh, seconda provincia per numero di abitanti, assegna ai non musulmani 9 seggi su 168; con un tasso del 5% è la provincia in cui più è alta la percentuale dei seggi attribuiti alle minoranze religiose.

i parlamentari non musulmani, oltre a essere numericamente quasi irrilevanti, rappresentavano solo gruppi di minoranza e non erano in grado di influenzare efficacemente le politiche statali sulle questioni di loro interesse. Nel 2001, indù, cristiani e ahmadi hanno condotto un parziale boicottaggio delle elezioni che è culminato nell'abolizione nel 2002 del sistema elettorale separato e nell'introduzione dell'attuale sistema di rappresentanza proporzionale: i non musulmani possono votare e concorrere alle elezioni per i seggi generali, ma hanno anche conservato i seggi riservati nell'Assemblea nazionale, nel Senato e nelle quattro Assemblee provinciali[20].

La questione della comunità ahmadiyya

Le comunità religiose minoritarie non sono tutte sullo stesso piano, perché l'ordinamento giuridico pakistano discrimina in modo deciso, inequivocabile e del tutto peculiare la comunità ahmadiyya, fondata in India da Mirza Ghulam Ahmad (1839-1908), un musulmano che sosteneva di aver ricevuto una missione da Dio e che si dichiarava Messia e Mahdi. La comunità è articolata in due scuole di pensiero: i Qadiani e i Lahori, un gruppo ristretto che non considera Mirza Ghulam Ahmad un profeta, ma semplicemente un riformatore[21]. Per la venerazione che portano al loro fondatore, gli ahmadi sono considerati eretici dagli altri musulmani e sono soggetti a discriminazioni e persecuzioni in tutto il mondo islamico.

Il problema degli ahmadi era già emerso sotto il dominio britannico, e nel 1922 una sentenza[22] aveva stabilito che la conversione di un musulmano

---

[20] Cfr. *The Conduct of General Elections Order*, 2002 (*Chief Executive's Order no. 7 of 2002*).

[21] Jacques Jomier, s.v. *Aḥmadiyya*, in *Dizionario delle Religioni*, Mondadori, Milano, 2007, pp. 30-31; Yohanan Friedmann, *Prophecy continuous: aspects of Ahmadi religious thought and its medieval background*, University of California Press, Berkeley – Los Angeles – London, 1989.

[22] Il caso *Narantakath Avullah v. Parakkal Mammu* (Indian Law Reports, Madras (1922) vol. 45) riguardava la validità del secondo matrimonio di una donna, da lei contratto dopo che il primo marito era divenuto un ahmadi. In primo grado i giudici avevano accolto il parere reso dagli ulema secondo cui la conversione era da considerarsi un caso di apostasia che rendeva quindi nullo, in applicazione delle regole della *šarīʿa*, il matrimonio con la musulmana. I giudici di appello affrontarono la questione da una prospettiva diversa, interrogandosi su chi avesse competenza per determinare se si fosse o meno in presenza di un caso di apostasia (che peraltro, ricordiamolo, la legge inglese del tempo non considerava come reato). I giudici inglesi si attribuirono questa competenza e, eseguito un esame comparativo sul credo islamico, sostennero che poiché gli ahmadi credono negli aspetti fondamentali della fede islamica (quali l'accettazione della *kalima* [parola], la missione profetica di Muhammad e l'autorità del Corano) essi non sono da considerare "eretici" ma solo "una setta islamica riformata". Cfr. anche Ali Usman Qasmi, *The Ahmadis and the Politics of Religious Exclusion in Pakistan*, Anthem Press, London – New York – Delhi, 2015, pp. 138-139.

alla religione ahmadiyya non doveva essere considerata come apostasia. La decisione dei giudici inglesi rientrava nella politica britannica volta a reprimere, ove possibile, ogni forma di discriminazione religiosa e interveniva in un momento in cui, al contrario, il fenomeno religioso stava diventando radicale, declinato in termini di "appartenenza *ad excludendum*": indù da una parte, musulmani dall'altra e il destino dell'India da decidere. Nel 1927, obbedendo alla stessa filosofia, i colonizzatori britannici avevano reso penalmente rilevante il fatto di commettere «atti deliberati e malevoli volti a oltraggiare i sentimenti religiosi di qualsiasi classe di cittadini, insultando il loro credo religioso» (art. 295-A)[23].

Quando il Pakistan divenne indipendente, nonostante l'evidente ostilità popolare verso questo movimento Zafarullah Khan, un ahmadi, fu scelto come il primo ministro degli esteri (1947-1954) del nuovo Stato[24]. Ciononostante, negli anni successivi crebbero le pressioni politiche per mettere fuori legge la comunità ahmadiyya; gli ulema deobandi (in particolare il Majlis-i-Ahrar, Consiglio per la liberazione, e il Majlis-e Tahaffuz-e Khatme Nabuwwat, Consiglio per la protezione della definitività della profezia) furono particolarmente decisi nel richiedere al Governo che gli ahmadi fossero dichiarati non musulmani nella Costituzione pakistana e che a nessun ahmadi fosse permesso di svolgere funzioni importanti nel Paese «perché il Pakistan è uno Stato islamico»[25]. Il rifiuto del Governo di aderire a queste richieste

---

[23] Nel 1924 Raj Pal, un editore indù, aveva pubblicato un pamphlet ritenuto offensivo della dignità del Profeta ed era stato processato ai sensi dell'art. 153-A c.p. che punisce la pubblicazione di materiale con l'intento cosciente di promuovere, causare o suscitare inimicizia e odio nei confronti di un'altra comunità. Prosciolto in primo e secondo grado (e si noti che a ricorrere in appello era stato il Governo inglese, timoroso delle conseguenze che la sentenza di proscioglimento in primo grado avrebbe potuto avere), Raj Pal era stato successivamente ucciso da un fanatico musulmano. Nel 1927 in due diversi casi sempre fondati sull'art. 153-A i giudici avevano condannato gli autori delle pubblicazioni, ma avevano altresì ribadito che la critica di un leader religioso, vivo o morto, non ricade nell'ambito di applicazione dell'art. 153-A. Per superare l'impasse creata dal dolo specifico richiesto (promuovere, causare o suscitare inimicizia e odio nei confronti di un'altra comunità) e contenere i disordini e le violenze seguiti a queste vicende, le autorità inglesi avevano emanato il nuovo art. 295-A puntualizzando che si trattava del «risultato dell'attuale tensione indù-musulmana»; cfr. Neeti Nair, *Beyond the "Communal" 1920s: The Problem of Intention, Legislative Pragmatism, and the Making of Section 295A of the Indian Penal Code*, in *Indian Economic Social History Review*, 2013, pp. 319-324; Qaiser Julius, *Ahmadi and Christian Socio-Political Responses to Pakistan's Blasphemy Laws. A Comparison, Contrast and Critique with Special Reference to the Christian Church in Pakistan*, Langham Monographs, Carlisle, 2017.

[24] *The Reminiscences of Sir Muhammad Zafrullah Khan, Interviews conducted by Prof. Wayne Wilcox and Aislie T. Embree for Columbia University with an introduction by Prof. Dr. Pervez Perwazi*, in *https://www.alislam.org/library/books/Sir-Zafrulla-Khan-Interviews.pdf*.

[25] Fatima Z. Rahman, *Pakistan: A Conducive Setting for Islamist against Ahmadis*, in Jawad Syed, Edwina Pio, Tahir Kamran, Abbas Zaidip (a cura di), *Faith-Based Violence and Deobandi Militancy in Pakistan*, Palgrave Macmillan, London, 2016, pp. 211-230

diede luogo a violenti disordini che portarono alla prima promulgazione della legge marziale nel 1953. Nei vent'anni successivi gli ahmadi furono vittime di aggressioni fisiche, molestie e persecuzioni, spesso non perseguiti dallo Stato[26]. La presidenza di Zulfiqar Ali Bhutto a inizio anni Settanta coincise con l'emanazione della nuova Costituzione; le sue politiche centraliste e autoritarie gli fecero perdere velocemente il sostegno delle forze progressiste e laiche e lo indussero a cercare l'appoggio degli ulema. Il prezzo dell'accordo fu pagato dagli ahmadi perché gli ulema chiesero, come già avevano fatto vent'anni prima, che gli ahmadi fossero dichiarati ufficialmente non musulmani ed esclusi da tutti gli incarichi pubblici rilevanti. Il risultato fu il secondo emendamento costituzionale del 1974 che introdusse nella carta il nuovo paragrafo 3 dell'articolo 260, secondo il quale: «una persona che non crede nell'assoluta e incondizionata definitività della missione profetica di Muhammad ultimo dei profeti, o che afferma di essere un profeta, di qualunque sorta e in ogni senso del termine, dopo Muhammad, o che riconosce altra persona come profeta o riformatore religioso, non è un musulmano ai fini della Costituzione o della legge»[27].

Così, senza nominarli esplicitamente, la carta definiva gli ahmadi non musulmani, dal momento che essi credono che Mirza Ghulam Ahmad sia un Profeta e negano che Muhammad sia il *ḫātim al-anbiyā'* (sigillo dei profeti). Veniva in questo modo tracciata una strada discriminatrice e vessatoria qualche anno più tardi consolidata dal generale Zia-ul-Haq e dalle sue riforme tese all'islamizzazione dell'ordinamento giuridico.

Per rendere ancora più chiaro il concetto che gli ahmadi non sono musulmani, infatti, la *Anti-Islamic Activities of Qadiani Group, Lahori Group and Ahmadis (Prohibition and Punishment) Ordinance* XX/1984 ha aggiunto al codice penale i nuovi articoli 298-B e 298-C, espressamente diretti a vietare agli ahmadi l'uso di parole che nella tradizione islamica sono riservate al Profeta, alla sua famiglia e ai cosiddetti califfi benguidati (quali *Amīr al-musminīn*, *ḫalīfat-ul-muslimīn*, *umm-ul-muʾminīn*, *ahl al-bayt*); di chiamare "moschea" (*masǧid*) i loro luoghi di culto; di pronunciare la *adan* (chiamata alla preghiera); di affermare in qualsiasi modo di essere musulmani (con l'obbligo anche

---

[26] Tayyab Mahmud, *Protecting Religious Minorities: The Courts' Abdication*, in Charles H. Kennedy, Rasul Bakhsh Rais (a cura di), *Pakistan 1995*, Westview Press, Boulder, 1995, p. 84.

[27] Che la norma serva a definire non musulmani gli ahmadi è chiarito anche dalla giurisprudenza, ad esempio nel caso *Abdul Qadir Bhatti v. Government of Sindh* (PLD 1976 Karachi 1102), in cui la *High Court* del Sindh era chiamata a stabilire lo *status* religioso dei ricorrenti: «Ai sensi dell'articolo 260, paragrafo 3, lettera a) della Costituzione, una persona appartenente al gruppo ahmadiyya non è musulmana ai fini della Costituzione o della legge».

di astenersi dai tradizionali saluti musulmani, ricchi di invocazioni ad Allah)[28]. La violazione di questi divieti è punibile con la reclusione fino a tre anni.

Nel 1985, la formulazione del paragrafo 3 dell'art. 260 Cost. è stata modificata per evitare ogni possibile dubbio sul suo contenuto; pertanto, nella Costituzione, nelle leggi e in ogni altro strumento giuridico: «(a) "Musulmano" significa una persona che crede nell'unità e unicità di Allah Onnipotente, nell'assoluto e categorico carattere definitivo della missione profetica di Muhammad, ultimo dei Profeti, e non crede in o non riconosce come profeta o riformatore religioso alcuna persona che affermi o dichiari di essere un profeta, in ogni senso della parola o descrizione di alcun tipo, dopo Muhammad; e (b) "non musulmano" significa una persona che non è musulmana e include le persone appartenenti alla comunità cristiana, indù, sikh, buddista o parsi, le persone del gruppo Qadiani e del gruppo Lahori (che si autodefiniscono ahmadi o in altro modo), i bahai e le persone che appartengono a una delle scheduled castes»[29].

Questa disposizione dal contenuto tautologico rende il Pakistan l'unico paese al mondo ad aver dichiarato ufficialmente nella sua Costituzione che gli ahmadi non sono musulmani.

Anche la giurisprudenza è più volte tornata sulla questione, sia prima che dopo la correzione della formulazione dell'art. 260 par. 3, non di rado richiamando la necessità di tutelare l'ordine pubblico. Così, ad esempio, nel caso *Mirza Khursheed Ahmed*[30] la *High Court* di Lahore afferma: «Le ragioni dell'ordine pubblico, del bene pubblico e degli interessi della gente comune

---

[28] Nel caso *Ata Ullah v. The State* (PLD 2000 Lahore 364) i giudici riconducono sotto l'ombrello dell'art. 298-B c.p. l'uso di epiteti islamici da parte degli ahmadi e scrivono: «Gli ahmadi, al pari delle altre minoranze, sono liberi di professare la loro religione nel Paese e nessuno può privarli di tale diritto né con la legge né con *executive orders*. Tuttavia, essi devono *onorare la Costituzione e la legge* [corsivo mio] e non devono né profanare né infangare i personaggi sacri delle altre religioni incluso l'islam, né devono usare epiteti, descrizioni e titoli riservati a detti personaggi e devono evitare di usare nomi unici come moschea o pratiche come la "*Azan*" [chiamata alla preghiera] così che i sentimenti della comunità musulmana non siano offesi e le persone non siano fuorviate o ingannate con riguardo alla religione » (alla p. 379-K).

[29] Nel caso *Ata Ullah v. The State* (PLD 2000 Lahore 364) i giudici riconducono sotto l'ombrello dell'art. 298-B c.p. l'uso di epiteti islamici da parte degli ahmadi e scrivono: «Gli ahmadi, al pari delle altre minoranze, sono liberi di professare la loro religione nel Paese e nessuno può privarli di tale diritto né con la legge né con *executive orders*. Tuttavia, essi devono *onorare la Costituzione e la legge* [corsivo mio] e non devono né profanare né infangare i personaggi sacri delle altre religioni incluso l'islam, né devono usare epiteti, descrizioni e titoli riservati a detti personaggi e devono evitare di usare nomi unici come moschea o pratiche come la "*Azan*" [chiamata alla preghiera] così che i sentimenti della comunità musulmana non siano offesi e le persone non siano fuorviate o ingannate con riguardo alla religione » (alla p. 379-K).

[30] *Mirza Khursheed Ahmed and Another. v. Government of Punjab and Others*, PLD 1992 Lahore 1, p. 34.

del Paese forniscono quindi una base giustificabile per vietare le celebrazioni […] È già stato sottolineato che le attività degli ahmadi e la propagazione della loro fede sono osteggiate dalla popolazione, cioè dalla umma musulmana, al fine di conservare pura e incontaminata la tendenza dominante della fede e anche per preservare l'integrità della Umma. Così facendo, il diritto di professare e praticare la fede da parte dei Qadiani non viene in alcun modo violato o infranto».

Particolarmente significativa è la sentenza della Corte suprema nel caso *Zaheeruddin and Others v. The State and Others*[31] (1993, SCMR 1718). Il ricorso promosso dagli ahmadi riguardava la presunta violazione dell'art. 20 Cost., relativo alla libertà di religione, da parte della *Ordonance* XX del 1984 che aveva introdotto nel codice penale gli artt. 298-B e 298-C. La Corte suprema comincia qualificando gli ahmadi una "insignificante minoranza" e per di più "ipersensibile" per poi precisare che essi usano gli epiteti islamici «in un modo che appare ai musulmani come un deliberato e premeditato atto di insulto e profanazione dei loro sacri personaggi che rappresenta una minaccia all'integrità della umma e alla tranquillità della nazione ed è anche destinato a dare origine a gravi problemi di legalità e sicurezza come è già avvenuto molte volte in passato» (p. 1765); permettere agli ahmadi di eseguire pubblicamente i loro riti equivale, ad avviso della Corte, a «permettere la guerra civile». Secondo i giudici, la *Ordonance* XX/1984 non viola l'art. 20 Cost. perché la norma vincola la libertà religiosa al rispetto della legge ("*subject to law"*); dal momento che la *Objectives Resolution* è divenuta parte integrante della Costituzione all'art. 2-A, i precetti dell'islam sono da ritenersi a tutti gli effetti "*positive law*" e impegnano il legislatore nella sua attività nomofilattica. Ogni norma emanata dall'uomo, scrivono i giudici, deve conformarsi ai precetti e quindi «anche i diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione non devono violare le norme dell'islam» (p. 1775).

La sentenza *Zaheeruddin* fissa così il principio per cui anche laddove le pratiche religiose siano considerate essenziali e parte integrante della religione, esse possono essere sacrificate sull'altare della pubblica sicurezza e della pace sociale (dei musulmani, si intende).

---

[31] Per un commento cfr. Martin Lau, *The case of Zaheer-ud-din v. The State and its impact on the fundamental right to freedom of religion*, in CIMEL Yearbook vol. 1: *Islam and Fundamental Rights in Pakistan*, online sul sito *https://www.soas.ac.uk/cimel/materials/intro.html*; M. Nadeem Ahmad Siddiq, *Enforced Apostasy: Zaheeruddin v. State and the Official Persecution of the Ahmadiyya Community in Pakistan*, in *Law and Inequality*, 14, 1996, pp. 275-328 disponibile alla pagina *http://scholarship.law.umn.edu/lawineq/vol14/iss1/5*.

Il problema delle conversioni forzate a scopo matrimoniale

Lo Stato può discriminare direttamente un gruppo, come nel caso della comunità ahmadiyya, o può farlo indirettamente, ad esempio non sanzionando o contrastando comportamenti che incidono sulla sicurezza di una comunità; questo è appunto il caso della conversione forzata delle ragazze indù e cristiane, normalmente prodromica a un successivo matrimonio coatto[32].

Occorre preliminarmente osservare che lo statuto personale delle diverse comunità religiose è retto dalle singole leggi confessionali, integrate da disposizioni di legge (alcune delle quali risalenti al periodo coloniale) quali il *Child Marriage Restraint Act* del 1929, il *Dissolution of Muslim Marriages Act* del 1939, e la *Muslim Family Laws Ordinance* del 1961. Rilevanti ai fini della questione in esame sono le disposizioni sull'età minima matrimoniale e sulla registrazione e lo scioglimento dei matrimoni. La determinazione dell'età minima matrimoniale è fissata, per tutte le comunità, in 18 anni per il maschio e 16 per la femmina dal *Child Marriage Restraint Act*, che prevale (teoricamente) sulle diverse disposizioni contenute nelle leggi confessionali[33] le quali a loro volta normalmente richiedono che, se una delle parti è minorenne, la sua volontà sia integrata dal consenso del padre o del tutore[34].

---

[32] Non è chiara l'incidenza statistica di questo fenomeno, le fonti parlano di un migliaio di casi all'anno, pochissimi dei quali risolti positivamente per la ragazza e la sua famiglia di origine. Sul tema si veda Reuben Ackerman, *Forced conversion and forced marriages in Sindh, Pakistan*, CIFORB, The University of Birmingham, 2018, in *https://www.birmingham.ac.uk/Documents/college-artslaw/ptr/ciforb/Forced-Conversions-and-Forced-Marriages-in-Sindh.pdf*; Abzahir Khan, *Prevalent forced marriages in Pakistan: Introduction and an analysis in the light of Islamic law*, in *Journal of Islamic and Religious Studies*, 1 (2016), pp. 13-22; Movement for Solidarity and Peace (MSP), *Report on forced marriages and forced conversions in the Christian community of Pakistan*, 2014, in *https://d3n8a8pro7vhmx.cloudfront.net/msp/pages/162/attachments/original/1396724215/MSP_Report_-_Forced_Marriages_and_Conversions_of_Christian_Women_in_Pakistan.pdf*; Sarah Zaman, *Forced marriages and inheritance deprivation in Pakistan. A research study exploring substantive and structural gaps in implementation of Prevention of Anti-woman Practises [Criminal law amendment] Act*, 2011, *online* sul sito *https://www.af.org.pk/pub_files/1416847483.pdf*; Human Rights Commission of Pakistan, *Forced Conversions in Ghotki? Field investigation report*, 2019, in *http://hrcp-web.org/hrcpweb/wp-content/uploads/2019/08/Ghotki-investigation-report-20190807-EN.pdf*.

[33] Nell'agosto 2019 la *Federal Cabinet Division* ha approvato il disegno di legge sul *Christian Marriage and Divorce Act* 2019 che dovrebbe sostituire le leggi del 1869 e del 1872; al momento di chiudere queste note (giugno 2020) non ho potuto verificare se il progetto sia stato convertito in legge.

[34] Al limite dei 16 e 18 anni per femmine e maschi fa ancora riferimento la comunità musulmana; il limite spesso non è rispettato, tanto che l'art. 2 (ii) del *Dissolution of Muslim Marriages Act* riconosce la cosiddetta "opzione della pubertà" che consente alla ragazza, a determinate condizioni, di chiedere lo scioglimento del matrimonio concluso prima che lei avesse compiuto i 16 anni. Gli indù, con lo *Hindu Marriages Act* del 2017, hanno fissato a 18 anni il limite per maschi e femmine, mentre il *Christian Marriage Act* del 1872 definiva "minore" la persona al di sotto dei 21 anni di età, ma consentiva ai "cristiani nativi" di sposarsi al di sotto della minore età, con il consenso del tutore, purché la ragazza avesse compiuto i 13 anni e il ragazzo i 16 (art. 60). A livello provinciale operano

Il *Christian Marriage Act* del 1872 si applica teoricamente anche quando solo uno dei nubendi è cristiano (art. 4), disposizione introdotta dagli Inglesi per salvaguardare le donne cristiane dalla pratica della poligamia nel caso di nozze con un uomo di fede musulmana, indù o buddista. La norma, benché non ufficialmente abrogata, non può più ritenersi operante perché la giurisprudenza ha stabilito che lo statuto personale dei musulmani prevale sulle leggi confessionali dei non musulmani; ne consegue che il precedente matrimonio concluso secondo il rito cristiano o indù sarà sottoposto alla *šarīʿa* una volta che una delle parti si sia convertita all'islam (*Naziran alias Khalida Parveen v. State*, PLD 1988 SC 713; *Mst. Aisha alias Nasim v. State*, PLD 2002 Lahore 197).

Quanto alla registrazione, gli organi confessionali competenti rilasciano normalmente dei certificati matrimoniali; tuttavia, con l'eccezione dei cristiani la cui legge del 1872 disciplinava anche la registrazione civile, i matrimoni delle altre comunità erano per lo più ignoti allo Stato, mancando forme di registrazione ufficiale degli stessi, problema in parte ora formalmente risolto dallo *Hindu Marriages Act* del 2017.

Lo scioglimento del matrimonio è per i cristiani regolato dal *Christian Divorce Act* del 1869; ai sensi dell'art. 10 i cristiani possono divorziare solo in caso di adulterio (con o senza abbandono), bigamia, stupro, sodomia, bestialità; la donna, inoltre, può chiedere lo scioglimento del matrimonio se il marito cristiano ha cambiato religione e si è sposato con un'altra donna[35]. Lo *Hindu Marriages Act* del 2017 permette il divorzio per motivi quali l'abbandono e la crudeltà, a cui si aggiungono per le donne la negligenza o il mancato mantenimento da parte del marito per due anni, e la poligamia; inoltre, l'art. 12 (a) (iii) ammette la fine del matrimonio quando una delle parti «ha cessato di essere indù per conversione a un'altra religione». Nello stesso senso, anche l'art. 32 del *Parsi Marriage and Divorce Act* del 1936 prevede tra le cause di divorzio, l'adulterio, l'abbandono e la conversione ad altra religione.

Tutto ciò premesso, occorre sottolineare che obbligare una ragazza indù o cristiana a convertirsi all'islam per poterla sposare non sarebbe necessario, non operando rispetto alla scelta della sposa quell'impedimento matrimoniale per differenza di religione che invece incide significativamente sulla liber-

---

inoltre il *Sindh Child Marriage Restraint Amendment Act* del 2013 e il *Punjab Child Marriage Restraint Amendment Act* del 2015.

[35] Sulla difficoltà per i cristiani di chiedere il divorzio si veda Ayra Indrias Patras, Ahmed Usman, *Adultery, the Ground for Dissolution of Christian Marriage in Pakistan: Intersectional Constraint to Christian Women in Pakistan*, in *Pakistan Perspectives*, 24, 2, 2019, pp. 61-76; Zubair Abbasi, *Christian Divorce Law in Pakistan – Past, Present and Future*, in *Cambridge Law Review*, 4, 1, 2019, pp. 169-182.

tà coniugale delle donne musulmane[36]. La conversione forzata serve però a sottrarre la ragazza all'applicazione della sua legge confessionale e permette quindi di aggirare la regola circa il necessario consenso al matrimonio del *walī* (tutore) della ragazza minorenne: il genitore indù o cristiano della ragazza divenuta musulmana non può agire come suo tutore matrimoniale e non può fare obiezione al matrimonio; alla ragazza viene assegnato un tutore temporaneo che, scelto dallo sposo, tenderà a fare gli interessi di lui e non quelli della sposa (si, pensi, ad esempio, alla questione della determinazione del donativo nuziale, *mahr*). Se la ragazza era già sposata, la sua conversione all'islam è funzionale allo scioglimento del precedente matrimonio, la cui esistenza è anche difficile da provare se è mancata la registrazione. Nonostante esistano disposizioni che vietano i matrimoni forzati e/o minorili[37], quando la famiglia della ragazza si rivolge alla polizia viene di norma obiettato che la conversione all'islam è stata spontanea e il matrimonio volontario e che non vi è dunque luogo a procedere per inesistenza di un fatto illecito. Le autorità sono restie ad agire anche quando si tratta di ragazze molto giovani, forti del sostegno della politica[38] e del parere del Consiglio dell'ideologia islamica a favore dei matrimoni minorili[39].

Che il problema esista e sia serio è dimostrato, però, non solo dal fatto che la Corte suprema ha nel 2014 esplicitamente citato le conversioni forzate tra i casi di violenza contro le minoranze religiose (*infra*, par. 6), ma anche dal tentativo di contenere il fenomeno che si è avuto nel Sindh, dove nel 2015 è stato presentato all'Assemblea provinciale un disegno di legge (*Sindh Criminal Law (Protection of Minorities Bill*) per prevenire e punire le conversioni

---

[36] La differenza di religione (*iḫtilāf al-dīn*) è una causa di nullità del matrimonio, insanabile, che opera in modo differente per uomini e donne. L'uomo musulmano gode di una certa libertà potendo sposarsi, oltre che con la musulmana, con una credente monoteista; si tratta di un'unione che alcune scuole giuridiche sconsigliano, ma che è comunque lecita. Al contrario, il Corano (II, 221; LX, 10) è netto nel vietare alle donne musulmane di sposare gli idolatri e i miscredenti, consentendo loro solo le nozze un uomo musulmano. La regola è ripresa dagli ordinamenti statali, tra cui appunto quello pakistano.

[37] L'art. 364-A c.p. vieta il rapimento e sequestro di persona al di sotto dei 14 anni, punito nei casi più gravi con la pena di morte; l'art. 365-B c.p. punisce con l'ergastolo il rapimento e sequestro a scopo di matrimonio; l'art. 498-B c.p. vieta i matrimoni coatti, norma modificata nel 2017 aggravando la pena (reclusione da 5 a 10 anni) se si tratta di una bambina o di una donna non musulmana.

[38] Nonostante il noto versetto coranico II, 256 affermi che "non vi è costrizione nella fede", il Governatore del Sindh ritiene valide le conversioni dei bambini portando l'esempio della conversione all'islam di 'Ali, cugino del Profeta, quando aveva 9 anni; cfr. *https://www.spectator.co.uk/article/pakistan-s-forced-conversions-brings-shame-on-imran-khan*.

[39] Il Consiglio argomenta a partire dalle nozze del Profeta Muhammad con la giovanissima 'Aisha per sostenere che sono contrarie all'islam le disposizioni volte a fissare un'età minima matrimoniale; Imran A. Nyazee, *The Council of Islamic Ideology (CII) and Child Marriage*, 5 novembre 2014, disponibile sul sito SSRN: *https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2519471*.

religiose forzate (per le quali non esiste in Pakistan alcuna norma incriminatrice) e i matrimoni forzati. Il disegno di legge definiva all'art. 4 le conversioni forzate come il fatto di «costringere una persona ad adottare un'altra religione sotto costrizione, forza, coercizione o minaccia, diretta a lei o a un membro della sua famiglia, o una persona cara, o la comunità o la proprietà»; esso considerava come non avvenuta la conversione delle persone minori di 18 anni, a meno che i genitori o il tutore non avessero deciso di cambiare la religione della famiglia; l'art. 6 puniva chi avesse costretto altri a convertirsi con la reclusione da 5 anni all'ergastolo, mentre gli eventuali complici avrebbero scontato un minimo di 3 anni di carcere. La legge inoltre imponeva al Governo del Sindh di organizzare programmi di sensibilizzazione sui temi legati ai matrimoni minorili per la polizia e gli organi giurisdizionali. Non è un caso che il disegno di legge sia stato presentato nel Sindh, ove la rappresentanza delle comunità religiose minoritarie all'Assemblea è più alta che in altre regioni; tuttavia, esso ha incontrato la forte opposizione dei partiti religiosi musulmani che hanno contestato come contrario all'islam il limite d'età per la validità della conversione; dopo essere stato rinviato alla commissione legislativa per una revisione del suo contenuto il disegno di legge è scomparso dalla scena politica. Altrove non è andata meglio; il Khyber ha in discussione il *Khyber Pakhtunkhwa Child Marriage Restraint Bill* (CMRB) del 2019, mentre sempre nel 2019 sono stati presentati all'Assemblea nazionale due progetti di legge, il *Child Marriage Restraint Act (Amendment) Bill*[40] e il *Criminal Law (Protection of Minorities) Act*, dei quali al momento di chiudere queste note non è però chiara la sorte.

L'uso abusivo delle leggi sulla blasfemia

«La maggior parte dei casi di blasfemia si fonda su false accuse nascenti da conflitti di proprietà o da altre questioni personali o famigliari piuttosto che su veri e propri casi di blasfemia e inevitabilmente conducono a violenza della folla contro l'intera comunità»: così scrivono i giudici della Corte Suprema nella sentenza che ha confermato la condanna a morte di Mumtaz Qadri

[40] Una legge analoga (*Child Marriage Restraint (Amendment) Bill*, 2018) era stata approvata dal senato nell'aprile 2019, ma si è arenata in Assemblea nazionale per l'opposizione dei partiti religiosi. Cfr. *Senate passes "The Child Marriage Restraint (Amendment) Bill, 2018"*, in *https://fp.brecorder.com/2019/04/20190430468510/*; *Pakistan Hindu Lawmaker Moves 2 Bills in Parliament on Child Marriage, Forced Conversion*, in *https://www.news18.com/news/world/pakistan-hindu-lawmaker-moves-2-bills-in-parliament-on-child-marriage-forced-conversion-2080039.html*; *Child marriage restraint bill sails through Senate*, in *https://www.dawn.com/news/1479317*.

per l'omicidio del governatore del Punjab Salman Taseer[41] avvenuto nel 2011 (*State v. Mumtaz Qadri* PLD 2016 SC 17, al par. 17). Sono parole gravissime con le quali i giudici, e non è la prima volta, constatano l'uso distorto che viene sovente fatto in Pakistan della disciplina della blasfemia[42]. I giudici, però, non revocano in dubbio la necessità e puntualità di quelle disposizioni; la Costituzione, infatti, tutela la libertà di parola dei cittadini, ma stabilendo che essa possa essere limitata «nell'interesse della gloria dell'Islam» (art. 19 Cost.). La tutela del sentimento religioso e della dignità dell'islam è infatti uno dei cardini della *šarīʿa* e si trova riflesso nelle norme penali che puniscono l'apostasia (*irtidād*) e la bestemmia (*sabb*).

Il codice penale attualmente in vigore in Pakistan è ancora quello emanato dagli Inglesi nel 1860 per l'allora India britannica; fino alla fine degli anni Settanta le sue disposizioni non riflettevano in alcun modo la tradizione giuridica islamica. È con la presidenza del generale Zia ul-Haq che le cose cambiano: al fine di adeguare l'ordinamento giuridico ai precetti dell'islam, nel 1979 entrano in vigore le *hudud ordonances*, che riportano nell'ordinamento pakistano la disciplina sciaraitica dei cosiddetti reati coranici (adulterio, calunnia di adulterio, furto, brigantaggio, consumo di bevande alcoliche), mentre nel 1990 è interamente abrogata la disciplina "inglese" dei reati di sangue (omicidio e lesioni personali), sostituita con le regole islamiche che prevedono la possibilità di chiedere il taglione o il prezzo del sangue. In quello stesso lasso di tempo il legislatore è intervenuto in materia di tutela della religione inasprendo progressivamente le pene a carico di chi offenda, secondo i modi che ora vedremo, il Profeta dell'islam o la religione islamica. Fino al 1980, infatti, si rinvenivano nel codice penale solo pochi articoli a tutela della religione: il 295 c.p. sul danneggiamento o la profanazione di un luogo di culto, con l'intento di insultare la religione; il 298 c.p. sulla pronuncia di parole offensive dei sentimenti religiosi altrui; e il già citato art. 295-A c.p., che punisce gli atti deliberati e malevoli volti a oltraggiare i sentimenti religiosi di una persona, insultando la sua religione o il suo credo religioso. Queste disposizioni hanno in comune il fatto di tutelare tutte le religioni praticate in India e di richiedere,

[41] Salman Taseer, Governatore del Punjab, è stato ucciso dalla sua guardia del corpo, Mumtaz Qadri, che ha giustificato la propria azione sostenendo che si trattava della «giusta punizione per un blasfemo», dove la blasfemia di Taseer sarebbe stata da ravvisarsi nell'aver chiesto il perdono presidenziale per Asia Bibi e nell'aver qualificato come "black law" la disciplina della blasfemia.

[42] La *High Court* di Lahore nel caso *Muhammad Mahboob alias Booba v. The State* (PLD 2002 Lahore 587) ha ricostruito la storia delle disposizioni sulla blasfemia e ne ha analizzato l'impatto sull'ordinamento giuridico, prendendo atto del dilagante abuso della legge da parte di «persone senza scrupoli che cercano di regolare i loro conti personali» e «sottolineando i rischi di un'indagine su tali casi condotta da agenti investigativi non addestrati e mal consigliati».

ai fini della punibilità, il dolo; probabilmente è per questo motivo che tra il 1927 e il 1984 nelle aule di tribunale sono stati discussi solo pochissimi casi di violazione di queste disposizioni[43].

Nel 1980 è stato aggiunto al codice penale il nuovo art. 298-A che punisce con la reclusione fino a 3 anni «chiunque con parole orali o scritte o con rappresentazioni visibili o con attribuzioni, insinuazioni o allusioni, direttamente o indirettamente, profana (*defile*) il sacro nome delle mogli (*ummul mumineen*) o dei membri della famiglia (*ahle-bait*) del Santo Profeta (la pace sia su di lui) o di uno dei califfi benguidati (*khulafa-e-rashideen*) o dei compagni (*sahaaba*) del Santo Profeta (la pace sia su di lui)». Nel 1982 è entrato in vigore il nuovo art. 295-B che punisce con la reclusione a vita «chiunque intenzionalmente sporca, danneggia o profana una copia del Sacro Corano o un suo estratto o ne fa uso in modo dispregiativo o per scopo illecito»; qui la norma richiede l'elemento psicologico ed è quindi necessario provare l'intenzione dolosa dell'autore del fatto per poterlo condannare. Infine, nel 1986 è stato aggiunto al codice penale il nuovo art. 295-C, che sanziona con la pena capitale «chiunque, con parole orali o scritte, o con raffigurazioni visibili, o con attribuzioni, allusioni o insinuazioni, direttamente o indirettamente, profana (*defile*) il sacro nome del Santo Profeta (la pace sia su di lui)». La formulazione di questo articolo è problematica, al pari di quella dell'art. 298-A, perché in entrambi i casi non sono affatto chiari i contorni della condotta vietata il che solleva il problema della coscienza dell'offesa da parte del soggetto agente; non stupisce quindi che l'art. 295-C abbia avuto molta "fortuna" e sia la norma più frequentemente invocata nei processi per blasfemia.

I giudici più volte hanno sottolineato l'uso abusivo delle norme collettivamente note come *blasphemy laws* e la statistica dimostra che si tratta anche di strumenti utili a perseguitare le minoranze religiose perché circa il 40% dei casi di blasfemia riguarda persone non musulmane che rappresentano però solo il 4% della popolazione pakistana[44]. Dell'uso distorto e discriminatorio

---

[43] Commission of the Churches on International Affairs World Council of Churches, *Misuse of the Blasphemy Law and Religious Minorities in Pakistan. Report of the International Hearing*, WCC Publications, Geneva, 2013, p. 15.

[44] *Misuse of the Blasphemy Law and Religious Minorities in Pakistan* cit., pp. 81-82. Il problema dell'uso abusivo delle regole sulle blasfemia è ben noto da anni, se la *High Court* di Lahore può scrivere, nel 2002 (*Muhammad Mahboob alias Booba v. The State*, PLD 2002 Lahore 587): «Ever since the law became more stringent, there has been an increase in the number of registrations of the blasphemy cases. A report from a leading newspaper of Pakistan says that between 1948 and 1979, 11 cases of blasphemy were registered. Three cases were reported between the period 1979 to 1986. Forty-four cases were registered between 1987 to 1999. In 2000, fifty-two cases were registered and strangely 43 cases had been registered against the Muslims while 9 cases were registered against the non-Muslims. The report further states that this shows that the law was being abused more blatantly

delle norme è un esempio celebre la durissima vicenda giudiziaria che ha visto come protagonista la cristiana Asia Bibi[45]; vale la pena di ricordare le parole con cui i giudici della Corte Suprema hanno posto fine alla sua ordalia. Innanzitutto, i giudici ripercorrono la storia dell'art. 295-C e affermano inequivocabilmente la necessità di questa norma perché «nessuno è autorizzato a disobbedire, disprezzare e ribellarsi al Santo Profeta» (par. 8); tuttavia, «qualche volta, per perseguire perfidi scopi, la legge è abusata da persone che utilizzano false accuse di blasfemia» (par. 12) come nel caso del cristiano Ayub Masih del 1996 e dell'evacuazione forzata di quaranta famiglie cristiane dal villaggio ove si erano svolti i fatti. I giudici quindi ribadiscono che spetta solo e unicamente allo Stato perseguire eventuali casi di blasfemia: «Non è compito degli individui o della folla decidere se è stato o meno commesso un atto rientrante nella previsione dell'art. 295C […] la blasfemia è ripugnante e immorale oltre a essere una manifestazione di intolleranza, ma allo stesso tempo una falsa accusa relativa alla commissione di questo reato è altrettanto detestabile e colpevole» (par. 15) e lo Stato deve impegnarsi affinché persone innocenti non siano processate con il falso pretesto di aver commesso blasfemia. Il giudice Asif Saeed Khan Khosa nella sua *concurring opinion* (parr. 24 e 25) riflette su quali dovrebbero essere i rapporti tra musulmani e non musulmani (nello specifico: cristiani): secondo il giudice, infatti, i testimoni musulmani in questo caso hanno violato il patto che il Santo Profeta Muhammad concluse sul Monte Sinai con coloro che professano la religione islamica, concedendo

---

by Muslims against the Muslims to settle their scores. This was because the police would readily register such a case without checking the veracity of the facts and without taking proper guidance from any well-known and unbiased religious scholar, would proceed to arrest an accused». A parte stupirsi (*strangely*) che nel 2000 la maggior parte dei casi di blasfemia veda come protagonisti i musulmani, i giudici fanno proprie, citandole in sentenza, le parole di un'inchiesta giornalistica secondo la quale: «The trouble is that over the years bigotry and intolerance have made such deep inroads into our society that all three parties in the blasphemy cycle – complainant, police officer, Judge – think that they are doing the right thing and also earning divine favour into the bargain, when they are pressing charges under this law. This is zeal sanctioned by law and clothed in self-righteousness […] Registration of such like cases cannot be allowed in a very free and careless manner and a class of citizens, who have not much knowledge of religion, must not be allowed to use the law in question to settle their score».

[45] Nel 2009 Asia Bibi, una contadina cristiana, venne coinvolta in una lite con alcune compagne musulmane relativa alla (im)possibilità per un cristiano di toccare l'acqua destinata ai musulmani. Il litigio degenerò in insulti reciproci e Asia Bibi fu falsamente denunciata per aver pronunciato frasi dispregiative contro il Profeta Muhammad. Il suo calvario giudiziario, fatto di false testimonianze, violazione delle norme procedurali, abuso di diritto, ha catturato l'attenzione dell'opinione pubblica mondiale e si è concluso nell'ottobre 2018 quando la Corte suprema l'ha prosciolta da ogni accusa. Per un commento della sentenza della Corte suprema mi permetto di rinviare al mio *More sinned against than sinning: la Corte Suprema pakistana e il caso Asia Bibi*, in *Stato, Chiese e Pluralismo Confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 23, 2019, pp. 74-85.

loro una carta nota come "Promessa di Santa Caterina"[46]. Il giudice chiarisce che «la promessa era eterna e universale e non limitata a Santa Caterina. I diritti conferiti dalla carta sono inalienabili e il Santo Profeta Muhammad ha dichiarato che i cristiani, tutti quanti, sono suoi alleati e ha equiparato i maltrattamenti ai cristiani alle violazioni del patto con Dio. È notevole che la carta non imponeva condizioni ai cristiani per beneficiare dei suoi privilegi essendo sufficiente il loro essere cristiani. Non era loro richiesto di alterare la loro fede e non dovevano effettuare pagamenti o soggiacere a obblighi».

I giudici, come detto, non contestano l'esistenza delle norme sulla blasfemia e – a mio avviso – perdono una buona occasione per suggerirne se non l'abrogazione, impossibile nell'attuale contesto politico e giuridico pakistano, almeno la revisione; non va però sottovalutata la critica agli abusi in tema di blasfemia, che impegna lo Stato a fare di più e di meglio per contenerli, e il riferimento alla tradizione di convivenza tra le religioni, che suona come un invito ai musulmani pakistani a riscoprire alcuni valori perduti. La sentenza di proscioglimento è stata però accolta da furibonde proteste e da minacce di morte ad Asia Bibi, al suo avvocato e agli stessi giudici della Corte suprema, a dimostrazione di quanto siano tesi i rapporti tra la comunità musulmana e le minoranze e di quanto la *blasphemy law* sia percepita da ampie parti della popolazione come un irrinunciabile baluardo a difesa dell'islam.

Quale futuro per le minoranze religiose?

Nella patria dei puri, secondo uno storico discorso di Muhammad Ali Jinnah all'Assemblea costituente del Pakistan dell'11 agosto 1947, avrebbe dovuto esserci posto per i non musulmani: «Partiamo da questo principio fondamentale: che siamo tutti cittadini, e cittadini uguali di uno Stato. Ora, credo che dovremmo avere questo di fronte come nostro ideale e scoprirete che nel

[46] Dal nome del celebre Monastero sul Monte Sinai. Il testo in versione inglese citato dal giudice Khan Khosa è il seguente: «This is a message from Muhammad ibn Abdullah, as a covenant to those who adopt Christianity, near and far, we are with them. Verily I, the servants, the helpers, and my followers defend them, because Christians are my citizens; and by God! I hold out against anything that displeases them. No compulsion is to be on them. Neither are their judges to be removed from their jobs nor their monks from their monasteries. No one is to destroy a house of their religion, to damage it, or to carry anything from it to the Muslims' houses. Should anyone take any of these, he would spoil God's covenant and disobey His Prophet. Verily, they are my allies and have my secure charter against all that they hate. No one is to force them to travel or to oblige them to fight. The Muslims are to fight for them. If a female Christian is married to a Muslim, it is not to take place without her approval. She is not to be prevented from visiting her church to pray. Their churches are to be respected. They are neither to be prevented from repairing them nor the sacredness of their covenants. No one of the nation (Muslims) is to disobey the covenant till the Last Day (end of the world)».

corso del tempo gli indù smetteranno di essere indù e i musulmani smetteranno di essere musulmani, non nel senso religioso perché quella è la fede personale di ciascun individuo, ma nel senso politico di cittadini dello Stato»[47].

Le cose sono andate diversamente, e forse si trattava di un destino implicito nel nome scelto per il Paese, perché se i puri di cui il Pakistan è la patria sono i musulmani, gli altri chi sono? Che posto possono avere se, nel non essere musulmani, sono per ciò stesso anche "impuri"? Da dove partire per ridefinire, concretamente e non solo a livello di proclami di facciata, i diritti dei non musulmani?

Giurisprudenza, governo e potere legislativo si muovono lungo direttrici non di rado contrapposte. La giurisprudenza pakistana ha nel tempo dimostrato approcci differenti verso i diritti delle minoranze religiose: ha sempre applicato con puntiglio e rigore le disposizioni discriminatrici contro gli ahmadi; ha più volte stigmatizzato non l'esistenza delle norme sulla blasfemia ma l'uso abusivo che di queste viene fatto; non ha saputo dimostrarsi all'altezza nelle vicende relative alle conversioni forzate delle ragazze non musulmane e ai matrimoni coatti.

Allo stesso tempo, non sono mancate occasioni nelle quali la magistratura, e in particolare i giudici della Corte suprema, ha voluto indirizzare agli organi di governo delle indicazioni funzionali alla corretta attuazione delle disposizioni costituzionali; uno di questi casi riguarda l'esame che nel 2014 la Corte suprema ha fatto, *suo motu*[48], delle violenze commesse a danno di cristiani, indù e ismailiti[49], giungendo alla conclusione che si tratta di violazioni dei diritti fondamentali dei cittadini, nonché dei *Principles of Policy* sanciti dalla Costituzione. Secondo la Corte, l'articolo 20 della Costituzione è da ritenersi norma di primaria importanza che garantisce il diritto alla libertà religiosa senza condizionarlo all'appartenenza religiosa, islamica o meno, del beneficiario; si tratta di un diritto fondamentale, non soggetto o subordinato ad alcuna altra disposizione o clausola religiosa della Costituzione, ma solo alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume. Il diritto di libertà religiosa

---

[47] *Misuse of the Blasphemy Law and Religious Minorities in Pakistan* cit., p. 49; Iftikhar H. Malik, *Religious Minorities in Pakistan, Minority Rights Group International*, 2002, p. 6 *online* in *https://www.refworld.org/docid/469cbfc30.html*.

[48] S.M.C. *No. 1 of 2014 and* C.M.A. *No.* 217-K/2014, in *S.M.C. No. 1/2014 et al*. La Corte suprema può di sua iniziativa conoscere di una questione che comporta la violazione di un diritto fondamentale e che sia di rilevanza pubblica; il ricorso può essere presentato da chiunque e non solo dalla parte direttamente lesa dalla condotta.

[49] La Corte suprema cita nella sua decisione l'attacco a una chiesa di Peshawar in cui sono morte 81 persone; i casi di conversione forzata di ragazze indù e cristiane all'islam; le minacce rivolte ai kalash e agli ismailiti affinché si convertano all'islam sunnita; la profanazione dello storico tempio indù di Amrapur Asthaan; i problemi relativi alla mancata registrazione dei matrimoni indù e cristiani.

riconosciuto a ogni cittadino incorpora tre diritti distinti, cioè il diritto di professare, il diritto di praticare e il diritto di propagandare la fede; quest'ultimo diritto, secondo la Corte, non è stato limitato ai musulmani, ma è ugualmente riconosciuto ai non musulmani. Tale diritto non deve essere inteso come un invito a incoraggiare le conversioni, invito che se diretto ai musulmani sarebbe contrario alla *šarīʿa*, ma, al contrario, come un diritto a non subire conversioni forzate o l'imposizione di altrui credenze perché, scrivono i giudici, se tutti i cittadini hanno il diritto di propagare la fede, allora nessun cittadino ha il diritto di imporre la propria ad altri con violenza (par. 15).

La Corte, dopo aver ricordato le dure condizioni di vita delle minoranze religiose, scrive: «È richiesto un forte coraggio morale a un individuo o a una nazione per scusarsi di aver fatto un torto a una comunità. È tempo per noi, come nazione e come individui, di fare una pausa di riflessione, un esame di coscienza, e forse una resa dei conti per chiederci se abbiamo vissuto secondo le promesse fatte nella Costituzione e secondo la visione di Quaid-e-Azam [grande leader] Mohammad Ali Jinnah, il fondatore di questo Paese che nel suo primo discorso all'Assemblea costituente dell'11 agosto 1948 disse: «Siete liberi; siete liberi di andare nei vostri templi. Siete liberi di andare nelle vostre moschee o in qualsiasi altro luogo di culto in questo Stato del Pakistan. Potete appartenere a qualsiasi religione o casta o credo – questo non ha nulla a che fare con gli affari dello Stato» (par. 32).

La Corte elenca poi otto azioni specifiche che il Governo avrebbe dovuto attuare per migliorare lo *status* giuridico delle minoranze[50]; tra queste vi era l'invito a istituire un Consiglio nazionale per i diritti delle minoranze. La nuova Commissione nazionale per le minoranze religiose è stata finalmente istituita il 5 maggio 2020 presso il Ministero degli affari religiosi del Pakistan, è composta di membri nominati dal Governo e include tre cristiani, tre indù, due sikh, due kalash e un parsi. I critici sostengono che si tratti di un organo vuoto, privo di reali poteri e le minoranze la vorrebbero istituita con un atto

[50] Secondo la Corte suprema, il Governo federale dovrebbe: costituire una *task force* per lo sviluppo di una strategia di tolleranza religiosa; a livello scolastico e universitario, sviluppare programmi di studio appropriati per promuovere una cultura della tolleranza religiosa e sociale; adottare misure appropriate per assicurare che i discorsi di odio nei social media siano scoraggiati e che i responsabili siano portati davanti alla giustizia; istituire un Consiglio nazionale per i diritti delle minoranze, incaricato di monitorare la realizzazione pratica dei diritti e delle garanzie riconosciuti alle minoranze dalla Costituzione e dalla legge; istituire una forza speciale di polizia per la tutela dei luoghi di culto delle minoranze; a livello federale e provinciale, garantire l'applicazione delle direttive sulle quote riservate alle minoranze; inoltre, nei casi di violazione dei diritti garantiti dalla legge o di profanazione dei luoghi di culto delle minoranze, le forze dell'ordine devono intervenire tempestivamente e deve essere aperto un fascicolo separato da sottoporre al giudizio di un collegio di tre membri competente anche a ricevere reclami relativi a violazioni dei diritti fondamentali delle minoranze (par. 37).

legislativo del Parlamento al pari di altre commissioni esistenti nel Paese, al fine di garantirle la necessaria autorità e indipendenza[51]; al momento è chiaramente troppo presto per valutare l'efficacia della sua azione, ma certo il vincolo politico che la lega al Governo può incidere significativamente sulla sua autonomia. Delle altre azioni indicate, e in particolare dei programmi volti a favorire la tolleranza religiosa, o a contrastare l'odio settario e religioso, non sembra esservi al momento traccia visibile.

Il Governo, dal canto suo, sembra decisamente poco sensibile alle istanze delle minoranze, condizionato nella sua azione politica da partiti di ispirazione religiosa che fanno della (presunta) fedeltà all'islam il pilastro della loro attività politica. Lo si vede anche nelle proposte di legge presentate in Parlamento: si è già discusso della sorte dei disegni di legge relativi ai matrimoni minorili e coatti, bloccati dall'opposizione di quanti ritengono le nuove norme incompatibili con l'islam; analogo destino ha avuto il disegno di legge volto a modificare gli artt. 41 e 91 Cost. nel senso di consentire che anche un non musulmano possa divenire primo ministro e presidente della Repubblica, respinto dall'Assemblea nell'ottobre del 2019.

Il futuro delle minoranze religiose appare decisamente poco roseo.

[51] In *http://www.fides.org/en/news/67881-ASIA_PAKISTAN_The_new_Commission_ for_religious_minorities_will_only_be_effective_if_created_through_an_act_of_Parliament_otherwise_it_risks_being_useless*.

Libertà religiosa ed eguaglianza nella Dichiarazione di Marrakech e nella Carta della Nuova Alleanza per le Virtù

Religious freedom and equality in The Marrakech Declaration and The Charter of the New Alliance of Virtues

Francesco Sorvillo

Abstract

Religious freedom and equality are concepts with which the Muslim world has always been confronted. However, assuming them as fundamental rights of each human being presupposes the selection of juridical instruments aimed at promoting their operation also in legal systems based on traditions and cultures different from those of the West. From this point of view, the Marrakech Declaration and the Charter of the New Alliance of Virtues have been the forerunners of a reflection aimed at bringing the themes of fundamental principles and freedoms back to the center of inter-religious (and political) dialogue of the Islamic countries. In this perspective, the two Charters are bound to become a creative model of a new global citizenship and a support for the governance in the field of equality and religious freedom for entire regional areas.

Key words

Religious freedom – Interfaith dialogue – Marrakech Declaration

Riassunto

Libertà religiosa ed eguaglianza sono concetti con i quali il mondo musulmano si è confrontato da sempre. Assumerli come diritti fondamentali dell'uomo, tuttavia, presuppone la selezione di strumenti giuridici volti a promuoverne l'operatività anche in ordinamenti fondati su tradizioni e culture diverse da quelle occidentali. La Dichiarazione di Marrakech e la Carta della Nuova Alleanza per le Virtù da questo punto di vista hanno fatto da apripista a una riflessione volta a ricondurre i temi dei principi e delle libertà fondamentali al centro del dialogo interreligioso (e politico) dei Paesi islamici. In tale prospettiva le due Carte sono destinate a diventare un modello creativo di una nuova cittadinanza globale e un supporto alla governance in materia di eguaglianza e libertà religiosa per intere aree regionali.

Parole chiave
Libertà religiosa – Dialogo interreligioso – Dichiarazione di Marrakech.

Sommario: 1. Libertà religiosa ed eguaglianza tra nuovi scenari geopolitici e Carte interreligiose del mondo arabo – 2. Dialogo interreligioso e promozione delle libertà – 3. La "stagione delle Dichiarazioni": dal Messaggio di Amman alla Carta della Nuova Alleanza per le Virtù – 4. Libertà religiosa ed eguaglianza nella Dichiarazione di Marrakech e nella Carta della Nuova Alleanza per le Virtù: profili critici ed elementi di novità

Libertà religiosa ed eguaglianza tra nuovi scenari geopolitici e Carte interreligiose del mondo arabo

Libertà religiosa ed eguaglianza sono temi con i quali il mondo musulmano si è confrontato da sempre. Un'indagine loro dedicata, seppure nell'orizzonte circoscritto della Dichiarazione di Marrakech e della Carta della Nuova Alleanza per le Virtù non è tuttavia semplice. Sotto il profilo metodologico libertà religiosa ed eguaglianza appartengono ad aree semantiche intessute dalla storia a cavallo tra diritto, religioni e culture[1] spesso diverse tra loro[2]. Tale circostanza complica l'indagine, soprattutto se si volge lo sguardo a ordinamenti a maggioranza musulmana e ancor più se si valuta il contesto politico che Medio Oriente e Nord Africa (MENA) presentano attualmente[3]. Sotto quest'ultimo profilo gli analisti di geopolitica hanno osservato che «la progressiva erosione e decomposizione delle frontiere che erano state tracciate con gli accordi di Sykes-Picot del 1916[4] ha rapidamente trasformato la mappa

[1] In merito cfr. Antonio Fuccillo, *Diritto, Religioni, Culture. Il fattore religioso nell'esperienza giuridica*, III ed., Giappichelli, Torino, 2019.

[2] Su tali profili si era interrogata la dottrina risalente con riflessioni ancora oggi estremamente attuali. Per un esemplificativo rinvio cfr. Mario Tedeschi, *Cultura islamica e integrazione europea*, in *Diritto e Religioni*, 1-2, 2006, pp. 227-238, mentre per ciò che concerne i precedenti storici, dello stesso A. il contributo *Cristianesimo e Islamismo. Presupposti storico-giuridici*, in *Il Diritto ecclesiastico*, I, 1995, p. 928 ss.

[3] A tal proposito va ricordato che l'Islam non è una realtà monolitica. All'unità ideale della Rivelazione si contrappone la pluralità di interpretazioni dell'Islam legata a contesti territoriali e storico-culturali. L'universo islamico si presenta dunque multisfaccettato. Circostanza che induce a precisare che nel presente articolo la locuzione Islam è svincolata dalla specificità delle singole realtà nazionali e legata all'area regionale del MENA, in virtù del fatto che il *Forum for Promoting Peace in Muslim Societies* opera prevalentemente in questo spazio regionale.

[4] Gli Accordi di Sykes-Picot, noti anche come Accordi sull'Asia minore, erano un'intesa stipulata nel 1916 fra l'Inghilterra (rappresentata da M. Sykes) e la Francia (rappresentata da F. Georges-Picot),

del Medio Oriente. Oggi, invece, a fronte del caos in Siria e in Iraq e del confronto regionale tra Iran da una parte e Arabia Saudita e Monarchie del Golfo dall'altra, si assiste all'ascesa di *non state actors* e di gruppi terroristici[5], le

---

con l'assenso della Russia zarista, per decidere le rispettive sfere d'influenza e di controllo in Medio Oriente, dopo il crollo (che era ritenuto imminente) dell'impero ottomano. All'Inghilterra fu riconosciuto il controllo di un'area comprendente l'attuale Giordania e l'Iraq meridionale, con l'accesso al mare attraverso il porto di Haifa, mentre la Francia avrebbe avuto la regione siro-libanese, l'Anatolia sudorientale e l'Iraq settentrionale, e la Russia Costantinopoli con gli stretti e l'Armenia ottomana. Il resto della Palestina, invece, sarebbe stato sotto il controllo internazionale. L'intesa, che smentiva l'Accordo Husain-McMahon del 1915, fu poi parzialmente modificata dai trattati del primo dopoguerra. Così riporta il Dizionario di Storia *on-line* dell'Istituto dell'Enciclopedia Italiana Treccani all'url: *https://www.treccani.it/enciclopedia/accordo-sykes-picot_%28Dizionario-di-Storia%29/*; ed anche David Fromkin, *A Peace to end all peace: the fall of the Ottoman empire and the creation of the modern Middle East*, Owl, New York, 1989, pp. 286-288.

[5] A seguito degli attentati terroristici dell'11 settembre 2001 il Consiglio dell'UE in attuazione della risoluzione 1373 (2001) adottata dal Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, ha iniziato a redigere (con aggiornamento semestrale) il c.d. "*Elenco UE delle persone, dei gruppi e delle entità soggette a misure restrittive destinate a combattere il terrorismo*", nonché a imporre misure restrittive in base alla posizione comune 2001/931/PESC del Consiglio e al regolamento del Consiglio (CE) n. 2580/2001. Alle persone, ai gruppi e alle entità presenti nell'elenco si applicano, infatti, il congelamento dei capitali e delle altre risorse finanziarie detenute nell'UE e anche misure rafforzate di cooperazione di polizia giudiziaria in materia penale. Attualmente risultano inseriti nell'elenco i seguenti gruppi e/o entità (aggiornamento dell'8 agosto 2019): 1. «Organizzazione Abu Nidal» – «ANO» (*alias* «Consiglio rivoluzionario Fatah», *alias* «Brigate rivoluzionarie arabe», *alias* «Settembre nero», *alias* «Organizzazione rivoluzionaria dei musulmani socialisti»); 2. «Brigata dei martiri di Al-Aqsa»; 3. «Al-Aqsa e. V.»; 4. «Babbar Khalsa»; 5. «Partito comunista delle Filippine», incluso «New People's Army» – «NPA» («Nuovo esercito popolare»), Filippine; 6. «Direzione della sicurezza interna del ministero iraniano dell'intelligence e della sicurezza»; 7. «Gama'a al-Islamiyya» (*alias* «Al-Gama'a al-Islamiyya») («Islamic Group» – «IG»); 8. «İslami Büyük Doğu Akıncılar Cephesi» – «IBDA-C» («Fronte islamico dei combattenti del grande oriente»); 9. «Hamas», incluso «Hamas-Izz al-Din al-Qassem»; 10. Ala militare di Hezbollah («Hizballah Military Wing») [*alias* «Hezbollah Military Wing», *alias* «Hizbullah Military Wing», *alias* «Hizbollah Military Wing», *alias* «Hezballah Military Wing», *alias* «Hisbollah Military Wing», *alias* «Hizbu'llah Military Wing», *alias* «Hizb Allah Military Wing», *alias* «Consiglio della Jihad» (e tutte le unità che dipendono da essa, compresa l'Organizzazione per la sicurezza esterna)]; 11. «Hizbul Mujahideen» – «HM»; 12. «Khalistan Zindabad Force» – «KZF»; 13. «Partito dei lavoratori del Kurdistan» – «PKK» (*alias* «KADEK», *alias* «KONGRA-GEL»); 14. «Tigri per la liberazione della patria Tamil» – «LTTE»; 15. «Ejército de Liberación Nacional» («Esercito di Liberazione Nazionale»); 16. «Jihad islamica palestinese» – «PIJ»; 17. «Fronte popolare di liberazione della Palestina» – «PFLP»; 18. «Fronte popolare di liberazione della Palestina – Comando generale» (*alias* «Comando generale del PFLP»); 19. «Devrimci Halk Kurtuluş Partisi-Cephesi» – «DHKP/C» [*alias* «Devrimci Sol» («Sinistra rivoluzionaria»), *alias* «Dev Sol» («Esercito/Fronte/Partito rivoluzionario popolare di liberazione»)]; 20. «Sendero Luminoso» – «SL» («Sentiero luminoso»); 21. «Teyrbazen Azadiya Kurdistan» – «TAK» [*alias* «Kurdistan Freedom Falcons», *alias* «Falchi per la libertà del Kurdistan» («Kurdistan Freedom Hawks»)]. Sempre in relazione alla lista, va poi ulteriormente precisato che le posizioni di Al Quaeda e dell'ISIL/ISIS/Da'esh devono essere mantenute distinte (infatti non vi compaiono) poiché l'UE in attuazione delle risoluzioni 1267 (1999), 1989 (2011) e 2253 (2015) del Consiglio di sicurezza dell'ONU applica rispetto a queste ultime e alle persone ed entità ad esse associate o che le sostengono un autonomo regime sanzionatorio. Per quanto riguarda, invece, la normativa italiana il decreto legge 18 febbraio 2015, n. 7 poi convertito con legge 17 aprile 2015, n. 43, con il quale sono state previste nuove fattispecie criminose e sono state sanate le lacune del decreto legge 27 luglio 2005, n. 144, recante "*Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale*",

cui capacità militari hanno reso possibile il controllo e l'amministrazione di interi territori[6]»[7].

Tali avvenimenti si collocano sullo sfondo della storia dell'islam moderno come un a priori epistemologico, costituendo una chiave di lettura delle questioni che gli Stati musulmani sono chiamati attualmente ad affrontare. Anche i cultori delle scienze politiche annettono gli eventi appena segnalati tra i fattori d'instabilità dello scacchiere mediorientale mentre quelli del diritto, dal canto loro, li annoverano tra i processi che ostacolano l'operatività di principi cardinali per gli ordinamenti giuridici come eguaglianza e diritto di libertà religiosa.

Tornando a concentrare l'attenzione su questi ultimi va preliminarmente ricordata l'importante funzione di *diritti sentinella*[8] che essi assolvono in contesti di fragilità delle istituzioni democratiche, giacché la loro sistematica negazione è un segnale della deriva autocratica che spesso anticipa la trasfor-

---

convertito con legge n. 155/2005 (si pensi, ad esempio, alle asimmetrie del decreto che aveva previsto sanzioni per l'addestratore e l'addestrato (art. 270 *quinquies*, c.p.), per l'arruolatore (art. 270 *quater*, c.p.) ma non per l'arruolato in formazioni terroristiche), ha rappresentato uno sforzo rilevante per adeguare la normativa antiterroristica italiana alla fluidità del fenomeno terroristico, con un chiaro orientamento verso la prevenzione. Sotto quest'ultimo profilo la riforma non si limita ad introdurre solo nuove figure di reato (la punibilità dei reclutati – art. 270 *quater*, secondo comma, c.p.; le sanzioni per l'organizzazione di trasferimenti per finalità di terrorismo – art. 270 *quater*, comma uno, c.p.; l'illiceità penale dell'auto-addestramento – art. 270 *quinquies*, c.p.), ma punta alla complessiva armonizzazione, in un'ottica di modernizzazione e adeguamento che tenga conto non solo delle diverse forme che il terrorismo jihadista può assumere, ma anche delle diverse realtà istituzionali che sono chiamate a fronteggiarlo. Su tali profili cfr. l'Inserto di Polizia Moderna di ottobre 2016 (mensile ufficiale della Polizia di Stato) dal titolo *La normativa antiterrorismo. Nuove figure di reato e armonizzazione della legislazione* alla pagina *https://poliziamoderna.poliziadistato.it/ statics/36/inserto_10-16.pdf*; mentre per la versione integrale del citato elenco UE, si rinvia alla consultazione della pagina web: *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/it/TXT/HTML/?uri=CELEX:32019D1341&from=en*. Infine, per ciò che concerne la normativa antiterrorismo europea ulteriori approfondimenti sono presenti all'url: *https://www.consilium.europa.eu/it/policies/fight-against-terrorism/*.

[6] È stato calcolato che i territori controllati da Daesh hanno raggiunto la massima estensione territoriale nell'anno 2015, allorché tenendo conto delle dovute approssimazioni l'estensione dello Stato islamico oscillava tra i 200.000 ed i 250.000 chilometri quadrati, con una popolazione tra i 7 e i 10 milioni di abitanti. In proposito si veda la breve analisi di Stefania Azzolina, *Lo Stato islamico: struttura, obbiettivi, economia*, sul portale del CeSI (Centro Studi Internazionali), all'indirizzo *https://cesi-italia.org/490/lo-stato-islamico-struttura-obbiettivi-economia*.

[7] Cfr. Matteo Bressan, *I nuovi equilibri in Medio Oriente*, in GNOSIS – Rivista Italiana di Intelligence, 1, 2017, pp. 83-89, nel quale l'A. sottolinea che a quelli indicati si sovrap-pongono anche ulteriori elementi quali: una politica estera ondivaga degli Stati Uniti nel quadrante mediorientale (prima di progressivo disimpegno – amministrazioni Bush e Obama – e oggi, sembrerebbe, timidamente interventista – amministrazione Trump) e un rinnovato attivismo militare e diplomatico della Russia di Putin e della Turchia di Erdogan, altri importanti player regionali. Mie, invece, le citazioni bibliografiche all'interno del virgolettato.

[8] Tra i c.d. *diritti sentinella* vanno certamente annoverati anche la libertà di parola e il diritto di espressione che sono le fondamenta su cui poggiano i moderni sistemi democratici.

mazione di sistemi democratici in regimi totalitari.

Indugiando ancora su profili generali che coinvolgono i diritti di libertà in commento, va evidenziato che le persecuzioni religiose fondate sulla loro negazione hanno scatenato in molte parti del mondo veri e propri esodi di persone[9]. La causa di questi spostamenti è così entrata a far parte della tassonomia delle migrazioni le quali sono classificate come migrazioni belliche, economiche, climatico-ambientali e, non ultime, etnico-religiose[10]. Non vi sono, pertanto, dubbi sull'importante ruolo che eguaglianza e libertà religiosa giocano negli ordinamenti giuridici moderni.

A tal proposito, è opportuno accennare anche ai problemi che connettono i diritti fondamentali in esame al tormentato rapporto con la modernità che gli ordinamenti islamici affrontano da anni. Si tratta di problemi ampiamente inquadrati dalla dottrina[11] e tratteggiati in un saggio di Khaled Fouad Allam dal titolo "*Islam e Occidente. La questione della modernità nel mondo islamico*"[12], ancora estremamente attuale.

Nel saggio l'Autore sottolinea che «il mondo musulmano scoprendo l'Occidente come in uno specchio ha scoperto sé stesso, la sua identità e la sua fragilità», e per tale motivo ancora oggi «la questione dell'Occidente è al centro dei problemi del mondo islamico sia sul piano individuale che collettivo». Di qui le proteste e la crescente domanda di eguaglianza, libertà (anche religiosa) e democrazia partecipativa[13] che ha infiammato le piazze del mondo arabo e

---

[9] Si pensi, ad esempio, alla vicenda dei cristiani copti in Turchia o dei cattolici in Iraq per quanto concerne i Paesi a maggioranza musulmana, oppure al paradigmatico caso dei Rohingya in Myanmar per ciò che concerne i Paesi a maggioranza non musulmana. Su tali aspetti e più in generale sulla situazione della libertà religiosa nel mondo il rinvio è ai numerosi report prodotti annualmente da istituzioni o organizzazioni indipendenti presenti in vari Paesi, mentre qui il rinvio esemplificativo è all'*Annual Report dell'United States Commission on International Religious Freedom* (USCRIF) ed alla XIV edizione del *repor*t sulla libertà religiosa nel mondo di ACS Onlus (Aiuto alla Chiesa che Soffre) e lo studio integrativo di quest'ultimo dal titolo *Persecuted and Forgotten?* che si occupa specificamente della persecuzione dei cristiani in tutto il mondo. Tutti rispettivamente consultabili ai seguenti indirizzi *https://www.uscirf.gov/reports-briefs/annual-report/2019-annual-report* e *https://acs-italia.org/rapportolr/*.

[10] Su questo aspetto sia consentito il rinvio a Francesco Sorvillo, Ludovica Decimo, *Fedeli che migrano: il volto interculturale degli esodi contemporanei*, in Salvatore D'Acunto, Ambrogio De Siano, Valeria Nuzzo (a cura di), *In cammino tra aspettative e diritti. Fenomenologia dei flussi migratori e condizione giuridica dello straniero*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017, in part. il par. 1, dal titolo *"Migranti per fede" e "Fede dei migranti": l'impronta delle religioni sugli esodi contemporanei*, pp. 519-525.

[11] Per alcuni approfondimenti giuridici cfr. Valentina Maria Donini, Deborah Scolart, *La shari'a e il mondo contemporaneo*, Carocci, Roma, 2015, pp. 1-359.

[12] Cfr. la raccolta di saggi nel volume di Khaled Fouad Allam, *L'Islam spiegato ai leghisti*, Edizioni Piemme, Milano, 2011, pp. 79-95, del quale il citato contributo è parte.

[13] Spesso acuite dalla piaga della corruzione che affligge molti paesi islamici. Per il settore

i distretti sociali che lo compongono ponendoli di fronte ad una scelta[14]. In merito ad essa Fouad Allam sostiene che si è creata una vera e propria frattura nel mondo musulmano con la conseguenza che una parte di esso non riuscendo ad elaborare una sintesi accettabile nel confronto tra culture ha finito per rigettare integralmente la civiltà occidentale, che è stata marchiata come una società corrotta e decadente. In estrema sintesi, in una società di miscredenti. La cultura autoctona, al contrario, è stata sublimata in una tradizione finalizzata a un'ideologia di lotta e a un uso politico della religione. Tutto ciò, secondo l'Autore, ha condotto all'attentato delle *Twin Towers* del 2011, che simbolicamente rappresenta il culmine dell'incomunicabilità fra una parte dell'islam e l'Occidente[15].

A tale ultimo proposito, tuttavia, è opportuno chiarire che anche nella parte di islam che affronta in maniera così oppositiva il confronto con l'Occidente i contorni non sono poi netti. In merito, ad esempio, è stato osservato che «non è affatto vero che il fenomeno della cosiddetta "secolarizzazione" – ritenuto il *proprium* dell'Occidente europeo nel ventesimo secolo – non abbia altrettanto interessato le aree del mondo a maggioranza islamica: anzi – nell'opinione di diversi studiosi – lo stesso Islàm radicale sarebbe un fenomeno di secolarizzazione»[16]. E può esserlo, a mio avviso, nel senso chiarito da Barbara De Poli che in una intervista rilasciata il 22 gennaio 2007 a David Bibi per Radio Radicale[17] rileva che il rapporto tra islam e Occidente è condizionato dal passato recente del mondo musulmano. E precisamente dalla storia coloniale[18]

---

d'impresa tale fenomeno è stato ben evidenziato nei contributi di Mohammed A. 'Arafa, *Corporate Social Responsibility and the fight against corruption. The concept of CSR in Egypt after the 2011 revolution*, in Frank Emmert, *Corporate Social Responsibility in comparative perspective*, Council on International Law and Politics, Chicago, 2014, pp. 185-225, e Id., *Battling corruption within a Corporate Social Responsibility strategy*, in *Indiana International and Comparative Law Review's (II&CLR)*, vol. 21, n. 3, 2011, pp. 397-418.

[14] Kamran Bokhari, Farid Senzai, *Political Islam in the Age of Democratization*, Palgrave Macmillan, New York, 2013.

[15] Khaled Fouad Allam, *L'Islam spiegato ai leghisti* cit., p. 95. Sulla stessa tematica si veda anche Massimo Campanini, *Dall'ammirazione al rifiuto. L'idea di Europa (e di Occidente) nel mondo arabo-islamico dall'Ottocento a oggi*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1, 2020, pp. 1-21.

[16] Il passo e il successivo riferimento bibliografico a Barbara De Poli sono tratti da Paolo Sassi, *Musulmani d'Italia, unitevi? Islàm e democrazia pluralista nell'esperienza recente*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.staoechiese.it*), febbraio 2008, pp. 6-7. Per ciò che concerne invece il dibattito su secolarizzazione e laicità nell'Islam si rinvia al fascicolo di *Etudes Arabes*, Dossier n. 91-92, del Pontificio Istituto di Studi Arabi e d'Islamistica, 1996/2 -1997/1.

[17] L'intervista radiofonica può essere ascoltata integralmente al sito *https://www.radioradicale.it/scheda/229113/intervista-a-barbara-de-poli-sul-suo-libro-i-musulmani-nel-terzo-millennio-laicita-e*.

[18] Per alcuni profili giuridici della storia coloniale italiana a partire dall'esperienza professionale e scientifica di Arnaldo Bertola in Libia, a Rodi e in Somalia cfr. Giancarlo Anello, *Un diritto per Altri-Noi Trasfigurazioni coloniali e traduzione interculturale nell'esperienza giuridica italiana*, in

e dunque dalla penetrazione dei paesi occidentali nella penisola arabica e nel Nord Africa tra la fine dell'Ottocento e i primi del Novecento – molto più del retaggio culturale e della tradizione islamica stessa. In proposito la De Poli spiega che «quelli che il politologo Olivier Roy chiama "i nuovi intellettuali dell'Islam" […] hanno spesso una formazione di tipo moderno e una debole conoscenza teologica; non formulano le loro dottrine partendo dalla cultura religiosa tradizionale, ma dalla cultura politica contemporanea in cui iniettano i valori islamici (o rivendicati come tali) che permettono di mobilitare le masse»[19]. Si tratta, in buona sostanza, di una forma di "riduzionismo culturale" denunciata ancora una volta da Fouad Allam il quale in relazione all'islam contemporaneo parla di *un islam senza memoria*[20], ovvero di un mondo dove «si fa a meno della storia della civiltà islamica», e nel quale «l'Islam è ridotto a una specie di "codice della strada", di codice comportamentale o penale». Sostiene, infatti, l'Autore che si è assistito nel tempo a un fenomeno di «rimozione da parte della cultura islamica contemporanea, che non riesce a riappropriarsi dei filosofi e dei poeti che nei secoli passati hanno elaborato un pensiero innovativo, a causa della forte presenza dell'integralismo islamico che ha sostituito la cultura con il diritto e il rito, e per l'assenza di autentiche democrazie». Evidenzia inoltre Allam che «La rimozione è in atto anche nella cultura europea che, considerando il mondo islamico come un mondo totalmente estraneo al proprio, non conosce o misconosce la reale portata di autori dimenticati» che invece hanno partecipato in maniera determinante alla crescita culturale dell'antico continente[21].

Tali osservazioni, ampiamente condivisibili, trovano riscontro nell'uso politico della religione in molti Paesi musulmani, ma anche nella circostanza che in Europa l'islamofobia è ancora diffusa[22] e, anzi, è spesso politicamente stru-

---

CALUMET – Intercultural Law and Humanities Review (*www.calumet-review.it*), giugno 2017, pp. 1-25.

[19] Cfr. Barbara De Poli, *I musulmani nel terzo millennio. Laicità e secolarizzazione nel mondo islamico*, Carocci, Roma, 2007, p. 53 ss. Per maggiori chiarimenti su "i nuovi intellettuali dell'Islam" cfr. Olivier Roy, *Islam alla sfida della laicità. Dalla Francia una guida magistrale contro le isterie xenofobe*, Marsilio, Venezia, 2008.

[20] Khaled Fouad Allam, *Un Islam senza memoria. L'oblio dell'umanesimo e la mia battaglia*, sempre nel volume *L'Islam spiegato ai leghisti* cit., in part. pp. 70-78.

[21] Su tale contributo si veda, ad esempio, Francesco Barone, *Islām in Sicilia nel XII e XIII secolo: ortoprassi, scienze religiose e tasawwuf*, nel numero monografico di *Incontri Mediterranei* dal titolo *L'Islam in Europa tra passato e futuro* a cura di Saverio Di Bella, Dario Tomassello, n. 2, 2002, p. 104 ss., oppure il noto volume di Mario Tedeschi, *Cristiani, ebrei e musulmani nel basso medioevo spagnolo*, Giappichelli, Torino, 1996.

[22] Nella primavera 2016 i ricercatori del *PEW Research Center* hanno svolto un'indagine in 10 Paesi europei interpellando un campione di residenti su come considerano i musulmani: se in modo favorevole o sfavorevole. L'indagine ha chiarito che le percezioni variano da una nazione all'altra. La maggioranza del campione in Ungheria (72%), Italia (69%), Polonia (66%), Grecia (65%) e Spagna

mentalizzata da partiti nazional-populisti attivi sia in Italia che nel contesto europeo[23]. Sotto quest'ultimo profilo la politica di alcuni Stati del c.d. *Western World* sembra addirittura dirigersi pericolosamente nel senso di ostacolare l'esercizio della libertà religiosa per i musulmani[24], a volte dimenticandosi delle grandi battaglie di civiltà condotte in occidente per la libertà di religione e di credo, e che l'islam è una grande religione con oltre un miliardo di fedeli che non può essere ostaggio di pochi fanatici estremisti[25]. Si pone, quindi, come accennato, un rilevante problema di effettiva tutela di eguaglianza e libertà religiosa che taglia trasversalmente il mondo occidentale prima ancora di quello islamico.

In questo scenario così magmatico anche le religioni restano coinvolte. Ma si può osservare come i confini tra le religioni di fronte alle sfide moderne diventano sempre più sottili. In tale prospettiva anch'esse divengono strumenti della geopolitica poiché attraverso la diplomazia del dialogo possono sostenere la condivisione di valori comuni, la reciproca tolleranza, la condivisione del valore delle differenze, la cooperazione a beneficio della persona umana.

(50%) dice di vedere i musulmani in modo sfavorevole, mentre gli atteggiamenti negativi nei confronti dei musulmani sono molto meno comuni in Francia (29%), Germania (29%), Regno Unito (28%) e altrove nell'Europa settentrionale e occidentale. I ricercatori, inoltre, hanno chiarito che le persone che si collocano a destra della scala ideologica sono molto più propense a vedere i musulmani in modo negativo rispetto a quelli di sinistra. In merito si veda il *report* di Richard Wike, Bruce Stokes, Katie Simmons dal titolo "*Europeans Fear Wave of Refugees Will Mean More Terrorism, Fewer Jobs*" all'url: *https://www.politico.eu/wp-content/uploads/2016/07/Pew-Research-Center-EU-Refugees-and-National-Identity-Report-EMBARGOED-UNTIL-1800EDT-2200GMT-July-11-2016.pdf*. Su intolleranza e paura dell'Islam, invece, cfr. Martha C. Nussbaum, *La nuova intolleranza. Superare la paura dell'Islam e vivere in una società più libera*, Il Saggiatore, Milano, 2012, p. 35 ss., mentre su profili attinenti ma incentrati su una breve analisi a cavallo di islamofobia, arte musicale e diritto si veda Francesco Sorvillo, *Parigi, l'arte musicale e il diritto*, in *CALUMET – Intercultural Law and Humanities Review* (*www.calumet-review.it*), maggio 2016, pp. 1-14.

[23] A proposito dei partiti populisti e del loro nesso con la religione cfr. Nicola Colaianni, *Populismo, religioni, diritto*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 34, 2019.

[24] Su tale profilo sono numerose le questioni aperte, oggetto di pronunce di Corti nazionali ed europee. Per ciò che concerne l'Italia si pensi, ad esempio, alla sentenza della Corte costituzionale n. 254 del 2019 in materia di edilizia di culto. Per approfondimenti sul tema, esemplificativamente, cfr. M. Bombardieri, *Moschee d'Italia. Il diritto al luogo di culto. Il dibattito sociale e politico*, EMI, Bologna, 2011; Paolo Cavana, *Libertà di religione e spazi per il culto tra consolidate tutele e nuove comunità religiose*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 20, 2019; Natascia Marchei, *La Corte costituzionale sugli edifici di culto tra limiti alla libertà religiosa e interventi positivi*, *ivi*, n. 5, 2020; Germana Carobene, *La cosiddetta normativa "anti moschee" tra politiche di governance e tutela della libertà di culto*, *ivi*, n. 4, 2020.

[25] Per alcune riflessioni tese a superare l'oceano di disinformazione sull'Islam e a tracciare un quadro economico, giuridico, filosofico e culturale che mette in evidenza i punti comuni alle diverse culture del Mediterraneo cfr. Francesca Maria Corrao, Luciano Violante (a cura di), *L'Islam non è terrorismo*, il Mulino, Bologna, 2018.

Si tratta di quanto avvenuto con la "*visione*" di Abu Dhabi, e cioè del processo incoraggiato dal *Forum for Promoting Peace in Muslim Societies*[26] culminato con la sottoscrizione della Carta della Nuova Alleanza per le Virtù nel dicembre 2019.

Attraverso la Carta i sottoscrittori ribadiscono di voler seguire la via del dialogo per approdare ad un nuovo umanesimo, inteso come valore insopprimibile della persona umana e come ricerca di una vera pace basata sulla libertà, sulla giustizia e sulla fraternità tra i popoli[27]. In tale prospettiva la Carta è destinata a diventare un modello creativo di una nuova cittadinanza globale e un supporto alla *governance* degli odierni consessi *regionali*[28] anche per ciò che concerne eguaglianza e libertà religiosa. Temi che come detto poc anzi sono tra i più delicati da affrontare, soprattutto in paesi a maggioranza musulmana.

Dialogo interreligioso e promozione delle libertà

Assumere eguaglianza e libertà religiosa come diritti fondamentali della persona umana presuppone l'esistenza di strumenti giuridici atti a promuoverne l'operatività anche in consessi fondati su tradizioni e culture diverse da quelle occidentali. Per tutti gli ordinamenti giuridici è infatti valida la regola secondo la quale un diritto solo proclamato, ma non realizzato, non è un vero diritto. È necessario, pertanto, che anche il mondo musulmano crei le condizioni tecnico-giuridiche affinché ciò che viene o deve essere garantito all'islam nei paesi dell'ovest venga assicurato anche ai non musulmani nei sistemi giuridici di quei paesi.

In molti Stati islamici l'esigenza (più o meno marcata) di riconoscere la *Šarī'a* come fonte del diritto nelle Carte costituzionali innesca un contrasto incarnato nella proclamazione talvolta solo formale di libertà, o anche nell'enunciazione di principi formulati a prescindere dalla possibilità che essi possano poi operare in maniera compiuta sul piano pratico[29]. Circostanza quest'ultima

---

[26] Il *Forum for Promoting Peace in Muslim Societies* è una organizzazione non-profit che opera sia a livello internazionale che regionale. Fondata nel 2014 da Shaykh Abdullah Bin Bayyah ha come principale *mission* la promozione della pace e della giustizia nel mondo musulmano e l'impulso del dialogo interreligioso e interculturale tra le fedi della famiglia abramitica.

[27] Così si legge in Gaetano Dammacco, *Il diritto alla pace e la diplomazia del dialogo*, in Maria d'Arienzo (a cura di), *Il diritto come "scienza di mezzo". Studi in onore di Mario Tedeschi*, Luigi Pellegrini Editore, Cosenza, vol. II, 2017, pp. 758-759.

[28] Mio il corsivo ad integrazione delle parole di Gaetano Dammacco precedentemente citate.

[29] Tra gli Stati islamici che vivono tale contraddizione vi è, ad esempio, l'Arabia Saudita la cui

che conferma i problemi di effettività per il precetto dell'eguaglianza e il diritto di libertà religiosa che sono stati evidenziati anche dalla dottrina giuridica contemporanea[30].

Tra gli strumenti utilizzabili per il superamento dello scarto tra riconoscimento formale e affermazione sostanziale di tali diritti fondamentali vi è senza dubbio il dialogo, inteso come strumento giuridico per la composizione dei conflitti.

Il dialogo interreligioso – unitamente al dialogo interculturale – è considerato nei documenti dell'Unione Europea la "via" maestra per «dare un contributo significativo allo sviluppo di una società libera, ordinata e coesa», che sappia «superare l'estremismo filosofico e religioso, gli stereotipi e i pregiudizi, l'ignoranza e l'indifferenza, l'intolleranza e l'ostilità, che nel passato recente sono stati causa di tragici conflitti e di spargimento di sangue anche

---

Costituzione è una di quelle che contiene il maggior numero di disposizioni e rinvii alla *Šarī'a*. L'art. 8 in particolare, per ciò che concerne il principio di eguaglianza sancisce che il Governo del Regno Saudita è fondato su principi di giustizia, consultazione ed eguaglianza, da attuarsi però in accordo con la *Šarī'a*. È poi interessante notare che la medesima contraddizione è riscontrabile anche "tra le righe" delle Carte dei diritti umani prodotte nel mondo arabo. In proposito nell'art. 30 della Carta Araba dei Diritti umani nella versione emendata adottata a Tunisi il 14 giugno 2004 dal Consiglio della Lega degli Statti Arabi si legge che «1. Ognuno ha il diritto alla libertà di pensiero, coscienza e religione; nessuna restrizione può essere imposta all'esercizio di tale diritto salvo quelle stabilite dalla legge. 2. La libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo o di praticare la religione, da solo o insieme ad altri, sarà soggetta unicamente alle limitazioni previste dalla legge e necessarie in una società tollerante che rispetta i diritti umani e le libertà, per la protezione dell'incolumità pubblica, dell'ordine pubblico, della salute o della morale pubblica o dei fondamentali diritti e libertà degli altri. 3. I genitori o tutori hanno la libertà di provvedere all'educazione religiosa e morale dei loro figli»; mentre nell'art. 1 della Dichiarazione sui diritti umani dell'Islam adottata al Cairo il 5 agosto 1990 nella XIX Riunione dei Ministri degli Esteri della Conferenza Islamica è previsto che «1. Tutti gli esseri umani formano un'unica famiglia i cui membri sono uniti dalla sottomissione a Dio e dalla discendenza da Adamo. Tutti gli uomini sono eguali in termini di fondamentale dignità umana e di fondamentali obblighi e responsabilità, senza alcuna discriminazione di razza, colore, lingua, sesso, credo religioso, affiliazione politica, stato sociale o altre considerazioni. La vera fede è la garanzia per rispettare questa dignità lungo il cammino della umana perfezione. 2. Tutti gli esseri umani sono soggetti a Dio e i più amati da Lui sono coloro che sono più utili al resto dei Suoi sudditi, e nessuno ha superiorità sugli altri eccetto che sulla base della pietà e delle buone azioni». Negli articoli citati la previsione di limitazioni alla libertà religiosa per la protezione, tra l'altro, della "morale pubblica" o il richiamo esplicito alla "sottomissione a Dio" costituiscono altrettante evidenze della diversità con cui i diritti umani sono interpretati e trattati nell'ambito del diritto islamico. Su questo tema specifico e i suoi risvolti problematici si rinvia pertanto a Vasco Fronzoni, *Nessuna costrizione nella fede: libertà religiosa e apostasia nel diritto islamico e nella sua declinazione marocchina*, in Maria d'Arienzo (a cura di), *Il diritto come "scienza di mezzo". Studi in onore di Mario Tedeschi*, Luigi Pellegrini Editore, Cosenza, vol. II, 2017, pp. 1069-1100; Hisham Al-Zaubeir Hellyer (a cura di), *The Islamic Tradition and the Human Rights Discourse*, Atlantic Council – Rafik Hariri Center for the Middle East, Washington D.C., 2008; ed il volume di Andrea Pacini (a cura di), *L'Islam e il dibattito sui diritti dell'uomo*, Edizioni della Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 1988.

[30] Per alcuni rilievi concernenti la Giordania cfr. Miriam Abu Salem, *Diritto e religione in Giordania*, in Antonio G. Chizzoniti, Anna Gianfreda (a cura di), *Lezioni e materiali di diritto ecclesiastico comparato*, Libellula Edizioni, Tricase, 2019, pp. 125-134.

in Europa»[31].

Nei sistemi giuridici a forte caratterizzazione confessionale l'adozione di documenti volti a consolidare pace, giustizia e un progresso più duraturi attraverso la prassi del dialogo gioca un ruolo fondamentale e iniziative di questo tipo sono valutate positivamente negli stessi testi sacri. Nel Corano, ad esempio, la *sura* Al-Nisa recita: «Non c'è nulla di buono in molte delle loro conferenze segrete se non (in) chi ordina la carità e la giustizia e la pace tra la gente e chi fa che, cercando il buon piacere di Dio, Noi gli concederemo una vasta ricompensa»[32].

I musulmani favorevoli al dialogo interreligioso portano poi a sostegno della loro tesi i versi del Corano che spiegano il pluralismo religioso come volontà di Dio (Corano 5, 48; 10, 99; 11, 118-119; 19, 93; 49, 13) e quelli che riconoscono i credenti delle altre religioni (Corano 2, 62; 5, 69; 22, 17). Sempre in relazione al dialogo interreligioso, inoltre, è utile notare che l'espressione araba *ḥiwār* che letteralmente significa "dialogo", deriva dal verbo *ḥawar* che vuol dire "avere un dialogo con" e dunque da una radice verbale che rinvia all'atto di conversazione tra due persone, compiuto con lo scopo di persuadersi a vicenda o di raggiungere un terreno comune o un punto di intesa.

La cultura del dialogo è quindi un'arena di preparazione intellettuale e psicologica di tutte le diverse classi, culture e religioni della società per ascoltarsi l'un l'altra e condividere opinioni senza coercizione o costrizione, creando così un ambiente che è conduttivo per la comprensione e facilita la comunicazione con gli altri[33].

Riconoscersi nella natura profonda di tale forma di dialogo è senz'altro uno dei principali meriti da tributare al *Forum for Promoting Peace in Muslim Societies*. Organizzazione guidata da Shayhk Abdallah bin Bayyah che ha promosso la comprensione tra le religioni come strutturale metodo di lavoro sin dalle sue origini, ribadendolo tanto nella Dichiarazione di Marrakech (2016) che nella Carta per una Nuova Alleanza delle Virtù (2019). Così, mentre nel primo dei due Documenti si afferma che «una profonda riflessione sulle varie crisi che coinvolgono l'umanità sottolinea l'inevitabile e urgente necessità della cooperazione fra tutti i gruppi religiosi» e che «tale cooperazione deve andare oltre la tolleranza e il rispetto reciproci, al fine di fornire protezione

---

[31] L'inciso è tratto dalla Dichiarazione sul dialogo interreligioso e sulla coesione sociale, adottata alla Conferenza di Roma dell'ottobre 2003, il cui testo è stato riprodotto nelle Conclusioni della Presidenza del Consiglio Europeo, nel doc. 5 febbraio 2004, n. 5381/04.

[32] Corano, 4, 114.

[33] Cfr. 'Abd Allah bin al-Sheikh Maḥfūẓ bin Bayyah, *The culture of terrorism. Tenets and treatment*, Sandala, USA, 2014, pp. 40-57.

completa per i diritti e le libertà di tutti i gruppi religiosi in un modo civile che rifugga la coercizione, il pregiudizio e l'arroganza»; nel Preambolo della Carta per una Nuova Alleanza delle Virtù, sempre in relazione al dialogo interreligioso, si ribadisce che: «in casi importanti l'istituzione di accordi e Carte, storicamente, ha avuto un grande impatto sulle relazioni internazionali e sull'instaurazione della pace, della giustizia, della libertà e della tolleranza».

Il dialogo fra religioni e culture diverse viene dunque elevato a strumento giuridico mediante il quale le fedi possono contribuire fattivamente alla realizzazione dei diritti di cittadinanza universale che ai sensi dell'art. 1, comma 3, della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo (espressamente richiamata in ambo le Carte) deve essere riconosciuta ad ogni persona umana «senza distinzione di razza, di sesso, di lingua o di religione».

In effetti, la pluralizzazione delle società dal punto di vista (anche) religioso pone in crisi principi, norme, istituti giuridici trasmessi dalla storia anche negli ordinamenti musulmani[34]. Inquadrato in tale contesto il dialogo interreligioso non richiede soltanto un percorso di conoscenza reciproca, ma anche la creazione di una piattaforma comune basata su diritti e libertà fondamentali. La cultura del dialogo, in altre parole, deve prevedere l'ascolto dell'interlocutore e lo sviluppo di empatia con le persone delle diverse religioni, aiutando in tal modo a difendere il diritto all'eguaglianza e alla libertà religiosa non soltanto in favore dei musulmani, ma anche per le minoranze religiose nei paesi di cultura islamica[35]. Ed è per tale motivo che la riflessione sulla tutela giuridica di eguaglianza e libertà religiosa nel mondo musulmano non può prescindere da una breve illustrazione delle tappe che hanno condotto studiosi e leader religiosi provenienti da tutto il mondo ad impegnarsi in un dialogo ancora in corso[36] e a sottoscrivere Carte interreligiose che hanno la loro matrice più profonda in tale alto ideale di dialogo.

La "stagione delle Dichiarazioni": dal Messaggio di Amman alla Carta della Nuova Alleanza per le Virtù

La Dichiarazione di Marrakech e la Carta per una Nuova Alleanza delle

---

[34] Su tale punto cfr. Giuseppe Dalla Torre, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, VI ed., Giappichelli, Torino, 2019, pp. 6-8.

[35] Così è riportato nel saggio di Mustafa Cenap Aydin, *L'Islam e il dialogo interreligioso*, in Francesca M. Corrao, Luciano Violante (a cura di), *L'Islam non è terrorismo*, il Mulino, Bologna, 2018, pp. 107-119.

[36] Cfr. Pierluigi Consorti, *Inter-religious dialogue: a secular challenge*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), giugno 2007, pp. 1-6.

Virtù sono solo le ultime pietre miliari di una lunga "stagione di Dichiarazioni" intrapresa dal mondo musulmano a partire dal Messaggio di Amman[37] del novembre 2004. Il primo passaggio a cui fare riferimento in termini di importanza ed implicazioni giuridiche per l'affermazione del principio di eguaglianza e un compiuto diritto di libertà religiosa nell'islam è dunque quest'ultimo. Sotto tale profilo il Messaggio di Amman originariamente messo a punto come sermone da tenere nel mese di *Ramaḍān* evidenziava «la rinnovata necessità di ribadire alcuni dei valori fondanti dell'Islam: compassione, mutuo rispetto, tolleranza, accettazione e libertà di religione»[38].

Alla Conferenza di Amman del 2005 che seguì il sermone, 200 dei maggiori studiosi islamici del mondo provenienti da oltre 50 Paesi perfezionarono i cosiddetti "Tre punti" del Messaggio di Amman riconoscendo la validità di tutti gli otto *Madhhab* dell'islam sunnita, sciita e ibadhi; della teologia islamica tradizionale (Ash'arismo); del misticismo islamico (sufismo) e dell'autentico pensiero salafita[39], giungendo a un'esatta descrizione di chi poteva definirsi musulmano. Sulla base di questo chiarimento furono proibite le dichiarazioni di apostasia (*takfir*) tra musulmani e sulla base dei *Madhahib* furono stabiliti i presupposti soggettivi e oggettivi per l'emissione di *fatwa* ritenute "legali" all'interno del mondo musulmano.

La circostanza che nella Conferenza di Amman i "Tre Punti" vennero adottati all'unanimità dalle leadership politiche islamiche e dal luglio 2005 al luglio 2006, anche da altre assemblee internazionali di studiosi islamici, ne spiega la grande importanza in termini di prospettiva giuridica. I "Tre Punti", infatti, vennero considerati come un esempio di consenso religioso e politico (*ijma'*) storico, universale e unanime della *ummah* dei giorni nostri, anche alla luce dell'insegnamento del Profeta il quale soleva ripetere: "*La mia Ummah non sarà d'accordo su un errore*"[40]. Il 2004, pertanto, è da ritenersi un punto di partenza fondamentale del processo dipanatosi sino all'attualità d'oggi.

---

[37] Il testo completo del Messaggio di Amman e i c.d. "Tre Punti" sono consultabili all'url: *https://rissc.jo/wp-content/uploads/2018/12/Amman_Message-EN.pdf*.

[38] La citazione è tratta dal *report* intitolato "*Jordan's 9/11: Dealing With Jihadi Islamism*", nel quale si sottolinea criticamente che lo spirito del Messaggio perde di efficacia a causa del contenuto rivolto prevalentemente alle *élite* colte del mondo musulmano anziché al restante 99% del suo popolo. Per l'approfondimento si rinvia, quindi, al Crisis Group Middle East Report N° 47, "*Jordan's 9/11: Dealing With Jihadi Islamism*", novembre 2005, in part. pp. 15-22. *Download* all'url: *https://d2071andvip0wj.cloudfront.net/47-jordan-s-9-11-dealing-with-jihadi-islamism.pdf*.

[39] Nel Messaggio di Amman per "vero" pensiero salafita si intende il movimento "riformista" e tollerante delle *élite* progressiste musulmane del quale è espressione, e non il movimento "fondamentalista" e marcatamente ostile alla modernità che oramai viene sistematicamente associato alle espressioni più radicali del fondamentalismo islamico.

[40] Ibn Majah, *Sunan Kitab al-Fitan*, *hadith*, n. 4085.

Un altro importante passaggio di questo lungo percorso è invece la Lettera aperta "*Una parola comune tra noi e voi*"[41] dell'ottobre 2007. La lettera, indirizzata da 138 studiosi e intellettuali islamici ai rappresentanti delle Chiese cattoliche del mondo si fonda sul messaggio della *sura* Âl 'Imrân ove il versetto 64 recita: «Dite, o popolo della Scrittura! Venite ad una parola comune tra noi e voi: che non adoreremo altri che Dio, che non gli ascriverete nessun compagno e che nessuno di noi prenderà altri per signori all'infuori di Dio. E se si allontanano, dite: Testimonia che noi siamo coloro che si sono arresi a Lui».

La lettera invita a ricercare con chi ha una fede diversa da quella islamica (*in primis* con le religioni abramitiche) punti comuni (ad esempio, la fede in un solo Dio), a dialogare su un terreno fatto di valori condivisi quali il rispetto e la sacralità della vita umana, il valore della pace, della giustizia, della libertà, oltre alla condanna di ogni forma di estremismo e di violenza[42]. Così facendo giustizia, eguaglianza e libertà di religione sono presentati agli ordinamenti come un'altra espressione dell'amore per il prossimo[43].

In prospettiva giuridica, tuttavia, la vera chiave di volta del processo evolutivo sin qui tratteggiato è costituito dalla Dichiarazione di Marrakech del 2016. È stato infatti sottolineato che la Dichiarazione di Marrakech sui diritti delle minoranze nelle terre a maggioranza musulmana rappresenta un progresso essenziale sulla via della qualificazione giuridica della libertà di religione nel diritto internazionale[44]. In tale ottica la Dichiarazione di Marrakech è una potente risposta a una pressante preoccupazione globale per i diritti umani, e un modello di come la tradizione religiosa e il diritto internazionale dei diritti umani possano proficuamente operare per rafforzarsi reciprocamente.

La Dichiarazione di Marrakech diventa così una risorsa essenziale per legittimare e difendere i diritti delle minoranze e riconoscere una cittadinanza

---

[41] Per un breve commento sulla Lettera si veda Giuseppe Rizzardi, *Una Parola comune tra noi e voi. Breve analisi "contestuale" della "Lettera aperta" di accademici musulmani alle Chiese cristiane*, in *Teologia*, n. 33, 2008, pp. 443-450.

[42] In tale prospettiva si veda il resoconto di Francesca Forte, *Che effetto fa la tolleranza? L'Islam e il pluralismo religioso. Tavola rotonda con la partecipazione di Nibras Breigheche, Erminia Camassa, Massimo Campanini, Adel Jabbar*, in Paolo Costa (a cura di), *Tolleranza e riconoscimento*, Edizioni Dehoniane, Bologna, 2014, pp. 163-208.

[43] Cfr. Sarah Markiewicz, *World Peace through Christian-Muslim Understanding*, V&R, Göttingen, 2016, pp. 36-55.

[44] Cfr. Antonio Fuccillo (a cura di), *The Marrakech Declaration. A bridge to religious freedom in Muslim Coountries?,* Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, in part. pp. 7-29; ma anche Luigi Sabbarese, Raffaele Santoro (a cura di), *La Dichiarazione di Marrakech. Proiezione e tutela della libertà religiosa nei paesi islamici*, Urbaniana University Press, Città del Vaticano, 2017.

equa in tutti gli ordinamenti musulmani[45]. A tal fine essa esorta ad accordare diritti di uguale cittadinanza alle minoranze religiose adottando il modello profetico della Carta di Medina e fondando tale riconoscimento sui valori islamici di benevolenza, solidarietà, dignità umana, pace, giustizia, misericordia e spirito comune[46]. Uno strumento in più, quindi, per la diffusione di una libertà religiosa dinamica anche nell'ambito degli ordinamenti giuridici islamici[47].

Ultimo, ma non meno importante passo nel richiamato percorso di rinnovamento e di intrinseca affermazione dei principi di eguaglianza e libertà di religione nei Paesi islamici è il "*Documento sulla Fraternità umana per la pace nel mondo e la convivenza*" firmato il 4 febbraio 2019 ad Abu Dhabi da Papa Francesco e Ahmed el-Tayeb, Grande Imam all'università islamica sunnita di Al-Azhar[48].

Quest'ultimo Documento, in modo particolare, costituisce un avanzamento nella comprensione tra credenti delle diverse fedi – a partire da quella cristiana e musulmana – i quali sono chiamati ad esprimere la loro fratellanza umana per mezzo della salvaguardia del creato ed il sostegno a tutte le persone, specialmente poveri e bisognosi. Si tratta di una sfida che i sottoscrittori esortano a raccogliere «In nome di Dio che ha creato tutti gli esseri umani uguali in diritti, doveri e dignità, e li ha chiamati a vivere insieme come fratelli e sorelle, a riempire la terra e a far conoscere i valori del bene, dell'amore e della pace». Valori, questi ultimi, ampiamente condivisi da Francesco nella sua terza Lettera enciclica "Fratelli tutti" ove i temi dell'amicizia, della fratellanza e dell'eguaglianza umana sono declinati in molteplici sfaccettature e posti al centro della riflessione magisteriale.

La Dichiarazione di Marrakech e il "*Documento sulla Fraternità umana per la pace nel mondo e la convivenza*" hanno fatto quindi da apripista a una riflessione multilivello, contribuendo a ricondurre i temi dei principi e delle libertà fondamentali al centro dell'agenda del dialogo interreligioso e politico

---

[45] Su questo importante ruolo da assolvere negli ordinamenti musulmani cfr. Susan Hayward, *Understanding and Extending the Marrakesh Declaration in Policy and Practice*, in *USIP Special Report*, n. 392, 2016, pp. 1-12.

[46] Esorta a fare appello ai valori islamici 'Abd Allah bin al-Sheikh Maḥfūẓ bin Bayyah nel volume intitolato *Global Peace and the fear of Islam: roadblocks on the road to radicalism*, Forum For Promoting Peace, Abu Dhabi, 2019.

[47] Su tale concetto cfr. Antonio Fuccillo, *Le opportunità di una libertà religiosa dinamica tra le sfide della Dichiarazione di Marrakech*, in Luigi Sabbarese, Raffaele Santoro (a cura di), *La Dichiarazione di Marrakech. Proiezione e tutela della libertà religiosa nei paesi islamici* cit., pp. 23-34.

[48] Sul tema del dialogo interreligioso nel Documento di Abu Dhabi, anche in relazione alla salvaguardia del creato cfr. Renata Bedendo, *Documento di Abu Dhabi 2019*, in Renata Bedendo, Michael L. Fitzgerald (a cura di), *Salvare insieme il creato. Cristiani e Musulmani un dialogo in cammino*, Effatà, Cantalupa, 2020, pp. 96-105.

dei Paesi islamici.

Per consolidare questo importante obiettivo «Chiesa cattolica e al-Azhar, attraverso la comune cooperazione[49] hanno annunciato l'impegno a portare il Documento alle Autorità, ai Leader, agli uomini e alle istituzioni religiose di tutto il mondo, alle organizzazioni regionali e internazionali competenti, alle organizzazioni e alle istituzioni della società civile; e di impegnarsi nel diffondere i principi della Dichiarazione a tutti i livelli regionali e internazionali, sollecitando a tradurli in politiche, decisioni, testi legislativi, programmi di studio e materiali di comunicazione»[50]. In tale prospettiva non è un caso che il "*Documento sulla Fraternità umana per la pace nel mondo e la convivenza*" ribadisce che «la libertà è un diritto di ogni persona» e che «il concetto di cittadinanza si basa sull'eguaglianza dei diritti, e che anche donne e bambini devono godere di ogni diritto fondamentale»[51].

Eguaglianza e libertà di religione appaiono, dunque, sempre più importanti anche nei Paesi islamici. Ciò nonostante, per il loro pieno ed effettivo riconoscimento rimane comunque imprescindibile «uno sforzo di verifica della compatibilità sistemica tra le varie prerogative costituzionali di quegli ordinamenti giuridici, *intrinsecamente* votati al rispetto della *Shari'a* come legge fondamentale, e il superamento di un concetto rigido di "ordine pubblico" interno»[52].

Libertà religiosa ed eguaglianza nella Dichiarazione di Marrakech e nella Carta della Nuova Alleanza per le Virtù: profili critici ed elementi di novità

Nel processo finora tracciato trova spazio anche la Carta della Nuova Alleanza per le Virtù[53].

---

[49] La Dichiarazione di Al-Azhar potrebbe aprire nuove frontiere anche nelle dinamiche concordatarie come, peraltro, rilevato da Raffaele Santoro, *Le dinamiche concordatarie tra Santa Sede e Stati islamici*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 29, 2018, in part. pp. 30-36.

[50] Per il Documento si consulti l'url *https://www.vatican.va/content/francesco/it/travels/2019/outside/documents/papa-francesco_20 190204_documento-fratellanza-umana.html*.

[51] L'inciso è tratto dal breve approfondimento intitolato *"Siamo parte dell'unica famiglia umana": ecco il Documento di Abu Dhabi del 2019*, presente a margine dell'articolo di Gianni Cardinale, *"Fratelli tutti", il Papa firmerà l'enciclica il 3 ottobre ad Assisi*, apparso sul quotidiano *Avvenire* del 6 settembre 2020, p. 5.

[52] In tale prospettiva cfr. Antonio Fuccillo, *A un anno dalla Dichiarazione di Marrakech. Sfida culturale e giuridica*, in *L'Osservatore Romano,* 18 gennaio 2017, p. 7.

[53] Per un suo ampio commento, cfr. Antonio Fuccillo (a cura di), *Through the barricades. The Charter of the New Alliance for Virtue*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020.

Si tratta di un altro tassello per affermare eguaglianza e libertà religiosa negli ordinamenti musulmani[54]. Uno strumento in più per estenderle nella politica e nella pratica mediante l'azione promozionale rafforzata dalla "morfologia" dello stesso Documento. Difatti, a una strutturazione estremamente scarna che caratterizzava la Dichiarazione di Marrakech del 2016 (poco più di una pagina nella versione in lingua inglese, senza alcuna suddivisione del testo) fa da contraltare la struttura molto più organizzata della Carta della Nuova Alleanza per le Virtù il cui contenuto è suddiviso in un preambolo e 17 articoli, questi ultimi a loro volta distribuiti in sei differenti sezioni. Siffatto elemento di novità enfatizza il carattere di giuridicità del testo, conferendo allo stesso i tratti esteriori di una vera e propria Carta di diritti.

Passando invece all'esame contenutistico c'è da dire che nella Carta sottoscritta ad Abu Dhabi eguaglianza e libertà religiosa sono posti in diretta relazione ai diritti umani che, com'è noto, nell'islam assumono accezioni semantiche diverse rispetto ai sistemi giuridici di stampo occidentale. Sotto tale profilo, il contenuto della Carta per una Nuova Alleanza delle Virtù non può che essere il risultato di una mediazione tra culture giuridiche diverse e riflettere nel testo inevitabili soluzioni di compromesso. La lettura dell'articolo 1 accredita il quadro ricostruttivo sin qui proposto allorché in relazione alla natura dei diritti umani chiarisce che «Ci sono almeno due modi per concettualizzare i diritti umani. Uno è quello dei diritti creati dai governi, che sono di grande valore quando si applicano a tutti e riflettono norme di dignità umana e di giustizia. Un altro è quello dei diritti che esistono prima dello Stato e che sono presenti in ogni essere umano in virtù della sua esistenza. Tali diritti sono tipicamente intesi come derivanti da una fonte più grande di quella umana, come Dio o la natura, per il credente o il non credente. Questi diritti devono essere riconosciuti e protetti da qualsiasi Stato giusto. Devono essere intesi come necessari per la dignità umana, oltre che per la prosperità sociale».

In tal caso il riferimento binario a Dio e natura, rispettivamente per credenti e non credenti, prova a soddisfare le esigenze teoretiche di più tradizioni di pensiero giuridico, abbinando assieme approccio teistico islamico e tradizione occidentale fondata sulla teoria del diritto naturale[55].

---

[54] Su tale punto cfr. Martino Diez, *The Alliance of Virtue: Towards an Islamic Natural Law?*, in *https://www.oasiscenter.it*, 30 marzo 2020.

[55] Sulla circostanza che gli estensori della Carta presentata ad Abu Dhabi sarebbero implicitamente orientati verso una riattivazione di quella che il pensiero cattolico chiama "legge naturale" cfr. Martino Diez, *The Alliance of Virtue: Towards an Islamic Natural Law?*, in *https://www.oasiscenter.eu*, 30 marzo 2020, p. 2, ove l'A. afferma: «Staying clear from any reference to this medieval debate, the extensors of the Charter presented in Abu Dhabi chose to implicitly move towards a reactivation of what Catholic thought would call "natural law". They were able to do so thanks to a fantastic ace in

Ragionando ancora sul profilo ermeneutico va poi detto che il metodo di lavoro "dialogico" prescelto dagli estensori della Carta ha favorito il conseguimento di progressi ultronei rispetto a quanto fatto nel 2016 con la Dichiarazione di Marrakech[56]. Da questo punto di vista, ad esempio, l'art. 4, punto 1 della Carta della Nuova Alleanza per le Virtù nel dare la definizione di "Dignità umana" evidenzia che «Tutti gli uomini, indipendentemente dalle loro diverse razze, religioni, lingue ed etnie, in virtù dell'anima divina respirata, sono dotati di dignità dal loro Onnipotente Creatore».

Ebbene, pur se è palese che in questo caso gli estensori della Carta hanno preferito inserire nel documento la più "neutra" definizione di "Dignità umana" al posto del rinvio espresso al principio di eguaglianza, non è tuttavia trascurabile la precisazione fatta che tale dignità va assegnata agli uomini «indipendentemente dalle loro razze, religioni, lingue ed etnie». L'immediata conseguenza sotto tale profilo è che non si può dire (com'è ovvio) che vi sia stato un pieno riconoscimento del principio di eguaglianza, ma il rinvio entrato a far parte dell'art. 4 è a pieno titolo un passo in avanti per affermarlo compiutamente all'interno degli ordinamenti musulmani.

Queste stesse osservazioni sono replicabili anche per la libertà religiosa.

In proposito, infatti, si può notare che alla precisa formulazione della rubrica dell'art. 4, punto 2, intitolata "*Libertà di coscienza e religione o credo*" segue un più blando rinvio a due affermazioni: «Non c'è costrizione nella religione o nelle credenze» e «È responsabilità dello Stato proteggere la libertà religiosa, compresa la diversità delle religioni, che garantisce giustizia e uguaglianza tra tutti i membri della società». Si tratta di enunciati sulla libertà religiosa che a una prima lettura possono sembrare un po' scarni rispetto alle attese della vigilia, che invece sono molto importanti se calati nel contesto del percorso graduale, *step by step*, intrapreso dal *Forum for Promoting Peace in Muslim Societies* e al quale nel paragrafo precedente si è fatto ampio riferimento.

Su questo stesso tema c'è poi da dire che nonostante i paesi musulmani abbiano fatto numerosi progressi grazie all'approvazione della Dichiarazione

---

the hole: the explicit approbation of the covenant by the Prophet of Islam. According to the esteemed traditionist al-Humaydī (d. 834), Muhammad said: "In the house of 'Abd Allāh Ibn Jud'ān I witnessed a covenant which, were it proposed to me now in Islam, I would certainly subscribe to: they agreed to give to each one his own share and to efface any form of injustice and oppression"».

[56] Nella Dichiarazione di Marrakech il riferimento all'eguaglianza di fronte alla legge è posto in relazione ai principi della Carta di Medina e a tal proposito nel suo contenuto si legge: «Dichiariamo con la presente il fermo impegno verso i principi articolati nella Carta di Medina, le cui disposizioni contenevano una serie di principi di cittadinanza contrattuale costituzionale, come la libertà di movimento, di proprietà, la mutua solidarietà e la difesa, nonché i principi di giustizia e di uguaglianza di fronte alla legge».

di Marrakech e della Carta per una Nuova Alleanza delle Virtù[57], esse hanno stranamente riscosso scarsa eco proprio nei media di questi ultimi[58]. Circostanza che lascia intendere come il cammino culturale da compiere nei Paesi islamici sia ancora lungo e irto di difficoltà. Da quest'ultimo punto di vista – stavolta in prospettiva occidentale – non possono essere qui taciute alcune critiche originariamente mosse alla Dichiarazione di Marrakech che sono attualmente valide anche per la Carta per una Nuova Alleanza delle Virtù, il cui contenuto malgrado i progressi fatti non è scevro da problematicità. Così, ad esempio, anche nella nuova Carta «non si fa alcun cenno alla necessità di cancellare dalle Costituzioni il riferimento all'islam come religione di Stato (cosa che è fonte di molte discriminazioni), inoltre non viene affermata la pari dignità di tutte le fedi religiose e la possibilità di darne testimonianza pubblicamente anche facendo proselitismo, non si chiede esplicitamente un impegno per abrogare le pene inflitte a chi abbandona l'Islam, i cosiddetti apostati o, ancora, non si chiede che i matrimoni misti avvengano in condizioni di parità, mentre attualmente una musulmana non può sposare un cristiano se costui non si converte all'Islam»[59]. Tali osservazioni, come accennato, non fanno che suffragare che il lavoro da compiere è ancora molto e nei Paesi musulmani «i credenti di altra fede così come i non credenti devono essere protetti legalmente e culturalmente rispettati, e le differenze devono essere viste come una fonte di arricchimento e non come occasione di conflitto». Sono, dunque, queste «le nuove frontiere da abbattere in termini di eguaglianza e libertà religiosa» e sotto questo profilo la Carta per una Nuova Alleanza delle Virtù non può che contribuirvi con la diffusione dei suoi valori e il suo apprezzabile messaggio[60].

---

[57] Si pensi, ad esempio, alla revisione interpretativa sull'apostasia in Marocco. In merito, cfr. Fabio Franceschi, *Libertà di religione e libertà dalla religione in Marocco: la revisione interpretativa sull'apostasia*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale,* Rivista telematica (*www.statoechiese.it*), n. 37, 2017, in part. pp. 17-31.

[58] Cfr. Antonio Fuccillo, *A un anno dalla Dichiarazione di Marrakech. Sfida culturale e giuridica* cit., p. 7.

[59] Tali criticità sono rilevate anche nei contributi di Amr Abdelaty Saleh, *La Dichiarazione di Marrakech. Problemi, una base di partenza e un passo in avanti*, e di Boutros Naaman, *Il diritto alla libertà religiosa e la Dichiarazione di Marrakech. Il rispetto delle minoranze e nuove sfide per il dialogo Islamo-Cristiano*, entrambi editi in Luigi Sabbarese, Raffaele Santoro (a cura di), *La Dichiarazione di Marrakech* cit, rispettivamente alle pp. 45-51 e 69-101.

[60] Così Antonio Fuccillo, *"The Charter of the New Alliance for Virtue". Facing the Covid-19 emergency*, 11 maggio 2020, in *https://diresom.net/2020/05/11/the-charter-of-the-new-alliance-of-virtue-facing-the-covid-19-emergency/*.

Elenco degli Autori

List of the Authors

Maria d'Arienzo – *Università di Napoli "Federico II"*

Ida Caracciolo – *Università della Campania Luigi Vanvitelli – Giudice del Tribunale Internazionale per il Diritto del Mare*

Giuseppina Scala – *Università Bocconi di Milano*

Floriana Santagata – *Università della Campania Luigi Vanvitelli*

Annachiara Rotondo – *Università della Campania Luigi Vanvitelli*

Angela Valletta – *Università della Campania Luigi Vanvitelli*

Adele Pastena – *Università della Campania Luigi Vanvitelli*

Vasco Fronzoni – *Università di Napoli "L'Orientale"*

Fabio Balsamo – *Università di Napoli "Federico II"*

Caterina Gagliardi – *Università degli Studi della Calabria*

Stefano Testa Bappenheim – *Università degli Studi di Camerino*

Pierluigi Consorti – *Università degli Studi di Pisa – Presidente ADEC*

Francesca Graziani – *Università della Campania Luigi Vanvitelli*

Maria Luisa Lo Giacco – *Università di Bari "Aldo Moro"*

Rossella Bottoni – *Università degli Studi di Trento*

Angela Patrizia Tavani – *Università di Bari "Aldo Moro"*

Silvia Angioi – *Università della Campania Luigi Vanvitelli*

Maria Cristina Ivaldi – *Università della Campania Luigi Vanvitelli*

Gian Maria Piccinelli – *Università della Campania Luigi Vanvitelli*

Deborah Scolart – *Università di Roma "Tor Vergata"*

Francesco Sorvillo – *Università della Campania Luigi Vanvitelli*

Stampato da

Pellegrini Editore

ISSN 1970-5301