



*Costituzionalismo.it*

Fascicolo 1 | 2018  
"UNITÀ E INDIVISIBILITÀ DELLA REPUBBLICA"

## La libertà di religione in un'aula di giustizia: istruzioni per l'uso dalla Corte di Strasburgo\*

di DAVIDE GALLIANI

## LA LIBERTÀ DI RELIGIONE IN UN'AULA DI GIUSTIZIA: ISTRUZIONI PER L'USO DALLA CORTE DI STRASBURGO

di *Davide Galliani*

*Professore associato in Istituzioni di Diritto pubblico  
Università degli Studi di Milano*

### ABSTRACT

#### ITA

Lo scritto si occupa della libertà di religione ed in particolare affronta la questione delle modalità con le quali si può esplicitare in un'aula di giustizia. Si tratta di una questione di estrema attualità, destinata ad assumere ancora più rilevanza in futuro. Questo è dimostrato anche da una recente pronuncia della Corte di Strasburgo, la quale, in modo insolito ma convincente, dichiara in violazione dell'art. 9 § 2 della Convenzione la scelta di un giudice in Bosnia ed Erzegovina di condannare per oltraggio alla corte una persona che si era rifiutata di togliere il *taqiyah*. Dal caso si prendono le mosse per discutere diversi e delicati temi, tra i quali il ruolo di un giudice entro la "sua" corte e più in generale l'approccio tollerante e inclusivo che ogni giudice dovrebbe tenere quando è in discussione, in una società democratica, la libertà di religione.

#### EN

Freedom of religion in a courtroom is the object of this paper. It is a matter of extreme relevance, which is destined to assume even more relevance in the future. In particular, the author starts by discussing a recent case decided by the Court of Strasbourg (*Hamidović c. Bosnia ed Erzegovina*). The Court - in an unusual but convincing manner - found a violation of article 9, paragraph 2, with reference to a judge who in Bosnia and Herzegovina condemned for outrage to the court a person who had refused to remove his *taqiyah*. The case is useful to dis-

Discuss the role of the judge in a courtroom, with respect to his role and with reference to the tolerant approach that should be adopted in every human rights discourse in a democratic context.

# LA LIBERTÀ DI RELIGIONE IN UN'AULA DI GIUSTIZIA: ISTRUZIONI PER L'USO DALLA CORTE DI STRASBURGO\*

di  *Davide Galliani*

SOMMARIO: 1. *Inquadrare e delimitare il problema*; 2. *Il decoro in un'aula di giustizia e la libertà di religione*; 3. *L'importanza del contesto*; 4. *Il dato comparatistico*; 5. *Le limitazioni (non) necessarie alla libertà di religione in una società democratica*; 6. *Una società democratica è tollerante*; 7. *I diritti e il diritto*; 8. *Quarto grado di giudizio e intervento del legislatore*.

## 1. Inquadrare e delimitare il problema

In questo scritto intendo riflettere sulla libertà di religione in particolare entro un'aula di giustizia. La questione merita di essere affrontata chiarendo sin da subito in quali termini potrebbe porsi il problema, anticipando quindi il perimetro entro il quale possono trovare spazio, oltre alla stessa libertà di religione, altri interessi eventualmente con questa confliggenti.

Escluderei sin da subito (in modo categorico) l'ordine pubblico e la sicurezza. Da una parte, sono concetti davvero onnivori e lasciano troppa discrezionalità al giudice per ipotetiche limitazioni e, di conseguenza, pochissima possibilità per la singola persona di comprendere (in anticipo) in che modo possa arrecare problema al regolare svolgimento del processo la scelta di esprimere il proprio credo religioso anche in un'aula di giustizia. Dall'altra parte, ordine pubblico e sicurezza sono nozioni perentorie, che non sembrano ammettere compromessi e bilanciamenti, indispensabili invece perché il nostro problema nasce a fronte di una persona che altro non fa che seguire le proprie credenze religiose anche in un'aula di giustizia.

---

\* Un sincero ringraziamento ad Andrea Pugiotta, Lello Magi, Roberto Conti e Paulo Pinto de Albuquerque per aver letto questo (come altri) scritti, fornendo (come sempre) utili indicazioni. Ringrazio anche Paola Parolari per i suoi spunti. La responsabilità di quanto si sostiene è unicamente dell'autore (lo scritto è aggiornato al 27 gennaio 2018).

Sono pertanto più pertinenti – anche se, va detto subito in modo molto chiaro, non meno problematici – altri riferimenti che, in qualche modo, possono entrare in scena nel momento in cui si manifesta il problema. In particolare, rimandando al prosieguo per gli utili svolgimenti, mi riferisco, in primo luogo, al decoro da tenere in un’aula di giustizia, una nozione non meno complicata di quella di ordine pubblico e sicurezza, ma che può avere dalla sua parte almeno due carte da spendere. È spesso prevista nei testi normativi, non solo codicistici. E poi potrebbe anche apparire più adeguata a fronte della libertà di religione: è sicuramente vero che si caratterizza per avere contorni poco chiari, non di meno è portatrice di un retroterra giustificativo meno aggressivo, meno *tranchant* e quindi più sfumabile rispetto a quello che caratterizza altre nozioni, come quelle ancora una volta di ordine pubblico e sicurezza.

In secondo luogo, vi è da tenere in considerazione una questione assai delicata, che merita di essere qui subito accennata. Di fondamentale importanza è comprendere se per il giudice sia possibile interpretare in un determinato e preciso modo altre disposizioni normative di riferimento. Mi riferisco, per fare un esempio immediato, sul quale ovviamente si tornerà, alle non poche previsioni che, in diversi ordinamenti, vietano di presenziare in un’aula di giustizia a capo o a viso coperti.

Come si potrebbero interpretare queste previsioni e soprattutto in che modo il giudice dovrebbe maneggiarle quando vi è in discussione la libertà di professare la propria fede? Anticipiamo una possibile traiettoria di indagine: oltre a garantire la possibilità per il giudice di svolgere nel migliore dei modi possibili il suo mestiere, queste previsioni sul capo o sul viso coperti possono essere anche lette a vantaggio e a garanzia della stessa persona. È nell’interesse della persona con la quale il giudice si sta confrontando che si possa profilare un dialogo diretto, immediato, senza barriere, che significa anche un confronto tra gli sguardi, gli occhi, le movenze facciali.

Inoltre, ancora in chiave introduttiva, è utile questa ulteriore precisazione. Il nostro problema – la libertà di religione in un’aula di giustizia – è la classica questione che si presta ad essere analizzata sforzandosi di scendere dal piano dei grandi e massimi principi, ove non mancano a volte fumose e oscure (quindi pericolose) nozioni. Più conveniente appare svolgere riflessioni e commenti partendo dal piano terra dei casi concreti, dove le scelte e i comportamenti delle persone

(e dei giudici) prendono forma quotidianamente, vale a dire nelle aule di giustizia che, da un certo punto di vista, sono spaccati entro i quali si ripropongono le tensioni e le contraddizioni della società nel suo complesso. Anche per questa ragione, le riflessioni qui esposte prenderanno le mosse da un caso di recente deciso dalla Corte di Strasburgo, che costituirà l'occasione per proporre al lettore talune opzioni ricostruttive di un problema che, di questo ne sono sicuro, se non sarà affrontato di volta in volta con sensibilità e intelligenza, potrà mettere a dura prova proprio il luogo cardine nel quale oggi si sviluppa e si esprime (e speriamo non si consumi) lo Stato di diritto costituzionale, l'aula di giustizia.

Adattando senza grandi problemi un detto che riguarda le carceri, in fondo non mi sembra di esagerare sostenendo che lo stato di civiltà di un paese si misura anche da quello che accade in un'aula di giustizia, in modo particolare in riferimento ad una libertà che, non vale nemmeno dirlo, si è posta sin dall'inizio alla base dello Stato di diritto e che proprio ai giorni nostri è una di quelle che meritano di essere affrontate con particolarissima attenzione, la libertà di religione.

## 2. Il decoro in un'aula di giustizia e la libertà di religione

Il recente caso deciso dalla Corte di Strasburgo al quale ho fatto riferimento è *Hamidović v. Bosnia ed Erzegovina*, IV Sez., 5.12.2017 e riguarda una persona condannata per oltraggio alla corte perché si è rifiutata di levarsi il *taqiyah*, che per un musulmano può corrispondere a quello che per un ebreo è la *kippah*. Stiamo quindi parlando di un copricapo (si pensi allo zucchetto indossato dal Papa), che diviene un simbolo religioso se indossato da una persona che professa una determinata fede. Il *taqiyah* è sicuramente diverso dal *burqa* (che copre l'intero viso, tranne gli occhi) e dall'*hijab*, che comunemente chiamiamo il velo (che lascia invece scoperto quasi completamente il viso). Indossare il *taqiyah* significa mettere a repentaglio il decoro da osservare in un'aula di giustizia, da non scambiare per una discoteca, ad esempio indossando un cappellino da *baseball* con visiera rovesciata all'indietro? Che fare, però, se una persona è perfettamente consapevole del luogo nel quale si trova e intende mantenere fede al proprio credo?

Il problema della libertà di religione in un'aula di giustizia si comprende più con i diritti che con il diritto, i primi così bene espressi dai fatti concreti dei casi. Eccoli quindi i protagonisti, i fatti, che devono (necessariamente) essere descritti in modo dettagliato<sup>1</sup>.

L'ambasciata degli Stati Uniti in Bosnia ed Erzegovina ha subito un attentato terroristico di matrice islamista, in particolare di ispirazione salafita. Una persona delle forze di polizia è rimasta gravemente ferita. Il processo inizia: dei tre imputati uno è condannato a quindici anni di detenzione, gli altri due assolti. Le udienze si rivelano obiettivamente turbolente. Gli imputati si rifiutano di riconoscere l'autorità del tribunale, poiché la giustizia non può essere amministrata da un uomo. Esiste solo il giudizio del Dio al quale credono, *Allah*. Sono espulsi dall'aula, dato che non rispettano praticamente niente, né il dovere di alzarsi in piedi al momento dell'ingresso dei giudici né l'ordine impartito dal presidente della corte di levarsi il copricapo.

In generale, non è facile condurre le indagini. La comunità salafita si presenta particolarmente chiusa. Poco disposta a collaborare con la giustizia. Eppure, ad un certo momento, il sig. Hamidović, un trentaseienne appartenente a quella comunità, accetta di testimoniare a processo. E qui inizia il caso dal quale prendiamo le mosse. Il teste si presenta in aula con il copricapo (come detto, il *taqiyah*) e il presidente della corte gli intima di levarlo. Non è un ordine perentorio, poiché viene concesso del tempo, qualche minuto, per decidere come comportarsi. Niente da fare: il presidente della corte si sente opporre un rifiuto. Ne consegue la condanna per oltraggio alla corte e l'espulsione dall'aula. Il tutto condito da una sanzione pecuniaria di 5.000 euro, il *massimo* consentito per oltraggio alla corte.

Il sig. Hamidović si rifiuta di pagare e propone appello. Ottiene unicamente la riduzione a 1.500 euro. Di pagare continua a non volerne sapere. Scatta di conseguenza l'*automatica* conversione della sanzione, da pecuniaria in detentiva: il risultato della traslazione sono trenta giorni di detenzione, che il sig. Hamidović sconta subito e tutti, dal primo all'ultimo<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Il fatto è "tornato" al centro del diritto perché il diritto è sempre più costituito dai diritti. Sul diritto e i diritti, v. G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna, 2017. Sui fatti, v. S. PATTI, *Prima Lezione. La "costruzione" del fatto nel processo*, in P. RESCIGNO, S. PATTI, *La genesi della sentenza*, Bologna, 2016, pp. 33 ss.

<sup>2</sup> Se non parametrata alle condizioni economiche del reo (la pena pecuniaria) e se non irrogata come *extrema ratio* (la pena detentiva) potremmo anche sostenere di essere alla

Si giunge alla Corte costituzionale, la quale coglie solo una parte del problema, non risolvendo alcun problema. Non ritiene lesi né l'art. 9 (libertà di religione) né l'art. 14 (divieto di discriminazione) della Convenzione, mentre (almeno) si esprime nel senso della violazione dell'art. 6 (equo processo), a fronte della conversione automatica della sanzione pecuniaria in detentiva. Si limita in ogni caso ad auspicare una riforma legislativa, ritenendo di non potere fare di più. Anche nei Balcani l'assenza di rime obbligate costituisce un (evidente) problema<sup>3</sup>.

Che qualcosa non torni è dimostrato dal fatto che, degli otto giudici costituzionali, due sono (fortemente) dissenzienti: i cittadini, a differenza dei pubblici ufficiali, come giudici e pubblici ministeri, non hanno alcun obbligo-dovere di neutralità, pertanto, nel caso di specie, era evidente la violazione della libertà di religione. Il sig. Hamidović aveva diritto di esprimere liberamente il proprio credo, indossando il copricapo, anche in un'aula di giustizia. Come dissentire dai dissenzienti?

---

presenza di due pene meritevoli – non di ulteriore discussione – ma di eliminazione. Considerando poi i trenta giorni di detenzione (puro e semplice calcolo matematico: cinquanta euro corrispondono a un giorno di detenzione), anche queste pene detentive brevi meriterebbero lo stesso destino, non potendo rieducare ma solo punire. Di recente, v. L. MANCONI, S. ANASTASIA, V. CALDERONE, F. RESTA, *Abolire il carcere*, prefazione di G. Zagrebelsky, Milano, 2015 e L. GOISIS, *Le pene pecuniarie. Storia, comparazione, prospettive*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 22.11.2017.

<sup>3</sup> L'art. 2 § 2 della Costituzione della Bosnia ed Herzegovina recita: «*The rights and freedoms set forth in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and its Protocols shall apply directly in Bosnia and Herzegovina. These shall have priority over all other law*». Ancorché nell'ordinamento italiano la questione del rapporto con gli obblighi internazionali segua (come noto) percorsi differenti, il destino della vastissima galassia «oltre la pena (detentiva)» dovrà essere affrontato in un'ottica insieme costituzionale e convenzionale, iniziando dalle pene accessorie automatiche e fisse, passando per le sanzioni disciplinari, arrivando alle interdittive e alle più diverse forme di confisca, per fare alcuni esempi. Da ultimo, sui rapporti tra il nostro ordinamento e il sistema convenzionale, v. A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Milano, 2017.

### 3. L'importanza del contesto

Due penso utili considerazioni prima di soffermarsi sulla decisione della Corte di Strasburgo, alla quale il sig. Hamidović ricorre *immediatamente* dopo la pronuncia del giudice costituzionale<sup>4</sup>.

Da una parte, penso si possano avanzare pochi dubbi sul fatto che siamo alle prese con un caso che sarebbe potuto accadere ovunque in Europa, Italia compresa<sup>5</sup>. Allo stesso modo, che sia successo in Bosnia ed Erzegovina non è un caso e, soprattutto, ne complica (notevolmente) i contorni. In quello che è ancora uno Stato fortemente in bilico, con le gravissime ferite della guerra che faticano ad arginarsi, il 51% della popolazione è musulmana, mentre il 46% cristiana, questa seconda composta da due terzi di ortodossi e da un terzo di cattolici. Il nostro caso presenta *più e diversi* problemi, che sommati sembrano formare una *matrioska*: la decisione, coraggiosa, non scontata, di collaborare con la giustizia; il ruolo del presidente di una corte; il decoro in un'aula di giustizia; la libertà di religione; ma anche il futuro istituzionale di un paese in cerca di stabilità, le cui (fragili) fondamenta si basano su complicatissimi accordi politici, prima internazionali (*Dayton*) e dopo interni, che hanno tenuto in considerazione questioni etniche, territoriali e *sicuramente* anche religiose.

Dall'altra parte, in Bosnia ed Erzegovina, così come in tanti altri paesi (e lo vedremo subito), non esistono specifiche ed esplicite previsioni alle quali potersi riferire, se non quelle riguardanti il decoro in un'aula di giustizia, nozione comunque vaga e indeterminata, entro la quale si potrebbe in un certo qual modo far rientrare una sorta di codice di abbigliamento (*dress code*) da rispettare in udienza. Per stare al caso della Bosnia ed Erzegovina, l'unica pertinente disposizione legislativa, contenuta nel Codice di procedura penale, riguarda appunto il decoro, senza però alcuna ulteriore specificazione. Esiste poi un regolamento, non pubblicato in Gazzetta Ufficiale, ma esposto all'entrata di ogni aula di giustizia, nel quale sono indicate alcune regole base di comportamento e di vestiario da rispettare una volta entrati in aula.

---

<sup>4</sup> L'enfasi vuole mettere in evidenza (e ci tornerò subito) l'importanza del sistema convenzionale per la transizione costituzionale in Bosnia ed Erzegovina: v. J. WOELK, *La transizione costituzionale della Bosnia ed Erzegovina. Dall'ordinamento imposto allo Stato multinazionale sostenibile*, Padova, 2008, in specie, pp. 201 ss.

<sup>5</sup> Torneremo: v. *infra* nota 9.

Niente però di specificatamente utile nel caso in cui il «problema» siano capi di vestiario che hanno valenza religiosa.

#### **4. Il dato comparatistico**

Quello che appare certo è che la Corte europea dei diritti dell'uomo si mostra consapevole della estrema delicatezza del caso. E fa (molto) bene. I giudici di Strasburgo, ogni volta che lo Stato resistente è la Bosnia ed Erzegovina, sono coscienti che, qualunque decisione prendano, i rischi sono *sempre* dietro l'angolo. Diversamente da quanto accade per altri Stati, la dichiarazione di violazione convenzionale riguardante la Bosnia ed Erzegovina è potenzialmente in grado di rigettare questo paese nella guerra. Non esagero<sup>6</sup>. Si potrebbero addurre molti esempi. Bastino tre casi, che incrociano violazioni che hanno a che fare con la forma di Stato, la forma di governo e la garanzia dei diritti: *Sejdić e Finci*, *Zornić* e *Pilav*. Un trittico di «inevitabili» sentenze di violazione e allo stesso tempo *estremamente* delicate se riguardate dal punto di vista della loro esecuzione<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> «Oggi posso dire che la polveriera è ancora lì inalterata, col suo grumo di rancori (...) e potrebbe coglierci ancora di sorpresa (...): così P. RUMIZ, *Maschere per un massacro* (1996), Milano, 2011, p. 9 (cito dalla VIII rist. del 2017 che mantiene inalterata la nuova introduzione del 2011).

<sup>7</sup> In breve. La composizione del Parlamento e della Presidenza della Bosnia ed Erzegovina si basano su una preventiva ripartizione (costituzionale) di posti tra bosgnacchi, croati e serbi. Anche questo è sembrato l'unico modo per fuoriuscire dalla tragedia della guerra. Così facendo, però, è stato privato il diritto di voto (passivo, ma anche attivo) a molti cittadini "altri" residenti nel paese. In *Sejdić e Finci* (G.C., 22.12.2009, 14 vs 3 per il Parlamento, 16 vs 1 per la Presidenza), la violazione convenzionale riguarda ebrei e rom. La Corte rilevò che era passato non poco tempo dagli *Accordi di Dayton* e sottolineò che anche una Costituzione può violare la Convenzione. Dopo è stata la volta di *Zornić* (IV Sez., 15.7.2014, def. 15.12.2014, unanime): la ricorrente dichiarava di appartenere al popolo bosniaco, non identificandosi in nessuno dei tre gruppi etnici costituiti. La Corte ribadì la violazione, aggiungendo un severo monito affinché la sua decisione fosse rispettata, quindi eseguita. L'ultimo caso, *Pilav* (V Sez., 9.6.2016, def. 9.9.2016, unanime), non è diverso: la persona, di etnia bosgnacca, residente a Sarajevo, ma nella Repubblica di Srpska, non ha diritto di voto passivo per la Presidenza, né può votare un membro bosgnacco per quella carica. Ancora una volta, violazione. Alla Corte non si può rimproverare di non aver mostrato coraggio (ha respinto il *referral* in *Zornić*, non più chiesto in *Pilav*). Tuttavia, nonostante alcuni progetti di modifica siano stati dibattuti, anche dopo fondamentali interventi della Corte costituzionale, qui non è in discussione "solo" l'esecuzione delle sentenze di Strasburgo, poiché il problema è anche il destino di questo paese, che nessuno vorrebbe far sprofondare di nuovo nella tragedia della guerra. Sulla questione, v. A. BURATTI, *L'uso*

Anzi, della loro *prolungata* mancata esecuzione<sup>8</sup>. Anche per queste ragioni, la Corte prima di tutto commissiona uno studio (interno), dal quale però ammette non si possono trarre decisive indicazioni. Nessuno dei trentanove Stati parti della Convenzione esibisce una disciplina legislativa specifica riguardante abiti religiosi in un'aula di giustizia. Di certo, nessuno di questi Stati vieta un abito per via della sua riconducibilità a un simbolo religioso. Vi sono non di meno alcuni paesi che hanno previsioni più specifiche e in quattro (Portogallo, Slovenia, Italia, Belgio) esiste un divieto di coprire il volto in un'aula di giustizia.

In ogni caso, lo studio documenta che non esistono applicazioni di questo divieto in riferimento a simboli religiosi, tranne in Belgio<sup>9</sup>. A

---

*della storia nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista AIC*, 2/2012, pp. 6 ss. e M. M. BRUNO, *La Corte europea dei diritti dell'uomo dichiara nuovamente il sistema elettorale della Bosnia-Erzegovina in contrasto con la CEDU. Quali prospettive per l'adesione all'Unione Europea?*, in *Osservatorio Costituzionale*, 2/2016, pp. 1 ss.

<sup>8</sup> A proposito, da segnalare due recenti (importanti) accadimenti in materia di esecuzione. Nel primo (*Burmych e Altri v. Ucraina*, G.C., 12.10.2017), la Corte (10 vs 7) ha deciso di radiare dal ruolo (*strike out*) circa 12.000 ricorsi (!), 5.000 dei quali addirittura non ancora comunicati. La Corte sostiene di non potere fare più niente (dopo una sentenza pilota e altre confermate della violazione) e devolve il problema esecuzione al Comitato dei Ministri, al quale quindi scarica il fardello. Nel secondo, *per la prima volta nella storia del sistema convenzionale*, il Comitato dei Ministri ha attivato la procedura di cui all'art. 46 § 4 della Convenzione, introdotta nel 2010. Il Comitato ha infatti domandato alla Corte di valutare se lo Stato ha adempiuto all'obbligo di rispettare/conformarsi («to abide», «se conformer») ad una sentenza finale/definitiva («finals», «définitifs») della Corte. La richiesta del Comitato del 5 dicembre 2017 è stata ricevuta dalla Corte sei giorni dopo (11 dicembre). Spetterà alla Grande Camera adottare la storica sentenza (anche in ipotesi tenendo udienza pubblica), propiziata (importante ricordarlo) dalla mancata esecuzione di una sentenza di Camera (*Ilgar Mammadov v. Azerbaijan*, I Sez., 22.5.2014, def. 13.10.2014, unanime).

<sup>9</sup> In realtà qualcosa è accaduto anche in Italia. L'art. 129 c.p.c. prevede che chi interviene o assiste all'udienza “deve stare a capo scoperto”, mentre l'art. 128 assegna al giudice i poteri di polizia per il mantenimento dell'ordine e del “decoro”. Più sfumato il c.p.p., che affida al presidente la disciplina dell'udienza (art. 470) e non consente la presenza di persone che ne turbano il regolare svolgimento (art. 471). I casi italiani nei quali si sono posti dei problemi sono (per fortuna) davvero pochi (ne commenta due G.L. GATTA, *Islam, abbigliamento religioso, diritto e processo penale: brevi note a margine di due casi giurisprudenziali*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, giugno 2009). Ad ogni modo, il C.S.M., nella seduta del 22 febbraio 2012, si è espresso su un quesito avente ad oggetto «l'obbligo di assistere all'udienza a capo scoperto e il rispetto di credenze religiose che implicano un diverso comportamento». Il caso riguardava un'interprete, nominata dal p.m., comparsa in aula a capo coperto, ma senza celare il volto. Alla richiesta del presidente del collegio di scoprirsi, la persona si rifiutava e rinunciava all'incarico. A questo punto, il presidente del

proposito, rinvia ad un lavoro della Università di Ghent e del suo *Human Rights Centre (HRC)*, nel quale è riportato qualche sporadico caso. La ricerca firmata *HRC* attesta che il 30% dei giudici belgi hanno applicato la regola che vieta di coprire il volto in aula, ma di questi l'80% dice di averlo fatto in riferimento ad *altri* problemi, non rispetto a questioni religiose. Ad esempio, a fronte di un ragazzino che si era presentato in aula con il cappellino da *baseball*<sup>10</sup>.

Insoddisfatta di questi primi materiali (importante rimarcare che purtroppo non era stato presentato alcun *Amicus Curiae*), la Corte si riferisce anche ad un caso relativamente recente accaduto nel Regno Unito (*R. v D (R)* 2013), nel quale il “problema” era il *burqa*. Un caso che a mia opinione merita particolare attenzione: offre una soluzione

---

tribunale, venuto a conoscenza dei fatti a seguito di una richiesta scritta di informazioni da parte di due giornalisti (!), domanda spiegazioni al giudice, il quale nega ogni discriminazione e sostiene di aver agito unicamente per fare rispettare l'obbligo di legge di cui agli art. 471 ss. c.p.p. e 127 ss. c.p.c. (sarebbe stata opportuna maggiore precisione nel riferirsi alle disposizioni codicistiche!). Il presidente del tribunale pone quindi il quesito al C.S.M., anche se precisa che le disposizioni oggetto della questione andavano interpretate in senso costituzionalmente orientato. La delibera del C.S.M., in meno di dieci righe, sostiene che l'art. 19 Cost. individua un valore di primaria rilevanza, al quale deve conformarsi anche l'esercizio delle prerogative di direzione e di organizzazione dell'udienza. In risposta al quesito, si delibera quanto segue: «Fermo restando che spetta al giudice la direzione dell'udienza e l'applicazione delle relative norme, nell'esercizio dei poteri di direzione e di organizzazione dell'udienza deve essere garantito il pieno rispetto di quelle condotte che – senza recare turbamento al regolare e corretto svolgimento dell'udienza – costituiscono legittimo esercizio del diritto di professare la propria religione, anche uniformandosi ai precetti che riguardano l'abbigliamento ed altri segni esteriori». Non sono riuscito a trovare alcun seguito della vicenda: vero che la rinuncia all'incarico è stata una scelta della persona, presa però dopo una richiesta problematica del presidente del collegio. Quando questo scritto era praticamente chiuso, è accaduto, il 17 gennaio 2017, il seguente fatto: una praticante si reca in tribunale, come in altre diverse occasioni precedenti, con il velo, a viso perfettamente riconoscibile. Il giudice intima di levarlo, altrimenti di allontanarsi dall'aula. La persona decide di uscire dall'aula. Da quanto si apprende, il presidente del tribunale (il Tar di Bologna) ha sconfessato l'operato del collega. Il giorno dopo la praticante si è recata in aula (al tribunale ordinario) e tutto è tornato alla normalità: nessuno ha avuto da obiettare in riferimento al suo velo, che aveva solo cambiato colore, da azzurro a rosa. Si veda *la Repubblica*, 18 gennaio 2018 (ed. Bologna).

<sup>10</sup> Ricordo che è lo *HRC* dell'Università di Ghent a curare il sito *Strasbourg Observers*. Utile inoltre sottolineare che pende dinanzi alla Corte proprio un caso belga: ad una persona è stata negata la possibilità di apparire come parte civile poiché indossava il velo (*La-chiri*, comunicato il 9.10.2015).

convincente, empatica (non emotiva), certo congeniale per un giudice come quello inglese<sup>11</sup>.

Il giudice d'oltremarica sostiene di non avere *alcun* problema nell'ammettere che la persona possa seguire l'intero processo con il *burqa*. Con un limite: nel momento in cui rende testimonianza, i suoi occhi e il suo volto devono essere *visibili* al giudice stesso e alla giuria. Dice il giudice inglese: ordino di organizzare la corte affinché si attrezzi l'aula con una parete divisoria, che garantisca la separazione tra il pubblico e la persona nel momento in cui testimonia. In questo modo, lo scopo per il quale indossa il *burqa* può essere soddisfatto. Non contento, il giudice ribadisce il "classico" divieto di foto e filmati, ma, in aggiunta, proibisce *categoricamente* anche la possibilità di riprodurre in schizzi, disegni e con qualsiasi mezzo il volto della donna. Soluzione semplicemente perfetta, *what else?!*

Alla Corte di Strasburgo questo caso inglese non serviva: il copricapo è diverso dal *burqa*. Ha deciso però di riportarlo per dimostrare la delicatezza delle questioni, nonché la necessità di affrontarle con equilibrio, ragionevolezza, saggezza pratica, empatia, in modo orizzontale, non verticale (in lingua inglese tutto ciò si chiama *wisdom*). La Corte alsaziana non lo dice, proviamo a ricavarlo, implicitamente: corre un *abisso* tra l'approccio tenuto dal giudice inglese e quello del giudice nei confronti del sig. Hamidović, il primo è tollerante e non genuflesso, il secondo è intollerante e politicizzato. Ci torneremo<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Sull'empatia, v. A. CALLEGARI, *Il giudice tra emozioni, biases ed empatia*, Roma, 2017, cui *adde* A. FORZA, G. MENENCON, R. RUMIATI, *Il giudice emotivo. La decisione tra ragione ed emozione*, Bologna, 2017. Sul giudice inglese, v. A. BRAUN, *Giudici e Accademia nell'esperienza inglese. Storia di un dialogo*, Bologna, 2006 e ora *Being a Judge in the Modern World*, ed. J. COOPER, Oxford, 2017.

<sup>12</sup> Un solo ulteriore spunto rispetto alla soluzione escogitata del giudice inglese (tornerò a parlarne alla fine del § 9), che – con R. H. THALER, C. SUSTEIN, *La spinta gentile* (2008), Milano, 2009 – potremmo definire paternalista libertaria. Non è rivoluzionaria. Più semplicemente, è posta in essere adottando una visione antropocentrica. Da un lato, si rispetta il credo della persona e, dall'altro lato, nel fissare il limite (il *guardarsi negli occhi*), altro non si fa che tutelare il ruolo del giudice, della giuria e ancora della persona. Il modo di essere del giudice inglese (che quasi sempre è stato avvocato) non è esportabile. Non di meno, è facile leggere, nella nostra Costituzione, quella visione antropocentrica che mette al centro del sistema l'essere umano. È stato appunto scritto che tutelare la Costituzione significa adottare una visione antropocentrica: v. C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi. Le ideologie del costituente* (1979), Napoli, 2014, pp. 77 ss., la cui riflessione evidenzia la necessità di considerare congiuntamente, al fine di garantire la superiorità della Costituzione, una concezione garantista a tutela dei diritti fondamentali (antropocentrica) e una statocentrica, preordinata alla tutela obiettiva della Costituzione come interesse preminente

La Corte infine si giova di un documento che risulterà fondamentale. In realtà, non esistevano grandissimi dubbi, tuttavia l'avvocato del sig. Hamidović produce una dichiarazione ufficiale della comunità islamica della Bosnia ed Erzegovina nella quale si sostiene che, sebbene il copricapo non sia un vero e proprio segno distintivo religioso, essendo altri quelli utilizzati dal credente musulmano, potrebbe essere inteso come il segno di un'appartenenza a una tradizione religiosa passata, che accordava al copricapo un determinato valore.

## **5. Le limitazioni (non) necessarie della libertà di religione in una società democratica**

In effetti, nessun dubbio può avanzarsi circa questo aspetto: il problema che chiama in causa la Corte di Strasburgo è inedito, essendo diverso da altri casi nei quali erano in discussione simboli religiosi in luoghi di lavoro. Una cosa sono i simboli religiosi in luoghi di lavoro, altra *profondamente* diversa in un'aula di giustizia<sup>13</sup>.

Per valutare appieno le argomentazioni e le decisioni della Corte di Strasburgo è fondamentale comprendere l'approccio che utilizza per affrontare le questioni: si mette nei panni del ricorrente<sup>14</sup>. Intanto, per

---

dello Stato. In questo secondo profilo, si può intravedere la tutela di un determinato ruolo del giudice, la cui funzione è costituzionalmente presidiata anche nel senso di scongiurare decisioni «alla cieca», specie nei gradi di giudizio di merito. Si v. *infra* a proposito delle tesi sostenute dal Governo nel caso di specie.

<sup>13</sup> Si v. *infra* nn. 24-28 per la indicazione della giurisprudenza di Strasburgo degli ultimi dodici anni. In effetti, giustamente la Corte sostiene che non rileva il dibattito pubblico che pure si era sviluppato in Bosnia ed Erzegovina circa il vestiario e gli eventuali simboli religiosi che possono o meno essere portati in generale da un pubblico ufficiale, giudici compresi.

<sup>14</sup> Che non debba essere solo la Corte di Strasburgo ad operare in questo modo ma anche i giudici italiani sembra evidente. Come ha ricordato P. GROSSI, *L'invenzione della Costituzione: l'esperienza italiana*, in *Diritto pubblico*, 3/2016, pp. 811 ss. (ora in ID., *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, 2017, pp. 63 ss.), non è forse la Costituzione italiana che si riferisce ad un uomo in carne e ossa e non a un uomo immaginario, titolare di diritti astratti? Tutelare i diritti *in concreto*, a fronte di un uomo in carne e ossa, significa mettersi nei suoi panni. Le statistiche alsaziane non mentono: se un ricorso riesce a superare la fase dell'ammissibilità, il che avviene di rado (più del 90% sono dichiarati inammissibili), nel 95% dei casi la Corte constata (almeno) una violazione convenzionale (i dati sono stabili da tempo in questo senso). Vero: la situazione dei diritti umani nei paesi parti della Convenzione non è paradisiaca, anzi. Tuttavia, numeri così impressionanti si spiegano anche

il sig. Hamidović indossare il copricapo corrisponde a un preciso dovere religioso, giustificato (per lui) dal fatto che anche Maometto ne indossava uno. La proibizione disposta dal giudice, pertanto, agli occhi del ricorrente, viola la sua libertà religiosa. Così come, sostiene sempre il ricorrente (*rectius*, la Corte), non è prevista da alcuna previsione normativa. Esiste anche un ulteriore problema: la sanzione (o meglio le sanzioni) inflittele appaiono sproporzionate. Nel ricostruire il punto di vista del ricorrente, i giudici di Strasburgo non mancano infine di riportare una precisissima tesi sostenuta dal sig. Hamidović: il presidente della corte, condannandolo per oltraggio alla corte ed espellendolo dall'aula, ha voluto mandare un messaggio politico a tutti i musulmani del paese.

Da parte sua, il Governo *concorda* sulla limitazione alla libertà di religione, ma la ritiene legittima. Esiste fuori da ogni aula di giustizia un regolamento sul vestiario da tenere in udienza e in ogni caso il presidente della corte aveva dalla sua parte il Codice di procedura penale, ai sensi del quale (come sappiamo) esiste la possibilità di adottare delle decisioni al fine di preservare il decoro in un'aula di tribunale. Il giudice, per il Governo, che allarga i suoi argomenti, ha applicato una regola di civiltà e di comportamento, proteggendo la laicità. Quanto alla proporzionalità, la parte resistente (in evidente difficoltà) sottolinea che la scelta del giudice era stata presa in un contesto problematico: si stava svolgendo un processo per un attacco terroristico di matrice religiosa.

A questo punto le argomentazioni della Corte non potevano che iniziare sottolineando che le parti *concordano* sulla limitazione della libertà di religione dovuta al divieto di indossare il copricapo. Basta a proposito rifarsi alla dichiarazione ufficiale della comunità islamica e quindi da questo punto di vista non vi è molto altro che si possa aggiungere. Anche il Governo non può che concordare: il copricapo non è un cappellino da *baseball*, intimare di togliere il secondo non lede (quasi certamente) alcun diritto, mentre rispetto al primo lede (ecco) la libertà di religione<sup>15</sup>.

---

perché *metodo* e *approccio* della Corte influenza in misura relevantissima il *merito* delle sue decisioni, senza in aggiunta dimenticare che la Convenzione si interpreta secondo oggetto e scopo, quindi per garantire tutela ai diritti umani.

<sup>15</sup> Ho provato a pensare come costruire un ricorso avverso la richiesta di togliersi un cappellino da *baseball*. Inizialmente, non vedevo possibilità. Poi mi sono ricreduto. Se alla

Il compito più difficile per la Corte è quindi passare in rassegna le limitazioni alla libertà di religione consentite dall'art. 9 § 2 della Convenzione, il cui testo, che prevede i noti tre *test*, merita di essere riportato: «*Freedom to manifest one's religion or belief shall be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of public safety, for the protection of public order, health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others*»<sup>16</sup>.

Primo *test*: la limitazione della libertà di religione è prevista dal diritto («*by law*») o se si vuole, seguendo la versione francese, dalla legge («*par la loi*»)?

Non esistendo una versione ufficiale italiana della Convenzione per noi potrebbe porsi un grosso problema: *law* o *loi*, diritto o legge? Si tratta, non di meno, di una questione oramai “risolta”, almeno stando all'approccio sostanziale-non formale seguito dalla giurisprudenza convenzionale. Ciò che conta non è solo che la limitazione abbia base *latamente* legale (in legge, in giurisprudenza, in altri atti normativi),

---

richiesta dovesse opporsi un rifiuto e se a questo seguisse, per fare un esempio, l'allontanamento dall'aula, la scelta del giudice si rivelerebbe problematica nel caso in cui il cappellino da *baseball* servisse (in ipotesi) a coprire delle menomazioni che la persona non vuole mostrare in pubblico. Questo piccolo esempio dimostra una grande verità: ogni giudice deve adottare, per gestire la «sua» aula di udienza, un approccio empatico, che deve essere *costruttivo* e *inclusivo* a fronte di «problemi» riguardanti la libertà di religione (i due aggettivi ricorrono, rispettivamente, nelle riflessioni di G. AZZARITI, *Multiculturalismo e costituzione*, in *Politica del diritto*, 1-2/2016, pp. 3 ss. e di A. PUGIOTTO, *Costituzione e laicità*, in A. PUGIOTTO (a cura di), *Per una consapevole cultura costituzionale. Lezioni magistrali*, Napoli, 2013, pp. 49 ss.).

<sup>16</sup> «La libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo può essere soggetta solo a limitazioni previste dal diritto e necessarie in una società democratica nell'interesse della sicurezza pubblica, per la protezione dell'ordine pubblico, della salute o della morale, o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui». Si v. D. TEGA, *Cercando un significato europeo di laicità: la libertà religiosa nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2010, pp. 799 ss.; M. BELLETTI, *La tutela del sentimento religioso e il principio di laicità tra giurisprudenza della Corte costituzionale e giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in R. NANIA (a cura di), *L'evoluzione costituzionale delle libertà e dei diritti fondamentali. Saggi e casi di studio*, Torino, 2012, pp. 163 ss.; M. GATTI, *Laicità e simboli religiosi*, in P. MANZINI, A. LOLLINI (a cura di), *Diritti fondamentali in Europa. Un casebook*, Bologna, 2015, pp. 99 ss.; G. D'ANGELO, *La libertà di religione (art. 9 CEDU)*, in A. DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, Padova, 2016, pp. 853 ss. e V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, 2016, pp. 289 ss.

poiché rilevano anche la qualità, l'accessibilità e la prevedibilità. Termini che agli interpreti italiani (giudici, avvocati, forse legislatore) suonano sempre più familiari<sup>17</sup>. Ad ogni modo, il primo *test* esce (discutibilmente) soddisfatto: la Corte di Strasburgo segue la Corte costituzionale della Bosnia ed Erzegovina, che sul punto (come visto) si era precedentemente espressa, sottolineando che si poteva ritenere sufficiente la previsione in materia di decoro contenuta nel Codice di procedura penale<sup>18</sup>.

Secondo *test*: la limitazione persegue uno scopo legittimo? I motivi per i quali è ammessa una restrizione alla libertà di religione devono essere interpretati *restrittivamente*, che significa, specularmente, *massima* estensione della tutela del diritto.

Bisogna allora affrontare le tesi del Governo, secondo il quale la limitazione ha perseguito due scopi, entrambi legittimi: proteggere i diritti e le libertà altrui e l'autorevolezza-imparzialità del potere giudiziario. Il secondo scopo non è espressamente previsto nel § 2 dell'art. 9, mentre, per quanto riguarda il primo, il problema per la Corte è che la tesi della parte resistente è «insidiosa»: proteggendo i diritti e le libertà altrui, la proibizione di indossare il copricapo garantisce la laicità e la tolleranza. I giudici di Strasburgo convergono e, richiamando *Lautsi* sul crocefisso nelle aule scolastiche (G.C., 18.3.2011, 15 vs 2),

---

<sup>17</sup> Per non uscire dal seminato mi limito a richiamare, sul tema della legalità costituzionale e/o convenzionale, uno scambio di vedute tra PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE e GIORGIO LATTANZI (v. interventi e repliche in *Tavola rotonda su "Lo statuto della garanzie"*, in *Misure patrimoniali nel sistema penale: effettività e garanzie*, Milano, 2016, pp. 119 ss.) e, anche per la conseguente questione del precedente, il bel volume collettaneo, A. CADOPPI (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, Bologna, 2017.

<sup>18</sup> Si v. V. MANES, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, in *Diritto penale contemporaneo*, 17.1.2018, le cui riflessioni cadono a pennello rispetto al caso del quale qui discuto, nel quale, oltre alla (non) proporzionalità delle sanzioni, esiste una *scarsissima* prevedibilità e una *fortissima* vaghezza e indeterminatezza del reato in questione (oltraggio alla corte), che sembra congeniato apposta in difesa di beni giuridici non facili da decifrare. L'Autore da ultimo citato giustamente chiama a sostegno delle sue preoccupate riflessioni niente di meno che la sentenza n. 364 del 1988 della Corte costituzionale, in specie il passaggio nel quale si discorre di prevedibilità in termini di certezza di libere scelte di azione. La Corte di Strasburgo, nel nostro caso, la pensa diversamente, ma forse perché arriva comunque alla violazione seguendo altre strade. Certo non è facile per una persona avere certezza delle proprie libere scelte di azione: devo o meno togliere il copricapo se mi reco in tribunale a testimoniare?

ribadiscono che la laicità (in inglese come noto il termine è “*secularism*”) è protetta dall’art. 9<sup>19</sup>.

Sarebbero state interessanti altre riflessioni, che la Corte non avanza. Discutere di diritti e libertà altrui (come fa la Convenzione) e di autorevolezza-imparzialità del potere giudiziario (come fa il Governo) significa “oggettivizzare” qualcosa di indecifrabile (nel primo caso) e alquanto erroneo (nel secondo caso).

Quali sarebbero i diritti e le libertà altrui che si vorrebbero proteggere grazie ad un ordine di levare il copricapo in un’aula di giustizia? Esiste una nozione, non dico chiara, ma decifrabile di cosa si debba intendere con il preservare il decoro in un’aula di giustizia *a favore* dei diritti e delle libertà di tutti? Non ovviamente nel caso in cui una persona decida di stare a giudizio in mutande, ma nel momento in cui tiene un copricapo perché così impone il suo credo<sup>20</sup>.

Nel caso invece del potere giudiziario, la cui autorevolezza e indipendenza potrebbero essere garantite sempre per via della possibilità di intimare ad una persona di togliersi il copricapo, a me pare che il ragionamento presupponga una valutazione semplicemente erronea. Il problema è come si veste (in aula) *il* giudice, non *la* persona! A meno che si dica che l’indipendenza di un giudice dipende anche dal come una persona si presenta in aula. Il che può anche essere per certi aspetti vero, poiché si potrebbe discorrere di un (oggettivo) «pregiudizio

---

<sup>19</sup> Su *Lautzi* si v. R. CONTI, *L’Europa e il crocefisso*, in *Politica del diritto*, 2/2010, pp. 227 ss.: ancorché scritto prima della sentenza della Grande Camera, il commento sembra anticipare alcuni contenuti della decisione che può iscriversi tra i *landmark cases* degli ultimi anni, il cui esito è riassunto nelle parole con le quali inizia la concorrente di Vanni Bonello: «*A court of human rights cannot allow itself to suffer from historical Alzheimer’s*». Insieme a PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE (del quale si v. ID., *I diritti umani in una prospettiva europea. Opinioni concorrenti e dissenzienti (2011-2015)*, a cura e con un saggio di D. Galliani, prefazione di P. Bilancia, Torino, 2016), il giudice maltese è uno dei pochi che hanno pubblicato le proprie opinioni separate prima di terminare il mandato alla Corte: si v. N. BRATZA, M. O’BOYLE (a cura di), *A Free Trade of Ideas. The Separate Opinions of Judge Vanni Bonello*, The Netherlands, 2007 e M. SCHIAVONE (a cura di), *When Judges Dissent. Separate Opinions of Judge Giovanni Bonello at European Court of Human Rights*, Valletta, 2008.

<sup>20</sup> Negli Stati Uniti, esempio *non casuale*, non esistono limiti rispetto al come una persona può stare a processo, se non relativi a comportamenti che potrebbero risolversi in reati. Nessuno ha avuto da eccepire quando Scott Panetti si presentò in aula per difendersi (da solo) vestito da *cowboy* (ho discusso di questo importante caso, ancora oggi aperto, in D. GALLIANI, *La più politica delle pene. La pena di morte*, Assisi, 2012 (I rist. 2016), p. 95).

agli interessi della giustizia»<sup>21</sup>, ma non perché quella persona indossa un copricapo, semmai poiché è condotta (in aula) con le manette, è tenuta (in aula) in una gabbia di ferro, indossa (in aula) una divisa da detenuto. Queste sono eventualità che in ipotesi potrebbero influenzare l'indipendenza di un giudice, non un copricapo indossato per motivi religiosi<sup>22</sup>!

Superati in ogni caso (e in qualche modo) i primi due *test*, si arriva al dunque, al terzo *test*: la limitazione è necessaria in una società democratica?

Dapprima, aspetto interessante, si evidenzia che, in effetti, il sig. Hamidović non aveva molte altre scelte: rifiutandosi di comparire sarebbe andato probabilmente incontro all'arresto o a una sanzione pecuniaria. Sia concessa una chiosa: non che la scelta di comparire abbia cambiato molto! Inoltre, elemento ancora più importante, i giudici di Strasburgo rilevano *de facto* che il sig. Hamidović ha sicuramente mostrato rispetto per la corte del suo paese, ad esempio alzandosi, come previsto dalle regole, una volta che il presidente ha fatto ingresso in aula. Anche quando si è rivolto alla corte, precisano i giudici alsaziani – attribuendo particolarissimo significato ai fatti concreti di questo caso – il ricorrente si è sempre alzato in piedi.

Si introduce quindi il primo pesantissimo concetto. Non ne compaiono molti, i *leading actors* sono i fatti. Non di meno, la Corte ribadisce l'importanza del principio di sussidiarietà, che regge l'intero sistema convenzionale. Quando in discussione è la libertà di religione,

---

<sup>21</sup> Come recita il § 1 dell'art. 6 della Convenzione, a proposito delle (poche) possibilità di vietare l'accesso della stampa e del pubblico alla sala di udienza.

<sup>22</sup> Sulle gabbie di ferro ancora (tristemente) presenti nelle nostre aule di giustizia si v. E. AMODIO, *Estetica della giustizia penale. Prassi, media, fiction*, Milano, 2016, pp. 106 ss., mentre per quanto riguarda le manette voglio ricordare il (malinconico) caso deciso dalla sentenza n. 147 del 1974 della Corte costituzionale. Sono quei casi che, promossi dai pretori d'assalto, fanno riflettere. Vedere l'imputato in manette provocava un turbamento psicologico che, per il pretore di Mirandola, impediva di pronunciarsi serenamente. Per il giudice *a quo* era lesa anche la dignità dell'uomo e il principio di eguaglianza, visto che le donne erano esentate. Il nesso di pregiudizialità tra la risoluzione della *quaestio* e la decisione del giudizio principale, ai fini della rilevanza, evidentemente, non esisteva. L'esito non poteva che essere l'inammissibilità, tuttavia il caso è significativo: vero che il problema delle manette si pone essenzialmente per la lesione dei diritti (*soggettivi*) della persona (e se si vuole della dignità umana), non di meno il valore/principio (*oggettivo*) dell'indipendenza di giudizio merita di essere tenuto in considerazione. Infine, per fortuna da noi (non altrove) il problema del vestiario di un detenuto in udienza non si pone più. Su alcuni di questi temi indispensabile E. FASSONE, *Fine pena: ora*, Palermo, 2015, *passim*.

gli Stati, questo il punto, hanno un ruolo ampio e incisivo. Le regole, nel momento in cui il tema è la religione, non possono che essere differenti da Stato a Stato, poiché differenti sono le tradizioni. Il margine di apprezzamento deve essere “wide”, ampio: spetta primariamente e soprattutto agli Stati il compito di comprendere se le limitazioni alla libertà di religione possano dirsi necessarie in una società democratica. Il ruolo della Corte non è però nullo: deve valutare se le scelte statali sono giustificate “in principle” e proporzionali, anche rifacendosi al *consensus* e ai *common values*<sup>23</sup>.

Rilevato tutto questo, i giudici di Strasburgo ritengono la limitazione non giustificata, poiché non necessaria in una società democratica.

Vale la pena sottolinearlo con una certa enfasi. Siamo di fronte ad una conclusione davvero insolita. Dal 2005 al 2017, in riferimento ad una doglianza riguardante il § 2 dell'art. 9, la normalità sono la inammissibilità (sei casi)<sup>24</sup> e la non violazione (sei casi)<sup>25</sup>. La Corte – a me

---

<sup>23</sup> Sul tema v. F. BUFFA, *Il margine di apprezzamento degli Stati aderenti alla CEDU* e P. GORI, *Margine di apprezzamento nella CEDU: inquadramento ed analisi comparativa*, in G. BRONZINI, R. COSIO (a cura di), *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali*, Milano, 2017, rispettivamente, pp. 247 ss. e pp. 259 ss. Quattro termini, quelli utilizzati dalla Corte, potenzialmente dirompenti e anche per questo si torna presto ai più semplici e anche decisivi fatti. Del resto, almeno la proporzionalità e il *consensus* altro non sono che “dottrine” utilizzate dalla Corte che incrementano il posto del fatto nel giudizio convenzionale.

<sup>24</sup> Sono stati dichiarati inammissibili i ricorsi di: 1) un sikh avverso l'obbligo di levarsi il turbante (la *dastar*) per le operazioni di imbarco in aeroporto (*Phull v. Francia*, II Sez., 11.1.2005, unanime); 2) una professoressa universitaria licenziata perché indossava il velo (*Kurtulmus v. Turchia*, II Sez., 24.1.2006, unanime); 3) novantaquattro tra studenti e genitori che si lamentavano dell'impossibilità di frequentare la scuola con il velo (*Kose e Altri v. Turchia*, Sez. II, 24.1.2006, unanime); 4) una donna che si è vista negare il visto di ingresso, da parte del consolato francese in Marocco, poiché non ha tolto il velo ai fini del riconoscimento posto in essere da personale solo maschile (*El Morsli v. Francia*, III Sez., 4.3.2008, a maggioranza); 5) un sikh che si lamentava della necessità di levarsi la *dastar* per fare la foto per la patente di guida (*Mann Singh v. Francia*, V Sez., 13.11.2008, unanime); infine, 6) sei tra ragazze e ragazzi espulsi da una scuola secondaria poiché si sono rifiutati di levarsi le prime il velo e i secondi la *dastar* (*Atkas v. Francia*, *Bayrak v. Francia*, *Gamaleddyn v. Francia*, *Ghazal v. Francia*, *J. Singh v. Francia*, *R. Singh v. Francia*, tutti della V Sez., 30.6.2009, unanimi). I voti non mentono: uno deciso a maggioranza, cinque unanimi.

<sup>25</sup> Nessuna violazione invece in questi casi: 1) una studentessa di medicina che, non potendo più portare il velo né in classe né agli esami, è stata costretta a lasciare la Turchia per l'Austria al fine di proseguire negli studi (*Leyla Sahin v. Turchia*, G.C., 10.11.2005, 16 vs 1); 2) due ragazze espulse da una scuola secondaria perché non avevano assiduamente seguito le attività di educazione fisica, per la frequenza delle quali, secondo il docente, avrebbero dovuto togliere il velo (*Dogru v. Francia* e *Kervanci v. Francia*, entrambi della

sembra – ha finito con il giustificare quasi sempre le limitazioni della libertà di religione proprio grazie al *wide* (o *wilde?*) margine di apprezzamento<sup>26</sup>.

Tanto è vero che le sparute dichiarazioni di violazione sono unicamente due, una (complicata) verso la Turchia<sup>27</sup> e l'altra verso il Regno Unito (o meglio la *British Airways*)<sup>28</sup>.

V Sez., 4.12.2008, def. 4.3.2009, unanimi); 3) una persona che non poteva più indossare (in pubblico) il *burqa* a causa della nuova legge che proibisce «*la dissimulation du visage dans l'espace public*» (S.A.S. v. Francia, G.C., 1.7.2014, 15 vs 2); 4) una donna alla quale non è stato rinnovato il contratto di lavoro presso un ospedale per via del rifiuto di togliersi il velo (*Ebrahimian v. Francia*, V Sez., 26.11.2015, def. 26.2.2016, 6 vs 1); 5) un caso identico a S.A.S., tranne per il fatto che la legge proibisce la copertura totale e anche *parziale* del viso (*Belcacemi e Oussar v. Belgio*, II Sez., 11.7.2017, def. 11.12.2017, unanime); 6) un caso identico al precedente, ma la legge era di tre municipalità e non statale (*Dakir v. Belgio*, II Sez., 11.7.2017, def. 11.12.2017, unanime). Anche qui i numeri non mentono: nelle quattro di Camera, tre unanimi, una 6 vs 1, mentre nelle due di Grande Camera una 16 vs 1 e una 15 vs 2. E si è proposto il *referral* solo in due casi.

<sup>26</sup> Poco cambia quando sostiene che la limitazione alla libertà di religione è di durata estremamente ridotta. Ai casi riportati, oltre a *Lausi*, se ne possono aggiungere altri tre, ai quali ci riferiremo nel prosieguo. E non ho potuto considerare ai nostri fini *Barik Edidi v. Spagna*, III Sez., 26.4.2016, poiché, pur essendo la doglianza rivolta verso l'art. 9, è stata dichiarata (a maggioranza) inammissibile per il mancato esaurimento delle vie di ricorso interne: una avvocatessa che, fintantoché è stata seduta nella parte riservata al pubblico non ha avuto problemi, mentre, nel momento in cui ha fatto ingresso nello spazio riservato alle parti, si è sentita ordinare dal presidente della corte, per via del velo, di tornare tra il pubblico.

<sup>27</sup> In *Ahmet Arslan e Altri v. Turchia*, II Sez., 23.2.2010, def. 4.10.2010, 6 vs 1 (il *referral* è stato respinto). I ricorrenti sono centoventisette membri di un gruppo religioso conosciuto come *Aczimendi tarikaty*, una sorta di «setta» (parola usata dalla Corte). Erano nei pressi di una moschea e portavano il loro tipico vestiario, tipico, secondo loro, di alcuni profeti: un turbante, pantaloni larghi, tunica nera e un bastone. A seguito di alcuni incidenti sono tutti arrestati con l'accusa di aver violato la legge in materia di lotta al terrorismo. Alla prima udienza, dinanzi ad una corte speciale per la sicurezza nazionale, si presentano con lo stesso vestiario. Conclusione: dopo due anni di detenzione cautelare, l'azione penale esercitata per i fatti principali è sospesa (e cinque anni dopo annullata retroattivamente), mentre si arriva alla condanna per non aver tolto il vestiario a seguito dell'ordine impartito dal presidente della corte, con una pena traslata da detentiva in pecuniaria. La Corte constata la violazione, ma accorda ai ricorrenti solo 10 euro di risarcimento a titolo di pregiudizio materiale, poiché la Turchia si è impegnata a rimborsare integralmente a tutti i ricorrenti le sanzioni pecuniarie. Quanto al risarcimento morale, a fronte di una richiesta di 3.000 euro a ricorrente, la Corte ritiene sufficiente la dichiarazione di violazione. Il Comitato dei Ministri il 9 novembre 2016 ha formalmente chiuso la procedura di esecuzione.

<sup>28</sup> In *Eweida e Altri v. Regno Unito*, IV Sez., 15.1.2013, def. 25.5.2015 (5 vs 2), nel quale è stata dichiarata la violazione dell'art. 9, ma solo nei confronti del primo ricorrente (la

## 6. Una società democratica è tollerante

È pertanto necessario seguire da vicino il ragionamento dei giudici di Strasburgo. Prima di tutto, si sottolinea (per la seconda volta) la diversità del caso di specie rispetto ad altri, nei quali erano in discussione determinati obblighi di discrezione, neutralità e imparzialità in capo a pubblici ufficiali. Si richiamano alcuni precedenti. Un caso russo, nel quale un giudice (evangelico) era stata rimossa perché, tra le altre cose, aveva fatto proselitismo e pregato in udienza (II Sez., *Pitkevich*, 8.2.2001, decisione unanime di inammissibilità). E un caso svizzero, riguardante il divieto di insegnare con il velo nelle scuole primarie (II Sez., *Dahlab*, 15.2.2001, decisione a maggioranza di inammissibilità). Per quali motivi questi richiami? Poiché, dice *pianamente* la Corte, il cittadino, in una società democratica, non è di norma tenuto a rispettare specifici obblighi di questo tipo. Vero che non tutto è ammesso – e si cita un recente caso turco (II Sez., *Enver Aydemir*, 7.6.2016, def. 7.9.2016), nel quale era in discussione la (non possibile) obiezione di coscienza al servizio militare per motivi “apparentemente” religiosi – non di meno la libertà di religione è garanzia di pluralismo e del diritto di ciascuno di comunicare ad altri il proprio credo.

La Corte, inoltre, sostiene di non avere motivo per ritenere che il Sig. Hamidović fosse in mala fede. Era al contrario in perfetta buona fede: non ha voluto recare danno a nessuno. E, in effetti, per i giudici di Strasburgo, il pluralismo e la tolleranza sono «*hallmarks*» di una società democratica: costituiscono le «impronte genetiche» di una democrazia. Sebbene gli interessi di una persona possano, in alcune circostanze, essere subordinati a quelli di un gruppo, la democrazia plu-

---

sig.ra Ewida), la quale, cristiana copta praticante, si è lamentata della impossibilità di portare la croce al collo durante lo svolgimento delle mansioni di addetta al *check-in* per la *British Airways*. I giudici della Corte hanno considerato prevalente la possibilità di manifestare il credo (quindi, di portare la croce *sopra* e non *sotto* la divisa) rispetto a quella dell'azienda di proteggere una certa immagine grazie ad una determinata uniforme di lavoro. In effetti, la *British Airways* consentiva ai sikh di utilizzare il turbante e ai musulmani il velo, in entrambi i casi però con dei colori autorizzati dall'azienda. Anche in questo caso, come nel precedente, il *referral* è stato richiesto ma non accettato e, come sappiamo, inutile tentare di scoprire i motivi del rigetto, visto che il *panel* della Grande Camera non rende motivazione.

rale e tollerante non significa che l'opinione della maggioranza debba sempre prevalere.

In questo preciso momento la Corte sfoggia una delle poche frasi in tutta la motivazione che ha il sapore altisonante delle grandi prese di posizione: il compito delle autorità non consiste nel rimuovere le tensioni, eliminando il pluralismo, ma in quello di assicurarsi che gruppi diversi si tollerino. Un modo indiretto, appunto con qualche enfasi, per sostenere che le autorità non devono ordinare alle persone di rimuovere il copricapo, ma tollerarli (persone e copricapi) in nome del pluralismo.

La strada è segnata, il ricorso è in discesa, la doglianza quasi accolta. Sono ancora i fatti che tornano immediatamente ad occupare la scena principale<sup>29</sup>. A differenza di altri membri della comunità salafita, una comunità particolarmente chiusa, il ricorrente, sostiene la Corte, si è presentato coraggiosamente quando è stato convocato come testimone. Nel momento in cui la corte è entrata in aula, il sig. Hamidović si è alzato in piedi, dimostrando rispetto per le regole dello Stato. Non esistono elementi che potrebbero far ritenere che il sig. Hamidović non intendesse testimoniare ma perseguire altri scopi, più o meno politici. Nemmeno si può dire che abbia mancato di rispetto al presidente della corte, nell'aula nella quale si amministra la giustizia.

Alla luce di questi (concretissimi) aspetti, l'oltraggio alla corte, sulla base del solo rifiuto di levarsi il copricapo, non era necessario in una società democratica. Le autorità statali hanno oltrepassato il pur ampio margine di apprezzamento, in questo modo violando l'art. 9 § 2 della Convenzione<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> È stato scritto che il giudice è continuamente alle prese, nel suo ragionamento, con un «andirivieni» tra il fatto e la norma (v. J. HRUSCHKA, *La costituzione del caso giuridico. Il rapporto tra accertamento fattuale e applicazione giuridica* (1965), Bologna, 2009, p. 26).

<sup>30</sup> La Corte assorbe la doglianza relativa all'art. 14 sul divieto di discriminazione. Due notazioni. Primo: oltre agli artt. 9 e 14, il ricorso avrebbe potuto prendere in considerazione anche la violazione dell'art. 3, in quanto è lo stesso ricorrente a sostenere che il presidente della corte, condannandolo per oltraggio ed espellendolo dall'aula, ha voluto mandare un chiaro messaggio a tutti i musulmani del paese. Certo, considerando però che il *leitmotiv* del diritto internazionale dei diritti umani (e quindi anche di quello convenzionale) non è la concezione oggettiva, ma quella soggettiva della dignità umana (v. P. DE SENA, *Dignità umana in senso oggettivo e diritto internazionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 3/2017, pp. 573 ss.). Secondo: la Corte dichiara sì assorbita la doglianza in riferimento all'art. 14, ma perché la parte del ricorso che si riferiva a questo articolo conteneva argomenti chiariti nelle motivazioni sull'art. 9. Se così non fosse stato (se quindi il ricorso avesse scisso «meglio» le due ipotetiche violazioni), la Corte avrebbe proceduto all'esame della

## 7. I diritti e il diritto

In questo scritto ho accordato molta importanza ai fatti. I grandi temi del pluralismo, della tolleranza, della laicità e della democrazia hanno avuto sicuramente un ruolo, ma sono stati i singoli comportamenti tenuti dal sig. Hamidović a fare la differenza. Piccoli gesti che hanno “chiuso” il caso più dei grandi principi<sup>31</sup>.

Prendersi un attimo di tempo e *riflettere* dopo aver udito il presidente della corte ordinare di togliersi il copricapo. Non dare mai l'impressione di voler strumentalizzare – in un'aula di giustizia – il copricapo come simbolo religioso, quasi a farne una *battaglia* politico-ideologica. Il *coraggio* dimostrato nel testimoniare a favore della giustizia del paese nel quale si vive, a dispetto della chiusura della comunità religiosa di appartenenza.

Se si vuole, la *coerenza* dimostrata nel rifiutarsi di pagare la sanzione pecuniaria, nonostante la piena consapevolezza dell'automatica conversione in trenta giorni di detenzione. Dico coerenza poiché l'unica colpa del Sig. Hamidović è stata quella di portare un copricapo, che non ostacolava e turbava proprio niente, né la giustizia né il decoro in un'aula di giustizia. La domanda da porsi non è “perché non ha deciso di toglierlo?”, semmai “per quale motivo gli è stato ordinato di levarlo?”.

Qualche ulteriore riflessione a questo proposito, con una sorta di premessa. Sono convinto che siano i “piccoli” casi a cambiare il mon-

---

doglianza in riferimento all'art. 14, indipendentemente dalla dichiarata violazione dell'art. 9. A questa sorta di obbligo di pronunciarsi su *tutto* il chiesto fa da contraltare *a)* la possibilità per la Corte di riformulare l'articolo della Convenzione al quale la doglianza si riferisce e *b)* quella di accordare il risarcimento anche nel caso in cui non è stato chiesto (ho descritto questo secondo caso in D. GALLIANI, *Esiste un diritto che non sia umano? A proposito della possibilità della Corte di Strasburgo di accordare il risarcimento anche quando non è stato chiesto*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 15.4.2017).

<sup>31</sup> È stato accordato al sig. Hamidović un risarcimento per *non pecuniary damage* di 4.500 euro, a fronte dei 50.000 richiesti. Nessuna indicazione specifica o generale è avanzata dalla Corte. Il caso è quindi chiuso, anche se vi è da sottolineare la possibilità di sostenere, a questo punto, in un nuovo ricorso statale, l'ingiusta detenzione, causata da una decisione del giudice in violazione della Convenzione. Se questa ipotesi fosse percorsa e se non andasse a buon fine a livello statale, la Corte di Strasburgo – se adita – potrebbe ritornare in scena.

do, nel senso di contribuire, *step by step*, ad un mondo migliore. Spesso quelli “grandi” poco servono, generano il più delle volte decisioni di compromesso, interlocutorie, che lasciano i più insoddisfatti<sup>32</sup>. Certo, i piccoli casi sono uno diverso dall’altro. Sarebbe forse bastato un gesto anomalo del sig. Hamidović per cambiare la nostra (la mia) opinione: un gesto anomalo a dimostrazione che la sua era una (legittima) battaglia politica, ma da portare avanti *non* in un’aula di giustizia. Allo stesso modo, non vi è dubbio che i piccoli casi si inquadrino meglio in termini di revisione piuttosto che di precedente.

Con tutte queste complicazioni, il punto è che concentrando l’attenzione sui fatti, tenendo i piedi saldamente piantati a terra, anche le questioni più complesse possono trovare una (almeno) *chiara* soluzione. Discutibile, ovviamente, non vale nemmeno la pena di dirlo<sup>33</sup>. Ma se non altro la soluzione è chiara e comprensibile: nel nostro caso, sia per il ricorrente sia per il presidente della corte della Bosnia ed Erzegovina, che tutto sommato non era difendibile molto meglio di quanto ha fatto il Governo (e vedremo se entro tre mesi chiederà il *referral* in Grande Camera e se sì cosa deciderà il *panel* di cinque giudici incaricato di valutarlo).

Esposta questa premessa, inizierei con il mettere in risalto che la decisione della Corte è stata presa sei giudici contro uno. Andando subito oltre – la giustizia non è quantità, ma qualità, non contano (solo) i numeri, ma (anche e soprattutto) le persone – interessante evidenziare *chi* erano i sette giudici della Camera. Quattro giudici su sette sono stati in precedenza giudici delle corti costituzionali dei rispettivi paesi. Un altro giudice, prima di essere eletto alla Corte, è stato giudice per tutta la vita. Solo il Presidente della Camera (che è Presidente della

---

<sup>32</sup> Si v. G. CALABRESI, *Il mestiere di giudice. Pensieri di un accademico americano*, Bologna, 2013, pp. 35 ss.

<sup>33</sup> Ma voglio fare un esempio. Un detenuto conserva in cella la fotografia della defunta madre. La foto è sequestrata poiché eccede le misure massime consentite dal regolamento interno del carcere (era 18x15cm e non 10x15cm). Si propone reclamo generico al magistrato di sorveglianza (*ex art. 35 ord. pen.*), il quale rigetta affermando l’assenza di una posizione giuridica qualificabile in termini di diritto soggettivo. Non una parola sulle “ragioni” del trattenimento della fotografia, che per il detenuto era da ritenere funzionale al soddisfacimento e alla cura del proprio diritto alla affettività. Arriva il ricorso in Cassazione e il giudice di legittimità, partendo da un caso come questo (ribadisco: era in discussione una fotografia di 3 cm più alta del massimo consentito dal regolamento del penitenziario), elabora un chiarissimo *standard* che consente di distinguere (molto) meglio del passato il reclamo generico dal reclamo giurisdizionale in senso proprio (*ex art. 35 bis ord. pen.*). Si v. Cassazione, I Sez. penale, sentenza n. 54117, 14.6.2017, dep. 30.11.2017, *Costa*, rel. Magi.

Sezione) e un altro giudice hanno una esperienza differente. Tuttavia, il primo è stato un avvocato, prima di diventare giurista presso la Corte, mentre il secondo avvocato e professore universitario, superando anche l'esame per diventare magistrato e svolgendo per diversi anni la mansione di *advisor* della corte costituzionale del proprio paese.

Voglio mettere in evidenza questi aspetti poiché quello del sig. Hamidović è un tipico caso nel quale contano sì le interpretazioni delle (poche e *wide*) disposizioni normative di riferimento. Sicuramente assumono importanza i grandi principi. Ma, in definitiva, è fondamentale l'esperienza di giudice incaricato di gestire un'aula di giustizia o comunque di giudice in una pubblica udienza, non importa quanto partecipata. Ha molto aiutato l'essere stati in precedenza giudici. Non solo le (poche) motivazioni più "astratte" a fondamento della violazione potevano essere avanzate in qualunque corte costituzionale di uno Stato parte della Convenzione (non in quella della Bosnia ed Erzegovina, dissenzienti a parte), ma si è trattato *molto di più* di utilizzare "in concreto" una buona dose di ragionevolezza, se si vuole qualificata in quanto basata sulla esperienza nelle aule di giustizia<sup>34</sup>. Sarebbe inutile negare la particolarità del contesto della Bosnia ed Erzegovina. Il nostro piccolo caso ha assunto coloriture politiche di più ampia portata. Eppure, come negare che una questione simile possa ripresentarsi domani in un qualsiasi tribunale di un qualsiasi paese della Grande Europa?

L'insegnamento che si può trarre dalla sentenza della Corte mi sembra questo. Non si affrontino i problemi utilizzando comode e semplici scorciatoie<sup>35</sup>. Piuttosto, si comprendano veramente i propositi delle persone. E da lì si valuti, secondo (praticissima) ragionevolezza, se a prevalere deve essere un certo decoro in un'aula di giustizia o se altrimenti il nostro sguardo, le nostre abitudini, la nostra tranquillità sono troppo scosse dal dover interloquire con una persona la cui unica

---

<sup>34</sup> Segnalo *en passant* su un tema "diverso" il volume di S. CECCHI, G. DI ROSA, T. E. EPIDENDIO, *Partire dalla pena. Il tramonto del carcere*, prefazione di L. Eusebi, Macerata, 2015, i cui Autori sono *tutti* magistrati.

<sup>35</sup> «L'uomo di legge non può più tacere sui suoi valori e sui suoi impegni, perché sono proprio quei valori ed impegni a fare di lui un uomo di legge»: v. C. LUZZATI, *La politica della legalità. Il ruolo del giurista nell'età contemporanea*, Bologna, 2005, p. 31.

colpa è quella di tenere in testa un copricapo, convinto che così deve fare perché così ha fatto il Profeta della religione nella quale crede<sup>36</sup>.

In questo cammino, non difficile se il giudizio vince sul pregiudizio, devono essere evitati gli eccessi, le rigide convinzioni, quindi l'intolleranza, la quale, inconscia, si nasconde dietro ogni persona che ricopre una carica pubblica. Intolleranza nel senso di sentirsi “un gradino sopra” e non sullo stesso identico piano dei propri interlocutori, disposti ad ascoltarne le ragioni<sup>37</sup>. È stata davvero una felicissima soluzione quella escogitata dal giudice inglese nel caso richiamato dalla Corte. Non dimentichiamo che lì non era in discussione un copricapo, ma il *burqa*, il quale, obiettivamente, se indossato in un'aula di giustizia, potrebbe comportare dei problemi. Non di decoro, intendiamoci<sup>38</sup>. Il giudice (almeno quello del merito) *deve* sempre poter *vedere il volto e gli occhi* della persona che deciderà di assolvere o condannare, così come del testimone che potrebbe portare giovamento alla giustizia<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> Siamo oramai arrivati (o tornati) al rigetto del diverso quasi fosse un impiccio, una scoccatura, qualcosa che turba la nostra regolare esistenza. Mi sembra che lo stesso accada anche in riferimento alla questione povertà, che sembra oramai dare o fastidio o mettere a repentaglio (in quanto tale) la sicurezza pubblica, come hanno messo in evidenza ora E. GRANDE, *Guai ai poveri. La faccia triste dell'America*, Torino, 2017 e prima M. RUOTOLLO, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà. Dal “diritto alla sicurezza” alla “sicurezza dei diritti”*, Napoli, 2012.

<sup>37</sup> Consigliò il relatore della tesi ad Alberto Marcheselli: «Ma perché non fa il concorso in magistratura? Noto che lei non riesce a non esaminare le ragioni di tutti» (v. A. MARCHESELLI, *Magistrati dietro le sbarre. Farsa e tragedia nella giustizia penale italiana*, Milano, 2009, p. 16).

<sup>38</sup> Quella del giudice inglese è stata una felice soluzione anche perché nel Regno Unito le pubbliche discussioni su questi temi sono molto avanzate. Si è più coscienti grazie alla conoscenza: del problema delle minoranze entro le minoranze (religiose), del ruolo della scienza giuridica nel diritto islamico, delle potenzialità di dialogo tra corti islamiche e corti statali, che in alcuni casi ha portato addirittura al riconoscimento *de facto* di regole shariatiche entro il diritto inglese, specie nel diritto di famiglia. Il punto di partenza è sempre il medesimo, un approccio tollerante: se i matrimoni islamici esistono, allora non solo si possono riconoscere, ma anche tutelare. Sulla questione, v. P. PAROLARI, *Shari'ah e corti islamiche in Inghilterra tra mito e realtà. Pluralità di ordinamenti giuridici e interlegalità nelle società multireligiose e multiculturali*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1/2017, pp. 157 ss.

<sup>39</sup> Non posso fare a meno di auspicare un rapido ritorno alla Corte costituzionale (italiana) per quanto riguarda la *nuova* partecipazione a distanza (la *famigerata* videoconferenza) introdotta dalla riforma Orlando (legge 23 giugno 2017, n. 103): sia sull'inversione tra eccezione e regola sia sulla possibilità di procedere a distanza anche per garantire la ragionevole durata del processo. In linea generale, va poi almeno sottolineato che se la privazione completa dell'udienza pubblica potrebbe (con non pochi dubbi) giustificarsi per

La tolleranza in fondo è questo. Mettersi nei panni degli altri. Osservare il mondo con gli occhi altrui. È stato scritto in non pochi testi sacri, accennato da molti poeti e romanzieri, persino cantato da una *band* inglese tra le più influenti nella storia della musica recente: «*try walking in my shoes*». Essere tolleranti significa provare a camminare con le scarpe altrui<sup>40</sup>, che non vuole dire rinunciare ad alcuni punti fermi<sup>41</sup>. Insomma, la tolleranza è trattare le persone con eguale considerazione e rispetto<sup>42</sup>. Diversamente sarebbe *Retrotopia*<sup>43</sup>, tornare all'*homo homini lupus*<sup>44</sup>, alla *Europa che fu*<sup>45</sup>.

---

via della “tecnicità” del giudizio e della “posta in gioco”, molto e davvero più complicato percorrere questa direzione per il fine della ragionevole durata dei processi, per perseguire l’efficientismo nella giustizia. E mi sembra che, sempre per stare al nostro ordinamento, al triste abbandono dell’udienza pubblica si stia accompagnando sempre più anche la relativizzazione del diritto di appello, ancora una volta per il soddisfacimento di fini (si dice) di razionalizzazione, ma più che altro di efficientismo e speditezza. E ancora una volta iniziando dagli immigrati (con il cd. “decreto Minniti”, che tra l’altro introduce anche in questi ambiti la videoconferenza) e dai detenuti (con la cd. “riforma Orlando” e i decreti legislativi di attuazione).

<sup>40</sup> Anche (soprattutto) nei casi più difficili: «Due uomini salirono sul podio. Il primo disse: “Sono Ahmed e sono un palestinese. Mio figlio è morto nell’intifada, ucciso da un proiettile israeliano. Vengo per augurare a tutti voi *shabbāt shālōm*”. Poi parlò l’altro uomo: “Sono Moïse e sono israeliano. Anche mio figlio è morto nell’intifada, ucciso da una bottiglia molotov lanciata da un adolescente palestinese. Vengo per augurare a tutti *as-salām’alaykum*”» (v. S. BARON-COHEN, *La scienza del male. L’empatia e le origini della crudeltà* (2011), Milano, 2012, p. 159).

<sup>41</sup> Si v. S. SOTOMAYOR, in B. BARBISAN (a cura di), *Il mio mondo amatissimo. Storia di un giudice dal Bronx alla Corte Suprema* (2013), Bologna, 2017, p. 406: «c’è davvero qualcosa di profondamente sbagliato in una persona che non ha principi, che non ha un nucleo morale (...) ci sono senz’altro valori che non ammettono compromessi e annovero tra di essi l’integrità, l’equità e il rifiuto della crudeltà».

<sup>42</sup> Come avrebbe detto R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio* (1977), Bologna, I ed. ita. 1982, nuova ed. 2010. L’eguale considerazione e rispetto sta alla base di tutto, obbliga a prendere sul serio i diritti, poiché «violare un diritto significa trattare un individuo come se fosse qualcosa di meno di un essere umano, o come se fosse meno degno di considerazione di quanto non lo siano le altre persone» (*ivi*, p. 289). Convincente, da questo punto di vista, la sentenza della V Sez. penale della Cassazione (n. 50187, 10.5.2017, rel. De Marzo): affermare che la morte di un capomafia «toglie alla Sicilia un gran pezzo di merda» viola «in modo insuperabile il nucleo fondamentale della dignità che il nostro ordinamento riconosce a qualunque essere umano, anche a chi appartiene ad una associazione malavitosa sanguinaria e nefasta (o addirittura la capeggia), in quanto il fondamento costituzionale del nostro sistema penale postula la “rieducabilità” anche del peggior criminale (art. 27, comma terzo, Cost.) e, pertanto, non può tollerare, neanche come artificio teorico, la sua reificazione». Non serve aggiungere alcuna parola.

## 8. Quarto grado di giudizio e intervento del legislatore

Qualche finale considerazione a proposito dell'unica opinione dissenziente e delle due concorrenti, analizzando le quali si possono considerare eventuali future prese di posizione della giustizia sovranazionale, nonché posizioni che anche a livello statale potrebbero raccogliere qualche potenziale seguace.

Secondo il giudice eletto per il Liechtenstein la maggioranza ha sbagliato: la Corte europea dei diritti dell'uomo non è un quarto grado di giudizio, pertanto si dovevano assecondare le decisioni dei giudici statali<sup>46</sup>. Non concordo. In primo luogo, questa posizione presuppone che non esistano caratteristiche di fondo proprie del mestiere di *ogni* giudice, dal giudice di pace a quello di merito, dal giudice di legittimità a quello costituzionale, dal giudice sovranazionale a quello internazionale: qualcuno di questi giudici può vantare un diritto di essere intollerante? In secondo luogo, sostenere che la Corte non è un quarto

<sup>43</sup> Spiegata da Z. BAUMAN, *Retrotopia* (2017), Roma-Bari, 2017. L'ultimo libro lasciato ci prima di morire. Spietato e realistico, discute molto di tolleranza e soprattutto in ambito religioso.

<sup>44</sup> Sulla laicità, con un approccio simile a quanto qui esposto, v. O. CHESSA, *La laicità come uguale rispetto e considerazione*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2006, pp. 27 ss. e, in termini più generali, anche per il metodo (casistico, comparatistico, interdisciplinare), si veda il bel lavoro di I. RUGGIU, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Milano, 2012, la quale discorre di *incontri* e non di *conflitti* multiculturali proprio basandosi, tra le altre cose, sulla necessità di adottare il punto di vista altrui, quel metodo partecipato che nel tempo hanno adottato gli antropologi.

<sup>45</sup> Come ha scritto PIETRO ROSSI, *L'Europa che fu. Fine di un ciclo*, Bologna, 2017.

<sup>46</sup> Ecco il suo pensiero (traduzione mia): «Si può essere d'accordo o meno con le valutazioni espresse dalle corti statali, nonché con i contenuti delle loro decisioni. In ogni caso, considerando che noi non siamo un'altra corte statale o una corte di quarta istanza, la Corte può sostituire la propria opinione a quella delle corti statali solo quando è giustificato, in specie quando gli Stati membri hanno chiaramente oltrepassato il proprio margine di apprezzamento (§ 4). Se fossi stato il giudice statale, è possibile che mi sarei deciso per non intervenire, tollerando un testimone che indossa un copricapo. Ad ogni modo, questa è solo una supposizione, poiché, nonostante abbia fatto il giudice per diversi anni a livello statale, non mi sono mai trovato in una simile situazione. Come che sia, come giudici di una corte internazionale noi dobbiamo approcciare un caso come questo in un modo differente e in una differente prospettiva. Dobbiamo accettare i limiti ai quali siamo costretti, in particolare quando stiamo valutando una doglianza in riferimento all'art. 9 della Convenzione (§ 5)».

grado di giudizio altro non è che un (comodo e contraddittorio) paravento per decidere di non decidere<sup>47</sup>. La cosa più grave è che, in questo modo, si sacrifica la giustizia sull'altare di un non meglio identificato diritto dei giudici (statali) di scambiare le aule di giustizia con (e sono prudente) delle aule parlamentari<sup>48</sup>. La giustizia non deve avere secondi fini. È *il fine*. Esattamente come l'essere umano in nome del quale è amministrata. La dignità dell'uomo *trasla* nella dignità della giustizia. Altro che *traslazione* della sanzione pecuniaria in detentiva per non aver voluto togliere un copricapo, il tutto originato da un (supposto) oltraggio ad una corte presieduta da un presidente (certamente) intollerante.

Dato che il decoro in questo caso non è mai stato il vero problema – visto che non si trattava di un ragazzino indisciplinato che teneva un cappellino da *baseball* rivoltato all'indietro – si dovrebbe domandare al giudice dissenziente, come fa uno dei due giudici concorrenti (il giudice maltese), che cosa sarebbe accaduto se, al posto del musulmano salafita con il *taqiyah*, a testimoniare fosse stato chiamato un cattolico, un ortodosso, un *sikh*. Avremmo chiesto al primo di levarsi la croce pettorale, al secondo la *skufia* (il copricapo nero) e al terzo la *dastar*, il turbante aggrovigliato sopra il capo?

La seconda opinione concorrente è del giudice sloveno. Sostiene di aver votato a favore della violazione, ma, in presenza di una legge che vietasse esplicitamente i simboli religiosi nelle aule di giustizia, la sua opinione sarebbe potuta cambiare. Il giudice dubita che un professore possa decidere autonomamente se indossare o meno in classe un simbolo religioso. Lo stesso vale per un giudice e la “sua” aula. Il rischio sarebbe l'arbitrarietà, incompatibile con una democrazia tollerante. Forse meglio una legge eguale per tutti, in presenza della quale le valutazioni da compiere potrebbero essere differenti. Il ragionamento non persuade. Di là del merito<sup>49</sup>, è l'approccio che lascia perplessi: per

---

<sup>47</sup> Si può decidere che posizione prendere *solo dopo* aver letto e valutato le sentenze dei giudici statali. A questo punto, la decisione di non intervenire sarà presa perché la Corte non è un quarto grado di giudizio o perché non ha riscontrato una violazione? Solo la seconda alternativa è possibile, la prima è già caduta.

<sup>48</sup> Cosa che rischia in Bosnia ed Erzegovina di ricreare «quella commistione letale di politica e religione che ha dato inizio al massacro»: v. P. RUMIZ, *Maschere per un massacro*, cit., p. 14.

<sup>49</sup> Possibile scordare che (ieri) sono stati spesso i regimi dittatoriali ad introdurre (con legge) in varie parti del mondo e sicuramente in Europa proprio obblighi *validi per tutti*? È possibile fare finta di niente a fronte della situazione creatasi (oggi) ad esempio in Francia,

quale motivo la scelta lasciata al giudice (o a un professore) dovrebbe condurre all'arbitrio, mentre l'intervento del legislatore (a colpi di maggioranza?) sarebbe in grado di risolvere ogni tipo di problema<sup>50</sup>?

Conclude in ogni caso il giudice sloveno e io con lui. Sicuramente, nel caso di specie, non si doveva arrivare all'oltraggio alla corte, che per di più il presidente della corte non ha *mai* nemmeno motivato. Aggiungo: altro non poteva fare poiché, al di là delle omesse formalità, si può motivare solo ciò che è dicibile<sup>51</sup>. Il presidente della corte in Bosnia ed Erzegovina si è reso quindi protagonista di un gesto istintivo, come istintiva è la base dell'intolleranza<sup>52</sup>. Se è vero che «la vita o il diritto non sono necessariamente migliori quando esistono troppe opzioni»<sup>53</sup>, allora, nel momento in cui sembra essercene una sola (ascoltare la testimonianza del sig. Hamidović per eventualmente favorire il corso della giustizia), questa va percorsa<sup>54</sup>. Diversamente, ri-

dove sono le scuole private cattoliche ad accogliere le studentesse musulmane che, per via del velo, non possono più frequentare la scuola pubblica?

<sup>50</sup> Due radicali proposte per “superare” la logica del conflitto tra legislazione e giurisdizione sono quelle di N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017 e di A. GUSMAI, *Giurisdizione, interpretazione e co-produzione normativa*, Bari, 2015. Una scelta valida per tutti, affidata al legislatore unto dal popolo: ecco questo è esattamente il contrario della tolleranza democratica pluralista, che non può accettare la riduzione del fenomeno giuridico a *solo* legislativo, poiché piaccia o meno il diritto è sempre stato composto e lo sarà sempre da *diversi* formanti, tra i quali quello dottrinale e quello giurisprudenziale, né da benedire né da maledire (semmai da criticare, quando occorre).

<sup>51</sup> Per un giudice (e per il diritto nel suo complesso) la motivazione ha un ruolo straordinario: genera argomenti che giustificano (v. N. MACCORMICK, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto* (1978, II ed. 1994), ed. ita. a cura di V. Villa, trad. e introd. di A. Schiavello, Torino, 2001, *passim*) e obbliga a trattare le persone con eguale considerazione e rispetto (v. J. WALDRON, *Il rule of law e l'importanza della procedura*, in G. PINO, V. VILLA (a cura di), *Rule of Law. L'ideale della legalità*, Bologna, 2016, in specie, pp. 374 ss. e *ivi* p. 376: «Applicare una norma a un soggetto umano non è come decidere cosa fare di un animale rabbioso o di un edificio in rovina. Include prestare attenzione a un punto di vista, e rispettare la personalità del soggetto con cui si sta avendo a che fare. In tal modo incorpora una dimensione essenziale di dignità, il rispetto della dignità di coloro cui le norme vengono applicate come *soggetti capace di dare spiegazioni*»).

<sup>52</sup> Si v. G. NISSIM, *La bontà insensata. Il segreto degli uomini giusti*, Milano, 2011, in specie, pp. 75 ss., ove si dedicano alcune pagine alla memoria del bene a Sarajevo, soffermandosi sulla figura di Svetlana Broz.

<sup>53</sup> Si v. F. SCHAUER, *Il ragionamento giuridico. Una nuova introduzione* (2009), Roma, 2016, p. 172.

<sup>54</sup> Molto belle a tale proposito le riflessioni di M. CARTABIA, *Corte costituzionale e Corte europea: alla ricerca di nuovi vettori giurisdizionali*, in C. PADULA (a cura di), *La Corte europea dei diritti dell'uomo. Quarto grado di giudizio o seconda Corte costituzionale?*, Napoli,

marrebbe solo un po' di *vergogna*, che – costituendo una *grazia*<sup>55</sup> – consente in ogni caso di ripartire, avendo compreso gli errori<sup>56</sup>.

---

2016, pp. 229 ss., in specie, p. 247 ss., ove si distingue la “chiusura” di un caso concreto (che deve esserci) dalla necessità di considerare, dal punto di vista ordinamentale, che nessun giudice è veramente dotato dell'ultima parola, poiché «d'ora della crisi (...) è l'ora del dialogo» (*ivi*, p. 249). V. anche E. MALFATTI, *I “livelli” di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, II ed. riv. e agg., con la collaborazione di T. Giovannetti e N. Pignatelli, Torino, 2015, pp. 282-283, ove si auspica che i giudici dei diversi «livelli» riescano a convergere al fine ultimo di una sempre maggiore incisività nella tutela dei diritti, senza che alcuno debba rivendicare per sé uno sterile «primato».

<sup>55</sup> La vergogna è una grazia secondo Papa Bergoglio in *Padre nostro*, Milano, 2017, p. 85.

<sup>56</sup> Per terminare diversamente, il presidente della corte in Bosnia ed Erzegovina è entrato in crisi: «la crisi si trova dunque all'incrocio tra un prodigioso poter (e saper) fare e una natura umana segnata dall'influsso di passioni irrazionali» (v. M. REVAULT D'ALLONES, *La crisi senza fine. Saggio sull'esperienza moderna del tempo* (2012), Milano, 2014, p. 24). E che la crisi non sia solo la sua, ma delle nostre attuali società, è fin troppo facile sostenerlo.





# *Costituzionalismo.it*

Fondatore e Direttore dal 2003 al 2014 Gianni **FERRARA**

## Direzione

*Direttore* Gaetano **AZZARITI**

*Vicedirettore* Francesco **BILANCIA**

Giuditta **BRUNELLI**

Paolo **CARETTI**

Lorenza **CARLASSARE**

Elisabetta **CATELANI**

Pietro **CIARLO**

Claudio **DE FIORES**

Alfonso **DI GIOVINE**

Mario **DOGLIANI**

Marco **RUOTOLO**

Aldo **SANDULLI**

Dian **SCHEFOLD**

Massimo **VILLONE**

Mauro **VOLPI**

## Comitato scientifico di Redazione

Alessandra **ALGOSTINO**, Gianluca

**BASCHERINI**, Marco **BETZU**,

Gaetano **BUCCI**, Roberto

**CHERCHI**, Giovanni **COINU**,

Andrea **DEFFENU**, Carlo

**FERRAJOLI**, Marco

**GIAMPIERETTI**, Antonio

**IANNUZZI**, Valeria **MARCENO'**,

Paola **MARSOCCI**, Ilenia **MASSA**

**PINTO**, Elisa **OLIVITO**, Laura

**RONCHETTI**, Ilenia

**RUGGIU**, Sara **SPUNTARELLI**,

Chiara **TRIPODINA**

## Redazione

Elisa **OLIVITO**, Giuliano **SERGES**,

Caterina **AMOROSI**, Alessandra

**CERRUTI**, Andrea **VERNATA**

Email: [info@costituzionalismo.it](mailto:info@costituzionalismo.it)

Registrazione presso il Tribunale di Roma

ISSN: 2036-6744 | [Costituzionalismo.it](http://Costituzionalismo.it) (Roma)