



Dipartimento di Scienze Politiche

Cattedra Diritto Pubblico Comparato

**Il Diritto Interculturale nei sistemi di Civil
law e Common law: il caso del Kirpan in
Italia e in Canada**

RELATORE

PROF.SSA CARMELA DECARO

CANDIDATO

LEONARDO DI PEA

MATR. 634492

CORRELATORE

PROF.SSA CRISTINA FASONE

ANNO ACCADEMICO 2018/2019

Sommario

INTRODUZIONE	3
1. LA TUTELA INTERNAZIONALE DELLO STRANIERO	6
1.1 Diritto, cultura e religione	6
1.2 Migrazioni e società multiculturali	9
1.3 I Diritti Fondamentali degli Stranieri	13
1.3.1 <i>Livello mondiale: ONU</i>	13
1.3.2 <i>Livello europeo: CEDU e UE</i>	16
1.3.3 <i>Il Fondamentale diritto alla libertà religiosa</i>	22
1.4 Tecniche di integrazione delle comunità cultural-religiose	27
1.4.1 <i>I modelli di integrazione applicati dagli Stati</i>	30
1.5. Rivendicazioni culturali	33
1.5.1 <i>Limiti</i>	36
2. I DIRITTI DEGLI STRANIERI IN ITALIA E IN CANADA	42
2.1 La tutela dello straniero nella legislazione italiana	43
2.1.1 <i>I Principi fondamentali e la giurisprudenza della Corte Costituzionale</i>	43
2.1.2 <i>I diritti costituzionali riconosciuti allo straniero</i>	54
2.1.3 <i>A livello regionale</i>	64
2.2 La tutela dello straniero nella legislazione canadese	66
2.2.1 <i>Al livello federale</i>	71
2.2.2 <i>Al livello provinciale e territoriale</i>	84
3. I DUE ORDINAMENTI A CONFRONTO: LE SENTENZE SUL KIRPAN	86
3.1. Premessa: dimensioni del pluralismo religioso in Italia e Canada	86
3.1.1 <i>Italia</i>	86
3.1.2 <i>Canada</i>	87
3.1.3 <i>Pluralismi a confronto</i>	88
3.2. La religione Sikh	89
3.2.1 <i>I khalsa</i>	91

3.2.2 <i>Rapporti con lo stato indiano</i>	92
3.2.3 <i>I Sikh nel Mondo</i>	93
3.3. Il Caso del Kirpan in Italia	95
3.4. Il caso del Kirpan in Canada	104
3.4. I due casi a confronto	114
CONCLUSIONE	117
BIBLIOGRAFIA	120
FONTI	123
SITOGRAFIA	126

INTRODUZIONE

Il rapporto tra la cultura ed il diritto è sicuramente innegabile, specialmente con il cosiddetto “diritto muto” che fa riferimento a regole che non vengono formulate ma comunque esistono, sono rilevanti e vengono messe in pratica molte volte inconsciamente dai soggetti appartenenti alla cultura a cui si riferiscono. In un mondo sempre più globalizzato i fenomeni migratori stanno avendo un impatto significativo in particolar modo sulle società occidentali. Nei loro sistemi normativi si trovano oggi sempre più a coesistere soggetti appartenenti a culture diverse, che molto spesso possiedono stili di vita, sistemi di senso e norme sociali di comportamento completamente diversi da quelli della società che li ospita, andando ad inserirsi proprio nel rapporto tra cultura e diritto. Questo pone le società di fronte alla sfida di conciliare il rapporto tra cittadini e stranieri e di conseguenza la loro titolarità di diritti fondamentali. Infatti, dopo la Seconda guerra mondiale, sempre più rilievo ha assunto la tutela dei diritti fondamentali che hanno iniziato a ricoprire una posizione centrale nell’agenda internazionale sin dalla creazione delle Nazioni Unite nel 1945 e in seguito con la Dichiarazione Universale dei Diritti dell’uomo del 1948. Quest’ultima ha dato il via ad una fitta serie di trattati, carte e dichiarazioni, sia al livello internazionale che regionale, come dimostra anche l’esperienza europea. La tutela dei diritti fondamentali è stata inoltre inserita a livello costituzionale in quasi tutte le Carte adottate dopo la Seconda guerra mondiale. Nonostante questa proliferazione normativa e pattizia rimane ancora oggi nelle mani degli Stati la tutela effettiva di questi diritti e stiamo assistendo sempre più, soprattutto dall’attentato alle Torri gemelle del 2001, ad uno scontro tra questi diritti e altri valori riconosciuti dalle costituzioni, e in special modo quello della tutela della sicurezza. Infatti, il clima politico dopo l’attacco alle Torri gemelle è stato caratterizzato dalla paura che ha guidato molte delle politiche pubbliche dei paesi occidentali, riportando in voga il dogma della sicurezza nazionale e portando enormi effetti tra cui l’erosione dei diritti all’uguaglianza. Questo ha creato nei paesi occidentali inevitabili tensioni tra i governi e alcune minoranze religiose. Il fattore cultural-religioso ha assunto grande rilevanza nell’ambito della tutela dei diritti umani, e sta mettendo grandemente alla prova l’operatività dei limiti posti alle autorità statali per tutelare i governati, e anche lo stesso sistema democratico.

Oltre alla tutela dei diritti fondamentali garantiti agli stranieri gli stati si sono trovati di fronte al dilemma di come riuscire ad inserire questi soggetti all'interno della società. Questo ha portato, come si vedrà, allo sviluppo di tre principali modelli di integrazione: quello assimilazionista, che tende ad eliminare, o quantomeno assottigliare il più possibile, le differenze; quello multiculturale, che punta alla valorizzazione e alla conservazione della diversità cultural-religiosa; ed infine quello interculturale, che cerca di creare dialogo tra le culture, tendendo comunque a preservare le differenze, puntando all'inclusione e alla coesione sociale. Si noterà come le diverse esperienze storico-politiche hanno portato alla creazione di modelli di integrazioni peculiari come possono essere quello spagnolo e quello tedesco.

Per evidenziare come questi fenomeni hanno impattato le società occidentali nello specifico verranno analizzati i sistemi normativi di Italia e Canada, appartenenti rispettivamente alle tradizioni di Civil law e Common law, con riferimento alla storia dei due paesi e al pluralismo religioso che li caratterizza.

In primo luogo verranno analizzati quali diritti fondamentali vengono garantiti agli stranieri nei due ordinamenti, partendo dal livello costituzionale, e quali strumenti volti alla tutela di questi vengono forniti dai due stati. In secondo luogo, si passerà ad analizzare come i diritti proclamati nelle carte costituzionali sono inseriti a livello di legislazione ordinaria in Italia e al livello federale in Canada. Infine analizzando il riparto delle competenze legislative si evidenzierà l'apporto delle regioni italiane e delle province canadesi alla tutela dei diritti fondamentali garantiti agli stranieri.

Nell'analisi delle normative verrà inoltre messo in evidenza l'apporto fornito dalla giurisprudenza delle corti costituzionale e suprema, e come queste nel corso degli anni abbiano confermato ed integrato in maniera consistente la normativa dei diritti fondamentali, la loro tutela e la loro estensione agli stranieri.

Una volta analizzato il pluralismo religioso presente in Italia e in Canada tra le varie minoranze religiose lo studio si focalizzerà sulla religione Sikh, protagonista dei due casi presi in esame, analizzando la storia e le caratteristiche principali del culto, con particolare riferimento ai *khalsa* e al porto del Kirpan, il pugnale rituale, che ha creato problematiche legate alla sicurezza nei due paesi presi in considerazione rendendo necessario un intervento giudiziario per tentare di risolvere delle controversie e stabilire delle regole conciliative.

In ultimo verranno analizzati i due casi riguardanti il kirpan e le varie decisioni che hanno caratterizzato i gradi di giudizio sia in Italia che in Canada. Particolare rilievo verrà dato alle motivazioni fornite dalle varie corti per le loro sentenze e come queste hanno dato diversa rilevanza al rapporto tra libertà religiosa e sicurezza pubblica, e alla diversa lettura fatta dalle corti del Kirpan: tra arma pericolosa e simbolo religioso.

Lo studio cercherà di evidenziare le diversità storico-politiche e quelle legate alla tradizione giuridica che hanno portato i più alti gradi di giudizio canadese ed italiano ad emettere due sentenze diametralmente opposte.

1. LA TUTELA INTERNAZIONALE DELLO STRANIERO

1.1 Diritto, cultura e religione

Per “cultura” si può intendere l’enciclopedia dei saperi che sono oggetto di conoscenza condivisa e di trasmissione tra i membri di un gruppo sociale¹, ma anche uno dei mezzi a disposizione dell’uomo per calarsi nell’ambiente in cui vive. I parametri normativi delle culture sono i valori che essa definisce, cioè gli obiettivi da perseguire. Dato che senza valori non esisterebbe la cultura questa circostanza la lega profondamente alla credenza e alla fede. Questo rapporto molto stretto tra cultura e fede posiziona la religione, ancora oggi, in ogni enciclopedia culturale nella casella dei fondamenti, delle matrici di produzione di senso². Importante è analizzare quale è il rapporto che lega la cultura, in questa accezione, ed il diritto.

Il diritto è uno strumento che ha come scopo la risoluzione dei conflitti e il controllo sociale delle relazioni interindividuali. Per svolgere questi compiti le norme espresse dal diritto devono essere riconosciute e considerate obbligatorie dai soggetti³. Ogni ordinamento giuridico ha al suo interno dei “formanti dell’ordinamento”, che indicano le regole e le proposizioni che vengono usate per la formazione dell’ordine giuridico in un luogo ed un tempo determinato⁴. Questi formanti sono influenzati dalle culture che caratterizzano i soggetti che vanno a formare l’ordinamento giuridico, e questa influenza può riscontrarsi nel fatto che in quasi tutte le società moderne la conoscenza del diritto all’interno del sapere comune rappresenta spesso un dato implicito: “tutti conoscono il contratto pochi sanno definirlo legalmente”⁵.

Negli ordinamenti moderni i principali formanti sono: la legge, vale a dire le disposizioni adottate dal legislatore; la dottrina, quindi le interpretazioni e le opinioni dei dottori della legge; e la giurisprudenza, formata dalle decisioni dei giudici. I

¹ Ricca M, 2008, *Oltre Babele codici per una democrazia interculturale*, Bari, edizioni Dedalo, cit. pag. 20

² Cfr. *Ivi*, pag. 178

³ Cfr. *Ivi*, pag.44

⁴ Cfr. Sacco. R. 1992, *Introduzione al diritto comparato*, 5° ed., Utet, Torino, in ID. (ed.), *Trattato di diritto comparato*, pag. 17

⁵ Ricca M, 2008, *Oltre Babele codici per una democrazia interculturale*, Bari, edizioni Dedalo, Cit. pag. 89.

fenomeni giuridici che producono direttamente diritto autoritativo sono principalmente la legge e, nei sistemi caratterizzati dal Common law, anche la giurisprudenza. Nella maggior parte dei sistemi occidentali la dottrina non produce direttamente diritto autoritativo, anche se altri ordinamenti come ad esempio quello hindu si basa ancora fortemente sull'interpretazione dei colti.

Insieme a questo diritto scritto c'è il cosiddetto "diritto vivente" o "diritto muto". Per conoscere questo bisogna addentrarsi anche in terreni non specificatamente giuridici. Esistono dei formanti che non sono espressamente enunciati, e sono quelli più pervasi dalla cultura. Sono modelli impliciti che hanno una forte influenza sul diritto definiti "crittotipi", che anche se non vengono esplicitamente enunciati, sono conosciuti e considerati dai giuristi, influenzando in maniera pervasiva anche nella determinazione delle questioni giuridiche⁶. Il diritto muto si riferisce proprio a quelle regole che non vengono formulate ma comunque esistono, sono rilevanti e vengono messe in pratica molte volte inconsciamente dai soggetti appartenenti alla cultura a cui si riferiscono. Molto spesso queste regole mute sono associate alle consuetudini. Ma il diritto muto può anche essere interpretato come quello che il diritto non dice e non esprime, ma che è comunque fondamentale perché questo sia compreso dai suoi destinatari.

Nelle società multiculturali moderne, quindi, l'idea che il diritto coincida solo con i codici e al massimo con le sedimentazioni interpretative sembra essere stata smentita. Le norme e le leggi poggiano molto sul non-detto normativo e sul sapere implicito. I cittadini che appartengono alla cultura dominante molto spesso rispettano il diritto pur senza conoscerlo, la legge si fa sentire solo nei momenti di conflitto della vita di relazione mostrando tutta la sua estraneità e lontananza⁷.

Va constatato che i migranti hanno dato il via ad una rivoluzione nelle società contemporanee privando il diritto scritto della sua componente orale, cioè il patrimonio di comunicazioni implicite che costruiscono lo sfondo, la coerenza e la plausibilità al corpo delle leggi scritte⁸. Con la migrazione gli immigrati portano con sé il loro modello culturale e giuridico, quello del paese di provenienza, questo può portare ad un trapianto di questo modello all'interno di quello del paese di arrivo. Ovviamente non è possibile

⁶ Cfr. Pegoraro L., Rinella A., 2017, *Sistemi costituzionali compartiti*, Giappichelli editore, Torino, pag. 12

⁷ Cfr. Ricca M., 2012, *Culture interdette modernità, migrazioni, diritto interculturale*. Torino, Bollati Boringhieri, pag. 20

⁸ Cfr. *Ibid.*

trapiantare tutto il modello ma ci si limiterà a singoli istituti o principi che vengono riconosciuti o ammessi nei limiti del diritto costituzionale del paese di arrivo.

Quando si prendono in considerazione gli istituti ed i principi in linea con quelli del paese di arrivo bisognerebbe attuare un'analisi profonda, utilizzando anche il supporto del diritto comparato che può fornire una visione imparziale del diritto appartenente ad altre culture. Questo perché ogni comportamento dello straniero che sembra incompatibile con gli standard di generalizzazione normativa delle democrazie occidentali può in realtà avere una molteplicità di ulteriori connotazioni di senso tra le quali si può trovare qualcuna che può inserirsi nelle scansioni assiologiche e semantiche del diritto⁹. Ad esempio, l'Islam riconosce il ripudio da parte del marito nei confronti della moglie, e questo va certamente contro i principi democratici e dei diritti umani. Ma andrebbe anche tenuto in considerazione che per il diritto mussulmano è consentito anche l'autoripudio con il quale è la donna a potersi emancipare dal rapporto coniugale. Se un comportamento influenzato dalla cultura non rispetta la normativa vigente per alcuni profili, potrebbe avere rilevanza giuridica per altri¹⁰.

Questo legame stretto tra la cultura e il diritto all'interno degli ordinamenti porta a "quell'ignoranza drammaticamente dotta che ci fa credere che il mondo, le cose, le azioni, le persone siano così come ci appaiono, come noi li rappresentiamo in categorie. Tutto ci sembra naturale e assoluto, oggettivo, come se non potesse essere altrimenti. Invece, gli altri, coloro che hanno una diversa enciclopedia culturale, possono vedere il mondo in maniera diversa. Possono attribuire a gesti, cose e persone significati differenti, legandoli a differenze diverse da quelle che a noi paiono ovvie e inevitabili"¹¹.

La domanda che sorge spontanea è come fa lo straniero a confrontarsi con questi modelli impliciti quando ha già enormi difficoltà a interpretare il diritto scritto?

Quando un soggetto entra in contatto con un contesto culturale diverso dal proprio va incontro inevitabilmente a problemi di comprensione. Questo perché usa la lente della propria cultura per interpretare le norme sociali e la gerarchia dei valori della cultura in cui si inserisce, dando molte volte luogo a malintesi. Se l'enciclopedia dei saperi a

⁹ Cfr. Ricca M., 2012, *Culture interdette modernità, migrazioni, diritto interculturale*. Torino, Bollati Boringhieri, pag. 33 ss.

¹⁰ Cfr. *Ibid.*

¹¹ *Ivi.*, cit. pag. 12.

disposizione dello straniero è profondamente diversa da quella della cultura ospitante, quest'ultimo può avere grandi difficoltà a comprendere le relazioni con gli altri. Va inoltre riscontrato che il soggetto migrante si trova in media a confrontarsi più spesso di un cittadino con la legge: dai permessi di lavoro, alla residenza e anche per molto altro deve passare attraverso interazioni con la pubblica amministrazione. Queste problematiche sono legate al fatto che lo straniero non possiede l'educazione giuridica di fondo che gli servirebbe per comprendere la normativa. Bisognerebbe tenere in considerazione il fatto che parole o comportamenti potrebbero avere un significato diverso in universi culturali differenti dal nostro, anche lo stesso valore o fine può essere contestualizzato diversamente nelle diverse culture¹². Il soggetto migrante può trovarsi, anche senza rendersene conto, sotto accusa per aver violato o per non aver saputo usare le leggi. Queste difficoltà nell'interpretare e capire la conoscenza sommersa implicita di cui avrebbe bisogno per comprendere le istanze normative come un autoctono portano molti migranti a scontrarsi con i sistemi legislativi dei paesi di accoglienza.

1.2 Migrazioni e società multiculturali

La trasformazione in senso multiculturale di molte società, dovuta principalmente ai fenomeni migratori, le pone di fronte al compito di regolamentare l'attraversamento delle frontiere, disciplinare l'inserimento dei nuovi soggetti nella società e la loro titolarità o meno di diritti e doveri; in altre parole, se questi ultimi siano o meno soggetti di diritto.

Importante è analizzare questi fenomeni migratori che stanno profondamente cambiando le società democratiche in molti ambiti, uno di questi è quello del rapporto tra diritto e soggetti. Chi emigra molto spesso lo fa per cercare di migliorare le sue condizioni di vita. Spesso però dietro la migrazione c'è anche una richiesta di uguaglianza, questa è legata alla visione, molto spesso idealizzata, che i soggetti

¹² Cfr. Ricca M., 2012, *Culture interdette modernità, migrazioni, diritto interculturale*, Torino, Bollati Boringhieri, pag. 17 ss.

migranti hanno delle società in cui vogliono inserirsi, l'idea è di andare in società democratiche in cui i diritti umani vengono tutelati.

L'altro lato della medaglia invece è come le società di arrivo reagiscono a questi flussi migratori. Si sta sempre più evidenziando come molte società occidentali stiano assumendo, o in ogni caso vedono prevalere, risvolti nazionalistici che sono spesso legati ad atteggiamenti di demonizzazione delle migrazioni. Questi risvolti sembrano sempre più smentire la credenza e la visione che i migranti hanno delle società in cui emigrano. Infatti, tranne poche eccezioni, la realtà che si trova di fronte chi migra non è quella che si aspettava quando ha intrapreso il suo viaggio: i migranti vengono spesso relegati nelle classi meno abbienti della società¹³. Oggi sempre più le società stanno erigendo barriere all'immigrazione, la maggior parte delle quali vengono poste al momento dell'ingresso. E molto spesso è proprio in questa fase che vengono elaborate clausole di accesso e permanenza sul territorio mirate a creare la subalternità. Se in teoria l'uguaglianza di fronte alla legge, regolamentata molto spesso a livello costituzionale, non può essere messa in discussione, gli ordinamenti fanno ampio utilizzo della "disuguaglianza dentro la legge, utilizzata per aumentare la differenza nelle condizioni socioeconomiche tra stranieri ed autoctoni"¹⁴.

La domanda che sorge spontanea è: escludere l'accesso agli stranieri, o comunque relegarli in una condizione ineguale, è in linea con i principi di una democrazia costituzionale? I principi che le democrazie costituzionali difendono sono: la libertà personale; la libertà di circolazione; l'uguaglianza di fronte alla legge, a prescindere da razza, lingua, credo religioso e quindi anche cultura. Tuttavia, va anche considerato che negare ad uno stato la possibilità di impedire ad un "non cittadino" di entrare nel suo territorio potrebbe apparire come una negazione della sua sovranità, in particolare del controllo sul suo territorio e del potere di attribuire la soggettività giuridica. Questo apre un discorso sul rapporto tra diritti e cittadinanza. I diritti vengono attribuiti in seguito alla cittadinanza o tutti sono titolari di diritti al livello pre-istituzionale? Secondo le norme del diritto internazionale generalmente riconosciute, la condizione di straniero non dovrebbe privare una persona dei suoi diritti fondamentali¹⁵. Questi possono essere

¹³ Cfr. Ricca M., 2012, *Culture interdette modernità, migrazioni, diritto interculturale*, Torino, Bollati Boringhieri, pag. 66 ss.

¹⁴ *Ivi* pag. 67

¹⁵ Cfr. Benhabib S., 2006, *I diritti degli altri. Stranieri, residenti, cittadini*, Raffaello Cortina, Milano, pag. 3

divisi in individuali e collettivi. I diritti individuali comprendono tutti quei diritti che tutelano il singolo e le sue libertà (espressione, coscienza e religione). I diritti collettivi invece, riguardano i diritti associati ad un gruppo (diritto all'autodeterminazione o al riconoscimento pubblico di una formazione sociale comprese quelle religiose e culturali). L'ultimo destinatario della tutela tende ad essere sempre e comunque il singolo; in questa tutela deve ricadere anche quando la coscienza personale dà luogo ad una dissonanza cognitiva rispetto a costumi culturali e religiosi della comunità di appartenenza¹⁶.

L'attenzione concentrata sulla dimensione individuale può servire a contrastare alcune politiche pubbliche che tendono a porsi in modo più benevolo nei confronti di alcune confessioni creando barriere all'eguale libertà degli individui. La tutela di diritti può andare a contrastare le retoriche sull' "esperienza comunitaria", sul "senso di appartenenza", sullo "spirito della nazione" utilizzate dalle amministrazioni degli stati per legittimare una selezione tra i soggetti cultural-religiosi, distinguendo accettabili e non accettabili poiché ritenuti pericolosi o non in linea con la cultura dominante¹⁷.

Ma in ogni caso la posizione dello straniero va regolamentata. Nelle società democratiche i destinatari delle norme partecipano alla loro elaborazione e alla definizione dei loro contenuti. Il soggetto di diritto negli ordinamenti democratici ha quindi una connotazione sia attiva che passiva nel senso che è soggetto alle leggi ma ne è anche l'autore. Lo stato ha tra le sue prerogative la sovranità sul suo territorio per questo tutti coloro che si trovano sul suo territorio sono soggetti al suo ordinamento e alle sue leggi, indipendentemente da cultura, nazionalità o religione. Per questa ragione lo straniero che si trova in un altro stato si trova ad essere soggetto alle sue leggi ma in questo caso solo in senso passivo, manca la connotazione attiva riservata al cittadino. Questo però rispecchia il fatto che gli stranieri si trovano solitamente sul territorio di uno stato solo per un breve, o comunque limitato, periodo di tempo e quindi mancano del requisito di continuità temporale. Se fosse loro garantita anche la connotazione attiva garantendogli la possibilità di partecipare anche alla formazione delle leggi si potrebbe verificare la situazione in cui uno straniero partecipa alla formazione di una

¹⁶ Cfr. Colaianni N., 2012, *Diritto pubblico delle religioni*, il mulino, Bologna, pag. 18

¹⁷ Cfr. Alicino F. 2013, *La legislazione sulla base di intese. I test delle religioni «altre» e degli ateismi*, Cacucci, pag. 31

legge a cui poi non viene sottoposto¹⁸. Devono poter comunque usufruire di tutti i diritti che le leggi e la Costituzione attribuiscono loro.

Oggi tuttavia grazie soprattutto allo sviluppo dei diritti fondamentali la soggettività giuridica degli stranieri è sempre più ampia, arrivando ad includere anche diritti sociali. Tuttavia, la titolarità dei diritti rimane ben distinta dalla cittadinanza che viene ancora prevalentemente assegnata su base etnica. È soprattutto nel pensiero politico di fine Ottocento che stato e diritto comunità statale e nazione iniziarono a coincidere sempre di più. Proprio l'idea di nazionalità si andò legando a quella di cittadinanza che assunse sempre più caratteri ereditari. Questo crea all'interno degli stati un'ambivalenza tra chi è cittadino e chi non lo è pur essendo residente da anni e partecipando attivamente alla vita della società, ed essendo titolare di diritti e di doveri senza poter partecipare alla determinazione di questi ultimi. In questo caso si ha quella che è stata definita una "cittadinanza sostanziale"¹⁹.

Deve esserci comunque un limite a questi atteggiamenti nei confronti di chi è straniero e questo limite si ritrova proprio nei presupposti della democrazia: nessun ordinamento democratico può andare troppo oltre in comportamenti discriminatori e anti-egualitari poiché rischierebbe di minare i presupposti della sua legittimazione. Anche perché, una discriminazione attuata in primo tempo nei confronti degli stranieri potrebbe facilmente poi essere rivolta nei confronti delle classi meno abbienti anche dei cittadini autoctoni.

Anche il diritto viene influenzato da questa deriva nazionalistica, e quello che lo orienta verso un uso nazionalistico è il tentativo di assimilazione. L'immigrato viene trattato di fronte alla legge come se fosse di cultura autoctona. Facendo questo si cerca di privare lo straniero della propria cultura e quindi dei propri codici di senso e si opera una sostituzione con quelli autoctoni nazionali. Molto spesso questa sostituzione operata dalle società occidentali/democratiche viene presentata come un dono fatto ai migranti che appartengono a civiltà retrograde non compatibili con quelle occidentali. Il mancato riconoscimento della cultura dello straniero viene quindi nascosto sotto una presunta missione civilizzatrice verso le altre culture²⁰.

¹⁸ Cfr. Ricca M, 2008, *Oltre Babele codici per una democrazia interculturale*, Bari, edizioni Dedalo, pag. 48 ss.

¹⁹ Cfr. Benhabib S., 2006, *I diritti degli altri. Stranieri, residenti, cittadini*, Raffaello Cortina, Milano, pag.172

²⁰ Cfr. Ricca M, 2008, *Oltre Babele codici per una democrazia interculturale*, Bari, edizioni Dedalo, 137

La metodologia attraverso cui viene perpetrato questo tentativo di assimilazione sono ad esempio le procedure per ottenere la cittadinanza che prevedono esami volti a dimostrare la volontà dell'immigrato di voler aderire ai valori occidentali, spesso associati ad esigenze di sicurezza per garantire il rispetto delle regole da parte dei migranti. In occidente le minoranze culturali e anche religiose hanno combattuto molto per ottenere un riconoscimento all'interno degli ordinamenti²¹

Va inoltre notato che molto spesso si tende a legare il fenomeno della multiculturalità delle società a quello dell'immigrazione. In realtà l'immigrazione è solo una delle cause della diversità culturale all'interno delle società moderne che si presentano comunque già variegata a prescindere dal fenomeno migratorio²².

1.3 I Diritti Fondamentali degli Stranieri

1.3.1 Livello mondiale: ONU

Ogni stato moderno ha tra i suoi elementi costitutivi il popolo, formato da tutti i soggetti che posseggono la cittadinanza che si delinea in un legame di appartenenza e uno status che attribuisce ai soggetti diritti e doveri. Lo Stato disciplina e regola l'ammissione dei non cittadini sul suo territorio ed il loro trattamento. Tuttavia, gli stati i cui ordinamenti giuridici democratici sono fondati sul principio personalista, che finalizza tutti i pubblici poteri alla tutela e allo sviluppo della persona umana, dovrebbero rispettare una serie di diritti inviolabili dello straniero cui quest'ultimo ha diritto in quanto persona umana al pari di ogni cittadino²³.

Come già evidenziato, al livello internazionale, ma anche regionale europeo, abbiamo assistito negli ultimi decenni ad una trasformazione della sovranità e all'affermazione di società multiculturali, accompagnati da una tutela multilivello dei diritti fondamentali basata sui principi di eguaglianza e non discriminazione²⁴. Peraltro, nulla impedisce che dei diritti soggettivi attribuiti dalla Costituzione al cittadino siano

²¹ Cfr. Alicino F. 2013, *La legislazione sulla base di intese. I test delle religioni «altre» e degli ateismi*, Cacucci, pag. 20

²² Cfr. Botta F., 2017, *Appartenenza Religiosa e Strategie di integrazione e Convivenza. I "nuovi Diritti": Libertà Religiosa e Interculturalità*, pag. 63

²³ Cfr. Bonetti P., 2011, *Diritti fondamentali degli stranieri*, in *L'altro diritto Centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità*, http://www.altrodiritto.unifi.it/frontier/bonetti.htm#*

²⁴ Cfr. Alicino F., 2011, *Costituzionalismo e diritto europeo delle religioni*, CEDAM, pag. 256

riconosciuti anche allo straniero mediante una legge ordinaria, anche se in tal caso tali diritti non saranno riconosciuti come fondamentali (e dunque ritenuti, secondo parte della dottrina, inviolabili ed imm modificabili) e non godranno della posizione goduta nel sistema delle fonti del diritto dalle disposizioni di rango costituzionale²⁵.

La tutela dei diritti umani sta ormai delineando linee guida vincolanti e sovraordinate rispetto agli stati sovrani nell'ambito delle migrazioni internazionali. In questo ambito viene evidenziato che gli individui sono titolari di diritti non in quanto membri di una comunità ma in quanto esseri umani.

Questo processo ha preso il via dopo la Seconda guerra mondiale quando con la consapevolezza sempre più avanzata del rilievo internazionale dei diritti fondamentali, del loro riconoscimento e della loro tutela.

La Carta delle Nazioni Unite, firmata a San Francisco il 26 giugno 1945, all'articolo 13 conferisce all'Assemblea generale il compito di adottare raccomandazioni e di prestare assistenza in tema di tutela dei diritti e delle libertà soprattutto in relazione agli scopi indicati dalla Carta all'articolo 1 comma 3 «conseguire la cooperazione internazionale [...] nel promuovere ed incoraggiare il rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali per tutti senza distinzione di razza, di sesso, di lingua o di religione²⁶». Con questo spirito, dopo la sua istituzione, l'Assemblea generale avviò subito i lavori per la redazione della Dichiarazione universale dei diritti²⁷. Il 10 dicembre 1948 l'Assemblea generale delle Nazioni Unite ha adottato la risoluzione che conteneva la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo che rappresenta il primo catalogo universale di diritti e libertà fondamentali: importante notare che non possiede potere vincolante. Proprio a causa della sua natura non vincolante il passo successivo doveva essere l'elaborazione di un trattato internazionale che integrasse al suo interno i principi enunciati nella Dichiarazione. Si arrivò così all'elaborazione di due trattati internazionali: il Patto internazionale sui diritti civili e politici, ed il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali nel 1966, che sono entrati in vigore nel 1976. La Dichiarazione ha comunque dato il via all'approvazione di numerose convenzioni internazionali settoriali incentrate su specifiche tematiche. Molto importanti sono i c.d

²⁵ Cfr. Bonetti P., 2011, *Diritti fondamentali degli stranieri*, in *L'altro diritto Centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità*, http://www.altrodiritto.unifi.it/frontier/bonetti.htm#*

²⁶ Carta delle Nazioni Unite, art. 13

²⁷ Cfr. Pegoraro L., Rinella A., 2017, *Sistemi costituzionali compartiti*, Giappichelli editore, Torino, pag. 248

treaty based bodies i quali sono dotati di un autonomo sistema di controllo dell'osservanza, come ad esempio la Convenzione per la prevenzione e repressione del crimine di genocidio del 1948, la Convenzione internazionale per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale del 1966, la convenzione contro ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne del 1979, la Convenzione internazionale contro la tortura del 1984, la Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989, la Convenzione sui diritti delle persone con disabilità del 2006, e la Convenzione contro la tortura e altri trattamenti o punizioni disumani o degradanti del 1984²⁸.

Inoltre, nel 1946 l'ECOSOC istituì la Commissione per i Diritti Umani che doveva vigilare sul rispetto dei diritti. La Commissione venne sostituita nel 2006 dal Consiglio per i Diritti Umani creato dall'Assemblea generale, che ha il compito di promuovere il rispetto e la protezione dei diritti umani, e di intervenire in caso di una loro violazione. Il Consiglio ha istituito l'*Universal periodic review* che prevede l'obbligo per ogni stato membro di presentare a rotazione un rapporto sulla situazione dei diritti umani nel suo ordinamento. Il rapporto viene commentato dal consiglio che presenta le proprie osservazioni e raccomandazioni²⁹.

Nella dichiarazione universale dei diritti umani viene proclamato il diritto alla libertà di oltrepassare confini, anche se per la sua formulazione viene concepito più come un diritto ad emigrare che un diritto ad immigrare. Infatti, in tal senso l'art. 13, comma 2 prevede che «ogni individuo ha diritto di lasciare qualsiasi Paese, incluso il proprio, e di ritornare nel proprio Paese³⁰», ma non prevede alcun obbligo per gli Stati di ammettere sul proprio territorio se non i propri cittadini. La sola eccezione è quella degli stranieri che possono fruire del diritto d'asilo, tanto che l'art. 14 della stessa Dichiarazione prevede che ogni individuo abbia diritto di cercare e di godere in altri Paesi asilo dalle persecuzioni, salvo che sia realmente ricercato per reati non politici o per azioni contrarie ai fini e ai principi delle Nazioni Unite³¹, subordinando il diritto di asilo a determinate circostanze. Al livello europeo, come si vedrà nello specifico in seguito, gli accordi di Schengen e quelli di Dublino hanno cercato di uniformare le procedure dei vari paesi per il riconoscimento dello status di rifugiato e dell'asilo. Nonostante questo

²⁸ Cfr. Tanzi A. 2016, Introduzione al diritto internazionale contemporaneo, CEDAM, pag. 538-539

²⁹ Cfr. *Ivi*, pag. 536

³⁰ Dichiarazione Universale diritti dell'uomo, Art. 12, com. 2

³¹ Cfr. Bonetti P., 2011, *Diritti fondamentali degli stranieri*, in *L'altro diritto Centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità*, http://www.altrodiritto.unifi.it/frontier/bonetti.htm#*

sforzo verso una uniformazione le condizioni giuridiche ed istituzionali di migranti e richiedenti asilo ancora variano considerevolmente tra i diversi stati membri³².

L'art. 15 della Dichiarazione invece stabilisce il diritto alla cittadinanza e il divieto di privare qualcuno arbitrariamente di essa. Quindi la Dichiarazione non si pronuncia sull'obbligo degli stati di garantire accesso ai migranti.

La convenzione di Ginevra del 1951 sullo status dei rifugiati, con il suo protocollo aggiuntivo del 1967, rappresenta il secondo documento giuridico internazionale che regola l'attraversamento dei confini, tuttavia è un documento che rimane vincolante solo per i firmatari. La convenzione è stata firmata ad oggi da 147 stati, tra cui Canada ed Italia.

Bisogna riconoscere che il trattamento da parte degli stati dei propri cittadini e dei residenti all'interno dei suoi confini non è più una prerogativa intoccabile ma è stata messa in discussione dal diritto internazionale³³. Sempre più in tempi moderni si va verso una destatalizzazione del costituzionalismo. In questo ambito il diritto europeo rappresenta l'apice con un processo di sovranazionalizzazione e giustiziabilità dei diritti umani grazie ai vari trattati che hanno caratterizzato lo sviluppo dell'UE e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU).

Dopo le tragedie della Seconda guerra mondiale nasce l'idea di creare un sistema europeo di tutela dei diritti dell'uomo, in cui venisse data una prevalenza ai diritti individuali. Un processo alimentato anche dalla globalizzazione e dall'internazionalizzazione dei diritti fondamentali, di cui il dialogo transnazionale fra i giudici costituisce uno degli elementi più importanti³⁴.

1.3.2. Livello europeo: CEDU e UE

Nel 1949 viene istituito il Consiglio d'Europa attraverso il trattato di Londra firmato da: Belgio; Danimarca; Francia; Regno Unito; Irlanda; Italia; Lussemburgo; Paesi Bassi; Norvegia, ad oggi conta 47 stati membri. Una delle prime iniziative del Consiglio d'Europa, che ha come scopo la tutela dei diritti dell'uomo, della democrazia parlamentare e garanzia del primato del diritto, è stata l'approvazione della

³² Cfr. Benhabib S., 2006, *I diritti degli altri. Stranieri, residenti, cittadini*, Cortina Raffaello, pag. 119

³³ Alicino F., 2011, *Costituzionalismo e diritto europeo delle religioni*, CEDAM, Pag. 10

³⁴ Cfr. *Ivi*, pag. 92-93

Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) firmata a Roma il 4 novembre 1950. La Convenzione entrò in vigore nel 1953, dopo la ratifica dei primi dieci stati contraenti, in ordine cronologico, relativo al deposito delle ratifiche Gran Bretagna, Norvegia, Svezia, Repubblica federale tedesca, Saar, Irlanda, Grecia, Danimarca, Islanda e Lussemburgo. L'Italia avrebbe ratificato la Convenzione solo nel 1955³⁵. A causa del diverso grado di stabilità democratica e del non uniforme livello di apertura nei confronti del diritto internazionale delle Costituzioni dei paesi fondatori non vi era un consenso unanime su quale fosse il grado di integrazione a cui avrebbe dovuto ambire il sistema convenzionale. Come risulta dai lavori preparatori nove membri (su quindici) dell'Assemblea consultiva propendevano per un approccio integrazionista, mentre all'interno del Comitato dei Ministri prevaleva un approccio assai più intergovernativo. Così come accanto a quei Paesi che ambivano ad una integrazione di livello sovranazionale, ve ne erano altri, primo tra tutti la Gran Bretagna, che ritenevano, invece, che il ruolo della Convenzione dovesse essere esclusivamente simbolico, di rassicurazione sulla non riemersione, in futuro, di ulteriori derive totalitaristiche in Europa. Il risultato è stato un compromesso tra i vari paesi che portò all'istituzione di una Corte con competenza ad accertare le violazioni della Convenzione da parte degli Stati membri che venne istituita nel 1959. Tuttavia, come contropartita gli inglesi ottennero sia l'attribuzione agli stessi Stati della facoltà (e non dell'obbligo) di accettare che ai singoli fosse riconosciuto un diritto di ricorso individuale di fronte all'allora ancora esistente Commissione europea dei diritti dell'uomo, sia che la competenza della Corte ad essere investita di detto ricorso fosse facoltativa, sottoposta ad una apposita accettazione da parte degli Stati (ex art. 46)³⁶.

Divenne così una delle prime Convenzioni internazionali dei diritti dell'uomo giuridicamente vincolanti. Nella Convenzione è presente un forte richiamo alla Dichiarazione universale dei diritti umani, espressamente richiamata nel preambolo:

«I Governi firmatari, membri del Consiglio d'Europa, Considerata la Dichiarazione universale dei Diritti dell'Uomo, proclamata dall'Assemblea generale delle Nazioni

³⁵ Cfr. Robertson A.H., 1960, *The European Court of Human Rights*, in *American Journal of Comparative Law*. 1 ss.

³⁶ Pollicino O., 2012, *Unione Europea e CEDU: Analisi comparata della genesi e dei primi sviluppi della rispettiva azione, con particolare riferimento alla tutela dei diritti fondamentali*, in *Forum di quaderni costituzionali*.

Unite il 10 dicembre 1948 [...] Risoluti, in quanto governi di Stati europei animati da uno stesso spirito e forti di un patrimonio comune di tradizioni e di ideali politici, di rispetto della libertà e di preminenza del diritto, a prendere le prime misure atte ad assicurare la garanzia collettiva di alcuni dei diritti enunciati nella Dichiarazione universale³⁷». Nella Convenzione vengono definiti diritti e libertà fondamentali che gli stati firmatari «riconoscono ad ogni persona soggetta alla loro giurisdizione³⁸». Questo impegno alla tutela e al rispetto dei diritti fondamentali viene ripreso anche nei successivi Protocolli addizionali³⁹. È da ricordare inoltre che l'art. 14 CEDU precisa che: «Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione⁴⁰».

Stessa previsione è presente nell'art. 26 del Patto Internazionale per i diritti civili e politici: «A questo riguardo, la legge deve proibire qualsiasi discriminazione e garantire a tutti gli individui una tutela eguale ed effettiva contro ogni discriminazione, sia essa fondata sulla razza, il colore, il sesso, la lingua, la religione, l'opinione politica o qualsiasi altra opinione, l'origine nazionale o sociale, la condizione economica, la nascita o qualsiasi altra condizione⁴¹».

In questo processo generale di internazionalizzazione dei diritti fondamentali in cui si inserisce la Convenzione europea dei diritti umani (CEDU), va inserito anche il processo di integrazione europea. La corte di giustizia di Lussemburgo farà sovente riferimento alla CEDU nelle sue sentenze, e proprio con una sua sentenza del 1969 dichiara che i diritti fondamentali costituiscono parte integrante dei principi fondamentali della comunità europea⁴², dando il via ad un trend giurisprudenziale. La tutela dei diritti fondamentali è entrata a far parte del panorama europeo non solo a livello giurisprudenziale ma anche attraverso l'azione comunitaria. Va ricordato a tal

³⁷ CEDU, *Preambolo*

³⁸ CEDU, Art. 1

³⁹ Cfr. Bonetti P., 2011, *Diritti fondamentali degli stranieri*, in *L'altro diritto Centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità*, http://www.altrodiritto.unifi.it/frontier/bonetti.htm#*

⁴⁰ CEDU, Art 14

⁴¹ Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, Art. 16

⁴² Corte di giust., sent. 12 dicembre 1969, causa 29/69, Erich stauder c. Ville d'Ulm – Sozialamt, in *Rac.*, 1969, pp 219 ss.

proposito la Dichiarazione comune di parlamento, commissione e consiglio del 5 aprile 1977, in cui tali istituzioni si impegnano a rispettare i diritti fondamentali, quali risultanti delle carte costituzionali degli stati membri e della convenzione europea dei diritti dell'uomo⁴³. Anche se non vincolante verrà richiamata dalla corte, ed il suo contenuto inoltre verrà ripreso nel preambolo dell'Atto Unico europeo, questo ultimo vincolante, nel quale i paesi europei si proclamano «decisi a promuovere insieme la democrazia basandosi sui diritti fondamentali sanciti dalle costituzioni e dalle leggi degli stati membri dalla CEDU e dalla carta sociale europea⁴⁴».

Altro passo in avanti si avrà con il trattato di Maastricht, che nell'art 6 TUE permette di includere la tutela della libertà ed eguaglianza religiosa individuale nel campo della competenza dell'Unione europea. Le disposizioni dell'art 6 sono state poi confermate dal trattato di Amsterdam del 1997 con il quale viene introdotta a livello europeo (art.7 TUE) la procedura di accertamento di gravi violazioni dei diritti fondamentali, procedura che può portare alla sospensione dei diritti degli stati che commettono tali violazioni. L'articolo 7 del trattato sull'Unione europea prevede: «la possibilità di sospendere i diritti di adesione all'Unione europea (ad esempio il diritto di voto in sede di Consiglio) in caso di violazione grave e persistente da parte di un paese membro dei principi sui quali poggia l'Unione (libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo, delle libertà fondamentali e dello Stato di diritto). Restano per contro impregiudicati gli obblighi che incombono al paese stesso».

Questa disposizione è stata poi portata dal trattato di Nizza a strumento di prevenzione e deterrenza contro le violazioni dei diritti e le libertà fondamentali, dando anche all'Unione un ruolo di vigilanza⁴⁵ sul rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello stato di diritto e dei diritti umani⁴⁶. Con il trattato di Lisbona (2007) questo controllo è stato allargato anche ai paesi che fanno richiesta di adesione. Un ulteriore passo nell'ambito della tutela dei diritti umani fondamentali al livello europeo è stato l'adesione da parte dell'UE alla CEDU, è stata prevista formalmente con il trattato di Lisbona che all'articolo 6 che dichiara: «L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e

⁴³ Dichiarazione del 5 aprile 1977, in GUCE, 27 aprile 1977, n. 103

⁴⁴ Atto Unico Europeo, *Preambolo*.

⁴⁵ Cfr. Alicino F., 2011, *Costituzionalismo e diritto europeo delle religioni*, CEDAM, pag. 112

⁴⁶ TUE, Art. 2

delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati⁴⁷», ma non è ancora avvenuta anche a causa delle incertezze che questo comporta sull'attribuzione dei compiti e della giurisdizione con la corte di Giustizia europea⁴⁸.

A questi documenti si lega anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, siglata il 7 dicembre del 2000, che in un primo momento era stata inserita nel trattato costituzionale europeo, ma dato che questo non entro mai in vigore la Carta fu oggetto di rinvio e venne incorporata nel trattato di Lisbona, sottoscritto il 13 dicembre 2007 ed entrato in vigore il 1° dicembre 2009. Con l'entrata in vigore del trattato di Lisbona la Carta ha ottenuto lo stesso livello giuridico riconosciuto ai trattati divenendo così vincolante per gli stati membri e per le istituzioni europee. Anche se si riferisce sicuramente ai documenti europei che l'hanno preceduta, come ad esempio la CEDU con cui ha molti punti in comune, la Carta di Nizza presenta delle novità sostanziali tra cui l'inserimento di diritti non presenti nei precedenti documenti: i diritti del bambino (art 24), i diritti degli anziani (art. 25), i diritti dei consumatori (art 38)⁴⁹. Molte delle norme inserite all'interno della Carta vengono riconosciute a “tutti” e ad “ogni persona” includendo quindi anche gli stranieri. Rilevanti in questo sono i diritti riconosciuti: dagli articoli 18 e 19 che riconoscono rispettivamente il diritto di asilo e la protezione contro l'extradizione; dall'articolo 21 che vieta «qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali⁵⁰»; e dagli articoli 34 e 34 che garantiscono “ad ogni individuo” «il diritto di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali⁵¹», e «diritto alle prestazioni di sicurezza sociale e ai benefici sociali conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali⁵²».

⁴⁷ TUE, Art. 6, c. 2

⁴⁸ Cfr. Alicino F., 2011, *Costituzionalismo e diritto europeo delle religioni*, CEDAM, pag. 113

⁴⁹ Cfr. Pegoraro L., Rinella A., 2017, *Sistemi costituzionali compartiti*, Giappichelli editore, Torino, pag. 251

⁵⁰ Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea, 2000, art 21

⁵¹ *Ivi*, art. 35

⁵² *Ivi*, art. 34

Infine per quanto riguarda la tutela del diritto di asilo rilevante è stata la creazione di un Sistema Europeo Comune di Asilo (SECA) venne stabilito dal consiglio di Tempere del 1999, che ne stabilì anche la tabella di marcia. La materia è diventata di vitale importanza oggi ed è oggetto di revisione per far fronte agli ingenti flussi migratori degli ultimi anni. In discussione c'è, oltre al meccanismo che decide lo stato responsabile di una domanda di asilo stabilito dai regolamenti di Dublino, anche alcune lacune normative che si sono evidenziate in questi anni. In primo luogo, il sistema impostato al livello europeo non è in grado di far fronte ad una crisi migratoria, l'obiettivo di armonizzare gli standard minimi di accoglienza e protezione in tutti gli stati non è stato raggiunto, ed in fine il sistema di tutela creato a livello europeo risulta di difficile accesso a causa della mancanza di canali sicuri di ingresso⁵³. Le lacune non sono comunque dovute solo al massiccio afflusso di immigrati degli ultimi anni, molto influente è stata l'evoluzione della gestione dello Spazio Schengen e della politica di asilo dell'UE. Schengen ha sicuramente aperto le frontiere interne per favorire gli scambi tra i cittadini europei, ma ha anche dato il via ad una cooperazione tra le forze di polizia per il rafforzamento dei controlli sulle frontiere esterne. Anche il regolamento di Dublino, che ha avuto un impatto considerevole sullo Spazio Schengen dato che non ha favorito un'equa redistribuzione dei richiedenti asilo tra i paesi. Il principio stabilito dai regolamenti di Dublino impone di fare richiesta di asilo nel paese di primo ingresso è stato pensato per limitare il più possibile i movimenti dei richiedenti asilo all'interno dello Spazio Schengen. Questo però anche a causa dell'aumento dei flussi migratori ha comportato un carico eccessivo nei confronti degli stati di frontiera mettendo in crisi la stessa cooperazione all'interno di Schengen⁵⁴. Molti paesi di frontiera in effetti hanno cominciato a non osservare le regole imposte dal regolamento di Dublino scatenando le reazioni degli stati interni che hanno cominciato a richiedere la re-introduzione dei controlli nelle frontiere interne. Una volta evidenziati questi problemi la Commissione europea ha adottato due pacchetti di proposte. Il primo, che è stato approvato nel 2016, comprende una revisione del regolamento di Dublino e l'istituzione di una *EU Asylum Agency*. La proposta di modifica della Commissione prevede l'impostazione di un meccanismo di emergenza basato sulla solidarietà che prevede la redistribuzione dei

⁵³ Cfr. Nicolisi F., 2019, *La riforma del sistema europeo comune di asilo tra impasse negoziale e miopia normativa*, in *Rivista trimestrale di Diritto Pubblico*, pag. 521-522

⁵⁴ Cfr. *Ivi*, pag. 523-524

richiedenti asilo nel caso in cui uno stato membro si trovi in una situazione di emergenza dovuta ai flussi migratori. Questo meccanismo dovrebbe attivarsi in automatico quando le richieste di asilo superano il 150% della quota nazionale, e le ricollocazioni dovrebbero proseguire finché le richieste non tornino sotto quella soglia⁵⁵. Importante è anche la proposta di armonizzare la nozione di paese sicuro: all'articolo 45, la Commissione, definisce paese sicuro quello che abbia ratificato la convenzione di Ginevra sullo status di rifugiato senza alcuna limitazione, e che garantisca effettivamente i diritti ivi garantiti.

Tutta via la revisione del Regolamento di Dublino è arenata sulle difficoltà manifestate da molti stati nell'accettare gli obblighi di solidarietà relativi alle specifiche quote di richiedenti asilo da accogliere⁵⁶.

Con l'ondata del costituzionalismo sociale e pluralistico del secondo dopoguerra, i diritti dell'uomo hanno assunto ampio riconoscimento divenendo condizione di legittimità degli ordinamenti democratici in Europa. Questi sono stati inseriti al livello costituzionale e disciplinati sul piano legislativo con pieno riconoscimento davanti alle corti. L'avvenuta positivizzazione, però, non ha completamente rimosso la distanza tra l'enunciazione e la realizzazione. Anzi, la sposta sul piano della effettività dei diritti, "compromessa non solo dall'incostanza delle scelte politiche del government of the day, ma anche da una serie di inefficienze amministrative legate a un'ampia gamma di attività: la trattazione delle richieste di asilo, l'organizzazione dell'accoglienza, la promozione di buone pratiche di integrazione, l'erogazione ai migranti di prestazioni sociali, il contrasto della clandestinità⁵⁷".

1.3.3. Il Fondamentale diritto alla libertà religiosa

Nell'ambito dei diritti fondamentali tutelati al livello internazionale c'è anche il fondamentale diritto alla libertà religiosa. Questo ha come primo ed ultimo referente l'individuo, altrimenti il rischio è quello di "consegnare il singolo alla cultura, alle sue

⁵⁵ Cfr. *Ivi*, pag. 526-527

⁵⁶ Cfr. *Ivi*, pag. 533

⁵⁷ Savino M. 2019, *Il diritto dell'immigrazione: quattro sfide*, in *Ripensare il diritto dell'immigrazione Il mandato parlamentare «Giocare» con le politiche pubbliche*, in *Rivista Trimestrale di Diritto pubblico*, Giuffrè, cit. pag. 390

interne gerarchie non necessariamente democratiche, alla sua capacità di produrre condizionamenti psicologici e fisici, con tutta l'illibertà che ciò può comportare⁵⁸». Questo perché quando nei diritti fondamentali si parla di libertà religiosa si deve avere una doppia valenza: sia una libertà dalla religione/cultura sia libertà delle religioni/culture.

Quindi le autorità degli stati dovrebbero riconoscere la possibilità all'individuo di attuare le proprie scelte in ambito religioso, limitandosi a controllare che le pratiche e i precetti religiosi siano rispettosi dei principi costituzionali.

Nell'ambito del diritto europeo la libertà di coscienza e religione è ampiamente trattata. All'interno della Carta Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) l'art. 9 sulla libertà di pensiero coscienza e religione stabilisce: «Ogni persona ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione; tale diritto include la libertà di cambiare religione o credo, così come la libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti⁵⁹».

Anche se manca tra le disposizioni della CEDU un esplicito riferimento alla laicità abbondano disposizioni nelle quali si può dedurre: la libertà di riunione (art.11); il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art 8); la libertà di sposarsi (art. 12); il diritto dei genitori di provvedere all'educazione e all'insegnamento dei figli secondo le loro convinzioni religiose e filosofiche (art. 2, primo protocollo addizionale CEDU del 1952); il divieto di qualsiasi tipo di discriminazione, ivi comprese quelle basate su sesso, razza, il colore, la lingua e la religione⁶⁰.

Tuttavia, all'interno dello stesso articolo viene previsto un limite a questa libertà, lo stesso presente anche in molti altri articoli: «La libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla pubblica sicurezza, alla protezione dell'ordine, della salute o della morale pubblica, o alla protezione dei diritti e della libertà altrui⁶¹».

⁵⁸ Galli C., 2008, *L'Umanità multiculturale*, Il Mulino, cit. pag. 62

⁵⁹ CEDU, Art. 9

⁶⁰ Cfr. Alicino F., 2011, *Costituzionalismo e diritto europeo delle religioni*, CEDAM, pag. 237-238

⁶¹ CEDU, Art. 9

Proprio in funzione di questo limite si è consolidato negli anni un orientamento giurisprudenziale che concede agli stati membri un ampio margine di manovra per imporre limitazioni a questo diritto per motivi di pubblica sicurezza, o per la protezione dell'ordine, della salute, o della morale pubblica, o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui, facendo quasi divenire la disposizione una mera enunciazione di principio⁶².

Conferma di questo orientamento sono ad esempio le sentenze della Corte di Strasburgo nell'*Affaire Refha Partisi*, dove la Corte ha confermato il provvedimento di dissoluzione del Refha Partisi poiché data la sua natura religiosa la realizzazione del suo progetto politico era incompatibile con le norme della Costituzione tra cui il mantenimento di un regime democratico. O la sentenza del novembre 2005 della Corte CEDU, camera Grande, nel caso *Leyla Sahin c. Turquie*, che conferma il giudizio della quarta sezione il 29 giugno 2004, nella quale la corte ha ritenuto legittimo il provvedimento che vietava di indossare il velo islamico all'interno delle università, giustificato dalla Corte con la necessità di preservare l'ordinamento democratico laico della Turchia⁶³. L'impressione è che il giudice di Strasburgo abbia molto spesso “giustificato restrizioni magari comprensibili sotto il profilo della storia politica degli Stati ma evidentemente non necessarie, come invece richiesto dalla norma, in una società democratica⁶⁴”

Sempre in relazione a questa tendenza giurisprudenziale si è riscontrato che molte volte alcuni gruppi sembrano finire col godere di maggiori protezioni che finiscono per prevalere sui diritti concorrenti dei singoli. Questa tutela spesso si allarga alle ingerenze da parte degli stati nei confronti delle organizzazioni confessionali, molto spesso portando però a far sentire legittimati i vertici istituzionali dei culti a contrastare le espressioni di dissenso espresse dai singoli all'interno delle comunità, anche quando questo costituirebbe una limitazione dei diritti fondamentali. A beneficiare di questo orientamento giurisprudenziale sono soprattutto le formazioni religiose più grandi. Da questo contesto risulta aumentata anche la loro capacità di incidere sull'attività dei

⁶² Cfr. Alicino F., 2011, *Costituzionalismo e diritto europeo delle religioni*, CEDAM, pag. 239

⁶³ Cfr. Alicino F., 2011, *Costituzionalismo e diritto europeo delle religioni*, CEDAM, pag. 241

⁶⁴ Colaianni N., 2007, *l'influenza della "Costituzione europea" sul diritto (statale) della libertà di religione*, in studi sull'integrazione europea, cit. pag. 319

poteri pubblici, soprattutto quando una legislazione civile va ad influire sulle loro prerogative all'interno della comunità⁶⁵.

Le restrizioni imposte alla libertà di religione e a tutte quelle libertà connesse alla religione non sono necessarie all'interno delle moderne democrazie costituzionali che pongono al centro i diritti fondamentali sanciti dall'ordinamento convenzionale e questo dovrebbe essere vero anche all'interno di un ordinamento sovrastatale, dovrebbe sì riconoscere le libertà alle minoranze religiose, ma senza andare incontro ad una limitazione dei diritti del singolo individuo⁶⁶.

Dato che la Corte si trova ad operare in un contesto normativo articolato caratterizzato da relazioni tra varie entità statali e organizzazioni confessionali, la tendenza della Corte a favorire l'autonomia confessionale dei maggiori gruppi è motivata dall'obiettivo di salvaguardare la pace religiosa. Allo stesso tempo la Corte cerca di tutelare le due dimensioni della libertà religiosa: la sfera interiore dell'individuo, e la sua manifestazione esteriore. La giurisprudenza della corte ha comunque evidenziato una tendenza ad un non adeguato rispetto dei principi di eguaglianza e non discriminazione, e una tendenza a giustificare a livello statale l'esistenza di status particolare a favore di alcune confessioni e non altre. Fondamentale in questo contesto è il rapporto tra i singoli sistemi confessionali e il principio di eguaglianza, tra il diritto alla differenza e la tutela dei diritti umani fondamentali⁶⁷

È interessante notare che l'articolo 10 della Carta UE, che ricalca l'art. 9 della CEDU, non presenta questo limite al suo interno. Anche se comunque è prevista una forma di limitazione all'art. 52: «eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui⁶⁸».

Come si può rilevare questa limitazione è molto meno stringente rispetto a quella prevista nella CEDU. Nella carta UE le limitazioni sono previste solo laddove siano

⁶⁵ Cfr. Alicino F., 2011, *Costituzionalismo e diritto europeo delle religioni*, CEDAM, pag. 245 ss.

⁶⁶ Cfr. Guazzarotti A., 2001, *Giudici e minoranze religiose*, Milano, Guffrè, pag. 246

⁶⁷ Alicino F., 2011, *Costituzionalismo e diritto europeo delle religioni*, CEDAM, pag. 254

⁶⁸ Carta UE, Art 52.

necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o dall'esigenza di proteggere diritti e libertà altrui⁶⁹.

Al livello UE la disciplina della differenza cultural-religiosa viene desunta non solo da un parametro costituzionale comune a tutti gli stati membri ma anche dai principi di diritto internazionale, in particolare dalla CEDU. Già nell' articolo 13 del trattato di Amsterdam, ripreso poi dall'art. 19 TFUE, è prevista un'azione positiva da parte delle istituzioni per combattere le discriminazioni basate anche sulla religione o la cultura; così nell'art 10 della Carta UE che include il diritto di cambiare religione o convinzione e la libertà di esprimere liberamente il proprio pensiero. Importante poi considerare che la Carta UE, che come evidenziato all'articolo 10 consacra la libertà di pensiero, coscienza e religione, è stata formalmente riconosciuta come diritto primario dal trattato di Lisbona, assumendo lo stesso valore giuridico dei trattati e divenendo pienamente vincolante per gli stati membri e le istituzioni.

Anche se i contenuti della dichiarazione n.11 del trattato di Amsterdam, riportati nell'Art. 17 del TFUE, stabiliscono che l'Unione non interviene direttamente nei rapporti tra gli stati e le chiese, questo non presuppone una totale assenza di competenza in materia di gruppi confessionali. Infatti, si è potuto riscontrare che sempre più il diritto europeo sta acquisendo un'influenza sui diritti ecclesiastici dei vari stati membri, mancando tuttavia la volontà al livello europeo di andare verso un'armonizzazione dei rapporti Stati-Chiese o di uniformarli ad un unico sistema giuridico⁷⁰. Questo ha portato le varie confessioni ad organizzarsi a livello sovranazionale per aumentare il loro potere di influenza. Anche se l'appartenenza religiosa e la sua tutela hanno negli ultimi anni acquistato sempre più rilevanza al livello giuridico, inserendosi nelle tutele dei diritti fondamentali, va riscontrato che ancora esistono livelli differenti di tutela tra le religioni di maggioranza e tradizionali e tutte le altre. La differenziazione su base religiosa è ad oggi uno degli ostacoli più seri che le società occidentali si trovano ad affrontare. L'ostacolo più grande alla realizzazione di una società inclusiva che possa basare le sue fondamenta su una pacifica convivenza è il radicamento di forme di intolleranza.

Un altro ostacolo all'integrazione dei migranti possono essere gli stereotipi che la cultura dominante adotta nei loro confronti. Va evidenziato che molto spesso i giudizi che le varie culture hanno rispetto alle altre sono profondamente distanti dalla realtà e

⁶⁹ Cfr. Alicino F., 2011, *Costituzionalismo e diritto europeo delle religioni*, CEDAM, pag. 78 ss.

⁷⁰ Cfr. Alicino F., 2011, *Costituzionalismo e diritto europeo delle religioni*, CEDAM, pag. 134

molto spesso stereotipati. Gli stereotipi sono spesso costruiti dai gruppi dominanti soprattutto quando alcune culture o gruppi sono percepiti come minacce. Sono tendenzialmente una semplificazione della cultura altrui, che ha effetti discriminatori impedendo a chi viene etichettato di autodeterminare socialmente la propria identità⁷¹.

Il diritto interculturale ha anche lo scopo di evitare che la cultura diventi uno stereotipo e vada a sostituire l'individualità del soggetto identificandolo attraverso di essa. La realtà complessa della personalità di ogni soggetto è sostituita da un'immagine simbolica il più delle volte semplificata; ed è attraverso questa immagine che molto spesso le altre culture, in particolare quella dominante, si relazionano con i soggetti appartenenti a quella cultura. L'immagine creata attraverso gli stereotipi dà luogo a pregiudizi molto spesso lontani dalla realtà; il problema si riscontra perché molto spesso è in base a questi che il soggetto verrà giudicato e trattato. Gli stereotipi sono pregiudizi inarticolati facilmente riconducibili a slogan anche strumentalizzati da molti per fini politici; ma, al di là di chi li strumentalizza, essi molto spesso, vengono considerati veri da molte persone. Bisognerebbe aiutare queste persone a sviluppare una consapevolezza critica nei confronti delle proprie credenze⁷², e questo è possibile anche attraverso un dialogo interculturale che faccia capire le vere origini delle culture altre. Ovviamente questo ha un effetto anche sulle culture giudicate, poiché il giudizio avviene da entrambe le parti: la creazione e l'uso strumentale degli stereotipi, soprattutto da parte delle culture occidentali, porta queste ultime ad essere giudicate⁷³.

1.4 Tecniche di integrazione delle comunità cultural-religiose

Il processo di integrazione è caratterizzato quasi sempre dalla presenza di un soggetto preminente (culturalmente, politicamente ed economicamente) ed un più "debole". Questo processo dovrebbe comprendere un mutamento di entrambi i soggetti coinvolti, e fondamentale è la volontà delle parti di trovare un terreno di incontro. Storicamente l'obiettivo dell'integrazione è stato quello di tendere ad eliminare, o in

⁷¹ Cfr. Ricca M, 2008, *Oltre Babele codici per una democrazia interculturale*, Bari, edizioni Dedalo, pag. 61 ss.

⁷² Cfr. *Ibid.*

⁷³ Cfr. *Ibid.*

ogni caso assottigliare, le differenze, proprio per questo motivo l'integrazione ha sempre teso verso l'assimilazione⁷⁴; questa tendenza ha dato origine al modello Assimilazionista che mira ad integrare i migranti attraverso l'immersione totale nella lingua, nella cultura e nella mentalità del paese di arrivo, reprimendo l'identità culturale di provenienza e suscitando un processo di sradicamento. L'altro modello di integrazione che si è sviluppato è quello Multiculturale che si orienta principalmente alla valorizzazione e alla conservazione della diversità cultural-religiosa. La differenza culturale viene perseguita come un valore: si deve puntare alla conservazione e alla tutela della diversità tra le culture, l'integrazione, e quindi la perdita della propria identità culturale, è vista come un disvalore.

Tra i due estremi dei modelli sull'integrazione, quello assimilazionista e quello multiculturalista, sono negli anni emersi altri modelli che tendono a posizionarsi a metà strada tra le due posizioni. Uno dei più famosi è quello della corrente *Inclusionary*, basata sul modello Interculturale, che pone i diritti dell'uomo in una posizione preminente rispetto alle differenze a livello nazionale. Questa teoria "tende a favorire il relativismo e l'uguaglianza culturale, ed auspica un intervento dei poteri pubblici per l'introduzione di azioni positive sul piano legislativo, per garantire pari opportunità anche alle minoranze"⁷⁵ seguendo "una prospettiva di assimilazione senza un modello dominante e normativo"⁷⁶. Secondo questa teoria i soggetti migranti non finiranno per essere completamente assimilati, ma si troveranno a convivere con una moltitudine di identità differenti, ovviamente queste identità assimileranno degli elementi dalla società ospitante, e saranno soggetti ad obblighi derivanti dal rapporto con il luogo di migrazione. Secondo alcuni i valori comunque condivisi sarebbero quelli democratici quelli dello stato di diritto e i diritti fondamentali dell'uomo. Assimilando caratteristiche appartenenti a più società, questi soggetti finiranno con l'acquisire identità transnazionali⁷⁷. Il modello interculturale ha come scopo di creare dialogo tra le culture, tendendo comunque a preservare le differenze, puntando all'inclusione e alla coesione

⁷⁴ Cfr. Alicino F., 2011, *Costituzionalismo e diritto europeo delle religioni*, CEDAM, pag. 7

⁷⁵ Botta F., 2017, *Appartenenza Religiosa e Strategie di integrazione e Convivenza. I "nuovi Diritti": Libertà Religiosa e Interculturalità*, in *Lo stato interculturale: una nuova eutopia?* a cura di Bagni S., Dipartimento di scienze giuridiche università di Bologna, cit. pag. 57-58

⁷⁶ Gozzini G., 2005, *Le migrazioni di ieri e di oggi. Una Storia Comparata*, Bruno Mondadori, Milano, Pag. 137

⁷⁷ Cfr. Botta F., 2017, *Appartenenza Religiosa e Strategie di integrazione e Convivenza. I "nuovi Diritti": Libertà Religiosa e Interculturalità*, in *Lo stato interculturale: una nuova eutopia?* a cura di Bagni S., Dipartimento di scienze giuridiche università di Bologna, pag. 57

sociale. Mentre l'approccio multiculturale che cerca di tutelare le peculiarità delle singole persone spesso porta a conflitti o all'assimilazione da parte della cultura dominante verso quelle più deboli, l'approccio interculturale, per evitare questo, predilige una valorizzazione della diversità culturale sviluppata però attraverso l'adattamento, la traduzione incrociata e la transizione reciproca volte all'integrazione democratica tra le diverse culture. Queste traduzioni e negoziazioni portano all'ibridazione tra le varie culture⁷⁸.

Inoltre, la tutela della diversità culturale è vista nell'approccio interculturale in funzione della persona e non al contrario, per evitare che l'identità del singolo individuo venga letta solo attraverso stereotipi legati alla cultura di appartenenza. La visione interculturale cerca di tutelare i patrimoni culturali in funzione degli individui: "Nella prospettiva interculturale il dato focale non è il contatto tra le culture, ma lo spostamento e l'integrazione delle persone⁷⁹".

Tutti i modelli di integrazione presentano dei limiti. Il modello assimilazionista tende ad imporre la cultura della maggioranza, tendendo a cancellare la cultura di provenienza e molto spesso creando richieste di riconoscimento e rivendicazioni tra le comunità minoritarie. Si verifica quindi una assimilazione culturale da parte della cultura dominante di uno stato nei confronti delle culture minoritarie. Molto spesso questa assimilazione degli indici culturali altrui ai propri, viene attuata anche in difesa della sovranità, poiché si pensa che aprirsi alla diversità culturale potrebbe indebolire il rapporto tra la sovranità e la società autoctona. Quindi, da un certo punto di vista, potrebbe essere considerata una strategia difensiva. Il problema che questo crea è che l'uguaglianza culturale proclamata come valore dalle società liberal democratiche nei fatti non esiste⁸⁰. Il modello multiculturalista invece corre il rischio di portare alla ghettizzazione dovuta alla eccessiva separazione tra gruppi etnici, oltre ad accrescere la vulnerabilità del singolo rispetto al gruppo, prevedendo diritti "culturali", o per il fatto che con questa strategia le autorità preferiscono interagire con le associazioni collettive. Questo modello può nel tempo affievolire i diritti del singolo rispetto a quelli del

⁷⁸ Cfr. Ricca M., 2008, *Oltre Babele codici per una democrazia interculturale*, Bari, edizioni Dedalo, pag. 42

⁷⁹ Ricca M., 2008, *Oltre Babele codici per una democrazia interculturale*, Bari, edizioni Dedalo, cit. pag. 54

⁸⁰ Cfr. Ricca M., 2012, *Culture interdette modernità, migrazioni, diritto interculturale*. Torino, Bollati Boringhieri, pag. 70

gruppo, o arrivare a trascurare il singolo soggetto quando i suoi diritti dipendono dalla comunità di appartenenza⁸¹. Il modello Interculturale, da parte sua, è un modello relativamente recente e per verificare la sua efficacia è ancora necessario che vengano sviluppate e definite politiche che possano supportarlo e farlo sviluppare.

1.4.1 I modelli di integrazione applicati dagli Stati

Ad oggi la tutela della differenza cultural religiosa si basa molto sulla tutela dei diritti umani. Nei vari paesi i metodi di integrazione delle culture diverse tendono a dare prevalenza ad una di queste due categorie di diritti fondamentali, la prevalenza verso l'una o l'altra categoria tende a definire i diversi modelli di integrazione delle culture minoritarie. Ad esempio, la Francia tende a dare priorità alla tutela dei diritti individuali, mentre nei paesi di matrice islamica si tende a privilegiare la tutela dei diritti collettivi⁸². In Europa oggi, mentre si riscontra una certa uniformità nelle politiche per il controllo delle frontiere, molto meno uniforme risultano le politiche di integrazione degli immigrati le quali vengono lasciate alla competenza dei vari stati membri. I vari stati adottano un modello di integrazione che va a formare lo scheletro della propria normativa in materia di immigrazione⁸³. Negli anni si sono andati sviluppando vari modelli di integrazione: il modello britannico basato sul multiculturalismo; il modello assimilazionista francese; il multiculturalismo alla tedesca, caratterizzato dalla convinzione della non integrabilità o assimilazione dei migranti, che vengono considerati solo per il loro apporto funzionale al sistema produttivo; e in ultimo il multiculturalismo selettivo che caratterizza il sistema spagnolo⁸⁴.

Ciò che è accaduto in Germania per molti anni con il cosiddetto modello funzionalista rappresenta un caso limite in cui lo stato non adotta alcuna politica di integrazione. Tra il migrante e la società di accoglienza si stabilisce un rapporto

⁸¹ Cfr. Botta F., 2017, *Appartenenza Religiosa e Strategie di integrazione e Convivenza. I "nuovi Diritti": Libertà Religiosa e Interculturalità*, in *Lo stato interculturale: una nuova eutopia?* a cura di Bagni S., Dipartimento di scienze giuridiche università di Bologna, Pag. 59

⁸² Cfr. Alicino F., 2011, *Costituzionalismo e diritto europeo delle religioni*, CEDAM, pag. 41

⁸³ Cfr. Botta F., 2017, *Appartenenza Religiosa e Strategie di integrazione e Convivenza. I "nuovi Diritti": Libertà Religiosa e Interculturalità*, in *Lo stato interculturale: una nuova eutopia?* a cura di Bagni S., Dipartimento di scienze giuridiche università di Bologna, pag. 56

⁸⁴ Botta F., 2017, *Appartenenza Religiosa e Strategie di integrazione e Convivenza. I "nuovi Diritti": Libertà Religiosa e Interculturalità*, in *Lo stato interculturale: una nuova eutopia?* a cura di Bagni S., Dipartimento di scienze giuridiche università di Bologna, pag. 57

prevalentemente utilitaristico e strumentale, secondo il quale i migranti vengono inseriti nel mondo lavorativo, ma viene fatto il possibile per scoraggiarne lo stanziamento definitivo. La crisi scoppiata nel 2008 ha incrementato l'immigrazione clandestina nel paese sconvolgendo in parte il modello di integrazione. La grande ondata immigratoria è stata tollerata per la forte richiesta di manodopera dell'economia tedesca. L'immigrazione in Germania è sempre stata molto selettiva e controllata, con la tendenza a privilegiare migranti di un'unica etnia e tradizione cultural-religiosa, rendendo in questo modo il fenomeno migratorio molto più controllabile. Dimostrazione di ciò sono i casi delle comunità turche e quelle molto più recenti di siriani. In Germania per favorire l'integrazione vengono anche offerti corsi statali di lingua e sull'ordinamento giuridico e la storia tedeschi, ed a questi corsi vengono affiancate consulenze individuali. La legge sull'immigrazione tedesca prevede anche dei fondi specifici da stanziare per progetti di integrazione soprattutto rivolti alle zone disagiate delle città e alle politiche di insediamento dei migranti⁸⁵.

Altro modello di integrazione peculiare è quello selettivo spagnolo caratterizzato dalla predilezione di alcuni gruppi di immigrati rispetto ad altri. Questo tende a favorire e tollerare la migrazione di coloro che sono di madrelingua spagnola, che hanno una cultura comune o simile a quella della Spagna, e che possiedono una educazione superiore e preferibilmente di stampo occidentale. Questo modello ha evidenti tracce del modello assimilazionista, tendendo ad imporre la propria cultura, e ad emarginare tutti coloro che risultano troppo differenti. Un punto di svolta si è avuto in Spagna con l'implementazione del *Plan Estratégico de Ciudadanía y Integración* (PECI) 2011-2014, che si concentra molto sull'integrazione dei soggetti migranti seguendo la scia tracciata dall'UE distinguendo le aree di intervento e la definizione di integrazione. Le aree di intervento sono divise in specifiche (come lavoro, educazione, salute, ingresso) e trasversali (convivenza, eguaglianza di trattamento, lotta contro la discriminazione). Inoltre, il plan definisce il concetto di integrazione come "un processo di mutuo adattamento alla convivenza delle persone immigranti e di quelle autoctone e ha come

⁸⁵ Cfr. Botta F., 2017, *Appartenenza Religiosa e Strategie di integrazione e Convivenza. I "nuovi Diritti": Libertà Religiosa e Interculturalità*, in *Lo stato interculturale: una nuova eutopia?* a cura di Bagni S., Dipartimento di scienze giuridiche università di Bologna, pag. 61

fine quello di contribuire ad un processo bidirezionale favorendo lo sviluppo economico, sociale, ed istituzionale”⁸⁶.

Invece nei paesi caratterizzati dal modello multiculturalista, come Regno Unito e Canada, si tende a concedere una certa autonomia giurisdizionale alle minoranze religiose soprattutto in alcuni settori a forte impatto religioso e sociale⁸⁷. Un esempio concreto sono gli *Arbitration Tribunals*. In altri paesi che utilizzano il modello assimilazionista, come ad esempio la Francia, la possibilità di concedere una certa autonomia giurisdizionale viene considerata come una deroga inaccettabile al diritto processuale ordinario. Nei paesi più aperti alla concessione di autonomia alle minoranze cultural-religiose si è andata sviluppando la pratica della *Reasonable Accomodation* secondo la quale il giudice cerca di arrivare ad una soluzione “reasonable” quando sorge un conflitto tra differenti posizioni soggettive costituzionalmente garantite. Questo potrebbe garantire a gruppi culturali minoritari di ottenere deroghe a regole che solitamente hanno valenza erga omnes, l’obiettivo è quello di evitare che l’applicazione di regole generali in maniera impersonale generino delle disuguaglianze⁸⁸. Ad esempio nel caso *Multani vs Commission scolaire Marguerite-bourgeois* la Corte costituzionale canadese ha ritenuto che ci sia un dovere di fare delle “accomodation” per gli individui «*who are adversely affected by a policy or a rule that is neutral on its face, and that this duty extends only to the point at which it cause undue hardship to the party who must who must perform it although it is not necessary to review all the cases on the subject, the analogy with the duty of reasonable accomodation seems to me to be helpful to explain the burden resulting from the minimal impairment test with respect to a particolare individual*»⁸⁹. Solitamente si ricorre all’accomodamento per tentare di salvaguardare il pluralismo culturale e religioso tutelando le identità delle varie comunità presenti sul territorio. “Questo riprende uno dei pilastri del costituzionalismo moderno che tenta sempre più di tutelare l’esercizio del diritto individuale dal rischio di tirannia della maggioranza”⁹⁰. Un altro approccio utilizzato è il *Joint governance*

⁸⁶ PECEI (2011-2014), Pag. 4

⁸⁷ Cfr. Alicino F., 2011, *Costituzionalismo e diritto europeo delle religioni*, CEDAM, pag. 49

⁸⁸ Cfr. *Ivi*, pag 50-51

⁸⁹ Corte Suprema del Canada, *Multani vs Commission scolaire Marguerite-bourgeois*, 2006 1 S.C.R 256, 2006 SSC 6, par. 53

⁹⁰ Alicino F., 2011, *Costituzionalismo e diritto europeo delle religioni*, CEDAM, cit. pag. 53

*approach*⁹¹ che fissa una serie di principi che permettono l'amministrazione congiunta degli stati e dei nomoi group in ambiti determinati, ad esempio il matrimonio, la scuola, le politiche di genere, il diritto ereditario, gli usi alimentari e l'abbigliamento che rappresentano i principali terreni di scontro tra religione e stato.

1.5. Rivendicazioni culturali

I problemi riscontrati dai soggetti migranti nel rapporto con il sistema normativo del paese ospitante potrebbero avere diverse conseguenze sul comportamento dello stesso. Potrebbero portare il soggetto a rinnegare la propria cultura nel tentativo di integrarsi ed omologarsi alla società ospitante. O, al contrario, potrebbero portarlo ad enfatizzare proprio gli aspetti che sono più distanti, e quindi più identificativi, dalla cultura ospitante⁹². Va inoltre riscontrato che molto spesso i problemi legati alla comprensione giuridico-culturale proseguono anche nelle seconde generazioni dei migranti, anche per chi quindi è cresciuto nel paese di immigrazione.

Come già evidenziato quando un soggetto entra in un contesto culturale diverso da quello di origine viene in contatto con altri soggetti che non condividono la sua stessa base culturale, le sue stesse conoscenze e i suoi stessi valori. E molte delle problematiche nascono proprio dal fatto che anche i valori, gli enunciati normativi e gli stessi diritti fondamentali sono interpretati dagli individui di una cultura diversa attraverso la loro enciclopedia dei saperi. Il soggetto si trova quindi a dover rinegoziare la propria posizione sociale. È in questo ambito che il soggetto decide se rivendicare la propria appartenenza culturale, questo perché questa rivendicazione può sortire diversi effetti. Molto dipende dalla distanza della sua cultura da quella del contesto in cui si trova, dalla sua disponibilità economico finanziaria e anche dalla posizione della società ospitante verso gli stranieri.

Se, in relazione alle difficoltà incontrate nel rapporto con il sistema normativo del paese di accoglienza, i soggetti appartenenti a culture diverse da quella dominante avanzano istanze di riconoscimento, il diritto è chiamato a rispondere a queste istanze

⁹¹ Benhabib S., 2005, *La rivendicazione dell'identità culturale. Eguaglianza e diversità nell'era globale*, il Mulino, cit. pag. 168

⁹² Cfr. Ricca M, 2008, *Oltre Babele codici per una democrazia interculturale*, Bari, edizioni Dedalo, pag. 57

multiculturali e dovrebbe attuare uno sforzo di comprensione delle altre culture. Non dovrebbe limitarsi ad evidenziare le differenze con gli altri diritti, come il fatto che in alcuni stati può essere considerato giuridico ciò che in un altro paese non lo è, ma dovrebbe mettere in luce da cosa derivano tali differenze, esse possono essere ricondotte alle diverse strutture sociali, alla politica, alla cultura e alla religione, ed in questo processo il diritto comparato può svolgere un'importante funzione di supporto.⁹³

Bisognerebbe conoscere ed utilizzare la cultura altrui per interpretare le rivendicazioni e le istanze di riconoscimento. Dato che è proprio quella cultura a guidare quelle rivendicazioni e quelle istanze questo aiuterebbe ad inserire queste ultime in una cornice di senso.

Altro fattore da tenere in considerazione quando si analizzano queste richieste è la situazione in cui si trovano i soggetti che le fanno. Senza alcun dubbio molte volte le condizioni in cui si trovano i migranti non sono facili: provano un sentimento di estraneità rispetto al nuovo contesto sociale; perdono il ruolo sociale che ricoprivano nella società di origine; molto spesso si ritrovano negli strati più bassi della società; e anche le nuove generazioni spesso vanno incontro a difficoltà di inserimento e fallimento nel sistema scolastico, con conseguenti difficoltà di ingresso nel mondo lavorativo. Questa situazione ha in molti casi portato a movimenti di rivendicazione identitarie, si pensi ad esempio alla Francia⁹⁴. Questi e molti altri fattori possono spingere i migranti verso un sentimento di chiusura, portandoli ad enfatizzare proprio gli elementi più diversificanti rispetto alla cultura di accoglienza, e spesso pratiche culturali e religiose che nei paesi di origine vengono considerate come arretrate o percepite come imposte, nei paesi di immigrazione vengono utilizzate come strumenti di richiesta di riconoscimento o rivendicazione identitaria⁹⁵.

Questa situazione in cui si trovano i migranti può spingerli ad utilizzare il riconoscimento culturale come mezzo per rivendicazioni che hanno cause molto diverse. Facendo questo però si crea un effetto a spirale sulla popolazione ospitante poiché più gli stranieri cercano di enfatizzare le differenze culturali, identificandosi con queste ultime, più i gruppi dominanti tenderanno a porsi in una posizione di chiusura

⁹³ Cfr. Pegoraro L., Rinella A., 2017, *Sistemi costituzionali comparati*, Giappichelli editore, Torino, pag. 6-7

⁹⁴ Cfr. Alicino F., 2011, *Costituzionalismo e diritto europeo delle religioni*, CEDAM, pag. 32 ss.

⁹⁵ Cfr. *Ibid.*

rischiando di arrivare a veder svanire tutto ciò che rende l'altro umano⁹⁶. Questa situazione può portare l'aggettivo identificante la cultura a sostituire quello che ogni persona realmente è, portando ad una normalizzazione della marginalizzazione degli altri. Se uniamo alla prerogativa culturale la collocazione sociale: il marocchino è (solo) lavavetri; l'albanese è delinquente; la filippina è badante; per le persone marginalizzate in questi ruoli poterne uscire diventa quasi impossibile. E proprio a causa di ciò che molto spesso l'appartenenza culturale si trasforma in una forma di protesta che chiede visibilità prima che tutela, riconoscimento identitario più che integrazione⁹⁷. Si entra quindi in un circolo vizioso in cui, a causa della situazione di esclusione, i migranti utilizzano il fattore culturale per rivendicare alcuni riconoscimenti sociali; ma più fanno ciò più rischiano una marginalizzazione sempre maggiore da parte del gruppo dominante.

Uno dei canali che gli stranieri possono utilizzare per avanzare richieste di riconoscimento ed integrazione nei sistemi normativi democratici è quello giurisdizionale. Attraverso quest'ultimo, il soggetto migrante può sollevare critiche contro la normazione esistente considerata magari discriminatoria, ad esempio può esprimere dubbi di legittimità costituzionale delle leggi alle quali è soggetto.

Queste richieste di riconoscimento molto spesso però possono creare anche un circolo vizioso poiché il gruppo dominante tenderà ad utilizzare la diversa interpretazione dei diritti per legittimare la propria supremazia elaborando contemporaneamente stereotipi negativi e svalutanti delle istanze delle altre culture. I gruppi minoritari, invece, tenderanno ad usare i diritti per affermare l'incorruttibilità delle proprie tradizioni, e per richiedere tutele integraliste dei propri indici e simboli. Questo porta ovviamente a fenomeni di separazione e perfino segregazione sociale.

Per evitare questo tipo di problematiche una possibile soluzione potrebbe configurarsi con la concessione, in situazioni, ben definite, al soggetto di far valere o no la sua cultura per ottenere delle deroghe. Questo però si scontrerebbe inevitabilmente con il principio di uguaglianza. Le relazioni tra soggetti di culture diverse dovrebbero essere basate sull'equità giuridica.

⁹⁶ Cfr. Ricca M, 2008, *Oltre Babele codici per una democrazia interculturale*, Bari, edizioni Dedalo, pag. 59

⁹⁷ Cfr. *Ibid.*

1.5.1 Limiti

Ovviamente la rivendicazione culturale non può però essere senza limiti. Essendo diventato un forte strumento di legittimazione politica e giuridica, lo straniero non può servirsi di una interpretazione strumentale e libera della propria cultura solo per avere un guadagno personale. Non può neanche giustificare con l'etichetta culturale qualsiasi declinazione della sua identità sociale. Quando vengono fatte delle rivendicazioni culturali queste ultime devono realmente rispettare il patrimonio culturale cui asseriscono di riferirsi. Le culture hanno un carattere sistemico ed una relativa stabilità. Il diritto all'autodeterminazione culturale deve sottostare quindi a dei vincoli di coerenza. Molto difficile però risulta determinare questi vincoli, soprattutto senza rischiare di sfociare in stereotipi. Un uso strumentale delle rivendicazioni potrebbe portare ad un ulteriore stereotipo: cioè che la rivendicazione della diversità culturale sarebbe soltanto un pretesto per ottenere privilegi⁹⁸.

Quando le rivendicazioni culturali siano fatte in maniera strumentale, ad esempio per aggirare un divieto per ragioni economiche o per semplice comodità, spesso vengono fatti oggetto di rivendicazione di tutela giuridica tratti della cultura privi di valore identificante e per niente essenziali nel contesto culturale di provenienza. Bisogna quindi operare una distinzione per evitare che la cultura diventi uno strumento per ottenere deroghe e adattamenti sociali e giuridici che altrimenti non avrebbero senso di esistere.

Per evitare questo ed avere un utilizzo corretto delle culture è necessario conoscere i loro contenuti, soprattutto per le istituzioni che sarebbero così in grado di giudicare la fondatezza delle rivendicazioni e di valutare la possibilità di una integrazione e le eventuali strategie per perseguirla. "L'esistenza di un controllo istituzionale sulla coerenza delle rivendicazioni a base culturale sarebbe dunque uno strumento di garanzia anche nei confronti delle culture non dominanti⁹⁹".

Va rilevato inoltre che i soggetti devono essere liberi di poter scegliere la propria identità, in altre parole di quale gruppo sociale vogliono far parte. Questo perché

⁹⁸ Cfr. Ricca M, 2008, *Oltre Babele codici per una democrazia interculturale*, Bari, edizioni Dedalo, pag. 80 ss.

⁹⁹ Ricca M, 2008, *Oltre Babele codici per una democrazia interculturale*, Bari, edizioni Dedalo, cit. pag. 82

l'ascrizione ad un gruppo da parte di altri soggetti potrebbe limitare la libertà, spesso perché legata a stereotipi. Anche quando l'ascrizione ad un gruppo sociale è spinta dalla volontà di integrare l'altro può avere un effetto discriminante: potrebbe essere vista come una schedatura preventiva in base alla cultura di provenienza.

Questo porta alla luce un problema: come viene stabilita l'appartenenza culturale? Nel mondo moderno la cultura non coincide più né con la nazionalità, né con la razza, né con l'etnia¹⁰⁰

Tutti questi fatti evidenziano come la diversità culturale non sia facilmente integrabile. Una delle motivazioni principali è che la presenza di culture diverse si va ad inserire nel rapporto esistente tra le generalizzazioni giuridiche e la cultura autoctona.

Quando i nuovi soggetti immigrati si inseriscono nel nuovo ambiente sociale si chiedono quale sia il loro posto al suo interno. La presenza di un nuovo soggetto nell'ambiente altera le relazioni anche tra i membri appartenenti. Questo avvia processi di riadattamento sia per i vecchi soggetti che per i nuovi che sono interdipendenti. Questi mutamenti sono spesso difficili e possono portare a vedere l'altro come una minaccia, diversità vengono viste anche dove non esistono in realtà. E poiché i processi sono interdipendenti anche l'altro, etichettato come diverso, avrà giudizi simili nei confronti di chi lo giudica.

La diversità culturale, quindi, può mettere in crisi le presunzioni che il legislatore applica nel legiferare. Una possibile soluzione sarebbe adattare le generalizzazioni normative ad una pluralità di culture, ma questo richiede uno sforzo considerevole di traduzione interculturale. Questa crisi generata dalla presenza di culture diverse nelle società moderne mostra come queste ultime non possano più basarsi sulla forza coesiva della cultura per integrare i migranti. Il diritto può aiutare il migrante a costruirsi un'identità personale. Ma per fare questo è necessario però che i linguaggi giuridici vengano rivisti in senso interculturale. Il problema principale è che la multiculturalizzazione delle società, soprattutto quelle orientali, è avvenuta troppo in fretta e non permettendo un adattamento spontaneo dei sistemi giuridici e delle

¹⁰⁰ Cfr. Ricca M, 2008, *Oltre Babele codici per una democrazia interculturale*, Bari, edizioni Dedalo, pag. 15

mentalità sociali. Sarebbe importante per poter creare un linguaggio interculturale, che parli quindi in più culture, un intervento politico che promuova la sua creazione¹⁰¹.

I diritti fondamentali sono spesso diventati un pretesto per un uso indiscriminato di richieste di tutela, questo uso indiscriminato di richieste di tutela di diritti fondamentali potrebbe sollevare una questione: “se tutto è fondamentale niente è fondamentale”¹⁰²

La trasformazione in senso multiculturale degli ultimi anni ha spinto le società e i loro governi a dare maggior attenzione al “Diverso”, spingendo anche gli operatori del diritto a focalizzarsi sull'appartenenza religiosa che diventa uno di criteri descrittivi cardine dell'identità¹⁰³. Questo punto è della massima importanza e dimostra la grande distanza che divide l'approccio giuridico interculturale da quello multiculturale, da cui origina la pratica giudiziaria delle cosiddette difese culturali. L'argomento delle prove culturali insieme all'uso dei test culturali, sono alcuni degli strumenti più tipici usati da quei tribunali inclini a un approccio multiculturale (ad esempio Canada, Stati Uniti, Regno Unito e altri) quando affrontano la richiesta di differenze culturali¹⁰⁴. La conferma di prove culturali, ottenute da test di screening appositamente organizzati, è diretta proprio a verificare che l'autorappresentazione della propria cultura non sia una dissimulazione strategica. Il pericolo in questa pratica è, tuttavia, che le prove possano essere misurate secondo modelli di cultura normativi e congelati, contro i quali qualsiasi alterazione, negoziazione o trasformazione operata dagli attori sociali potrebbe essere etichettata come una deviazione incoerente. La domanda ruota attorno a ciò che deve essere considerato come prova. Quindi, l'affermazione culturale è legittima solo se è possibile trovare una corrispondenza tra la rappresentazione data dall'individuo e gli usi certificati dalla tradizione culturale attraverso riti, testi normativi o religiosi, pratiche e così via. Seguendo questa argomentazione, la probabilità di percorrere la strada degli stereotipi e della riduzione delle competenze culturali a un repertorio di schemi congelati non è nulla se non estremamente elevata. Questo implica che i soggetti di diritto non possono dare ai loro comportamenti i significati che preferiscono. “Il diritto

¹⁰¹ Cfr. Ricca M., 2008, *Oltre Babele codici per una democrazia interculturale*, Bari, edizioni Dedalo, pag. 86

¹⁰² Zolo D., 2003, *Fondamentalismo umanitario*, in Ignatieff M., *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Feltrinelli, Milano, Pag. 140

¹⁰³ Cfr. Botta F., 2017, *Appartenenza Religiosa e Strategie di integrazione e Convivenza. I “nuovi Diritti”: Libertà Religiosa e Interculturalità*, in *Lo stato interculturale: una nuova eutopia?* a cura di Bagni S., Dipartimento di scienze giuridiche università di Bologna, pag. 65

¹⁰⁴ Cfr. Foblets M.-C., Renteln A.D. 2009 eds., *Multicultural Jurisprudence: comparative Perspective of the Cultural Defences*, (Onati Series in Law and Society), Hart Publishing, Oxford

assegna e persegue fini: di conseguenza definisce i contesti di significazione. Esso esprime comandi, ingiunzioni normative che attribuiscono diritti e impongono obblighi determinanti sia i fini, sia le parole e i comportamenti per realizzarle. Ciò che non è pertinente, cioè non è funzionale ai fini e corrispondente ai vincoli normativi risulterà alternativamente irrilevante per il diritto, e quindi privo di effetti giuridici, o illecito.¹⁰⁵ Se questo non accade il divario tra i codici di interpretazione usati dall'autorità giudiziaria e quelli utilizzati dai soggetti potrebbe avere conseguenze sfavorevoli.

Come evidenziato i soggetti che non appartengono al gruppo culturale dominante hanno difficoltà ad ottenere un riconoscimento giuridico ma un ruolo importante può essere svolto dal giudice nel processo di integrazione interculturale. Si pensa che la giurisprudenza possa avere un ruolo nel permettere di correggere i limiti delle forme di riconoscimento politiche nei confronti delle minoranze religiose e culturali. Il potere politico si concentra più su riconoscimenti delle identità collettive, mentre il potere giurisdizionale ha l'opportunità di confrontarsi con le singole rivendicazioni, che sono più facili da confrontare con quelle già riconosciute ad altri soggetti della cultura dominante/autoctona¹⁰⁶. Nelle società moderne caratterizzate dalla multiculturalità le rivendicazioni delle culture minoritarie tendono a spostare il livello di mediazione con il potere dal livello politico a quello giurisprudenziale. Il giudice sembra poter ricoprire il ruolo di mediatore tra le diverse identità culturali, soprattutto nel rapporto con quella autoctona. Un esempio che possa supportare questa teoria è il ruolo svolto dai giudici francesi nella questione del velo che ha permesso di de-politicizzare la questione permettendo una mediazione tra le diverse parti sociali. La questione del velo venne portata davanti al Consiglio di stato dal ministro dell'istruzione Lionel Jospin nel 1989, dopo la vicenda scatenata dalle tre ragazze mussulmane che si erano ribellate contro la decisione della scuola di Creil di negare loro la possibilità di indossare il velo in classe. Nella sua decisione il Consiglio conferma sia il rispetto della *laïcité* dello stato sia il rispetto della libertà di coscienza degli studenti, quindi qualsiasi discriminazione basata sulle convinzioni religiose di uno studente è inammissibile. Il Consiglio stabilì inoltre che indossare i simboli attraverso i quali gli studenti manifestano l'adesione ad una religione non è di per se incompatibile con il principio di *laïcité*, ma questa libertà non

¹⁰⁵ Ricca M, 2008, *Oltre Babele codici per una democrazia interculturale*, Bari, edizioni Dedalo, cit. pag. 228

¹⁰⁶ Cfr. Guazzarotti A. 2001, *Giudici e minoranze religiose*, Milano, Giuffrè, pag. 246

autorizza gli studenti ad esibire simboli religiosi che possano rappresentare un atto di pressione, provocazione, proselitismo o propaganda tala da minacciare la dignità o la libertà dello studente o degli altri membri della comunità educativa, o da compromettere l'ordinario funzionamento del servizio pubblico. Tuttavia il Consiglio ha rimesso l'interpretazione del significato dei simboli alle autorità scolastiche¹⁰⁷. Nel 2004 l'Assemblea nazionale francese ha approvato con una maggioranza di 496 voti a favore, e con solo 36 contrari e 31 astenuti, legge n. 228 che prevedeva il divieto di indossare qualsiasi simbolo religioso all'interno delle scuole pubbliche. Ma in varie altri interventi il Consiglio ha confermato che la *laïcité* deve comprendere anche la libertà religiosa e il rispetto del pluralismo. Da evidenziare il parere dato nel 2010 sulla proposta di interdizione del velo integrale dove ha ribadito che la *laïcité* implica il rispetto della libertà individuale e della dignità delle persone; libertà che comprende anche la protezione del libero arbitrio *comme élément consubstantiel de la personne Humaine*, e per questo motivo l'interdizione del velo integrale non può trovare giustificazione nei valori costituzionali o nel principio della *laïcité*¹⁰⁸.

L'operatore di diritto quando si trova di fronte ad una richiesta di riconoscimento giuridico di una differenza culturale deve innanzitutto “fornire una qualificazione giuridica del comportamento che il soggetto implicato in una situazione normativamente rilevante intende tenere o ha tenuto¹⁰⁹”. Deve quindi interpretare il significato di tale comportamento, e la complessiva rilevanza giuridica. L'applicazione delle norme giuridiche ai fatti è invece il risultato del lavoro di traduzione e adattamento¹¹⁰. Quando la legge e i fatti reali entrano in relazione non è solo il lato sociale che risulta cambiato. Naturalmente, per cambiare la legge, per modellare e guidare le reazioni dei sistemi legali, è necessaria una formazione specifica: ogni giurista deve essere in grado di utilizzare in questo rapporto i significati appropriati resi

¹⁰⁷ Cfr. Benhabib S., 2006, *I diritti degli altri. Stranieri, residenti, cittadini*, Cortina Raffaello, pag. 148 ss.

¹⁰⁸ Cfr. Alicino F., 2011, *Costituzionalismo e diritto europeo delle religioni*, CEDAM, pag. 46-47

¹⁰⁹ Ricca M, 2008, *Oltre Babele codici per una democrazia interculturale*, Bari, edizioni Dedalo, cit. pag. 218

¹¹⁰ Cfr. White J.B 1990, *Justice as translation: an essay in cultural and legal criticism*, University of Chicago Press, Chicago

disponibili dai testi legali, dalle decisioni dei tribunali e da tutti gli altri elementi di ciascun ordinamento giuridico¹¹¹.

¹¹¹ Cfr. Ricca M, 2008, *Oltre Babele codici per una democrazia interculturale*, Bari, edizioni Dedalo, pag. 248 ss.

2. I DIRITTI DEGLI STRANIERI IN ITALIA E IN CANADA

Dopo la Seconda guerra mondiale in occidente l'impegno per l'affermazione dei principi incarnati nella moderna idea dei diritti umani è cresciuto. Libertà, uguaglianza e rispetto per la dignità umana hanno ottenuto un riconoscimento senza precedenti come principi astratti, ma va riscontrato che ad oggi il problema principale dei diritti umani non è come giustificarli ma come proteggerli¹¹². Gli standard di non discriminazione, previsti dalla Carta delle Nazioni Unite e considerati *jus cogens*, svolgono un ruolo fondamentale nel definire i diritti umani dei non cittadini. Questi ultimi garantiscono l'eguaglianza di fronte alla legge, il diritto ad un giusto processo dinanzi ad un tribunale indipendente ed imparziale, e gli strumenti che assicurano il godimento dei diritti sostanziali previsti dalle convenzioni internazionali. Un trattamento differenziale tra cittadini e non cittadini è ammissibile solo quando la distinzione è fatta in conformità ad un obiettivo legittimo, quando ha una giustificazione oggettiva, e quando una giusta proporzionalità esiste tra i mezzi applicati e l'obiettivo da raggiungere. Meccanismi di protezione dei diritti umani sono stati anche istituiti al livello regionale in Europa, nelle Americhe e in Africa ma la maggior parte dei trattati sui diritti umani richiede agli stati di fornire strumenti effettivi agli individui i cui diritti fondamentali sono stati violati. La maggior parte dei trattati internazionali e regionali sui diritti umani infatti contengono previsioni che richiedono agli stati di garantire agli individui uguaglianza di fronte alla legge e stessa protezione senza discriminazioni.¹¹³. Negli ultimi decenni c'è stato un grande riconoscimento del problema dei diritti dei migranti, con nuovi standard internazionali, nuove interpretazioni delle norme esistenti, nuovi meccanismi per la segnalazione che hanno rafforzato la consapevolezza di questo problema permettendo la creazione di nuovi strumenti di protezione. Tuttavia, molte volte gli standard sui diritti internazionali che vincolano gli stati possono essere molto più ampi dei diritti garantiti dal diritto interno.

In questo capitolo analizzerò le tutele garantite dall'Italia e dal Canada ai diritti degli stranieri.

¹¹² Cfr. Weinrib, L. E. (2001). *The supreme court of canada in the age of rights: Constitutional democracy, the rule of law and fundamental rights under canada's constitution*. Canadian Bar Review, 80(Issues 1-2), pag. 701.

¹¹³ Cfr. Crépeau F., Nakache D., 2006, *Controlling irregular migration in Canada reconciling security concerns with human rights protection*, in IRPP choices vol. 12 no., pag 8

2.1 La tutela dello straniero nella legislazione italiana

L'Italia, come molti paesi sviluppati, ha subito un forte flusso migratorio negli ultimi anni e questo fenomeno ha contribuito a trasformare la società italiana portando una diversità culturale e religiosa molto articolata¹¹⁴, costringendo il nostro paese a confrontarsi con la tutela dei diritti fondamentali degli stranieri che si trovano sul suo territorio.

Al livello internazionale l'Italia ha ratificato molti trattati e convenzioni che promuovono la tutela dei diritti degli stranieri ed in generale dei diritti umani, come ad esempio la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948, la Convenzione europea sui diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950, la Convenzione sui rifugiati del 1951, la Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale del 1965, i due Patti internazionali sui diritti civili e politici e sui diritti economici, sociali e culturali del 1966, e la Convenzione contro la tortura del 1984.

Inoltre, facendo parte dell'Unione Europea è vincolata al rispetto delle politiche europee in materia di diritti umani, principalmente quelle garantite dalla Carta dei Diritti fondamentali dell'UE.

In Italia comunque la tutela dei diritti degli stranieri è prevista in primo luogo al livello costituzionale.

2.1.1 I Principi fondamentali e la giurisprudenza della Corte Costituzionale

Accanto ai principi fondamentali e ad alcune norme specifiche sui diritti che possono essere considerate valide anche per gli stranieri, la nostra Costituzione prevede anche delle garanzie a protezione dei diritti proclamati. In primo luogo la riserva di legge, che può avere diversa intensità a seconda del grado di vicinanza con il nucleo essenziale delle libertà dell'individuo, assoluta in alcuni casi (ad es. libertà personale, domiciliare e libertà di comunicare riservatamente), e relativa in altri (per alcune libertà economiche),

¹¹⁴ Cfr. Pace E., 2013, *Introduzione*, in *Le religioni nell'Italia che cambia. Mappe e bussole*. Roma, Carocci, p.9

In secondo luogo è presente una riserva di giurisdizione, che si riferisce nello specifico alle restrizioni della libertà personale, di domicilio, di corrispondenza e di stampa, secondo la quale le suddette limitazioni possono essere messe in atto solo tramite un atto motivato dell'autorità giudiziaria¹¹⁵.

Con riferimento ai principi fondamentali va innanzi tutto richiamato l'articolo 2 della costituzione «riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale¹¹⁶». La formulazione di questo articolo sembra indicare la preesistenza dei diritti riconosciuti ad ogni istituzione o potere politico che li riconosce, «sancendo in questo modo il principio personalista caratterizzato dalla sua intrinseca apertura universalistica»¹¹⁷. Grazie quindi alla riserva di legge, stabilita dall'articolo 2, allo straniero che si trova sul territorio italiano viene riconosciuta la titolarità dei diritti fondamentali, cioè di quei diritti e libertà che riguardano la tutela delle esigenze essenziali della condizione umana, che hanno una dimensione universalistica che supera il limite della territorialità e che prescinde dal legame di cittadinanza con un determinato ordinamento¹¹⁸.

Il riconoscimento della precedenza della persona umana e dei suoi diritti si accompagna a quanto affermato dall'articolo 3 che riconosce pari dignità sociale. Quindi i diritti fondamentali all'interno della Costituzione italiana ruotano attorno al libero sviluppo della personalità, per il cui perseguimento lo Stato si impegna a rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale. Oltre alle libertà individuali la Costituzione riconosce anche delle libertà collettive, la cui titolarità spetta sì al singolo ma è legata nel suo esercizio ad un sistema di relazioni specifico, e i diritti sociali, come quello alla salute, all'istruzione o ad una retribuzione appropriata per garantire una esistenza libera e dignitosa.

È importante chiedersi ora quali siano i diritti effettivamente riconosciuti come inviolabili dalla Costituzione. Parte della dottrina tende ad interpretare l'articolo 2 come una norma a fattispecie chiusa, che riconosce cioè solo i diritti effettivamente elencati

¹¹⁵ Cfr. Colapietro C., Ruotolo M., 2010, Diritti e Libertà, in Lineamenti di Diritto Pubblico, a cura di Modugno F., Giappichelli, Torino, 2010, pag. 549 ss.

¹¹⁶ Costituzione italiana, Art. 2, c. 2

¹¹⁷ Bonetti P., 2011, Diritti fondamentali degli stranieri, in L'altro diritto Centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità, http://www.altrodiritto.unifi.it/frontier/bonetti.htm#*, cit.

¹¹⁸ Cfr. Bonetti P., 2011, Diritti fondamentali degli stranieri, in L'altro diritto Centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità, http://www.altrodiritto.unifi.it/frontier/bonetti.htm#*

dalla Costituzione. Una tale interpretazione dell'articolo 2 tuttavia in primis lo renderebbe un mero riconoscimento dei diritti elencati in seguito, e inoltre non riconoscerebbe il legame evidenziato prima con l'articolo 3, comma 2. Altra parte della dottrina interpreta invece l'articolo 2 come norma a fattispecie aperta, che si riferisce ad ogni "situazione di libertà" che emerge a livello di costituzione materiale, questa tuttavia non trova nessun appiglio positivo. Una terza interpretazione è invece quella secondo la quale l'enunciazione di un nuovo diritto è possibile se vengono rispettate due condizioni: deve essere ricondotto ad un diritto presente nella Costituzione, e deve avere un riferimento al principio supremo della libertà-dignità.

L'articolo 3 della Costituzione afferma che: «tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali¹¹⁹». Analizzando il principio di eguaglianza formale espresso dal comma 1 dell'articolo 3 della costituzione possono riscontrarsi diversi significati. Un primo significato si può riconoscere nell'uguaglianza di fronte alla legge, la legge quindi si applica a tutti senza nessun tipo di privilegio.

Un secondo significato è quello di eguaglianza nella legge che rappresenta il vincolo che grava sul legislatore, sul contenuto della legge e sulla sua efficacia. La legge deve possedere la massima generalità e universalità, e deve generare una pari soggezione senza operare discriminazioni o trattamenti irragionevolmente differenziati. Questo non vuole significare che la legge debba garantire sempre e comunque lo stesso trattamento, ma deve risultare egualmente differenziata, cioè trattare in modo eguale situazioni eguali e in modi diverso situazioni ragionevolmente diverse¹²⁰.

Il suddetto articolo stabilendo il nucleo forte del principio di eguaglianza detta sei specifici divieti di discriminazione. Il primo è il divieto di discriminazione in base al sesso che tende ad equiparare uomo e donna in tutti i campi. Il secondo è il divieto di discriminazione in base alla razza considerato assoluto ed esente da deroghe. Questo divieto assume oggi un carattere preminente proprio a causa delle trasformazioni in senso multietnico causate dalle migrazioni. Terzo divieto è quello di discriminazione per motivi linguistici, che può essere affiancato alla tutela delle minoranze linguistiche

¹¹⁹ Costituzione Italiana, Art. 3

¹²⁰ Cfr. Colapietro C., Ruotolo M., 2010, *Diritti e Libertà*, in *Lineamenti di Diritto Pubblico*, a cura di Modugno F., Giappichelli, Torino, 2010, pag. 569.

ex articolo 6 della Costituzione, che è stato tradotto in legge nel 1999 con la legge n. 482 recante “norme in materia di minoranze linguistiche storiche”¹²¹.

Il quarto divieto riguarda la discriminazione su base religiosa, che garantisce piena parità indipendentemente dal credo religioso, anche quindi ai non redenti. Questo divieto è strettamente legato al diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione, che comprende anche la libertà di cambiare religione o pensiero e la libertà di manifestare la propria religione o il proprio pensiero individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, per mezzo del culto, dell'insegnamento, di pratiche e compimento di riti, riconosciuto dall'ordinamento italiano al livello costituzionale negli articoli 19, 20 e 21, anche se l'articolo 19 contiene una limitazione per i riti contrari al buon costume. Esistono comunque dei limiti previsti dalla legge a questo diritto legati alla sicurezza pubblica, alla difesa dell'ordine pubblico, alla protezione della salute o della morale o dei diritti e delle libertà di altri. Legato al diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione c'è quello all'istruzione, nel quale viene compreso il diritto dei genitori di assicurare l'educazione e l'insegnamento secondo le loro convinzioni religiose e filosofiche con modi e limiti simili a quelli disposti dagli articoli 30 comma 1, 33 e 34 della Costituzione¹²².

Nel sistema costituzionale italiano peraltro questo divieto è anche strettamente connesso con l'eguale libertà di tutte le confessioni religiose davanti alla legge, tutelata dall'articolo 8, comma 1, della Costituzione, su cui si basa anche il principio di laicità e non confessionalità dello stato, anche se il principio di eguaglianza in materia religiosa ad oggi in Italia è ancora fortemente limitato dalle deroghe garantite dalla Costituzione al rapporto tra lo Stato e la Chiesa Cattolica (art. 7 Cost.).

Il rapporto con la Chiesa Cattolica è infatti regolato dal concordato, che autorizza la Corte costituzionale a verificare la compatibilità dei patti lateranensi con i principi supremi della Costituzione. Inoltre i rapporti tra lo stato e la Chiesa Cattolica devono essere disciplinati consensualmente, quindi qualsiasi modifica ai Patti non prevede la

¹²¹ Cfr. Colapietro C., Ruotolo M., 2010, Diritti e Libertà, in Lineamenti di Diritto Pubblico, a cura di Modugno F., Giappichelli, Torino, 2010, pag. 560 ss.

¹²² Cfr. Bonetti P., 2011, Diritti fondamentali degli stranieri, in L'altro diritto Centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità, http://www.altrodiritto.unifi.it/frontier/bonetti.htm#*

revisione costituzionale solamente se viene approvata da tutte e due le parti, come previsto dall'articolo 7, comma 2. L'ultimo accordo è stato concluso nel 1984¹²³.

Con l'articolo 8 comma 3 la Costituzione ha previsto le intese per cercare di ridurre la distanza tra i benefici accordati alla chiesa cattolica secondo il concordato, previsto all'articolo 7 comma 2, e quelli riservati alle confessioni minoritarie, garantendo a queste ultime la possibilità di far valere la propria specificità nei rapporti con lo stato¹²⁴. Ad oggi lo stato italiano ha concluso intese con valdesi, ebrei, e molte altre confessioni, ma non ancora con i musulmani tra i quali manca una rappresentanza unitaria capace di negoziare col Governo. Il rapporto tra lo stato italiano e le religioni è basato sul principio di eguaglianza, che implica anche il diritto alla differenza, infatti la nostra Costituzione all'articolo 8 prevede il divieto di stabilire una diseguaglianza sulla base della religione soprattutto perché il nostro si configura come uno stato laico. Si deve avere diritto di tutela anche nel caso in cui un soggetto respinga qualsiasi affiliazione. Purtroppo, in Italia una differenza è ancora presente dovuta soprattutto alla legislazione ecclesiastica degli anni Trenta, che continua ad avere effetti sulle minoranze cultural-religiose, in special modo nei confronti di quelle sprovviste di intese con lo stato¹²⁵. Quindi il contesto giuridico italiano si presenta abbastanza frastagliato data la mancanza di una disciplina comune sulla libertà cultural-religiosa, e per questo motivo risulta difficile individuare una governance in grado di andare incontro alle esigenze di una società sempre più multiculturale. Nella questione del crocifisso, ad esempio, è stata fatta una distinzione tra le confessioni radicate nella tradizione del popolo italiano e le altre che risultano, rispetto a questa, eccentriche, distinzione legittimata da una esegesi storico giuridica¹²⁶.

L'intesa, che disciplina i rapporti tra lo stato e le confessioni diverse da quella cattolica, precede la legge, il cui contenuto è vincolato alla decisione presa durante la trattativa fra lo stato e l'ordine confessionale. Anche la legge che deriva dall'intesa può definirsi negoziata, quindi si discosta dalla legislazione ordinaria (unilaterale e di carattere generale). Le religioni possono concorrere a regolamentare soltanto

¹²³ Cfr. Colapietro C., Ruotolo M., 2010, *Diritti e Libertà*, in *Lineamenti di Diritto Pubblico*, a cura di Modugno F., Giappichelli, Torino, 2010, pag. 562-563.

¹²⁴ Cfr. Alicino F. 2013, *La legislazione sulla base di intese. I test delle religioni «altre» e degli ateismi*, Cacucci, pag. 16

¹²⁵ Cfr. *Ivi*, pag. 31.

¹²⁶ Cfr. *Ivi*, pag. 32.

determinate questioni attinenti alle loro peculiari esigenze, tutte le altre sono disciplinate dalla legislazione unilaterale, nei modi e con i limiti stabiliti dalla Costituzione¹²⁷.

Le intese servono in qualche modo a tutelare le specificità identitarie delle minoranze religiose che altrimenti rimarrebbero vittime della disciplina unilaterale a causa della sua natura generica. La Corte costituzionale ha stabilito nella sentenza n. 346 del 2002 che le intese non possono essere imposte dai poteri pubblici alle confessioni, né possono essere utilizzate dalle confessioni per ottenere norme di favore. Per questo motivo tutti gli aspetti non legati alla specificità delle confessioni vanno disciplinati secondo legge unilaterale¹²⁸.

Ovviamente la mancata stipulazione di un'intesa non significa che una particolare confessione non abbia rapporti con lo stato; alle confessioni è comunque garantito il diritto di dotarsi di regole proprie e di una specifica organizzazione, e di esistere all'interno dello stato, nei limiti e nei modi stabiliti dalla Costituzione. Infatti, in Italia esiste ad oggi una legislazione sui culti ammessi che si applica alle confessioni prive di intese. La legislazione sui culti ammessi¹²⁹ sostiene una tutela indiretta della libertà di fede favorendo così alcune organizzazioni più di altre. La Costituzione ha messo in luce l'arretratezza della legislazione sui culti ammessi che non si coniuga bene con uno stato laico, costituzionale e di diritto. Infatti, nel preambolo di tutte le intese stipulate viene affermata la non idoneità della legge sui culti ammessi a regolamentare i rapporti tra lo stato e la confessione di riferimento. Tuttavia, questo vuol dire che per superare la legislazione sui culti ammessi del 1929-1930 le confessioni religiose devono stipulare un'intesa con lo Stato e, se questa non esiste, appellarsi al principio di ragionevolezza della Corte costituzionale¹³⁰.

Le intese tendono ad essere tutte impostate sullo stesso modello con alcuni cambiamenti nelle due stagioni di intese: la prima (1984-1995) e la seconda (2007-2012).

Rimane ancora oggi lontana la possibilità di introdurre nel nostro ordinamento una legge generale sulla libertà religiosa. Inoltre, la legge n. 400 del 1988 all'art. 2 stabilisce che le intese negoziate tra lo Stato e le confessioni debbano essere sottoposte alla

¹²⁷ Cfr. *Ivi*, pag. 46.

¹²⁸ Cfr. *Ivi*, pag. 50.

¹²⁹ Legge n.1159 del 24 giugno 1929

¹³⁰ Cfr. Alicino F. 2013, *La legislazione sulla base di intese. I test delle religioni «altre» e degli ateismi*, pag. 57

deliberazione del Consiglio dei ministri, prevedendo la stessa cosa anche in caso di accordi con la Chiesa cattolica regolamentati dall'art. 7 della Costituzione.

Nonostante non avesse sicuramente un fine discriminatorio questa differenziazione nella modalità di disciplina dei rapporti era inizialmente parsa funzionale per giustificare una protezione privilegiata alla religione Cattolica considerata per molto tempo religione di stato. Tanto che per molto tempo questa posizione privilegiata è stata riconosciuta anche dalla Corte costituzionale, e solo negli ultimi anni la giurisprudenza costituzionale si è mossa verso la rimozione delle disparità di trattamento¹³¹.

Il quinto divieto riguarda le discriminazioni in ragione delle opinioni politiche, che si lega ad altre disposizioni costituzionali che sono volte a rafforzarne il contenuto, come la libertà di manifestare il proprio pensiero (art. 21), il divieto di essere privati delle capacità giuridica, della cittadinanza, o del nome per motivi politici (ex art. 22).

L'ultimo divieto riguarda le discriminazioni in base alle condizioni personali e sociali, che risulta essere anche il più astratto e si ritiene abbia funzione di tutela residuale rispetto agli altri divieti più specifici¹³².

Da questi sei specifici divieti si può derivare una vera e propria presunzione di illegittimità costituzionale delle leggi che non li rispettino, tuttavia questa presunzione non è assoluta in quanto può essere superata da un giudizio della Corte costituzionale se questa ritiene esista una ragionevole motivazione per la differenziazione. Così il principio di eguaglianza diviene principio di ragionevolezza che esprime un canone di coerenza dell'ordinamento.

Se diamo una interpretazione letterale dell'articolo 3 della Costituzione il principio di eguaglianza sembrerebbe applicato solo ai cittadini, escludendo quindi gli stranieri. Tuttavia, secondo la Corte costituzionale, lo stesso principio di eguaglianza impedisce al legislatore di dettare «una disciplina che, direttamente o indirettamente, dia vita ad una non giustificata disparità di trattamento delle situazioni giuridiche, indipendentemente dalla natura e dalla qualificazione dei soggetti cui queste vengono imputate¹³³». Questa previsione è stata confermata dalla Corte costituzionale nella

¹³¹ Cfr. Colapietro C., Ruotolo M., 2010, *Diritti e Libertà*, in *Lineamenti di Diritto Pubblico*, a cura di Modugno F., Giappichelli, Torino, 2010, pag. 564.

¹³² Cfr. Colapietro C., Ruotolo M., 2010, *Diritti e Libertà*, in *Lineamenti di Diritto Pubblico*, a cura di Modugno F., Giappichelli, Torino, 2010, pag. 564-565.

¹³³ Corte costituzionale, 1966, sentenza n.25.

sentenza n. 120 del 1967¹³⁴ che ha stabilito che il principio di eguaglianza tutelato dall'articolo 3 della Costituzione deve essere interpretato sia in connessione con l'articolo 2, che come già evidenziato prevede il riconoscimento e la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo non distinguendo tra cittadini e stranieri, sia in connessione con l'art. 10, comma 2, che rinvia a consuetudini e trattati del diritto internazionale nei quali è prevista un'ampia protezione dei diritti fondamentali dello straniero¹³⁵ come mostrato nel capitolo precedente. Nella stessa sentenza la Corte afferma che «se è vero che l'art. 3 si riferisce espressamente ai soli cittadini, è anche certo che il principio di eguaglianza vale anche per lo straniero quando trattasi di rispettare quei diritti fondamentali dell'uomo, garantiti allo straniero anche in conformità dell'ordinamento internazionale¹³⁶». Tuttavia, in varie altre sentenze la Corte ha comunque riconosciuto che i diritti inviolabili della persona tutelati dal diritto internazionale vengono riconosciuti agli stranieri, ma in ogni caso sono più limitati rispetto ai diritti e alle libertà che vengono riconosciuti al cittadino¹³⁷.

Quindi il rapporto tra la titolarità dei diritti fondamentali degli stranieri e dei cittadini è regolamentato secondo il principio di eguaglianza sancito dall'art. 3 della Costituzione, infatti lo straniero, qualunque sia la sua condizione (regolare o di clandestinità) è una persona umana che deve essere rispettata come tale, al pari di tutti i cittadini. Il principio di eguaglianza si estende anche al rapporto tra stranieri, infatti secondo la Corte costituzionale a tutti gli stranieri dovrebbe essere riservato lo stesso trattamento giuridico, a meno che alcuni non godano del diritto di asilo, poiché a questo status le norme costituzionali riconoscono una tutela speciale. Le uniche disparità di trattamento che sono ritenute costituzionalmente legittime sono quelle motivate dall'esecuzione di obblighi internazionali come quelli derivati dai trattati UE, anche se nessuna disparità nell'ambito dei diritti inviolabili può essere ritenuta ammissibile. Va comunque evidenziato che il diverso trattamento può in ogni caso essere legittimo solo

¹³⁴ Corte costituzionale, 1967, sentenza n. 120, in gazzetta ufficiale repubblica italiana.

¹³⁵ Cfr. Corte costituzionale, 1967, sentenza n. 120, in gazzetta ufficiale repubblica italiana.

¹³⁶ Corte costituzionale, 1967, sentenza n. 120, in gazzetta ufficiale repubblica italiana.

¹³⁷ Cfr. Bonetti P., 2011, Diritti fondamentali degli stranieri, in L'altro diritto Centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità, http://www.altrodiritto.unifi.it/frontier/bonetti.htm#*

in caso sia legato alla cittadinanza, mai per l'appartenenza ad una diversa razza, lingua, religione, sesso, condizione personale o sociale¹³⁸.

L'interpretazione letterale è stata quindi superata dalla giurisprudenza costituzionale. Ma anche la dottrina ha usato un'interpretazione sistematica dell'articolo 3, in collegamento con l'articolo 2, che sancisce il riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo, e con l'articolo 10, comma 2, Cost., che riserva alla legge la disciplina dello status giuridico dello straniero in conformità con le norme e i trattati internazionali.

Inoltre la Corte costituzionale, adoperando una interpretazione sistematica della Costituzione, ha allargato agli stranieri l'ambito dei soggetti destinatari dei diritti fondamentali e dei doveri pubblici. Si va quindi verso una sostanziale parificazione della situazione giuridica di cittadini e stranieri. La posizione di questi ultimi è regolamentata al livello legislativo con il d.lgs. n. 286 del 1998 Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero¹³⁹.

Naturalmente non si può escludere, come confermato anche dalla stessa Corte costituzionale, che possano esistere delle differenze fattuali tra cittadini e stranieri che giustifichino un diverso godimento dei diritti di cui sono entrambi titolari. Infatti, esistono delle differenze tra cittadino e straniero connesse a valutazioni giuridiche: il primo ha domicilio stabile nel territorio dello stato, il diritto di risiedere ovunque nel territorio della Repubblica senza alcun limite di tempo e non può essere allontanato dallo stato per nessun motivo; il secondo invece può stabilirsi a vivere nel nostro stato solo con determinate autorizzazioni e per periodi di tempo generalmente limitati, e può essere espulso dal territorio statale specie per la commissione di reati¹⁴⁰. Le differenze nel godimento dei diritti fondamentali sono quindi giustificate dal diverso rapporto che esiste tra i due soggetti e lo stato: originario e permanente quello del cittadino, acquisito e generalmente temporaneo quello dello straniero¹⁴¹.

L'articolo 10, comma 2 è espressamente dedicato allo straniero; prevede che «la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e

¹³⁸ Cfr. Bonetti P., 2011, Diritti fondamentali degli stranieri, in L'altro diritto Centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità, http://www.altrodiritto.unifi.it/frontier/bonetti.htm#*

¹³⁹ Cfr. Colapietro C., Ruotolo M., 2010, Diritti e Libertà, in Lineamenti di Diritto Pubblico, a cura di Modugno F., Giappichelli, Torino, 2010, pag. 556-557.

¹⁴⁰ Cfr. Corte costituzionale, 1969, sentenza n. 105, in gazzetta ufficiale repubblica italiana.

¹⁴¹ Cfr. Bonetti P., 2011, Diritti fondamentali degli stranieri, in L'altro diritto Centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità, http://www.altrodiritto.unifi.it/frontier/bonetti.htm#*

dei trattati internazionali¹⁴²», e riconosce, al comma 3 il diritto di asilo per coloro che non godono dell'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione nel loro paese «secondo le condizioni stabilite dalla legge¹⁴³», oltre a garantire il divieto di estradizione per reati politici. Quindi se ad uno straniero è impedito di esercitare nel suo Paese le libertà democratiche, anche se queste formalmente non vengono disconosciute, può diventare rifugiato politico in Italia. È una condizione che garantisce allo straniero il diritto a soggiornare nel nostro paese a tempo indeterminato, a differenza di quanto concesso agli altri stranieri¹⁴⁴.

Al livello costituzionale è previsto che sia la legge a stabilire le condizioni secondo le quali è possibile esercitare il diritto di asilo in Italia. Dato, però, che questa legge riguarda la condizione giuridica dello straniero, ai sensi dell'articolo 10 comma 2 della Costituzione, il suo contenuto deve essere conforme alle norme dei trattati internazionali. Quindi il rinvio che la costituzione fa alla legge non conferisce al legislatore la facoltà di circoscrivere o di limitare il diritto di asilo, ma le attribuisce il compito di stabilire le modalità o i requisiti soggettivi del richiedente, nonché di stabilire le condizioni, i diritti e gli obblighi cui chi usufruisce del diritto di asilo è soggetto. Nelle condizioni stabilite dalla legge rientrano anche quelle che delineano le cause della cessazione del diritto di asilo, che si configurano quando al soggetto non è più impedito l'esercizio effettivo delle libertà democratiche costituzionalmente garantite nel suo paese¹⁴⁵. Ad oggi la disciplina del diritto di asilo è stabilita in Italia dal Testo unico sull'immigrazione n° 286 del 1998 aggiornato con le modifiche apportate, da ultimo, dal D.L. 14 giugno 2019, n. 53, convertito con modificazioni dalla L. 8 agosto 2019, n. 77 e dal D. L. 4 ottobre 2018, n. 113 convertito, con modificazioni, dalla L. 1° dicembre 2018, n. 132.

Oltre che al livello costituzionale la titolarità dei diritti fondamentali anche da parte degli stranieri è stata confermata dall'art. 19 del D. Lgs. 6 febbraio 2007, n.30 in attuazione della direttiva 2004/38/CE che garantisce ai cittadini dei paesi membri dell'Unione europea, che si trovano sul territorio italiano, e ai loro familiari extracomunitari con loro conviventi la quasi totale parità di trattamento con i cittadini

¹⁴² Costituzione italiana, art. 10, c. 2

¹⁴³ Costituzione italiana, art. 10

¹⁴⁴ Cfr. Martines T., 2009, *Diritto Pubblico*, Giuffrè, Milano, pag. 487

¹⁴⁵ Cfr. Bonetti P., 2011, *Diritti fondamentali degli stranieri*, in *L'altro diritto* Centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità, http://www.altrodiritto.unifi.it/frontier/bonetti.htm#*

italiani¹⁴⁶. Per quanto riguarda gli stranieri provenienti da paesi extracomunitari, invece, l'art. 2, comma 1 del D. Lgs. 25 luglio 1998, n. 286 Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero «prevede che allo straniero che si trova nel territorio dello stato siano riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti¹⁴⁷».

In questo modo si garantisce il godimento agli stranieri di pressoché tutti i diritti tutelati dalla Costituzione, rimanendo ovviamente esclusi i diritti, come ad esempio quelli politici, il cui esercizio è legato strettamente alla condizione di cittadino. I diritti politici degli stranieri presenti sul territorio dello Stato sono riconosciuti con maggiore difficoltà, perché si ritiene che i diritti politici siano strettamente connessi con la cittadinanza. La stessa Convenzione europea dei diritti dell'uomo nonostante preveda la libertà di espressione, di riunione, e associazione previste dagli articoli 10 e 11, all'articolo 16 prevede che: «nessuna delle disposizioni degli articoli 10, 11 e 14 può essere interpretata nel senso di proibire alle Alte Parti contraenti di imporre restrizioni all'attività politica degli stranieri¹⁴⁸». Su questo argomento tuttavia è importante evidenziare che l'Italia ha ratificato nel 1994, la Convenzione europea per la partecipazione dello straniero alla vita pubblica a livello locale fatta a Strasburgo il 5 febbraio 1992. Questa convenzione tutela «a) il diritto alla libertà di espressione; tale diritto comprende la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza l'interferenza delle Autorità pubbliche ed a prescindere da considerazioni relative alle frontiere. b) il diritto alla libertà di riunirsi pacificamente, ed alla libertà di associazione, compreso il diritto di fondare sindacati assieme ad altri, e di affiliarsi a sindacati per la difesa dei propri interessi. In particolar modo, il diritto alla libertà di associazione implica il diritto per i residenti stranieri, di creare le loro associazioni locali a fini di assistenza reciproca, di conservazione e di espressione della loro identità culturale o di difesa dei loro interessi riguardo a questioni di competenza

¹⁴⁶ Cfr. Decreto Legislativo 6 febbraio 2007, n. 30, "Attuazione della direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri", art. 19

¹⁴⁷ Decreto Legislativo 25 luglio 1998, n. 286 "Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero", art. 2

¹⁴⁸ Convenzione europea dei diritti dell'uomo, art. 16

della collettività locale, nonché il diritto di aderire ad ogni associazione¹⁴⁹». Inoltre, la convenzione prevede che «ciascuna Parte faccia in modo che sforzi effettivi siano posti in atto per associare i residenti stranieri alle inchieste pubbliche, alle procedure di pianificazione ed agli altri processi di consultazione sulle questioni locali¹⁵⁰», e che «si impegnano [...] a vigilare affinché nessun ostacolo legale o di altra natura impedisca alle collettività locali che hanno nei loro rispettivi territori un numero significativo di residenti stranieri, di creare organi consultivi o di adottare altre disposizioni appropriate a livello istituzionale per: provvedere ai collegamenti tra esse ed i predetti residenti; fornire un'istanza per il dibattito e la formulazione delle opinioni, degli auspici e delle preoccupazioni dei residenti stranieri sui temi della vita politica locale che li concernono da vicino, comprese le attività e le responsabilità della collettività locale interessata; promuovere la loro integrazione generale nella vita della collettività; incoraggiare ed agevolare la costituzione di determinati organi consultivi o l'attuazione di altre adeguate disposizioni a livello istituzionale al fine di una adeguata rappresentanza dei residenti stranieri nelle collettività locali che hanno nel proprio territorio un numero significativo di residenti stranieri¹⁵¹».

In ambito UE si è avuta un'estensione anche del diritto di voto. Infatti la cittadinanza europea, istituita dal Trattato sull'Unione europea sottoscritto a Maastricht nel 1992, e che si acquisisce in ragione del possesso della cittadinanza di uno degli stati membri, concede alcuni diritti agli stranieri che la posseggono e si trovano in Italia, alcuni diritti tra cui quelli di elettorato attivo e passivo limitatamente alle elezioni comunali e per il parlamento europeo¹⁵² (art. 22 TFUE e art. 39 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE).

2.1.2 I diritti costituzionali riconosciuti allo straniero

La libertà personale è qualificata come inviolabile dall'articolo 13 della Costituzione, questa libertà si concretizza in libertà dagli arresti arbitrari, senza l'intervento

¹⁴⁹ Convenzione europea per la partecipazione dello straniero alla vita pubblica a livello locale, 1992, art. 3

¹⁵⁰ *Ivi*, art. 4

¹⁵¹ *Ivi*, art. 5

¹⁵² Cfr. Colapietro C., Ruotolo M., 2010, *Diritti e Libertà*, in *Lineamenti di Diritto Pubblico*, a cura di Modugno F., Giappichelli, Torino, 2010, pag. 557-558.

dell'autorità giudiziaria, infatti al comma 2 lo stesso articolo prevede che le restrizioni della libertà personale possono essere disposte solo nei casi e nei modi previsti dalla legge e con atto motivato dell'autorità giudiziaria¹⁵³. La Corte costituzionale ha riconosciuto la libertà personale come valore fondamentale anche allo straniero nella sentenza n. 215 del 1-18 luglio 1983 dove dichiara che: «in riferimento all'art. 13, quinto comma, Cost., e, poi, con la sentenza n. 120 del 1967, una questione di legittimità dell'art. 139, in riferimento agli artt. 3 (collegato, nella parte motiva, con l'art. 2), 10, secondo comma, e 27 Cost., così "da escludere", fra l'altro, l'esistenza di "una illegittima discriminazione per lo straniero" rispetto al cittadino¹⁵⁴». Occorre però ricordare una specificità che riguarda soltanto gli stranieri: tra i provvedimenti limitativi della libertà personale che la legge può prevedere nei confronti dello straniero con le garanzie previste dall'art. 13 della Costituzione si devono ricordare quelli a cui allude l'art. 5 della CEDU, il quale consente anche «l'arresto e la detenzione legali di una persona per impedirle di penetrare illegalmente nel territorio, o di una persona contro la quale è in corso un procedimento d'espulsione o d'extradizione¹⁵⁵».

Il diritto alla vita è considerato un diritto implicito nella nostra Costituzione, ma può sicuramente trovare tutela all'articolo 27 che prevede il divieto della pena di morte, questo divieto è assoluto ed inderogabile e comporta anche la non estradizione per reati che la legge straniera consente di punire anche con la pena di morte. Come confermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 223 del 1996: «Il divieto della pena di morte ha un rilievo del tutto particolare - al pari di quello delle pene contrarie al senso di umanità - nella prima parte della Carta costituzionale. Introdotto dal quarto comma dell'art. 27, sottende un principio "che in molti sensi può dirsi italiano" - sono parole tratte dalla relazione della Commissione dell'Assemblea costituente al progetto di Costituzione, nella parte dedicata ai rapporti civili - principio che, "ribadito nelle fasi e nei regimi di libertà del nostro Paese, è stato rimosso nei periodi di reazione e di violenza", configurandosi nel sistema costituzionale quale proiezione della garanzia accordata al bene fondamentale della vita, che è il primo dei diritti inviolabili dell'uomo riconosciuti dall'art. 2. L'assolutezza di tale garanzia costituzionale incide sull'esercizio

¹⁵³ Cfr. Colapietro C., Ruotolo M., 2010, Diritti e Libertà, in Lineamenti di Diritto Pubblico, a cura di Modugno F., Giappichelli, Torino, 2010, pag. 568 ss.

¹⁵⁴ Corte costituzionale, 1983, sentenza n. 215, in Gazzetta ufficiale Repubblica italiana.

¹⁵⁵ CEDU, Art. 5

delle potestà attribuite a tutti i soggetti pubblici dell'ordinamento repubblicano, e nella specie su quelle potestà attraverso cui si realizza la cooperazione internazionale ai fini della mutua assistenza giudiziaria. Sicchè l'art. 27, quarto comma, letto alla luce dell'art. 2 della Costituzione, si pone quale essenziale parametro di valutazione della legittimità costituzionale della norma generale sulla concessione dell'extradizione (art. 698, comma 2, del codice di procedura penale), e delle leggi che danno esecuzione a trattati internazionali di estradizione e di assistenza giudiziaria¹⁵⁶». Per quanto concerne l'extradizione la legislazione italiana è influenzata anche dalle norme comunitarie, in particolare la direttiva n.83 del 2004 attuata in Italia con il decreto legislativo n 251 del 2007, che riconoscono lo status di protezione internazionale a chiunque possa subire in un altro paese una condanna a morte, prevedendo il divieto in questo caso anche di esecuzione di un mandato di cattura europeo¹⁵⁷. Il diritto alla vita è stato espressamente riconosciuto dalla Corte costituzionale come diritto inviolabile dello straniero nella sentenza n. 54 del 15-21 giugno 1979 nella quale si afferma che : «il testuale riferimento dell'art. 3, primo comma, ai soli cittadini non esclude, in effetti, che l'eguaglianza davanti alla legge sia garantita agli stessi stranieri, là dove si tratti di assicurare la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo (come questa Corte ha precisato, nelle sentenze n. 120 del 1967, n. 104 del 1969 e n. 144 del 1970); e tale è appunto il diritto alla vita, specificamente protetto - in sede penale - dall'art. 27, quarto comma¹⁵⁸».

L'articolo 13 inoltre vieta al comma 4 «ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà¹⁵⁹» e si lega all'articolo 27, comma 3, che stabilisce che «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato¹⁶⁰». Al livello di legislazione ordinaria l'articolo 19 del già citato decreto legislativo n. 286 del 1998 prevede il divieto di espulsione e di respingimento dello straniero extracomunitario verso un Paese in cui possa essere oggetto di persecuzioni o non possa essere protetto da tale rischio, e gli articoli 698 e 705 cod. proc. pen. e l'articolo 18, comma 1, lett. h) legge n. 69/2005 prevedono in tal caso il rilascio di un permesso di soggiorno, e il rigetto della richiesta

¹⁵⁶ Corte costituzionale, 1996, sentenza n. 223, in Gazzetta ufficiale Repubblica italiana.

¹⁵⁷ Cfr. Bonetti P., 2011, Diritti fondamentali degli stranieri, in L'altro diritto Centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità, http://www.altrodiritto.unifi.it/frontier/bonetti.htm#*

¹⁵⁸ Corte costituzionale, 1979, sentenza n. 54, in gazzetta ufficiale repubblica italiana.

¹⁵⁹ Costituzione italiana, art. 13

¹⁶⁰ Ivi, art. 27

di estradizione o dell'esecuzione di un mandato di cattura europeo se vi è motivo di ritenere che la persona sarà sottoposta a pene o trattamenti inumani o degradanti¹⁶¹.

Alcune limitazioni della libertà personale sono state introdotte dalla legislazione in materia di immigrazione e di trattamento degli stranieri extracomunitari con il d.lgs. n. 286 del 1998 che è stato modificato dalla legge n. 189 del 2002 e aggiornato prima dal c.d. pacchetto sicurezza del 2009 e in ultimo dal decreto sicurezza di Salvini, come evidenziato in precedenza. La legge n. 189 del 2002 così detta Bossi-Fini è stata oggetto di molte sentenze della Corte costituzionale tra il 2004 e il 2005 (sentt. nn. 5, 222 e 223 del 2004; nn. 78, 224 e 432 del 2005) nelle quali ha ribadito con fermezza che il godimento dei diritti inviolabili dell'uomo non può essere sottoposto alla discriminazione tra la posizione di cittadino e straniero. Secondo la Corte le garanzie riconosciute dall'articolo 13 non possono essere attenuate per gli stranieri, neanche per la tutela di altri beni costituzionalmente rilevanti come l'ordine pubblico e la sicurezza¹⁶².

Altro intervento legislativo in ambito di immigrazione è stato il d.l. n. 92 del 2008, convertito in legge n. 125 del 2008, prevede un inasprimento delle pene per i trasgressori dell'ordine di espulsione ed allontanamento oltre ad introdurre la clandestinità come circostanza aggravante prevedendo che la pena detentiva possa essere aumentata fino ad un terzo oltre il massimo previsto, e includendo anche il reato di immigrazione clandestina¹⁶³. Al riguardo però si è espressa la Corte costituzionale che «in tema di diritti inviolabili, ha dichiarato, in via generale, che essi spettano «ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani» (sentenza n. 105 del 2001). La condizione giuridica dello straniero non deve essere pertanto considerata – per quanto riguarda la tutela di tali diritti – come causa ammissibile di trattamenti diversificati e peggiorativi, specie nell'ambito del diritto penale, che più direttamente è connesso alle libertà fondamentali della persona, salvaguardate dalla Costituzione con le garanzie contenute negli artt. 24 e seguenti, che regolano la posizione dei singoli nei confronti del potere punitivo dello Stato. Il rigoroso rispetto dei diritti inviolabili implica l'illegittimità di trattamenti penali più severi

¹⁶¹ Cfr. Bonetti P., 2011, Diritti fondamentali degli stranieri, in L'altro diritto Centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità, http://www.altrodiritto.unifi.it/frontier/bonetti.htm#*

¹⁶² Cfr. Colapietro C., Ruotolo M., 2010, Diritti e Libertà, in Lineamenti di Diritto Pubblico, a cura di Modugno F., Giappichelli, Torino, 2010, pag. 574-575.

¹⁶³ Cfr. *Ibid.*

fondati su qualità personali dei soggetti che derivino dal precedente compimento di atti «del tutto estranei al fatto-reato», introducendo così una responsabilità penale d'autore «in aperta violazione del principio di offensività [...]» (sentenza n. 354 del 2002) D'altra parte «il principio costituzionale di eguaglianza in generale non tollera discriminazioni fra la posizione del cittadino e quella dello straniero» (sentenza n. 62 del 1994). Ogni limitazione di diritti fondamentali deve partire dall'assunto che, in presenza di un diritto inviolabile, «il suo contenuto di valore non può subire restrizioni o limitazioni da alcuno dei poteri costituiti se non in ragione dell'inderogabile soddisfacimento di un interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante» (sentenze n. 366 del 1991 e n. 63 del 1994)¹⁶⁴, « in definitiva, la qualità di immigrato «irregolare» – che si acquista con l'ingresso illegale nel territorio italiano o con il trattenimento dopo la scadenza del titolo per il soggiorno, dovuta anche a colposa mancata rinnovazione dello stesso entro i termini stabiliti – diventa uno “stigma”, che funge da premessa ad un trattamento penalistico differenziato del soggetto, i cui comportamenti appaiono, in generale e senza riserve o distinzioni, caratterizzati da un accentuato antagonismo verso la legalità. Le qualità della singola persona da giudicare rifluiscono nella qualità generale preventivamente stabilita dalla legge, in base ad una presunzione assoluta, che identifica un «tipo di autore» assoggettato, sempre e comunque, ad un più severo trattamento. Ciò determina un contrasto tra la disciplina censurata e l'art. 25, secondo comma, Cost., che pone il fatto alla base della responsabilità penale e prescrive pertanto, in modo rigoroso, che un soggetto debba essere sanzionato per le condotte tenute e non per le sue qualità personali. Un principio, quest'ultimo, che senz'altro è valevole anche in rapporto agli elementi accidentali del reato¹⁶⁵». La Corte ha quindi ritenuto la norma sull'aggravante della clandestinità illegittima poiché i diritti inviolabili implicano l'illegittimità di trattamenti penali più severi fondati su qualità personali dei soggetti che derivino dal precedente compimento di atti del tutto estranei al fatto reato. La ratio alla base dell'aggravante della clandestinità risulta essere una presunzione generale ed assoluta della maggiore

¹⁶⁴ Corte costituzionale, 2010, sentenza n. 249, in Gazzetta ufficiale Repubblica italiana.

¹⁶⁵ *Ibid.*

pericolosità dell'immigrato irregolare, e questa va a riflettersi sulla sanzione di qualunque violazione della legge egli ponga in essere¹⁶⁶.

L'articolo 24 della costituzione garantisce a tutti di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti sia in materia civile, che penale, che amministrativa. È una disposizione che mira a garantire il concreto ed effettivo accesso alla tutela giurisdizionale. Il diritto di azione sancito dall'articolo 24 sicuramente fa parte dei tratti essenziali del "giusto processo". Altra connessione con il "giusto processo" regolamentato è la specularità tra il diritto di azione e l'obbligo del giudice di decidere senza possibilità di sottrarsi al giudizio, che si ricollega al principio della ragionevole durata dei processi espressa dall'articolo 111. Al comma 2 l'articolo 24 sancisce il diritto alla difesa come inviolabile. Come precedentemente accennato l'articolo 24 si lega all'articolo 111 che, dopo le modifiche apportate con la legge costituzionale n. 2 del 1999 che lo hanno arricchito di ulteriori garanzie, definisce il giusto processo¹⁶⁷: «La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata. Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessarie per preparare la sua difesa; abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo. Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore. La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita. Tutti i

¹⁶⁶ Cfr. Colapietro C., Ruotolo M., 2010, *Diritti e Libertà*, in *Lineamenti di Diritto Pubblico*, a cura di Modugno F., Giappichelli, Torino, 2010, pag. 575.

¹⁶⁷ Cfr. Seres G., 2010, *Principi in tema di giurisdizione*, in *Lineamenti di Diritto Pubblico*, a cura di Modugno F., Giappichelli, Torino, 2010, pag. 640 ss.

provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati. Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge¹⁶⁸». Inoltre, «l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva¹⁶⁹». Nell'articolo 111 è tutelato anche il diritto alla difesa, e in proposito occorre ricordare che l'articolo 2, comma 5 T.U. n. 286 del 1998 riconosce espressamente agli stranieri parità di trattamento con il cittadino italiano per la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi, anche agli stranieri non presenti regolarmente nel territorio italiano. Questo è stato confermato anche dalla Corte costituzionale che in varie sentenze (nn. 120 del 1967, n. 109 del 1974, n. 492 del 1991) ha riconosciuto, sulla base dell'articolo 24 della Costituzione, che il diritto alla difesa spetta anche agli stranieri presenti irregolarmente sul territorio dello Stato, prevedendo anche per lo straniero che sia stato espulso il diritto di tornare in Italia per il tempo necessario al dibattimento¹⁷⁰. Naturalmente il diritto alla difesa e quello di accesso alla giustizia è garantito anche in caso lo straniero sia vittima di un reato. In particolare in caso di stranieri la Corte costituzionale ha riconosciuto che: «la partecipazione personale e consapevole dell'imputato al procedimento, mediante il riconoscimento del diritto in capo all'accusato straniero, che non conosce la lingua italiana, di nominare un proprio interprete, rientra nella garanzia costituzionale del diritto di difesa nonché nel diritto al giusto processo, in quanto l'imputato deve poter comprendere, nella lingua da lui conosciuta, il significato degli atti e delle attività processuali, ai fini di un concreto ed effettivo esercizio del proprio diritto alla difesa¹⁷¹». Questo perché l'interprete non deve essere considerato come uno strumento usato dal giudice per facilitare lo svolgimento del processo, ma come un diritto dell'imputato diretto a consentirgli quella partecipazione cosciente al procedimento che è parte ineliminabile del diritto di difesa. Questo diritto non può essere limitato, e qui interviene l'istituto del patrocinio gratuito per i non abbienti tutelato dall'articolo 24 della Costituzione al terzo comma, se questo diritto non fosse previsto si verrebbe meno al principio posto al comma primo

¹⁶⁸ Costituzione italiana, Art. 111

¹⁶⁹ *Ivi*, Art. 27

¹⁷⁰ Cfr. Bonetti P., 2011, *Diritti fondamentali degli stranieri*, in L'altro diritto Centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità, http://www.altrodiritto.unifi.it/frontier/bonetti.htm#*

¹⁷¹ Corte costituzionale, 2007, sentenza n. 254, in Gazzetta ufficiale Repubblica italiana.

dell'articolo 24 non garantendo a tutti di poter agire in giudizio in tutela dei propri diritti e interessi legittimi¹⁷².

Il diritto alla salute è definito fondamentale dall'articolo 32, comma 1, della Costituzione, può essere considerato dal punto di vista del diritto dell'individuo e da quello dell'interesse della collettività. Quindi la Costituzione riconosce il diritto alla salute come un diritto della persona attribuendolo anche ad ogni straniero presente sul territorio italiano senza nessuna limitazione determinata dalla cittadinanza. Questo principio è stato ribadito più volte dalla Corte costituzionale che lo ha riconosciuto come «un nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto. Questo nucleo irriducibile di tutela della salute quale diritto fondamentale della persona deve perciò essere riconosciuto anche agli stranieri, qualunque sia la loro posizione rispetto alle norme che regolano l'ingresso ed il soggiorno nello Stato¹⁷³». Arrivando anche a prevedere di limitare i provvedimenti di espulsione nel caso questi ultimi possano recare un irreparabile pregiudizio al diritto alla salute¹⁷⁴.

Inoltre, anche l'istruzione scolastica di base, tutelata dall'art. 34 della Costituzione, è obbligatoria non soltanto per i minori italiani, ma anche per tutti i minori stranieri, anche se in condizione di irregolarità rispetto al soggiorno, e ciò in conformità anche all'obbligo previsto dall'art. 28 della Convenzione sui diritti del fanciullo, firmata a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con la legge 27 maggio 1991, n. 176¹⁷⁵.

Oltre che dalle norme costituzionali i diritti fondamentali degli stranieri sono tutelati anche dalle norme di diritto internazionale cui l'ordinamento giuridico italiano si adegua secondo l'articolo 10, comma 2.: «la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali¹⁷⁶». E, come riconosciuto dalla Corte costituzionale, «tra le norme di diritto internazionale generalmente riconosciute rientrano quelle che, nel garantire i diritti fondamentali della

¹⁷² Cfr. Bonetti P., 2011, *Diritti fondamentali degli stranieri*, in L'altro diritto Centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità, http://www.altrodiritto.unifi.it/frontier/bonetti.htm#*

¹⁷³ Corte costituzionale, 2001, sentenza n.252, in Gazzetta ufficiale Repubblica italiana.

¹⁷⁴ Cfr. Bonetti P., 2011, *Diritti fondamentali degli stranieri*, in L'altro diritto Centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità, http://www.altrodiritto.unifi.it/frontier/bonetti.htm#*

¹⁷⁵ Cfr. *Ibid.*

¹⁷⁶ Costituzione italiana, art. 10

persona indipendentemente dall'appartenenza a determinate entità politiche, vietano discriminazioni nei confronti degli stranieri, legittimamente soggiornanti nel territorio dello Stato¹⁷⁷». Il legislatore può stabilire le norme che regolano l'ingresso e la permanenza sul territorio italiano degli stranieri extracomunitari e può decidere di concedere determinate prestazioni solo a chi risieda legittimamente e per un periodo prolungato di tempo. Tuttavia, qualsiasi straniero che risieda regolarmente in Italia non può essere discriminato limitando il godimento dei diritti fondamentali invece concessi ai cittadini.

Bisogna tuttavia riscontrare che l'esercizio effettivo dei diritti fondamentali, o comunque gran parte di essi, risulta in concreto piuttosto limitato in Italia. Questo principalmente perché nei confronti degli stranieri, sia regolari che irregolari, possono essere adottati provvedimenti di allontanamento e provvedimenti speciali che possono limitare la libertà personale, come ad esempio il trattenimento fino a 180 giorni in un centro di identificazione dello straniero espulso o respinto del quale però l'immediata espulsione non è possibile. In questi casi lo straniero non è messo in condizione di partecipare al procedimento amministrativo che lo riguarda derogando al principio di parità di trattamento enunciato all'articolo 2 del T.U. n. 286 del 1998¹⁷⁸.

Lo scoppio delle "primavere arabe" nel 2011 ha sicuramente modificato lo scenario geopolitico del Mediterraneo con effetti consistenti per la situazione migratoria. Saltano tutti gli accordi che avevano permesso una gestione dei flussi migratori, almeno sulla carta. Questi sconvolgimenti hanno portato molta tensione al livello politico legata soprattutto alle politiche migratorie. Questi eventi ancora oggi fanno sentire le loro conseguenze, e probabilmente le faranno sentire ancora a lungo. Le politiche migratorie italiane sono comunque legate a vincoli europei, che richiedono un allineamento alle procedure stabilite al livello comunitario in materia di asilo, di accoglienza e di respingimenti. Ovviamente l'Italia non è l'unico stato colpito dalla crisi migratoria post 2011, ma sicuramente per la sua posizione geografica è, insieme alla Grecia, tra gli stati che più hanno visto un incremento degli arrivi via mare. Solo nel 2017 circa 2 milioni di immigrati cittadini di paesi terzi sono entrati in Europa, i paesi maggiormente raggiunti da questo flusso sono stati: Germania (391,500); Regno Unito (320,000); Spagna

¹⁷⁷ Corte costituzionale, 2008, sentenza n. 306, in Gazzetta ufficiale Repubblica italiana.

¹⁷⁸ Cfr. Bonetti P., 2011, *Diritti fondamentali degli stranieri*, in L'altro diritto Centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità, http://www.altrodiritto.unifi.it/frontier/bonetti.htm#*

(314,000); Italia (240,000); e Francia (167,000)¹⁷⁹. Inoltre l'UNHCR ha stimato che tra il 2015 e il 2019 2 milioni di rifugiati abbiano raggiunto l'Europa attraverso il Mediterraneo. Di questi 550,000 circa hanno raggiunto l'Italia, 1,250,000 la Grecia e 160,000 la Spagna¹⁸⁰.

Come visto nel capitolo precedente il 2011 ha dato il via a conflitti in merito alle politiche migratorie tra i paesi dell'UE per lo più legati alla Convenzione di Dublino. Per quanto riguarda l'Italia, la frontiera marittima a sud è stata molto al centro del dibattito internazionale in relazione all'elevato numero di incidenti e morti in mare e per il relativo dibattito sui mancati salvataggi da parte delle autorità italiane e da parte delle organizzazioni non governative. Questa frontiera ha rappresentato un terreno di scontri sia con l'Unione europea sia con i paesi della sponda sud ed est del bacino influenzando sulle scelte italiane in materia di immigrazione. L'obiettivo era quello di limitare il più possibile i flussi migratori provenienti dalle coste nordafricane, e per fare questo l'Italia ha puntato su un progressivo e articolato intervento nei contesti di transito situati in Medio Oriente e in Nordafrica.

Ad esempio i vecchi accordi sottoscritti con la Libia di Gheddafi prevedevano il finanziamento di politiche di blocco dell'immigrazione attraverso centri di detenzione, e nel 2016-2017 l'Italia è riuscita a sottoscrivere accordi con le nuove forze che controllano il territorio libico per aumentare ancora di più il flusso migratorio, suscitando pesanti critiche da parte delle organizzazioni umanitarie¹⁸¹.

Inoltre, le scelte politiche legate alla situazione migratoria hanno portato negli anni 2011-2016 ad un crollo dei permessi di soggiorno per lavoro e all'aumento di quelli legati all'asilo¹⁸², che è arrivato ad essere una delle poche garanzie per favorire l'afflusso legale in Italia. Altro tema al centro del dibattito è stato quello legato alla riforma della legge sulla cittadinanza. La proposta del governo Gentiloni che prevedeva

¹⁷⁹ dati eurostat https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Migration_and_migrant_population_statistics

¹⁸⁰ Dati UNHCR <https://data2.unhcr.org/en/situations/mediterranean>

¹⁸¹ Cfr. Colucci M., 2019, *Le stagioni del governo dell'immigrazione nell'Italia repubblicana*, in Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, n. 2 2019, pag. 430 ss.

¹⁸² Cfr. Società Italiana di Statistica, Associazione Italiana Studi sulla Popolazione, Rapporto sulla popolazione, 2017, Le molte facce della presenza straniera, Bologna, il Mulino, pag. 431

l'inserimento del cosiddetto *ius culturae* dopo vari dibattiti e scontri alla Camera non è stato approvato¹⁸³.

Importante in ambito migratorio la recente approvazione del Decreto sicurezza da parte del governo Conte. Il decreto-legge n. 113, del 4 ottobre 2018, convertito nella legge n. 132, del 1° dicembre 2018 ha portato alcune novità controverse riguardo la gestione dei migranti. Prima su tutte l'abolizione della protezione umanitaria che viene ora garantita solo a persone affette da gravi patologie o a vittime acclamate di catastrofi naturali o abusi o a chi si sia reso responsabile di atti di particolare valore civile. Poi il ridimensionamento del sistema SPRAR. E in ultimo la possibilità di trattenere in detenzione gli stranieri in attesa dell'accompagnamento coattivo alla frontiera, non solo nei centri di permanenza per il rimpatrio (CPR) ma anche in «strutture diverse». In generale, il provvedimento non considera il nesso integrazione-sicurezza, ritenendo di non investire nei percorsi di inserimento dei migranti, che invece rappresentano un importante dispositivo di inclusione sociale, e limitando le possibilità di ingresso e permanenza regolare.

La questione legata ai flussi migratori impone ovviamente strumenti di controllo per impedire l'ingresso sul territorio di elementi pericolosi, ma tali strumenti devono comunque tenere conto del nostro quadro costituzionale che tutela i diritti umani di tutti non solo dei cittadini, e quindi essere adeguati, proporzionati tenendo conto dell'impatto effettivo sulla sicurezza¹⁸⁴.

2.1.3 A livello regionale

L'articolo 117 della Costituzione attribuisce “legislazione esclusiva allo stato” ... nella “politica estera e rapporti internazionali dello Stato; rapporti dello Stato con l'Unione europea; diritto di asilo e condizione giuridica dei cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea” e “immigrazione¹⁸⁵”. Le Regioni tuttavia hanno comunque una competenza concorrente in materie quali il governo del territorio, la programmazione sociale, l'istruzione, la sanità, la sicurezza del lavoro. Quindi negli

¹⁸³ Cfr. Colucci M., 2019, *Le stagioni del governo dell'immigrazione nell'Italia repubblicana*, in Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, n. 2 2019, pag. 430 ss.

¹⁸⁴ Cfr. Bassu C., 2019, *Flussi migratori e democrazie costituzionali: tra diritti umani e sicurezza pubblica*, in Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, n.2 2019, pag. 479 ss.

¹⁸⁵ Costituzione italiana, art. 117

ambiti elencati le Regioni potranno concorrere a regolare gli aspetti del fenomeno migratorio ad essi relativi. Questo rende le Regioni titolari delle politiche per gli immigrati attraverso forme di sostegno del welfare locale anche per i non cittadini. Questa divisione è stata prevista anche dal Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero che intreccia l'azione statale con quella degli enti regionali e locali per l'rogazione e la gestione dei servizi. infatti lo stesso all'articolo 3 comma 5 prevede che: «nell'ambito delle rispettive attribuzioni e dotazioni di bilancio, le regioni, le province, i comuni e gli altri enti locali adottano i provvedimenti concorrenti al perseguimento dell'obiettivo di rimuovere gli ostacoli che di fatto impediscono il pieno riconoscimento dei diritti e degli interessi riconosciuti agli stranieri nel territorio dello Stato, con particolare riguardo a quelli inerenti all'alloggio, alla lingua, all'integrazione sociale, nel rispetto dei diritti fondamentali della persona umana¹⁸⁶».

Anche se a questa attribuzione la Corte costituzionale ha posto dei limiti prevedendo che queste siano in linea con le norme della Costituzione garantendo la tutela della salute, cure gratuite agli indigenti, il diritto all'istruzione, nonché con le norme dell'UE che impongono la garanzia, ai cittadini comunitari che si trovino in una situazione disciplinata dal diritto dell'Unione europea, la parità di trattamento rispetto ai cittadini italiani¹⁸⁷.

In questo ambito si possono citare L.R. Toscana 29/2009, recante “Norme per l'accoglienza, l'integrazione partecipe e la tutela dei cittadini stranieri nella Regione Toscana” e L.R. Puglia 32/2009, recante “Norme per l'accoglienza, la convivenza civile e l'integrazione degli immigrati in Puglia”, che sono state sottoposte al vaglio della Corte costituzionale la quale ha escluso la violazione della competenza legislativa statale in materia di rapporti con l'Unione europea¹⁸⁸ limitandosi queste «ad assicurare anche ai cittadini neocomunitari quelle prestazioni ad essi dovute nell'osservanza di obblighi comunitari e riguardanti settori di propria competenza, concorrente o residuale,

¹⁸⁶ Decreto Legislativo 25 luglio 1998, n. 286 "Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero", art. 3, co. 5

¹⁸⁷ Cfr. Bonetti P., 2011, *Diritti fondamentali degli stranieri*, in L'altro diritto Centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità, http://www.altrodiritto.unifi.it/frontier/bonetti.htm#*

¹⁸⁸ Cfr. *Ibid.*

riconducibili al settore sanitario, dell'istruzione, dell'accesso al lavoro ed all'edilizia abitativa e della formazione professionale¹⁸⁹».

2.2 La tutela dello straniero nella legislazione canadese

Il percorso costituzionale che ha portato alla definizione del 1982 si è articolato nel corso di più di un secolo: si fa generalmente risalire la nascita dello stato canadese al primo *British North America Acts* entrato in vigore il 1° luglio 1867, anche se il Canada non era completamente indipendente dato che il Regno Unito manteneva il controllo legislativo e della politica estera. I *British North America Acts* sono una serie di *Acts* al centro della Costituzione del Canada, e sono stati emanati dal Parlamento del Regno Unito e dal Parlamento del Canada. Agli inizi il governo federale poteva esercitare i poteri di *disallowance* e di *reservation* nei riguardi di leggi provinciali. Ma a partire dal 1880, parte di questa preponderante autorità venne limitata grazie all'intervento dei tribunali e ad una serie di conferenze interprovinciali e federali-provinciali. Nel 1907, le province erano riuscite a strappare al governo federale la concessione di essere consultate e di ottenere la loro approvazione in qualsiasi proposta di modifica che incidesse direttamente sui loro interessi, e gli emendamenti dovevano essere approvati da entrambe le camere del Parlamento federale. Non venne, tuttavia, stabilita una regola chiara in merito ai diritti di veto delle singole province o al peso da accordare a un'opposizione delle province su particolari modifiche. Nel 1927 fu ampiamente accettata l'idea che fosse richiesto il consenso unanime delle province su una questione fondamentale come l'adozione di una formula di modifica costituzionale. Proprio in quegli anni per la prima volta il Canada inizia a cercare la piena indipendenza dal Regno Unito, i negoziati che iniziarono in quell'anno portarono allo Statuto di Westminster nel 1931. Lo Statuto è un *Act* del parlamento del Regno Unito che stabilisce l'indipendenza legislativa dei *dominions* autonomi dell'Impero britannico. Questo ha dato attuazione ad alcune risoluzioni politiche approvate dalle Conferenze imperiali del 1926 e del 1930, in particolare, la Dichiarazione Balfour del 1926. L'effetto principale dell'*Act* fu l'abolizione della capacità del parlamento britannico di legiferare per i *dominions*, parte della quale richiedeva anche l'abrogazione del *Colonial*

¹⁸⁹ Corte costituzionale, 2010, sentenza n. 299, in Gazzetta ufficiale Repubblica italiana.

Laws Validity Act del 1865 nella sua applicazione ai domini. Infatti all'articolo 3 stabiliva che «*No Act of Parliament of the United Kingdom passed after the commencement of this Act shall extend, or be deemed to extend, to a Dominion as part of the law of that Dominion, unless it is expressly declared in that Act that that Dominion has requested, and consented to, the enactment thereof*¹⁹⁰». Questo *Act* ebbe l'effetto di rendere I *dominions* nazioni sovrane a pieno titolo, e sicuramente rappresenta un passo cruciale nel loro percorso come stati indipendenti. Versioni modificate dello Statuto sono oggi legge nazionale in Australia e Canada, mentre è stato abrogato in Nuova Zelanda e implicitamente negli ex domini che non sono più regni del Commonwealth.

In Canada tuttavia il parlamento britannico manteneva il potere di modificare la costituzione su richiesta del parlamento canadese. I *British North America Acts* furono quindi esclusi dall'applicazione dello Statuto soprattutto a causa dei disaccordi presenti tra le province canadesi ed il governo federale nello stabilire le modalità di modifica di questi ultimi¹⁹¹.

Il *British North America Act* del 1949 conferì al parlamento canadese il potere di apportare limitati emendamenti costituzionali, ma il pieno controllo sulla Costituzione non fu raggiunto fino al *Constitution Act* del 1982. Questo lungo ritardo derivò in gran parte dall'incapacità di concordare una procedura per apportare modifiche costituzionali accettabili per tutte le province, in particolare la Provincia del Quebec.

Le negoziazioni tra il governo federale e le province sulle modalità di modifica della Costituzione andarono avanti per anni senza successo.

Negli anni fino al 1982 vennero fatti vari tentativi per raggiungere un accordo sulle formule per la modifica costituzionale. Un primo tentativo fu fatto da Mackenzie King nel 1935 che propose diverse modalità di modifica per diverse parti della Costituzione. Per alcune questioni, tenendo conto direttamente delle province, sarebbe stata richiesta l'approvazione del Parlamento e almeno i due terzi delle legislature provinciali che rappresentavano almeno il 55 per cento della popolazione, ma le province obiettarono e la questione fu abbandonata¹⁹².

¹⁹⁰ Statute of Westminster, 1931, sec. 3

¹⁹¹ Cfr. Carrozza P., Di Giovine A., Ferrari G. F., 2019, *Diritto costituzionale comparato*, Laterza, Bari, pag. 62 ss.

¹⁹² Cfr. Stein M. B., 1984, Canadian Constitutional Reform, 1927-1982: A Comparative Case Analysis Over Time, in *Publius: The Journal of Federalism*, n.14, pag. 121-122

Nel 1950 la questione venne ripresa dal Primo ministro Louis St. Laurent, ma ancora una volta, l'iniziativa era fallita. Un punto di svolta sembrò concretizzarsi sotto il governo conservatore di John Diefenbaker e poi il governo liberale di Lester B. Pearson (1960-1966), furono raggiunti sorprendenti progressi su una formula che prevedeva sia il rafforzamento di alcuni poteri provinciali sia una procedura flessibile di delega. Ad un certo punto è stato raggiunto un accordo, ma prima che il piano potesse essere attuato un'opposizione imprevista emerse in Québec. A causa di questo stop il governo Pearson si mosse in nuove direzioni nel 1968, basando la sua strategia sui principi del consolidamento costituzionale dei diritti linguistici ufficiali, del consolidamento di un *Bill of Rights* e della formalizzazione del consenso provinciale e federale per ridurre le disparità regionali. Ancora una volta, il governo del Quebec, ora guidato da Daniel Johnson, era all'avanguardia dell'opposizione a causa del suo desiderio di maggiori poteri in campi come la previdenza sociale, la cultura, le comunicazioni, e persino gli affari esteri, tutti progettati per promuovere il nazionalismo dei canadesi francesi¹⁹³.

Nel 1971 una nuova proposta per la formula di modifica costituzionale, l'approvazione da parte del parlamento federale e della maggioranza delle legislature provinciali, fu portata alla conferenza federale-provinciale a Victoria, dove il Québec stava spingendo per un emendamento alla Sezione 94A della BNA in modo da ottenere la preminenza nell'area della previdenza sociale. Sebbene l'accordo sia stato raggiunto a Victoria, il pacchetto costituzionale proposto è stato respinto dal gabinetto del Québec¹⁹⁴.

Dopo una pausa di diversi anni l'interesse per la riforma costituzionale fu rigenerato dall'elezione del *Parti Québécois*, partito politico nazionalista che rivendica la sovranità nazionale per la provincia canadese del Québec, nel 1976. La minaccia al sistema federale canadese stimolò il pensiero e l'azione del governo Trudeau, anche se era pienamente consapevole dei limiti di un possibile accordo imposto dalla tendenza separatista del Québec. Nel 1978 il governo presentò proposte di riforma nonché un disegno di legge costituzionale, il *Bill C-60*, basato su principi quali bilinguismo, multiculturalismo, diritti individuali fondamentali, democrazia, giustizia sociale e opportunità economiche. Dopo il 1979 l'attenzione si spostò sulla battaglia sulla

¹⁹³ Cfr. Stein M. B., 1984, *Canadian Constitutional Reform, 1927-1982: A Comparative Case Analysis Over Time*, in *Publius: The Journal of Federalism*, n.14, pag. 123 ss.

¹⁹⁴ Cfr. *Ibid.*

"*sovereignty-association*" in Québec. La proposta del *Parti Québécois* fu respinta dagli altri governi delle province e dal 60% degli elettori del Québec nel referendum provinciale del maggio 1980¹⁹⁵.

Il primo ministro Trudeau ha approfittato di questa situazione per riaprire la discussione sulla Costituzione e far approvare un nuovo pacchetto di riforme. Il pacchetto Trudeau consisteva in due progetti di legge che dovevano sostituire o modificare varie sezioni dello Statuto di Westminster 1931, e il British North America Act 1867, e trasferire all'autorità canadese tutte le disposizioni contenute in questi e altri statuti costituzionali britannici relativi al Canada. La sua strategia si impostò su una linea dura che minacciava di prendere una decisione unilaterale sulle modifiche costituzionali, creando uno scontro con le province. Venne presentato un ricorso alla Corte costituzionale che, nel settembre del 1981, accettò l'argomentazione del governo federale secondo cui un'azione unilaterale era consentita in termini strettamente legali. Ma dichiarò anche che tale azione violava la convenzione costituzionale accettata, che le province debbano essere consultate su questioni che incidono sul loro status e poteri. Altro punto importante di questa sentenza fu il fatto che, in risposta a una domanda specifica sul punto, indicava che l'unanimità provinciale non era necessaria per un cambiamento dei poteri provinciali, il consenso sostanziale era sufficiente. L'ambiguità in questa decisione è stata sufficiente a scoraggiare il governo federale dal procedere ulteriormente sul suo corso unilaterale. Le trattative quindi ripresero e finalmente il primo ministro e nove dei dieci premier annunciarono di aver raggiunto un accordo. Sebbene il governo del Québec si rifiutasse di aderire, sembrava chiaro che fosse stato ottenuto il "consenso sostanziale" necessario. Il compromesso comportò diversi cambiamenti cruciali nel contenuto del pacchetto di riforme. Per quanto riguarda la formula di modifica costituzionale si optò per quella proposta dalle province: l'approvazione del parlamento federale e di sette delle dieci legislature provinciali che rappresentano almeno il 50 per cento della popolazione del paese. Alle province venne data, tuttavia, l'opzione di *opt out* da tutti gli emendamenti che influivano sui loro poteri.

L'accordo modificato venne incorporato in una nuova risoluzione costituzionale, che è stata presentata al Parlamento alla fine di novembre, approvata senza una significativa

¹⁹⁵ Cfr. Stein M. B., 1984, *Canadian Constitutional Reform, 1927-1982: A Comparative Case Analysis Over Time*, in *Publius: The Journal of Federalism*, n.14, pag. 123 ss.

opposizione, e trasmessa immediatamente a Westminster per l'approvazione formale britannica¹⁹⁶.

Il Constitution Act del 1982 fa parte della Costituzione del Canada, ed ha introdotto numerosi emendamenti al British North America Act, 1867, incluso il rinominarlo *Constitution Act*, 1867. Il Constitution Act del 1982 ha, inoltre, emanato la *Canadian Charter of Rights and Freedom*, e definito le procedure per la modifica della Costituzione¹⁹⁷

Oggi è una democrazia indipendente a struttura federale definita dal *Constitution Act* del 1982, che ha suddiviso il territorio in 10 grandi Province autonome e 3 Territori controllati invece dal Governo centrale. La forma di governo è parlamentare ed è derivata da quella inglese. L'esecutivo è esercitato dal Governo sotto la direzione del Primo ministro che è convenzionalmente il Leader della coalizione di maggioranza. Il legislativo spetta invece al Parlamento composto dalla House of Commons e dal Senato, e alla Regina, rappresentata dal Governatore centrale. Abbiamo qui un bicameralismo quasi perfetto. Le divergenze e la diffidenza reciproca tra Canada francofono, cattolico e regolato da un sistema di Civil Law, e le Province anglofone, protestanti e gestite dal regime del Common Law, resero particolarmente arduo il compito di direzione dei Padri Fondatori del Canada. Fu grazie al federalismo che si trovò la soluzione capace di contemperare l'Unità con le diversità, creando un sistema di governo che mantenesse intatte le diverse identità francofone ed anglofone, senza far emergere contrasti. Così in Canada esistono due diversi livelli di governo indipendenti tra loro: il Governo Federale e quello delle 10 Province sono infatti coordinati e operano sulla base del riparto delle competenze (art. 29 del *Constitution Act* 1867 che enumera le competenze del parlamento centrale e quelle delle provincie). Ad oggi il federalismo canadese è essenzialmente definito "asimmetrico" perché, in ragione delle numerose differenze culturali e religiose, alcune Province, come il Québec, godono di poteri maggiori rispetto alle altre¹⁹⁸.

¹⁹⁶ Cfr. Stein M. B., 1984, *Canadian Constitutional Reform, 1927-1982: A Comparative Case Analysis Over Time*, in *Publius: The Journal of Federalism*, n.14, pag. 127-128.

¹⁹⁷ Cfr. Carrozza P., Di Giovine A., Ferrari G. F., 2019, *Diritto costituzionale comparato*, Laterza, Bari, pag. 62 ss.

¹⁹⁸ Cfr. Carrozza P., Di Giovine A., Ferrari G. F., 2019, *Diritto costituzionale comparato*, Laterza, Bari, pag. 62 ss.

La giurisprudenza creata dalle corti canadesi sulla base della *Canadian Charter of Rights and Freedom* del 1982 è un modello di riferimento in tutto il mondo¹⁹⁹. Gli standard canadesi forniscono agli stranieri un alto livello di protezione, in generale in linea con le norme internazionali sui diritti umani.

Per questo negli ultimi decenni, un gran numero di persone che soffrivano persecuzioni, violazioni dei diritti umani, conflitti armati o disastri naturali, hanno cercato asilo nei paesi sviluppati del mondo. Il Canada sta affrontando lo stesso dilemma di tutti gli altri stati e si trova in prima linea nel movimento per accrescere la protezione dei diritti umani.

Al livello internazionale il Canada ha votato e firmato la Dichiarazione Universale di Diritti dell'Uomo nel 1948; ha ratificato il Patto internazionale sui diritti civili e politici 1966 e il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 1966 nel 1976. Tutti i trattati firmati dal Canada non sono però self-executive e perciò richiedono l'implementazione di una legislazione apposita per avere impatto sul diritto interno²⁰⁰. La Carta dei diritti e delle libertà è stata aggiunta alla Costituzione canadese nel 1982 ed è diventata un'icona del sistema dei diritti umani canadese, anche se è quasi totalmente silente sui diritti sociali²⁰¹.

Il Canada a partire dagli anni 70 ha creato un sofisticato regime legale contro le discriminazioni. La legislazione che tutela i diritti umani in Canada, nella quale la legge contro la discriminazione è centrale, è molto complessa: comprende la *Canadian Charter of Rights and Freedom*, leggi federali e provinciali sui diritti umani, trattati internazionali²⁰², deriva principalmente dalla dichiarazione universale dei Diritti Umani.

2.2.1 Al livello federale

Uno dei primi passi è stato l'approvazione da parte del parlamento canadese del *Canadian Human Rights Act* nel 1977, ancora oggi in vigore. Questa legge protegge

¹⁹⁹ Cfr. Crépeau F., Nakache D., 2006, *Controlling irregular migration in Canada reconciling security concerns with human rights protection*, in IRPP choices vol. 12 no., pag 3

²⁰⁰ Claydon, J. (1981). *Application of International Human Rights Law by Canadian Courts*, The Buffalo Law Review, 30, pag. 727.

²⁰¹ Cfr. Clement D., 2009, *Word are but mere words: the limit of Canada's rights revolution*, in *A history of human rights in Canada*, edit by Miron J., Canadian Scholars' Press, pag. 44-45

²⁰² Clement, D., 2017. *Renewing human rights law in canada*. Osgoode Hall Law Journal, 54(4), pag. 1312.

dalla discriminazione sul posto di lavoro. Le persone possono fare ricorso al *Canadian Human Rights Act* per proteggersi dalle molestie o dalle discriminazioni quando si basano su uno o più motivi quali razza, età e orientamento sessuale. L'articolo 2 specifica lo scopo principale di questa legge: «*the purpose of this Act is to extend the laws in Canada to give effect, within the purview of matters coming within the legislative authority of Parliament, to the principle that all individuals should have an opportunity equal with other individuals to make for themselves the lives that they are able and wish to have and to have their needs accommodated, consistent with their duties and obligations as members of society, without being hindered in or prevented from doing so by discriminatory practices based on race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, sexual orientation, gender identity or expression, marital status, family status, genetic characteristics, disability or conviction for an offence for which a pardon has been granted or in respect of which a record suspension has been ordered*²⁰³».

Il *Canadian Human Rights Act* ha anche dato potere di investigazione e risoluzione delle controversie alla *Canadian Human Rights Commission*, istituita dal governo canadese nel 1977, per i ricorsi contro le discriminazioni sul lavoro e nella fornitura di servizi. Secondo il *Canadian Human Rights Act* la Commissione protegge i diritti umani di tutti gli individui legalmente presenti su territorio canadese, e promuove le pari opportunità per garantire una vita senza discriminazioni.

La Commissione è composta da un *Chief Commissioner*, un *Deputy Chief Commissioner*, un *Accessibility Commissioner*, oltre a questi ci sono altri membri nominati dal *Governor in Council*, questi non devono essere meno di tre o più di sei. La commissione è obbligata dalla legge ad esaminare ogni denuncia di discriminazione che riceve. Spesso cerca di spingere le parti verso una soluzione informale della disputa, ma quando questo non è possibile, avvia un'indagine, e se ritiene che la denuncia sia fondata può rimandare la questione al *Canadian Human Rights Tribunal*, altrimenti la denuncia viene archiviata.

Il *Canadian Human Rights Tribunal* è un tribunale amministrativo speciale istituito anche esso nel 1977 attraverso il *Canadian Human Rights Act*, è finanziato direttamente dal parlamento canadese ed è indipendente dalla *Canadian Human Rights Commission*.

²⁰³ Canadian Human Rights Act, 1977, sec. 2

Il tribunale istruisce, esamina e decide sulle denunce relative a pratiche discriminatorie e può ordinare a un accusato di cessare una pratica, nonché ordinare di pagare un risarcimento al denunciante.

Il passo successivo è stato l'approvazione della *Canadian Charter of Rights and Freedoms* nel 1982, che è divenuta parte della Costituzione canadese. La Carta protegge il diritto di ogni canadese di essere trattato in modo equo ai sensi della legge, e garantisce ampi diritti alla parità e altri diritti fondamentali quali la libertà di espressione, la libertà di riunione e la libertà di religione. Come visto la Carta canadese è nata da un intenso dibattito pubblico sull'ordinamento canadese, e venne inserita in un progetto di revisione costituzionale molto più ampio che aveva come scopo principale quello di dare al Canada una piena indipendenza legale, mettendo fine all'autorità del Parlamento di Westminster. Lo scopo del primo ministro Trudeau era quello elevare l'individuo al di sopra delle particolarità di nascita, creare pari opportunità in tutto il Canada per tutti i canadesi e stabilire una serie di diritti democratici e giuridici fondamentali. L'implementazione della carta non avvenne senza opposizioni soprattutto da parte dei governatori delle province che lamentavano una possibile erosione del loro potere²⁰⁴.

Quindi dal 1982 le libertà e i diritti fondamentali sono stati inseriti nella *Charter* canadese fornendo un quadro concettuale essenziale anche nelle problematiche legate alla migrazione e alle richieste di asilo, utilizzato per testare le leggi, i programmi e le politiche del governo.

Secondo l'articolo 1 della *Charter*, le corti hanno il dovere di rispettare i diritti umani e le libertà garantite a tutti dalla Costituzione, con le sole limitazioni previste dalla legge, giustificabili e ragionevoli in una società libera e democratica. Nella *Charter* solo gli articoli 3, che riguarda il diritto di voto e quello di essere eletto; 6, che riguarda il diritto di ingresso e soggiorno nel paese; e 23, che riguarda i diritti all'educazione delle minoranze linguistiche, proteggono specificamente i cittadini, tutti gli altri diritti, come stabilito dalla Corte Suprema canadese, dovrebbero essere garantiti a chiunque si trovi sul territorio canadese e quindi sotto la sua legislazione²⁰⁵.

²⁰⁴ Cfr. Weinrib, L. E. (2001). *The supreme court of canada in the age of rights: Constitutional democracy, the rule of law and fundamental rights under canada's constitution*. Canadian Bar Review, 80(Issues 1-2), pag. 721.

²⁰⁵ Cfr. Crépeau F., Nakache D., 2006, *Controlling irregular migration in Canada reconciling security concerns with human rights protection*, in IRPP choices vol. 12 no., pag 26

All'articolo 7 la *Charter* prevede che la “*fundamental justice*” deve essere garantita agli stranieri. Questo è stato confermato nella sentenza *Singh v. Minister of Employment and Immigration* nella quale, la Corte Suprema canadese ha stabilito che i richiedenti asilo hanno diritto a richiedere la protezione dell'articolo 7 della Carta, il quale prevede che tutti devono godere della sicurezza personale. In quella sentenza la Corte riscontrò che la procedura utilizzata in Canada per decidere su una richiesta di asilo non rispettava il principio della *Fondamental justice* poiché non forniva ai richiedenti una adeguata opportunità di perorare la loro causa: «*the procedure for determining refugee status claims established in the Immigration Act, 1976 is inconsistent with the requirements of fundamental justice articulated in s. 7 . At a minimum, the procedural scheme set up by the Act should provide the refugee claimant with an adequate opportunity to state his case and to know the case he has to meet*²⁰⁶». La sentenza *Singh* ha avuto un impatto significativo sulla legge sui rifugiati in Canada, spingendo il governo federale a creare l'IRB (*Immigration and Refugee Board*) nel 1989 per garantire assistenza ai richiedenti asilo. L'articolo 7 si applica quindi a tutti, e la corte non ha riscontrato ragioni per escludere i richiedenti asilo da questa previsione. Nella sua decisione La Corte Suprema canadese ha applicato la reciprocità, se il richiedente asilo deve essere pienamente soggetto alle leggi canadesi deve potere godere degli standard canadesi del rispetto della dignità umana. Dalla sentenza *Singh* la corte ha applicato questo principio anche se con alcune piccole differenze: ad esempio, nei casi riguardanti la sicurezza nazionale o la sovranità statale è stata sicuramente usata una interpretazione più restrittiva²⁰⁷.

La Corte suprema canadese nella sua giurisprudenza ha accettato di utilizzare il diritto internazionale dei diritti umani come riferimento cardine per le sue interpretazioni, ed ha articolato alcuni principi guida per il suo utilizzo, specialmente nelle materie legate alla migrazione. Infatti, in Canada la maggioranza della giurisprudenza che concerne l'uso di standard internazionali sui diritti umani nel diritto domestico sembra essere legata al diritto amministrativo, e la maggioranza di questi casi

²⁰⁶ Cfr. *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177.

²⁰⁷ Cfr. Crépeau F., Nakache D., 2006, *Controlling irregular migration in Canada reconciling security concerns with human rights protection*, in IRPP choices vol. 12 no., pag 11

amministrativi hanno a che fare con aspetti riguardanti la legge sull'immigrazione o quella sui rifugiati²⁰⁸.

All'articolo 2 la Charter elenca i diritti fondamentali ed è importante notare che la Charter afferma che: «*Everyone has the following fundamental freedom*²⁰⁹» garantendo a chiunque si trovi sul territorio canadese la fruizione dei diritti e delle libertà elencate all'articolo 2, quindi anche agli stranieri.

Il diritto alla vita viene espressamente previsto dall'articolo 7 della Charter il quale afferma: «*Everyone has right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice*²¹⁰».

Per quanto riguarda la pena di morte è stata rimossa dal Codice penale e sostituita dall'ergastolo nel 1976, fu tentata una sua reintroduzione ma nel 1987 la Camera dei comuni votò contro con 148 voti a sfavore 127 favorevoli. Inoltre, va evidenziato che il Canada ha sponsorizzato la risoluzione per l'abolizione della pena di morte approvata dalla Commissione Onu per i Diritti Umani il 20 aprile 2005. Tuttavia, per anni il Canada ha concesso l'extradizione soprattutto verso gli Stati Uniti senza richiedere alcuna garanzia contro la pena di morte. Una svolta nella politica delle extradizioni in Canada si ebbe con il caso del 2001 *United States v Burns*²¹¹, nel quale la Corte Suprema negò l'extradizione di Sebastian Burns e Atif Rafay, cittadini canadesi accusati di omicidio negli Stati Uniti²¹². La Corte in questo caso stabilì che le garanzie contro l'applicazione della pena di morte vanno sempre richieste prima dell'extradizione.

Il diritto a non essere sottoposto a pene, trattamenti o punizioni crudeli, inumani o degradanti tutelato dall'art. 7 del Patto internazionale e dalla Convenzione di New York del 10 dicembre 1984 contro la tortura, è tutelato in Canada al livello costituzionale. L'articolo 12 della *Charter* stabilisce che: «*everyone has the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment*²¹³». Legata alla tutela di questo diritto c'è la decisione della Corte suprema canadese che nel 2002 ha allargato il divieto di estradizione anche ai rifugiati che rischiano la tortura o la pena di morte nei paesi di

²⁰⁸ Cfr. Crépeau F., Nakache D., 2006, *Controlling irregular migration in Canada reconciling security concerns with human rights protection*, in IRPP choices vol. 12 no., pag 9

²⁰⁹ Canadian Charter of Rights and Freedom, 1982, sec. 2

²¹⁰ *Ivi*, sec. 7

²¹¹ *United States v Burns* [2001] 1 S.C.R. 283, 2001 SCC 7

²¹² Cfr. *United States v Burns* [2001] 1 S.C.R. 283, 2001 SCC 7

²¹³ Canadian Charter of Rights and Freedom, 1982, sec. 12

origine, salvo che venga provato che la loro permanenza in Canada rappresenti un serio rischio per il paese. Il principio di *nonrefoulement* è considerato oggi, rispetto alla tortura, come un obbligo imperativo per il diritto internazionale consuetudinario facente parte dello *jus cogens*. Nel diritto canadese la previsione dell'art. 3 della CEDU per la protezione contro l'espulsione verso paesi dove si rischia la tortura, o trattamenti crudeli inumani o degradanti, è stata inserita nell'articolo 97 dell'*Immigration and Refugee Protection Act* del 2001²¹⁴, che afferma: «*A person in need of protection is a person in Canada whose removal to their country or countries of nationality or, if they do not have a country of nationality, their country of former habitual residence, would subject them personally (a) to a danger, believed on substantial grounds to exist, of torture within the meaning of Article 1 of the Convention Against Torture; or*

(b) to a risk to their life or to a risk of cruel and unusual treatment or punishment if

(i) the person is unable or, because of that risk, unwilling to avail themselves of the protection of that country,

(ii) the risk would be faced by the person in every part of that country and is not faced generally by other individuals in or from that country,

(iii) the risk is not inherent or incidental to lawful sanctions, unless imposed in disregard of accepted international standards, and

*(iv) the risk is not caused by the inability of that country to provide adequate health or medical care*²¹⁵».

Il diritto a manifestare liberamente il proprio pensiero, compresa la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza interferenze tutelate dal Patto internazionale all'art. 19, in Canada fanno parte delle libertà fondamentali elencate all'articolo 2 della *Charter*: «*Everyone has the following fundamental freedoms: (a) freedom of conscience and religion; (b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication; (c) freedom of peaceful assembly; and (d) freedom of association.*²¹⁶». Il Canada oggi non ha una religione ufficiale e il governo canadese è ufficialmente garante del pluralismo religioso, questo anche per la storia canadese che ha visto la

²¹⁴ Cfr. Crépeau F., Nakache D., 2006, *Controlling irregular migration in Canada reconciling security concerns with human rights protection*, in IRPP choices vol. 12 no., pag 7

²¹⁵ Immigration and Refugee Protection Act (S.C. 2001, c. 27), sec. 97

²¹⁶ Canadian Charter of Rights and Freedom, 1982, sec. 7

riunificazione complicata, in uno stato federale di provincie a maggioranza cattoliche e altre a maggioranza protestante. I legami ufficiali del governo canadese con la religione, in particolare il cristianesimo, sono pochi: il preambolo alla Carta dei diritti e delle libertà canadese fa riferimento alla "supremazia di Dio; l'inno nazionale in entrambe le lingue ufficiali si riferisce anche a Dio. Tuttavia, l'ascesa dell'ateismo nel paese e l'afflusso di popoli non cristiani hanno portato a una maggiore separazione tra governo e religione. Lo scopo e il contenuto della libertà di coscienza e religione garantita dalla *Charter* è stato articolato per la prima volta nel caso *R. v. Big M Drug Mart*, una delle principali autorità sulla libertà di religione in Canada. Il negozio di alimentari Big M Drug Mart ha contestato il *Federal Lord's Day Act* che vietava ai rivenditori di svolgere attività commerciali di domenica. La Corte suprema canadese sosteneva che, poiché lo scopo del *Lord's Day Act* era costringere all'osservanza di un ideale cristiano, violava la libertà religiosa dei canadesi non cristiani prevista dall'articolo 2 (a), e non veniva trovata nessuna giustificazione per invocare una limitazione prevista dall'articolo 1²¹⁷. Nelle sue motivazioni, il giudice Robert George Brian Dickson ha definito il nucleo della libertà religiosa: «*A truly free society is one which can accommodate a wide variety of beliefs, diversity of tastes and pursuits, customs and codes of conduct. A free society is one which aims at equality with respect to the enjoyment of fundamental freedoms and I say this without any reliance upon s. 15 of the Charter. Freedom must surely be founded in respect for the inherent dignity and the inviolable rights of the human person. The essence of the concept of freedom of religion is the right to entertain such religious beliefs as a person chooses, the right to declare religious beliefs openly and without fear of hindrance or reprisal, and the right to manifest religious belief by worship and practice or by teaching and dissemination*²¹⁸». Ovviamente la libertà religiosa si può estendere solo fino al punto che le sue manifestazioni non vadano a ledere il prossimo o la sua libertà di coscienza e religione e può essere limitata per proteggere la sicurezza pubblica, l'ordine, la salute o la morale o i diritti e le libertà fondamentali degli altri. Secondo l'analisi della Corte, tale libertà di manifestare le proprie convinzioni liberi da coercizione o costrizione si fonda sulla dignità intrinseca e

²¹⁷ Cfr. Fielding, A. (2008). When Rights Collide: Liberalism, Pluralism and Freedom of Religion in Canada. *Appeal: Review of Current Law and Law Reform*, 13, pag 35.

²¹⁸ *R. v. Big M Drug Mart*, [1985] 1 S.C.R. 295 at para. 94, 18 D.L.R. (4 1h) 421 [Big M Drug Mart cited to S.C.R.].

diritti della persona umana. Questo concetto di "dignità" e il modo in cui esso viene interpretato e applicato ha dimostrato di essere un punto critico nell'evoluzione della libertà religiosa in Canada²¹⁹.

All'interno della stessa sentenza venne istituito un altro precedente quando viene affermato che: «*[t]he equality necessary to support religious freedom does not require identical treatment of all religions. In fact, the interests of true equality may well require differentiation in treatment*²²⁰». Quindi la *Charter* garantisce a tutte le persone la libertà di coscienza e di religione. La Carta protegge la libertà degli individui di praticare la propria religione e la libertà da pratiche religiose forzate. Questo grazie alla crescita delle comunità non religiose e agnostiche, che ha reso la libertà dalla religione un diritto indipendente rispetto al diritto alla religione. Gli individui hanno il diritto di avere e manifestare una religione, ma hanno anche il diritto di non avere alcuna religione imposta²²¹. Tuttavia, nei casi riguardanti la libertà di religione le corti rimangono indecise se l'articolo 2 della Carta protegga semplicemente la libertà di religione e di coscienza, o se vada al di là e garantisca eguale rispetto per le differenti comunità religiose non facenti parte della comunità.

I consistenti flussi migratori stanno però portando anche negli ordinamenti di Common law, che storicamente hanno più esperienza nel fronteggiare una composizione multietnica e multireligiosa della società, a riconsiderare i tradizionali strumenti di convivenza. Ad esempio, la *reasonable accomodation* canadese ha cominciato a sollevare problemi quando nuove comunità, vedi quella islamica, sono cresciute sul territorio ed hanno iniziato a rivendicare l'utilizzo di questo strumento. Come evidenziato nel primo capitolo l'*accomodating approach* è fortemente utilizzato in Canada, nato inizialmente per venir usato soprattutto nella disciplina dei rapporti di lavoro, la sua applicazione si è estesa pian piano anche ai casi di discriminazione di fede, non facendo distinzioni tra identità fondate sulle religioni e quelle fondate sulle sette²²². Negli ultimi anni si è creato un forte dibattito attorno agli *Arbitration Act* in

²¹⁹ Cfr. Fielding, A. (2008). *When Rights Collide: Liberalism, Pluralism and Freedom of Religion in Canada*. Appeal: Review of Current Law and Law Reform, 13, pag 35.

²²⁰ R. v. Big M Drug Mart, [1985] 1 S.C.R. 295 at para. 362, 18 D.L.R. (4 1h) 421 [Big M Drug Mart cited to S.C.R.].

²²¹ Cfr. Moon, R. (2003). *Liberty, neutrality, and inclusion: Religious freedom under the canadian charter of rights and freedoms*. Brandeis Law Journal, 41(3), pag. 555.

²²² Cfr. Alicino F., 2011, *Costituzionalismo e diritto europeo delle religioni*, CEDAM, pag. 53-54

Canada. In Ontario ne è stato introdotto uno nel 1991²²³ che stabiliva che se in una vertenza civile le parti decidono di ricorrere ad un mediatore, sia esso commerciale religioso o di altra natura, le autorità della provincia sono tenute ad applicare il verdetto emesso, purché esso sia conforme alle leggi canadesi, dando così rilevanza civile anche alle decisioni dei tribunali religiosi²²⁴. Dubbi intorno a questo approccio si ebbero con il crescere delle comunità islamiche e la richiesta di istituire corti basate sulla *Shari'a*, dubbi legati soprattutto al trattamento della donna nella religione islamica. In realtà un'indagine svolta dall'ex *Attorney General* ed ex ministro responsabile per *Women's Issue* Marion Boyd sul possibile impatto di queste *Sharia's court*, ha rivelato che non c'era motivo per considerare le donne musulmane vittime di una sistematica discriminazione, e che questi tribunali avrebbero potuto favorire l'integrazione delle comunità musulmane. Nonostante questa indagine la campagna contro queste corti in Canada ha riscosso molto successo, e soprattutto in Ontario, dove nel 2005 si arrivò a non applicare più la *Shari'a*, gli arbitrati religiosi continuano ad esistere ma il governo non applica più i suoi verdetti²²⁵. Significativo in questo caso anche il *Family Statute Amendment Act* del 2005 introdotto dal governo federale canadese, valido quindi in tutti gli stati, che faceva perdere qualsiasi validità legale al diritto religioso in materia familiare. L'Ontario è andato ancora oltre con il *Family Statute Law amendment Act* approvato nel 2009 che riafferma la piena e incondizionata potestà della giurisdizione statale²²⁶. Il Québec invece ha istituito una Commissione *sull'Accomodation Practices Related to Cultural Differences* con lo scopo di analizzare le cause del malcontento della popolazione verso la *reasonable accommodations*. Proprio dai lavori di questa commissione è emerso un nuovo modello di integrazione definito "*interculturalism*", alternativa al multiculturalismo, per promuovere le relazioni etnoculturali caratterizzate dall'interazione basata sul rispetto delle differenze²²⁷.

Il diritto ad agire in giudizio per tutelare i propri diritti, tutelato dal patto internazionale per i diritti civili e politici all'art. 14, è ampiamente tutelato anche all'interno della Charter canadese che garantisce «*the right to be informed promptly of the reasons*» of the arrest or detention; «*the right to retain and instruct counsel without*

²²³ Arbitration Act, 1991, S.O. 1991, c. 17

²²⁴ Cfr. Arbitration Act, 1991, S.O. 1991, c. 17

²²⁵ Cfr. Alicino F., 2011, Costituzionalismo e diritto europeo delle religioni, CEDAM, pag. 61

²²⁶ Cfr. *Ivi*, pag. 62

²²⁷ Cfr. *Ivi*, pag. 66

delay and to be informed of that right; and to have the validity of the detention determined by way of habeas corpus(inserire in nota) and to be realised if the detention in not lawful²²⁸».

Nei procedimenti in materia penale *«any person charged with an offence has the right: to be informed without unreasonable delay of the specific offence; to be tried within a reasonable time; not to be compelled to be a witness in proceedings against that person in respect of the offence; to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal; not to be denied reasonable bail without just cause; except in the case of an offence under military law tried before a military tribunal, to the benefit of trial by jury where the maximum punishment for the offence is imprisonment for five years or a more severe punishment; not to be found guilty on account of any act or omission unless, at the time of the act or omission, it constituted an offence under Canadian or international law or was criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations; if finally acquitted of the offence, not to be tried for it again and, if finally found guilty and punished for the offence, not to be tried or punished for it again; and if found guilty of the offence and if the punishment for the offence has been varied between the time of commission and the time of sentencing, to the benefit of the lesser punishment²²⁹».* Naturalmente il diritto alla difesa e quello di accesso alla giustizia è garantito anche in caso lo straniero si configuri come vittima di un reato. In particolare, in caso di stranieri la *Charter* canadese prevede: *«party or witness in any proceedings who does not understand or speak the language in which the proceedings are conducted or who is deaf has the right to the assistance of an interpreter²³⁰».*

Sempre in ambito di tutela giurisdizionale la *Charter* prevede all'articolo 15: *«Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability²³¹».* Precisando però al comma 2 che la: *«subsection (1)*

²²⁸ Canadian Charter of Rights and Freedom, 1982, Sec. 10

²²⁹ Canadian Charter of Rights and Freedom, 1982, sec. 11

²³⁰ *Ivi*, sec. 14

²³¹ *Ivi*, sec. 15

*does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability*²³²». Le corti canadesi hanno ancora problemi con l'interpretazione dell'articolo 15. Nella sentenza *Andrews v. Law Society of British Columbia*²³³ la Corte suprema aveva inizialmente una visione allargata delle garanzie della sezione applicandole anche agli stranieri. In quella sentenza la Corte ha sostenuto che l'articolo 15 proibiva le discriminazioni sulla stessa base della cittadinanza. La conclusione è che le protezioni istituzionali e procedurali garantite ai cittadini canadesi dovessero essere concesse anche agli stranieri. Nella realtà questo non è avvenuto²³⁴. Nel caso *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Chiarelli*²³⁵ la Corte suprema ha rigettato l'argomentazione secondo la quale l'*Immigration Act* viola l'articolo 15 autorizzando l'espulsione solo dei non cittadini. Questo però non vuol dire comunque che la decisione di espellere possa essere presa in maniera arbitraria. Nei casi *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*²³⁶, e *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*²³⁷ la corte suprema ha delineato i principi riguardo i doveri di correttezza che si applicano nei casi in cui è presente un ordine di deportazione, inclusi i diritti di partecipazione, ma l'analisi non si è sviluppata intorno al concetto di uguaglianza di fronte alla legge. Le corti non ritengono il trattamento differenziale degli stranieri una violazione della dignità umana. Ad oggi sembra chiaro che l'articolo 15 con la sua previsione di eguaglianza di fronte alla legge perde parte della sua potenza quando si parla di legge sull'immigrazione²³⁸. In conclusione, le leggi canadesi contengono standard validi per i non cittadini e nello specifico per i richiedenti asilo, tuttavia hanno delle limitazioni che vengono esacerbate dall'attuale contesto migratorio che porta molti stati a porre enfasi sulla sicurezza e a restringere la lettura dei diritti e degli interessi concessi ai non cittadini²³⁹. Il diritto ad un processo equo sembra

²³² *Ivi*, sec. 15

²³³ *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143

²³⁴ Cfr. Crépeau F., Nakache D., 2006, *Controlling irregular migration in Canada reconciling security concerns with human rights protection*, in IRPP choices vol. 12 no., pag 11

²³⁵ *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Chiarelli*, [1992] 1 S.C.R. 711.

²³⁶ *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817.

²³⁷ *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC.

²³⁸ Cfr. Macklin A. 2004, Introduction. *Journal of Law and Equality* 3:1.

²³⁹ Cfr. Crépeau F., Nakache D., 2006, *Controlling irregular migration in Canada reconciling security concerns with human rights protection*, in IRPP choices vol. 12 no., pag 11

ancora essere applicato solo ai processi penali, ad esempio tutto il trattamento riservato agli stranieri irregolari, anche la detenzione e la deportazione, sono ancora considerati come processi amministrativi ai quali il diritto ad un equo processo non si applica. Questa tendenza nasce in un'epoca in cui il diritto amministrativo era ancora in stato embrionale, e gli strumenti di tutela dei diritti umani non avevano previsto gli sviluppi di questo ramo del diritto, e ancor meno il suo impatto su diritti e libertà. La sfida ad oggi è quella di definire la portata del diritto all'uguaglianza per gli stranieri in tempi di crisi. Il sistema giudiziario dovrà affrontare le sfide poste dalle nuove migrazioni e dalle nuove misure di sicurezza²⁴⁰. Ad esempio l'uguaglianza di fronte alla legge, è stata spesso interpretata come inapplicabile a procedimenti che riguardavano stranieri irregolari. Nelle sue osservazioni conclusive del 20 maggio 2005, al quarto e al quinto rapporto periodico del Canada, l'UN *Commission Against Torture* ha espresso preoccupazione per diversi aspetti delle politiche antiterroristiche e di immigrazione del Canada²⁴¹.

L'articolo 27 della *Charter* riconosce la multiculturalità che contraddistingue lo stato canadese promuovendone la tutela²⁴²: «*This Charter shall be interpreted in a manner consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians*²⁴³».

Molto rilevante è però l'Articolo 23 della *Charter* che è comunemente conosciuto come la “*notwithstanding clause*” che permette al Parlamento o alle assemblee delle province di non rispettare temporaneamente alcune parti della *Charter*. L'articolo dichiara: «*Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15. (2) An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration. (3) A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date*

²⁴⁰ Cfr. Crépeau F., Nakache D., 2006, *Controlling irregular migration in Canada reconciling security concerns with human rights protection*, in IRPP choices vol. 12 no., pag 27

²⁴¹ Cfr. Crépeau F., Nakache D., 2006, *Controlling irregular migration in Canada reconciling security concerns with human rights protection*, in IRPP choices vol. 12 no., pag 7

²⁴² Cfr. Uberoi V., 2009, *Multiculturalism and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, in political studies, university of Oxford, vol. 57, pag. 805.

²⁴³ Canadian Charter of Rights and Freedom, 1982, Sec. 27

*as may be specified in the declaration. (4) Parliament or the legislature of a province may re-enact a declaration made under subsection (1). (5) Subsection (3) applies in respect of a re-enactment made under subsection (4)*²⁴⁴».

Il Parlamento canadese, un legislatore provinciale o un legislatore territoriale può dichiarare che una delle sue leggi o parte di una legge si applica temporaneamente "nonostante" sia contraria ad uno o più articoli della *Charter*, questo permette di annullare qualsiasi controllo giudiziario poiché le protezioni della *Charter* sono sospese per un limitato periodo di tempo. Questo può essere fatto includendo nella legge una sezione che specifica quali diritti vengono limitati. Quindi una maggioranza semplice in Canada può sospendere temporaneamente i diritti fondamentali. Tuttavia, solo alcuni dei diritti possono essere sospesi, come i diritti fondamentali garantiti dall'articolo 2 (libertà di parola, religione, e associazione); i diritti legali garantiti dagli articoli 7-14 (*Legal rights*); o i diritti all'uguaglianza garantiti dall'articolo 15. Ci sono invece alcuni diritti garantiti dalla *Charter* che non possono essere limitati dalla *notwithstanding clause* perché ritenuti inviolabili: sono i diritti alla mobilità garantiti dall'articolo 6, i diritti democratici garantiti dagli articoli 3-5, ed i diritti linguistici garantiti dagli articoli 16-23. Questa sospensione ha una durata massima di cinque anni dopo di che decade, anche se il legislatore ha la facoltà di rievocare la clausola. La logica alla base di una scadenza di cinque anni è che corrisponde alla durata massima prima che le elezioni debbano essere convocate per il Parlamento o gli organi provinciali, dando così al popolo, se desidera abrogare la legge, il "diritto" di eleggere rappresentanti che realizzeranno il desiderio dell'elettorato²⁴⁵. Due province hanno usato il potere garantito dalla "*notwithstanding clause*". La Saskatchewan lo usò nel 1986 per costringere gli impiegati provinciali a lavorare e per consentire al governo di pagare per i non cattolici che frequentavano una scuola cattolica, e il Québec lo usò nel 1988 per far passare il *Bill 178* che consentiva al governo di limitare la lingua della segnaletica. Nessuno degli usi è stato rinnovato e ciascuno di essi è quindi scaduto dopo cinque anni. Sia il Saskatchewan che il Québec hanno introdotto una nuova legislazione che invoca la clausola. La nuova legge in Québec nota come *Bill 21* vieta l'uso di simboli religiosi

²⁴⁴ *Ivi*, Sec. 23

²⁴⁵ Cfr. Weinrib, L. E. (2001). The supreme court of canada in the age of rights: Constitutional democracy, the rule of law and fundamental rights under canada's constitution. *Canadian Bar Review*, 80(Issues 1-2), pag.731-732

come hijab, turbanti, kippah e crocifissi per molti impiegati di servizio pubblico, proclamando la laicità dello stato riprendendo molto il modello francese. Tra le persone colpite vi sono insegnanti, giudici, agenti di polizia, alcuni avvocati, studenti, bambini e giovani che aspirano a queste carriere. La legge è entrata in vigore nel giugno 2019 e ha un impatto sproporzionato sulle persone che potrebbero già essere emarginate, tra cui donne musulmane che indossano sciarpe come parte della loro fede religiosa e identità, sikh che indossano un turbante e uomini ebrei ortodossi che indossano una kippah.

2.2.2 Al livello provinciale e territoriale

Le leggi provinciali e territoriali sui diritti umani sono molto simili al *Canadian Human Rights Act* e applicano molti degli stessi principi. Proteggono le persone dalle discriminazioni nelle aree di giurisdizione provinciale e territoriale, come ristoranti, negozi, scuole, abitazioni e la maggior parte dei luoghi di lavoro. La British Columbia è stata la prima provincia a proibire la discriminazione di genere nel 1969. Il Québec implementò il *Youth Protection Act* nel 1977 garantendo i diritti anche ai minori²⁴⁶. Gli statuti del Québec del Saskatchewan non si limitano a previsioni contro la discriminazione ma includono un range molto più ampio di diritti, inoltre molti altri statuti includono previsioni contro il discorso d'odio²⁴⁷. Il *Bill of Rights* della Saskatchewan del 1947 riconosceva un ampio range di diritti e di libertà fondamentali come quella di parola, o quello alla non discriminazione sul lavoro. Il problema era la poca implementazione. L'uso di tribunali amministrativi invece delle corti ha caratterizzato la storia dei diritti umani in Canada. Le corti continuavano ad avere un ruolo centrale nell'interpretazione della legge, ma la maggioranza dei ricorsi venivano risolti al di fuori delle corti, durante le investigazioni o attraverso dei mediatori²⁴⁸.

L'Ontario fu la prima provincia ad introdurre in Canada un Codice sui diritti umani nel 1962, entro il 1977 tutte le giurisdizioni del paese ne avrebbero avuto uno. A differenza delle vecchie leggi contro la discriminazione i Codici sui diritti umani erano molto più ampi, riunendo tutte le leggi esistenti sui diritti umani in un unico statuto.

²⁴⁶ Cfr. Clement D., 2009, *Word are but mere words: the limit of Canada's rights revolution*, in *A history of human rights in Canada*, edit by Miron J., Canadian Scholars' Press, pag. 52

²⁴⁷ Cfr. Clement, D. (2017). *Renewing human rights law in Canada*. Osgoode Hall Law Journal, 54(4), pag. 1315.

²⁴⁸ Cfr. Ivi, pag. 1317.

Inoltre, mentre le vecchie leggi si focalizzavano principalmente sulle discriminazioni razziali, etniche e religiose i codici sui diritti umani includevano anche molte altre categorie come le discriminazioni di genere o per l'opinione politica²⁴⁹. All'inizio degli anni 2000 i codici prevedevano tutti delle norme contro discriminazioni per razza, colore, religione, etnia, nazionalità, paese di origine, sesso, status sociale, precedenti penali, orientamento sessuale, orientamento politico. Altro problema delle vecchie leggi sulla non discriminazione era la mancanza di un effettivo meccanismo per l'applicazione. Invece i Codici per i diritti umani sono applicati in modo rigoroso da Commissioni permanenti che aiutano le vittime di discriminazioni a portare avanti le loro rivendicazioni. Questi sviluppi impostarono la base che portò alla creazione della Carta dei diritti e delle libertà emanata nel 1982. La Carta oltre a creare un quadro giuridico di protezione dei diritti umani ha rappresentato anche un profondo cambiamento culturale in Canada.

²⁴⁹ Cfr. Clement D., 2009, *Words are but mere words: the limit of Canada's rights revolution*, in *A history of human rights in Canada*, edit by Miron J., Canadian Scholars' Press, pag. 53-54

3. I DUE ORDINAMENTI A CONFRONTO: LE SENTENZE SUL KIRPAN

3.1. Premessa: dimensioni del pluralismo religioso in Italia e Canada

Mentre il numero delle persone che si dichiarano atee e agnostiche non aumenta in modo significativo, in quasi tutti i Paesi del mondo, con l'eccezione di alcuni Paesi europei a lungo sottoposti a propaganda antireligiosa da parte di regimi comunisti, il numero di coloro che dichiarano di credere in una qualche forma di potere superiore alla persona umana, o a una vita dopo la morte, o affermano di consacrare parte del loro tempo durante la settimana a forme di preghiera o di meditazione, si attesta intorno all'ottanta per cento della popolazione, con punte in Paesi non secondari, Stati Uniti compresi, oltre il novanta per cento. Il fenomeno del "ritorno del religioso" è dunque così evidente da non potere essere ignorato²⁵⁰.

3.1.1 Italia

Negli ultimi venti anni sicuramente le minoranze religiose, cioè quelle diverse dalla cattolica, sono cresciute, basti notare che il CENSUR ne stimava 658 nel 2001 mentre ad oggi se ne contano 866. Si stima che, se si prendono in considerazione solo i cittadini italiani, circa 1.999.400 hanno una religione diversa da quella cattolica, se invece si considerano gli immigrati non cittadini, di questi circa 6.076.100 non sono di religione cattolica, al contrario appartengono principalmente al mondo islamico e secondariamente ad un'immigrazione cristiano-ortodossa dall'Est europeo di proporzioni notevoli, ma anche all'induismo, al buddhismo, alle religioni sikh e Radhasoami, a un protestantesimo pentecostale e battista di origine cinese, coreana, filippina e africana, o all'immigrazione copta proveniente da diversi Paesi dell'Africa²⁵¹.

I cittadini italiani sono 54.993.953, con una popolazione residente di 60.359.456 secondo i dati del bilancio demografico resi noti nel 2019 dall'Istituto nazionale di

²⁵⁰ Cfr. Coward H., Chagnon R., Slater P., 2009, Religion, in The Canadian Encyclopedia, Last Edited March 4, 2015 <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/religion>

²⁵¹ Cfr. Censur, Dimensioni del pluralismo religioso in Italia, in Le religioni in Italia, sotto la direzione di Introvigne M. e Zoccatelli P., consultato il 3 febbraio, disponibile all'URL <https://cesnur.com/dimensioni-del-pluralismo-religioso-in-italia/>

statistica, mentre gli stranieri in Italia sono 5.255.503 e rappresentano l'8,7 percento. Quindi gli appartenenti a minoranze religiose rappresentano il 10,1 percento dei residenti in Italia, e il 3,6 percento dei cittadini italiani. La composizione del 3,6% di cittadini italiani che appartengono a minoranze religiose è la seguente: Ebrei 36.500 (1,8%); Cattolici "di frangia" e dissidenti 24.800 (1,2%); Ortodossi 320.800 (16,0%); Protestanti 382.400 (19,2%); Testimoni di Geova (e assimilati) 409.100 (20,5%); Mormoni (e assimilati) 27.800 (1,4%); Altri gruppi di origine cristiana 7.800 (0,4%); Musulmani 417.900 (20,9%); Bahá'í e altri gruppi di matrice islamica 4.400 (0,2%); Induisti e neo-induisti 47.500 (2,4%); Buddhisti 205.500 (10,3%); Gruppi di Osho e derivati 4.000 (0,2%); Sikh, Radhasoami e derivazioni 20.500 (1,0%); Altri gruppi di origine orientale 5.800 (0,3%); Nuove religioni giapponesi 3.600 (0,2%); Area esoterica e della "antica sapienza" 16.500 (0,8%); Movimenti del potenziale umano 30.000 (1,5%); Movimenti organizzati New Age e Next Age 20.000 (1,0%); Altri 14.500 (0,7%)²⁵².

Più complicate sono le statistiche riguardanti gli immigrati, che sono aumentati di circa dieci volte negli ultimi venticinque anni. Sarebbe opportuno considerare i dati sull'immigrazione irregolare, molto difficilmente reperibili, che è stimata ad oggi intorno ai 500.000 soggetti. Tuttavia una stima è stata fatta dal Dossier Statistico Immigrazione 2019: Ortodossi 1.538.300 (29,3%); Cattolici 930.000 (17,7%); Protestanti 232.000 (4,4%); Altri cristiani 42.000 (0,8%); Musulmani 1.733.000 (33,0%); Ebrei 4.900 (0,1%); Induisti 158.000 (3,0%); Buddhisti 120.000 (2,3%); Altre religioni orientali 86.000 (1,6%); Atei e agnostici 248.000 (4,7%); Religioni tradizionali 68.300 (1,3%); Altri 94.500 (1,8%)²⁵³.

3.1.2 Canada

Durante il diciannovesimo secolo e in particolare grazie all'immigrazione del ventesimo secolo, la varietà di religioni in Canada è cresciuta. Negli anni '80 l'ebraismo, il buddismo, il sikhismo, l'induismo, l'islam, le religioni cinesi e la fede baha'i erano già

²⁵² Cfr. Censur, Dimensioni del pluralismo religioso in Italia, in *Le religioni in Italia*, sotto la direzione di Introvigne M. e Zoccatelli P., consultato il 3 febbraio, disponibile all'URL <https://cesnur.com/dimensioni-del-pluralismo-religioso-in-italia/>

²⁵³ Cfr. *Ibid.*

ben rappresentati in Canada. A partire dal 2011, l'8,8 per cento dei canadesi ha aderito a fedi religiose diverse dal cristianesimo. Oggi, il pluralismo delle credenze religiose è comune in Canada e comprende una vasta gamma di credenze e costumi. Il cristianesimo è sicuramente in declino dopo essere stato centrale e parte integrante della cultura e della vita quotidiana canadese. La maggior parte dei canadesi considera la religione poco importante nella propria vita quotidiana, ma crede ancora in Dio. Secondo il censimento del 2011, il 67,3 per cento dei canadesi si identifica come cristiano; di questi, i cattolici romani costituiscono il gruppo più numeroso, rappresentando il 38,7 per cento della popolazione. Gran parte del resto è composto da protestanti, che rappresentano circa il 27%. La più grande chiesa protestante è la United Church of Canada (che rappresenta il 6,1% dei canadesi), seguita da anglicani (5,0%) e battisti (1,9%). La secolarizzazione è in crescita dagli anni '60. Nel 2011, il 23,9 per cento non ha dichiarato alcuna affiliazione religiosa, rispetto al 16,5 per cento nel 2001. Il restante 8,8 per cento è affiliato a religioni non cristiane, la più grande delle quali è l'Islam (3,2%), seguita dall'induismo (1,5%) e dal sikhismo (1,4%). Negli ultimi anni ci sono stati aumenti sostanziali delle religioni non cristiane in Canada. Dal 1991 al 2011, l'Islam è cresciuto del 316%, l'induismo del 217%, il sikhismo del 209% e il buddismo del 124%. La crescita delle religioni non cristiane espressa in percentuale della popolazione canadese è passata dal 4% nel 1991 all'8% nel 2011. In termini di rapporto tra non cristiani e cristiani, è aumentata da 21 cristiani (95% della popolazione religiosa) a 1 non cristiano (5% della popolazione religiosa) nel 1991, a 8 cristiani (89%) a 1 non cristiano (11%) nel 2011, con un aumento del 135% del rapporto tra non cristiani e cristiani, o un calo del 6,5% di cristiani a non cristiani, in 20 anni²⁵⁴.

3.1.3 Pluralismi a confronto

È facile evidenziare come il pluralismo canadese sia molto più articolato, e come sia cresciuto e si sia sviluppato molto prima rispetto a quello italiano. Se andiamo a guardare nello specifico le statistiche sulla religione Sikh possiamo notare che il numero di credenti è di gran lunga maggiore in Canada dove rappresenta circa l'1,4 per cento

²⁵⁴ Cfr. Bureau of Democracy, Human Rights, and Labor, 2018, International Religious Freedom Report for 2018, United States Department of State, pag. 2

della popolazione (all'incirca mezzo milione di individui), mentre in Italia il Sikhismo, che viene accorpato ad altri movimenti all'interno delle statistiche sul pluralismo religioso (radhasoami e derivazioni), conta una rappresentanza di alcune migliaia di fedeli.

3.2. La religione Sikh

La religione Sikh è stata fondata dal Guru Nanak all'incirca intorno al 1498 nella regione del Punjab che comprendeva parti dell'attuale Pakistan e dell'India. Si diffonde inizialmente in questa regione arrivando a stabilire il luogo centrale del suo culto ad Amritsar dove è stato fondato il Tempio d'Oro, ancora oggi meta di pellegrinaggio e luogo più sacro del culto.

Il *Khanda*, simbolo della religione Sikh, rappresenta il potere creativo universale. È costituito da un pugnale a due tagli, due scimitarre ai lati ed un cerchio. Il primo rappresenta il potere onnipotente del creatore, le seconde l'equilibrio spirituale e temporale dell'universo, e il terzo l'infinito.

La religione si basa su un culto monoteista. La parola di Dio è stata rivelata dal Guru Nanak fondatore della religione, e dai nove guru che gli sono succeduti a capo della comunità religiosa. Dopo il decimo guru, il sikhismo, almeno nella sua corrente principale, non ha più avuto guru, questa figura è stata sostituita dal Libro Sacro *l'Adi Granth* che contiene gli insegnamenti dei primi dieci guru e dei loro predecessori ed è scritto nel dialetto medievale hindi usato dai poeti che comprende vocaboli punjabi, persiani e sanscriti. Il Libro Sacro viene onorato come fosse un vero Guru, una persona, è tenuto sopra un trono il *manji*, sotto un baldacchino, di notte viene riposto ricoperto di speciali tessuti decorati, i *rumalas*. Quando i sikh leggono il Libro devono ondeggiare su di esso la sacra piuma *chauri*. Il *manji* è venerato come un simbolo sacro e i fedeli vi portano offerte di denaro o cibo. Il contenuto principale del libro è come ottenere la salvezza dalle rinascite attraverso la fede nel Divino *Nam*²⁵⁵. Le rivelazioni dei dieci guru sono alla base del sikhismo. Innegabile comunque una influenza dell'Induismo e dell'Islam che hanno ricoperto un ruolo nello sviluppo della religione, tanto che nei testi

²⁵⁵ Cfr. Censur, La religione Sikh, in *Le religioni in Italia*, sotto la direzione di Introvigne M. e Zoccatelli P., consultato il 5 Gennaio 2020, disponibile all'URL <https://cesnur.com/gruppi-di-origine-sikh/>

sacri sikh si possono ritrovare anche scritti di antichi predicatori induisti e musulmani del Punjab. Dall'Induismo viene ripresa la credenza nella trasmigrazione delle anime, *samsara* e degli effetti delle azioni sulle vite successive, *karma*. L'obiettivo ultimo è di interrompere il ciclo delle rinascite, tranne che la liberazione non è vista come un annullamento del sé, bensì come una congiunzione con Dio, che è Uno e indivisibile. Tale congiunzione si ottiene tramite la fede in Dio e il retto comportamento. Il legame con l'Islam invece è rappresentato dalla credenza che Dio abbia creato il mondo e che la sua volontà governi ogni cosa.

Centrale nel Sikhismo il rapporto interiore con il divino; non esistono infatti nella religione sikh ministri di culto o leader spirituali, ci sono solo degli individui che vengono ritenuti delle guide per la loro esperienza e conoscenza ottenute con lo studio e l'interpretazione degli insegnamenti dei guru. Infatti a differenza dell'induismo, che ritiene che Dio si renda manifesto e accessibile ma specialmente nei templi e nei luoghi di pellegrinaggio, il sikhismo ritiene che il culto dei templi e i pellegrinaggi possano facilmente trasformarsi in vuoti ritualismi e incoraggia piuttosto i suoi discepoli a cercare Dio dentro il proprio essere²⁵⁶. Tuttavia la priorità della ricerca di Dio nella propria interiorità non impedisce ai sikh di costruire santuari per dare importanza ai luoghi e agli eventi della loro storia. *Harimandir* significa "tempio del Signore", ed è il nome di numerosi santuari sikh, incluso il *gurdwara* o tempio del luogo natale del Guru Gobind Singh a Patna. Ma per tutti i sikh l'Harimandir per eccellenza è il santuario di Armitsar nel Punjab.

La religione Sikh è basata sul vivere secondo tre principi: l'onestà e l'impegno nel lavoro e nei rapporti umani; la condivisione di ciò che si ha con gli altri; e il vivere nella consapevolezza della divinità che permea l'esistenza. Quindi il Sikhismo dà sì prevalenza al rapporto interiore con il divino e alla ricerca spirituale interiore, ma coniuga i due aspetti con il vivere una vita retta e con l'obiettivo di bilanciare la dimensione terrena con quella spirituale.

Il culto Sikh è caratterizzato da un forte universalismo: si ritiene che tutto sia stato creato dalla divinità e per questa ragione dotato di pari dignità. Questo si può riscontrare: nel ruolo paritario tra uomo e donna, infatti le donne possono guidare la congregazione in preghiera e diventare "leonesse della fede" al pari degli uomini;

²⁵⁶ Cfr. Introvigne M., Zoccatelli P., 2013, Enciclopedia delle religioni in Italia, CENSUR, Elledici, Torino.

nell'abolizione del clero, ogni sikh può leggere il Guru *Granth Sahib*, a casa o al tempio; nel rifiuto deciso di ogni tipo di discriminazione, oltre che attraverso il forte impegno sociale dei discepoli nei contesti sociali di riferimento. Questo principio ha portato i Sikh a rifiutare le antiche tradizioni hindu come la poligamia e il sistema delle caste dato che tutti gli esseri umani sono uguali di fronte a Dio.

Le festività più importanti sono *gurpurb*, e rappresentano di solito la nascita o il martirio di un Guru, le altre sono dette *mela*. La maggior parte delle feste include un *akhand path*, un rito di 48 ore di lettura del Guru *Granth Sahib*, di predicazione, preghiera e culto comunitario, canti compresi²⁵⁷.

Una delle cerimonie fondamentali della religione Sikh è quella del *langar* durante la quale un pasto gratuito è servito a tutti i visitatori senza distinzioni di religione, casta, sesso, stato sociale o etnia, e le persone siedono in terra e mangiano insieme.

Sebbene il Sikhismo sia molto critico nei confronti di altre religioni, i guru hanno sempre dichiarato di credere nella libertà religiosa in quanto ciò che più conta è la condotta morale che l'individuo mantiene nel corso della sua vita terrena e la sua fede in Dio (o in un principio di divinità). Ciò significa che, per il Sikhismo, persone di religioni diverse possono raggiungere la salvezza dell'anima pur rimanendo all'interno della propria religione. Nella pratica, tuttavia, la storia dei sikh è stata segnata dal conflitto con i musulmani e con gli induisti²⁵⁸.

3.2.1 I khalsa

Il decimo guru, Gobind Singh (1666-1708), fondò l'ordine militante dei Khalsa ("i puri").

Il termine *Khalsa* vuol dire "puro" e nella religione Sikh viene usato in riferimento ai fedeli che vengono battezzati, essere *Khalsa* è considerato un segno di dedizione totale alla fede. Il battesimo tuttavia non è necessario per essere di religione Sikh, esistono infatti i sikh non-Khalsa.

Essendo stati lungamente perseguitati dai dominatori Moghul del Punjab, i sikh hanno sviluppato una forte etica guerriera. Per questo motivo i *Khalsa* dopo il battesimo

²⁵⁷ Cfr. *ibid.*

²⁵⁸ Cfr. *ibid.*

devono portare sul corpo le cinque K, che rappresentano i simboli che portavano i guerrieri che difesero la comunità dalla persecuzione religiosa. I cinque simboli sono: il *Kara*, un bracciale di acciaio che rappresenta il controllo morale nelle azioni e il ricordo costante di Dio; il *Kesh*, i capelli e la barba non devono essere mai tagliati; il *Kaccha*, una sottoveste di cotone; il *Kangha*, un pettine di legno usato per raccogliere i capelli in maniera ordinata (a differenza della crescita «libera» e disordinata degli asceti induisti); e in ultimo il *Kirpan*, un pugnale cerimoniale che oggi simboleggia la lotta contro l'ingiustizia. Oggi questi simboli non hanno più come fine quello della difesa militare della fede, ma vogliono indicare i valori della religione Sikh come l'altruismo e la giustizia. Altre caratteristiche dei fedeli di religione Sikh possono essere l'uso di un turbante, e l'uso di cognomi distintivi prima del cognome di famiglia: *Singh* che significa leone per gli uomini, e *Kaur* che significa principessa per le donne.

Nella vita guidata dai principi religiosi è molto importante la moderazione, praticata con l'astensione da comportamenti dannosi per sé e per le altre parti del creato. Questo si riflette in alcune abitudini di consumo, come il rifiuto di prodotti frutto dell'uccisione degli animali (come la carne), oltre che di alcol, tabacco, droghe e in generale tutti gli intossicanti²⁵⁹.

3.2.2 Rapporti con lo stato indiano.

Come evidenziato in precedenza il Sikhismo nasce nella regione del Punjab largamente sotto il dominio indiano. I problemi nascono intorno al 1970 quando cominciano, a causa della marginalizzazione subita dai Sikh nello stato indiano, a manifestarsi nel culto delle frange estremiste che chiedevano la creazione di una stato nazione Sikh, il Kalistan. La reazione da parte del governo indiano fu molto risoluta portando ad aumentare il consenso intorno ai separatisti. La situazione precipitò nel 1984 con l'uccisione da parte dell'esercito indiano di Jarnail Singh Bhindranwale leader di uno dei gruppi separatisti più violenti. Con l'operazione *Blue Star* il governo ordinò all'esercito di entrare con i carri armati nel Tempio d'Oro, nell'operazione oltre a Bhindranwale e ai suoi seguaci persero la vita numerosi civili. La violazione del luogo

²⁵⁹ Cfr. Censur, La religione Sikh, in *Le religioni in Italia*, sotto la direzione di Introvigne M. e Zoccatelli P., consultato il 5 Gennaio 2020, disponibile all'URL <https://cesnur.com/gruppi-di-origine-sikh/>

più sacro del culto Sikh portò molto risentimento tra i fedeli tanto da portare all'assassinio di Indira Gandhi, allora primo ministro indiano, da parte di una sua guardia del corpo di fede Sikh. L'omicidio portò scompiglio nel paese con diversi disordini provocati dalla comunità hindu. Questi disordini arrivarono a sfociare in veri e propri pogrom in cui persero la vita tra i 3000 e gli 8000 Sikh. Dopo questi tragici eventi la situazione ha cominciato a normalizzarsi, al Punjab venne concessa maggiore autonomia e la cultura Sikh ottenne una maggiore inclusione nella dinamica multiculturale di integrazione dello stato indiano. Ad oggi la cultura Sikh è ufficialmente riconosciuta a livello linguistico e religioso, ed è tutelata a livello legislativo. Grazie a questo, i gruppi militari che perseguono l'idea di uno stato teocratico si sono molto ridotti e sono piuttosto marginali.

Anche a causa di queste difficoltà, fin dagli inizi del XX secolo l'emigrazione sikh dall'India aveva assunto grandi proporzioni²⁶⁰.

3.2.3 I Sikh nel Mondo

I Sikh abitano oggi varie aree del mondo, la popolazione di cultura Sikh ha iniziato soprattutto dalla fine del 1800 una consistente migrazione fuori dal Punjab. Una parte consistente delle migrazioni riguarda i Sikh arruolati che circolarono nei domini britannici, ma anche la persecuzione subita, soprattutto in Pakistan, e la povertà hanno spinto molte persone ad emigrare. A partire dagli anni Sessanta grandi comunità Sikh si sono create soprattutto nei paesi anglofoni: quasi un milione e mezzo vivono tra Canada, Regno Unito e Stati Uniti, invece comunità più ristrette si sono create in Australia e Nuove Zelanda. Gruppi importanti vivono anche nel sud est asiatico e nell'Africa Orientale.

Negli ultimi anni le migrazioni dei Sikh si sono spostate anche verso l'Europa. In Italia, i sikh sono diverse migliaia, diverse comunità sono presenti soprattutto in provincia di Brescia, nel Veneto, attorno alla statale Pontina, a Sud di Roma (fra Aprilia, Latina, San Felice Circeo e Terracina vivono stabilmente quattrocento indiani di religione sikh, con un centro di culto in un tempio nelle vicinanze di Aprilia) e in

²⁶⁰ Cfr. Introvigne M., Zoccatelli P., 2013, Enciclopedia delle religioni in Italia, CENSUR, Elledici, Torino.

Emilia-Romagna (con una casa colonica trasformata in gurdwara a Novellara, in provincia di Reggio Emilia, dove un nuovo tempio è stato inaugurato il 1 ottobre 2000 alla presenza del presidente della Commissione Europea, Romano Prodi). In quest'ultimo centro si celebrano regolarmente le feste del calendario sikh, in particolare il Baisaki Day (13 aprile)²⁶¹.

2.4 Problemi di convivenza

Grazie alla rilevanza data all'impegno sociale le comunità Sikh si integrano solitamente abbastanza bene. Tuttavia a causa di alcune particolarità culturali in alcuni casi si sono create incomprensioni e problemi legislativi. Fonte principale di questi problemi è il Kirpan, il pugnale rituale indossato dai Sikh battezzati che può essere considerato come un'arma. In India ormai è consentito portare il kirpan in ogni luogo avendone riconosciuto la simbolicità, nel mondo occidentale invece questo crea molti problemi soprattutto in luoghi quali gli aeroporti o le scuole. Interessante notare come il Regno Unito, pur essendo molto attento alla sicurezza, e avendo una legislazione restrittiva sul porto delle armi, ha promulgato il Criminal Justice Act nel 1988 che autorizza il porto di armi da taglio «for religious reasons; or as part of any national costume²⁶²», disposizione pensata proprio per consentire agli indiani Sikh di indossare il kirpan²⁶³.

Molto spesso si è reso necessario un intervento giudiziario per tentare di risolvere delle controversie e stabilire delle regole conciliative. Una delle soluzioni più adottate è stata quella di richiedere che la lama del pugnale non sia affilata, e di portarlo sotto i vestiti. Alcuni luoghi sensibili, come ad esempio aerei e tribunali, rimangono comunque interdetti al porto del Kirpan.

Anche la pratica di indossare il turbante da parte dei fedeli Sikh ha creato dei problemi, questi più legati a motivi discriminatori. Soprattutto negli anni dopo l'attentato alle torri gemelle molti crimini d'odio si sono rivolti verso le comunità

²⁶¹ Cfr. Censur, La religione Sikh, in *Le religioni in Italia*, sotto la direzione di Introvigne M. e Zoccatelli P., consultato il 5 Gennaio 2020, disponibile all'URL <https://cesnur.com/gruppi-di-origine-sikh/>

²⁶² Criminal Justice Act 1988, UK, Sec.139

²⁶³ Cfr. Negri A., 2017, Sikh condannato per porto del kirpan: una discutibile sentenza della Cassazione su immigrazione e "valori del mondo occidentale", in *diritto penale contemporaneo* fascicolo 7-8, pag. 248

musulmane coinvolgendo molte volte anche i Sikh i quali, proprio a causa dell'uso del turbante, venivano scambiati per arabi o afgani²⁶⁴.

3.3. Il Caso del Kirpan in Italia

Il 6 marzo 2013 la polizia locale fermava a Goito, in provincia di Mantova, il Si. Ja. trovandolo in possesso del Kirpan il pugnale rituale indossato dai fedeli Sikh, dalla lunghezza complessiva di 18,5 centimetri e ritenuto dalle forze dell'ordine idoneo all'offesa. Lo stesso si rifiutava di consegnarlo sostenendo che portare il Kirpan fosse imposto dai precetti della sua religione in quanto sikh praticante. Sulla base di questi fatti il tribunale di Mantova ha condannato l'imputato, con sentenza emessa il 5 febbraio 2015, alla pena di euro 2000 di ammenda²⁶⁵ per il reato di cui all'art. 4 legge n. 110 del 1975 che stabilisce: *«Salve le autorizzazioni previste dal terzo comma dell'art. 42 del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza 18 giugno 1931, n. 773, e successive modificazioni, non possono essere portati, fuori della propria abitazione o delle appartenenze di essa, armi, mazze ferrate o bastoni ferrati, sfollagente, noccoliere. Senza giustificato motivo, non possono portarsi, fuori della propria abitazione o delle appartenenze di essa, bastoni muniti di puntale acuminato, strumenti da punta o da taglio atti ad offendere, mazze, tubi, catene, fionde, bulloni, sfere metalliche, nonché qualsiasi altro strumento non considerato espressamente come arma da punta o da taglio, chiaramente utilizzabile, per le circostanze di tempo e di luogo, per l'offesa alla persona. Il contravventore è punito con l'arresto da un mese ad un anno e con l'ammenda da lire cinquantamila a lire duecentomila. Nei casi di lieve entità, riferibili al porto dei soli oggetti atti ad offendere, può essere irrogata la sola pena dell'ammenda. È vietato portare armi nelle riunioni pubbliche anche alle persone munite di licenza. Il trasgressore è punito con l'arresto da quattro a diciotto mesi e con l'ammenda da lire centomila a lire quattrocentomila. La pena è dell'arresto da uno a tre anni e della ammenda da lire duecentomila a lire quattrocentomila quando il fatto è commesso da persona non munita di licenza. Chiunque, all'infuori dei casi previsti nel*

²⁶⁴ Cfr. Singh, B., 2013, *The concern for national security: The impact on sikh canadians*, in Canadian Bar Review, 92(1), pag. 49. E Introvigne M., Zoccatelli P., 2013, *Enciclopedia delle religioni in Italia*, CENSUR, Elledici, Torino.

²⁶⁵ Cfr. Suprema Corte di Cassazione, 2015, sentenza n. 24048, para. 1

*comma precedente, porta in una riunione pubblica uno strumento ricompreso tra quelli indicati nel primo o nel secondo comma, è punito con l'arresto da due a diciotto mesi e con l'ammenda da lire centomila a lire quattrocentomila. La pena è raddoppiata nei casi in cui le armi o gli altri oggetti di cui ai precedenti commi sono usati al fine di compiere reati. Tuttavia tale aumento non si applica quando l'uso stesso costituisce un'aggravante specifica per il reato commesso. Gli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria devono procedere all'arresto di chiunque sia colto in flagranza di trasgressione alle norme dei precedenti commi quarto e quinto. Con la condanna deve essere disposta la confisca delle armi e degli altri oggetti atti ad offendere. Sono abrogati l'art. 19 e il primo e secondo comma dell'art. 42 del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza 18 giugno 1931, n. 773, e successive modificazioni. Non sono considerate armi ai fini delle disposizioni penali di questo articolo le aste di bandiere, dei cartelli e degli striscioni usate nelle pubbliche manifestazioni e nei cortei, né gli altri oggetti simbolici usati nelle stesse circostanze, salvo che non vengano adoperati come oggetti contundenti».*²⁶⁶ Il giudice ha stabilito che la circostanza che il pugnale fosse un simbolo religioso fosse una mera consuetudine della cultura di appartenenza e non poteva avere l'effetto abrogativo di norma penale dettata a fini di sicurezza pubblica.

Dopo la condanna l'imputato ha deciso di fare ricorso alla Suprema corte di Cassazione chiedendo l'annullamento della sentenza del tribunale di Mantova. Alla base del suo ricorso l'imputato invocava una violazione dell'articolo 19 della costituzione in quanto il coltello era un simbolo del suo culto il cui porto sarebbe giustificato dalla sua religione²⁶⁷.

Tuttavia la suprema corte di Cassazione con la sentenza n. 24048 del 31 marzo 2017 ha confermato la sentenza del tribunale di Mantova decretando «il principio per cui nessun credo religioso può legittimare il porto in luogo pubblico di armi o di oggetti atti ad offendere²⁶⁸». Particolare rilevanza ha avuto quello che la Cassazione ha inserito nelle motivazioni richiamando all'«obbligo per l'immigrato di conformare i propri

²⁶⁶ Legge 18 aprile 1975, n. 110, recante: "Norme integrative della disciplina vigente per il controllo delle armi, delle munizioni e degli esplosivi", art 4

²⁶⁷ Cfr. Negri A., 2017, *Sikh condannato per porto del kirpan: una discutibile sentenza della Cassazione su immigrazione e "valori del mondo occidentale"*, in diritto penale contemporaneo fascicolo 7-8, pag.

246

²⁶⁸ Suprema Corte di Cassazione, 2015, sentenza n. 24048, para. 3

valori a quelli del mondo occidentale [...] e di verificare preventivamente la compatibilità dei propri comportamenti con i principi che la regolano e quindi della liceità di essi in relazione all'ordinamento giuridico che la disciplina²⁶⁹», poiché «in una società multietnica, la convivenza tra soggetti di etnia diversa richiede necessariamente l'identificazione di un nucleo comune in cui immigrati e società di accoglienza si debbono riconoscere. Se l'integrazione non impone l'abbandono della cultura di origine, in consonanza con la previsione dell'art. 2 Cost. che valorizza il pluralismo sociale, il limite invalicabile è costituito dal rispetto dei diritti umani e della civiltà giuridica della società ospitante. [...] La decisione di stabilirsi in una società in cui è noto, e si ha consapevolezza, che i valori di riferimento sono diversi da quella di provenienza ne impone il rispetto e non è tollerabile che l'attaccamento ai propri valori, seppure leciti secondo le leggi vigenti nel paese di provenienza, porti alla violazione cosciente di quelli della società ospitante. La società multietnica è una necessità, ma non può portare alla formazione di arcipelaghi culturali configgenti, a seconda delle etnie che la compongono, ostandovi l'unicità del tessuto culturale e giuridico del nostro paese che individua la sicurezza pubblica come un bene da tutelare e, a tal fine, pone il divieto del porto di armi e di oggetti atti ad offendere²⁷⁰». La corte ha quindi ritenuto che la società multietnica costituisca una necessità ma questa non può inserirsi nel tessuto culturale e giuridico italiano creando una spaccatura. Con queste motivazioni la Cassazione ha stabilito che non si riscontra nessuna violazione della libertà di religione garantita dall'articolo 19 della Costituzione, in considerazione anche del fatto che la libertà religiosa può essere limitata dalla legge per tutelare altre esigenze tra cui quelle della pacifica convivenza e della sicurezza, compendiate nella formula dell'ordine pubblico. Nel richiamare questa tutela la Corte fa esplicito riferimento alla giurisprudenza della Corte costituzionale, la quale: «ha affermato la necessità di contemperare i diritti di libertà con le citate esigenze. Come osserva il Giudice delle leggi nella sentenza numero 63 del 2016 tra gli interessi costituzionali da tenere in adeguata considerazione nel modulare la tutela della libertà di culto - nel rigoroso rispetto dei canoni di stretta proporzionalità, per le ragioni spiegate sopra - sono senz'altro da annoverare quelli relativi alla sicurezza, all'ordine pubblico e alla pacifica convivenza²⁷¹». Oltre al

²⁶⁹ *Ivi*, para. 2.3

²⁷⁰ *Ivi*, para. 2.3

²⁷¹ *Ivi*, para. 2.4

riferimento alla Corte costituzionale è interessante notare il richiamo fatto nella sentenza alla Convenzione Europea dei Diritti Umani e alla giurisprudenza della CEDU. La Corte richiama l'articolo 9 della Convenzione: «la libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo può essere oggetto di quelle sole restrizioni che, stabilite per legge, costituiscono misure necessarie in una società democratica, per la protezione dell'ordine pubblico, della salute o della morale pubblica, o per la protezione dei diritti e della libertà altrui²⁷²» per legittimare la restrizione imposta. Inoltre cita la giurisprudenza della CEDU con in particolare riferimento ai casi turchi sul velo islamico (Leyla Sahin c. Turchia [GC], n. 44774/98, § 111, CEDU 2005 XI ; Refah Partisi e altri c. Turchia [GC], n. 41340/98, 41342/98, 41343/98 e 41344/98, § 92, CEDU 2003 II), nei quali la Corte di Strasburgo ha riconosciuto il diritto dello stato a limitare la libertà religiosa se questa ostacola la tutela dei diritti e delle libertà altrui, l'ordine o la sicurezza pubblici. Tuttavia è già stato evidenziato come questa giurisprudenza richiamata dalla Corte abbia concesso ampio margine agli stati per la limitazione del diritto alla libertà religiosa rendendola quasi una enunciazione di principio, tendendo a giustificare restrizioni comprensibili sotto il profilo della storia politica degli stati ma non necessarie in una società democratica²⁷³.

La Cassazione cita anche un altro caso della Corte EDU oltre a quelli turchi, la sentenza Eweida. Tuttavia questa sentenza è citata dalla Suprema corte in modo errato. Questa infatti afferma che «nella causa Eweida e altri contro Regno Unito del 15 gennaio 2013, la Corte ha ritenuto la legittimità delle limitazioni alle abitudini di indossare visibilmente collane con croci cristiane durante il lavoro e ha suffragato l'opinione ricordando che, nello stesso ambiente lavorativo, dipendenti di religione Sikh avevano accettato la disposizione di non indossare turbanti o Kirpan (in questo modo dimostrando che l'obbligo religioso non è assoluto e può subire legittime restrizioni)²⁷⁴». Nella sentenza in oggetto però, la Corte di Strasburgo ha riconosciuto, al contrario, il diritto della sig.ra Eweida di indossare la croce nel suo lavoro di hostess alla British Airways, applicando il principio di proporzionalità. Inoltre nella stessa sentenza la Corte Europea ricorda che la British Airways aveva ammesso la possibilità

²⁷² Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), 1950, art. 9.

²⁷³ Cfr. infra, pag. 18-19

²⁷⁴ Suprema Corte di Cassazione, 2015, sentenza n. 24048, para. 2.6

di indossare i turbanti e i braccialetti d'argento dei Sikh, così come l'hijab delle musulmane, in deroga al codice di vestiario, che pure non ammetteva alcun simbolo religioso²⁷⁵.

Si può evidenziare che la Cassazione nella sentenza abbia operato una scelta in qualche senso “politica” dando priorità alla sicurezza e all'ordine pubblico, ritenuti parte di quei “valori occidentali” richiamati però solo genericamente dalla Corte, rispetto al pluralismo. Questa decisione sembra tuttavia essere in contrasto con la gerarchia dei valori costituzionali individuata dalla Corte costituzionale in anni di lavoro per cercare di bilanciare i diversi valori costituzionali in conflitto tra loro. La Consulta ha infatti riconosciuto ad alcuni il rango di principi supremi dell'ordinamento, ed in questi figurano il pluralismo e la laicità, e ad altri solo quello di primari, tra cui la Corte inserisce la sicurezza dello stato. Bisogna infatti ricordare che nell'ordinamento costituzionale italiano l'articolo 2, che esprime il carattere pluralista dello stato, e l'articolo 8, che proclama l'eguaglianza delle confessioni religiose davanti alla legge, esprimono il principio del pluralismo confessionale legandolo con il diritto alla libertà religiosa²⁷⁶. Il pluralismo infatti secondo la storica sentenza n. 203 del 1989 della Corte costituzionale, è «costitutivo del “regime” ordinamentale da cui è stato desunto il principio supremo di laicità, e che proprio della laicità non può che essere la luce interpretativa di riferimento per una lettura in chiave democratica²⁷⁷». È evidente quindi che la Cassazione non ha tenuto per niente in considerazione le indicazioni fornite dalla giurisprudenza costituzionale. Bisogna quindi riscontrare che, se la soluzione finale della sentenza può anche trovare condivisione, l'iter motivazionale seguito, e prima di tutto l'ambiguo e fuorviante richiamo all'obbligo di conformarsi a degli indefiniti e arbitrariamente individuabili valori occidentali, è sicuramente criticabile.²⁷⁸ Il caso verrà con tutta probabilità portato davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo.

²⁷⁵ Cfr. Palici di Suni E., 2017, Simboli religiosi e laicità: aperture e chiusure in alcune recenti pronunce, in rivista di diritti comparati, n1 2017, pag 7.

²⁷⁶ Cfr. Negri A., 2017, *Sikh condannato per porto del kirpan: una discutibile sentenza della Cassazione su immigrazione e "valori del mondo occidentale"*, in diritto penale contemporaneo fascicolo 7-8, pag. 247

²⁷⁷ Pasquali Cerioli J., 2009, *La laicità nella giurisprudenza amministrativa: da principio supremo a "simbolo religioso"*, in Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica, cit. p. 9.

²⁷⁸ Cfr. Negri A., 2017, *Sikh condannato per porto del kirpan: una discutibile sentenza della Cassazione su immigrazione e "valori del mondo occidentale"*, in diritto penale contemporaneo fascicolo 7-8, pag. 247-248

Bisogna rilevare che esistono due precedenti in Italia nei quali i tribunali hanno esaminato casi simili: un caso del tribunale di Cremona e un decreto di archiviazione accolto dal tribunale di Vicenza. Interessante notare che in entrambi i casi si è arrivati ad una sentenza opposta a quella confermata dalla Corte di Cassazione nel 2017.

Con una sentenza del 19 febbraio 2009 il tribunale di Cremona ha assolto un indiano di religione Sikh dall'accusa di porto ingiustificato di armi od oggetti atti ad offendere. L'imputato era stato fermato dalle forze dell'ordine in un centro commerciale e come nei fatti accaduti a Mantova aveva giustificato il porto del pugnale dichiarandone la natura di simbolo religioso. Nelle motivazioni della decisione il giudice ha rilevato che l'ipotesi accusatoria si basava sul fatto che i carabinieri avessero notato l'imputato all'interno del centro commerciale "Iper Cremona Due" con indosso un coltello portato appeso intorno al collo, come riportato nel verbale redatto dai carabinieri, non rendendo contestabile il rinvenimento nella diretta disponibilità dell'imputato dell'oggetto sequestrato. La corte ha sì riconosciuto che il Kirpan deve definirsi "coltello", ma ha comunque posto l'accento sulla motivazione religiosa, adottata dall'imputato al momento dell'intervento delle forze dell'ordine, e che giustificherebbe secondo la difesa il porto del coltello. La difesa si basava quindi sulla struttura normativa della contravvenzione in esame che a mente dell'art. 4, secondo comma, della legge 18 aprile 1975, n° 110, punisce coloro i quali "senza giustificato motivo" portino fuori dalla propria abitazione armi od oggetti atti ad offendere, limitando in qualche modo l'ipotesi di reato. La corte era quindi chiamata a decidere se il motivo religioso potesse effettivamente qualificarsi come "giustificato motivo", idoneo a consentire di ritenere non perfezionata la condotta illecita sanzionata dalla norma. La difesa durante il processo ha prodotto una consistente documentazione atta a provare la natura di simbolo religioso del Kirpan e che, così come il turbante, deve essere sempre portato dal seguace della religione sikh, e che si configuri come un obbligo e non come semplicemente facoltativo²⁷⁹.

Sulla base degli elementi forniti dalla difesa il tribunale ha deciso che il coltello sequestrato dalle autorità per la sua tipica forma e decorazione è il c.d. Kirpan utilizzato dai fedeli di religione sikh, definito anche dalle stesse forze dell'ordine che hanno

²⁷⁹ Cfr. Tribunale penale, Sentenza 19 febbraio 2009, Simboli religiosi ed esclusione della configurabilità del reato di porto ingiustificato di armi od oggetti atti ad offendere, in osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose, <https://www.olir.it/documenti/sentenza-19-febbraio-2009/>

effettuato il sequestro come “coltellino ornamentale”. Per questo motivo il coltello è compatibile con l'utilizzazione come «segno distintivo di adesione ad una regola religiosa e, in ultima analisi, come peculiare modalità di espressione della fede religiosa²⁸⁰», non potendo quindi ascrivere il porto di quest'ultimo ad altri scopi. A sostegno di questo c'è anche la condotta del prevenuto che non tentava in nessun modo di nascondere il coltello anzi lo ostentava tranquillamente tenendolo a tracolla mostrando «quella valenza intrinsecamente e coerentemente comunicativa dell'identità religiosa²⁸¹».

Rilevato che queste erano le motivazioni per la condotta dell'imputato, il giudice ha ritenuto che «esse intercettino un valido supporto normativo, siccome obiettivamente collocabili all'interno della tutela della libertà di fede religiosa²⁸²» prevista dalla costituzione all'articolo 19, dall'articolo 9 della legge 4 agosto 1955, n° 848, di ratifica della Convenzione per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali, oltre che da plurimi atti internazionali. Per questo motivo non si può ritenere «privo di “giustificato motivo” il porto di tale simbolico elemento ornamentale da parte del cittadino indiano, il quale per l'appunto invochi l'uso di esso, fuori della propria abitazione, quale vincolata modalità di professare il proprio culto²⁸³».

Per questo motivo non appare giuridicamente possibile limitare il porto del kirpan da parte dei fedeli di religione sikh all'esterno della propria abitazione senza ledere il diritto, costituzionalmente garantito dall'articolo 19, di professare liberamente la propria religione in qualsiasi forma, individuale o associata, di farne propaganda e di esercitarne in privato o in pubblico il culto, purché non si tratti di riti contrari al buon costume, riconosciuto a tutti. Il giudice infatti ha rilevato che è proprio in pubblico che il «kirpan assume l'ulteriore rilevanza di esprimersi quale segno distintivo di adesione del seguace alla religione “sikh”, così pienamente consentendogli, anche mediante l'affermazione della propria identità religiosa, di professare liberamente la propria fede²⁸⁴». Interessante notare come in contrasto con la sentenza della Cassazione del 2017, qui il giudice ha ritenuto che in questo caso le esigenze di tutela dell'ordine pubblico, che l'art. 4 della legge n° 110/1975 intende perseguire, non potrebbero opporsi dato che

²⁸⁰ *Ibid.*, cit.

²⁸¹ *Ibid.*, cit.

²⁸² *Ibid.*, cit.

²⁸³ *Ibid.*, cit.

²⁸⁴ *Ibid.*, cit.

«per come è normativamente organizzata la configurazione astratta del reato, è, infatti, evidente che il legislatore ha ritenuto pericoloso per la sicurezza pubblica soltanto il porto del coltello privo di una attendibile ragione, legittimandolo invece ogni qual volta l'agente possa invocare in suo favore un valido motivo. In tale seconda ipotesi le esigenze di tutela della collettività, che pure sono astrattamente connesse al portare fuori l'abitazione uno strumento potenzialmente idoneo ad attentare all'incolumità personale, sono sostanzialmente salvaguardate dallo scopo non offensivo (il c.d. "giustificato motivo") positivamente avuto di mira dall'agente, alla cui responsabile condotta finisce dunque, in questo caso, per affidarsi il legislatore. È all'interno di tale contesto interpretativo che, ad avviso del giudicante, si spiega la ragione per la quale la fattispecie penale in oggetto non può dirsi perfezionata in presenza di un "giustificato motivo", poiché è proprio in virtù di esso che la tutela della sicurezza pubblica, connessa al divieto di porto di strumento atto ad offendere, non è, in definitiva, messa concretamente a repentaglio²⁸⁵».

Per questi motivi il giudice ha ritenuto penalmente irrilevante il porto del Kirpan da parte di un cittadino indiano «qualora esso sia attendibilmente giustificato (come nella specie è stato provato) dalla finalità di professare la fede "sikh". Chiarendo che se non costituisce reato portare fuori un coltello da cucina per recarsi ad un pic-nic "non si vede francamente per quale ragione non dovrebbe del pari considerarsi non integrata la fattispecie penale nell'ipotesi in cui il porto riguardi un kirpan (cioè un coltellino avente una lama notoriamente più corta di quella del "coltellone" da cucina), laddove peraltro in quest'ultimo esempio il giustificato motivo (quello religioso) risieda addirittura nell'esercizio di un diritto costituzionalmente garantito e sottenda una mera finalità di esibizione ornamentale²⁸⁶». Il giudice precisa inoltre che anche se si valutasse la condotta dell'imputato «entro la diversa e non contestata qualificazione normativa prevista dall'art. 699, 2° comma, c.p. (sul presupposto, qui non provato, di ritenere il coltellino in sequestro un vero e proprio "pugnale"), analoghi argomenti militerebbero per escluderne l'antigiuridicità penale, siccome agevolmente mutuabili dall'art. 51 c.p.²⁸⁷». Sulla base di tutte queste motivazioni il giudice ha assolto l'imputato dall'imputazione ascrittagli poiché il fatto non sussiste. Il porto del pugnale kirpan

²⁸⁵ *Ibid.*, cit.

²⁸⁶ *Ibid.*, cit.

²⁸⁷ *Ibid.*, cit.

costituisce un segno distintivo di adesione ad una regola religiosa e, quindi, una modalità di espressione della fede religiosa Sikh, garantita dall'art. 19 Cost. oltre che da plurimi atti internazionali, perciò non costituisce reato: una circostanza ha trovato riscontro durante il processo, dove è risultato provato, anche grazie a un certificato del Consolato generale dell'India, che per i sikh il kirpan è simbolo della resistenza al male e che deve essere sempre portato in modo visibile.

La seconda sentenza è del Tribunale di Vicenza dove il Giudice per le indagini preliminari ha emanato un decreto di archiviazione, su richiesta del P.M., che disponeva l'archiviazione di un procedimento per porto di armi o oggetti atti ad offendere. L'imputato era stato trovato con indosso il kirpan all'interno degli uffici del comune di Crespadoro e indagato anche lui per violazione dell'art. 4, secondo comma, della legge 18 aprile 1975, n° 110. La difesa ha fatto richiesta in questo caso del dissequestro del kirpan e di archiviazione del procedimento sulla base del fatto che nella religione sikh professata dall'indagato ha un significato simbolico di carattere religioso: la religione sikh imporrebbe infatti ai fedeli di portare sempre con sé cinque simboli sacri, tra cui è compreso il coltello chiamato "kirpan". Qui si pone lo stesso problema di contrasto, riscontrato anche dal Tribunale di Cremona e dalla Cassazione, tra il diritto alla libertà religiosa e una prescrizione, quale quella dell'art 4 l. 110/75 diretta a garantire e a tutelare l'incolumità e la sicurezza dei cittadini, aventi come evidenziato prima entrambi rango costituzionale²⁸⁸. Tuttavia, in questo caso il G.I.P, pur riconoscendo il "giustificato motivo" nella professione di un culto religioso per il porto del kirpan come il Tribunale di Cremona, stabilisce l'archiviazione poiché il kirpan non può essere qualificato come arma bianca «in considerazione sia delle modeste dimensioni dello stesso (come visto sopra lunghezza della lama di cm 10 e lunghezza complessiva di 18 cm) sia dell'assenza di filo nella lama²⁸⁹» impedendo di qualificare il kirpan come strumento "atto ad offendere". Interessante notare come a differenza del tribunale di Cremona il giudice qui ritiene che l'argomentazione religiosa non varrebbe nel caso in cui si ritenesse il kirpan un'arma bianca «cioè come strumento la cui destinazione

²⁸⁸ Cfr. Tribunale Penale, Decreto di archiviazione 23 gennaio 2009, Simboli religiosi: detenzione di pugnale kirpan in luogo pubblico ed esclusione della configurabilità del reato di porto di armi od oggetti atti ad offendere, in osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose,

<https://www.olir.it/documenti/decreto-di-archiviazione-23-gennaio-2009/>

²⁸⁹ *Ibid.*, cit.

naturale è l'offesa alla persona. È noto infatti che il porto di tali armi bianche in luogo pubblico non è consentito ed è punito dall'art 699 c.p.²⁹⁰».

Come evidenziato in questo capo in Italia non c'è conformità nella giurisprudenza, che comunque risulta esigua, ma rimane comunque presente la necessità di creare un bilanciamento tra la sicurezza pubblica e la libertà religiosa. Proprio in relazione alla questione del Kirpan è stato presentato in Senato nel maggio 2015 un disegno di legge di iniziativa parlamentare. Questa proposta nasce da un progetto proposto dalla questura di Cremona, e curato dalla direzione generale per gli affari generali della Polizia di Stato, che ha sviluppato un Kirpan privo delle caratteristiche che lo configurano come arma da taglio, ma comunque in tutto e per tutto simile a quello tradizionale. Il progetto è stato appoggiato anche dalla comunità Sikh italiane. Il DDL vuole quindi autorizzare il porto del kirpan che rispetti queste caratteristiche. Il disegno di legge, assegnato alla 1° Commissione permanente (Affari Costituzionali) in sede referente dal 13 aprile 2016, senza essere discusso. Con la nuova legislatura il DDL è stato ripresentato e il 28 giugno 2018 è stato assegnato al parere delle Commissioni II e XI. Potrebbe essere un primo passo verso la risoluzione del bilanciamento, e anche un avvicinamento del nostro ordinamento verso la *reasonable accommodation* canadese, quindi verso forme di accomodamento che rispettino al contempo esigenze di sicurezza e libertà fondamentali²⁹¹.

3.4. Il caso del Kirpan in Canada

Il 19 novembre 2001, Gurbaj Singh Multani un ragazzo di 12 anni di religione sikh ha fatto cadere accidentalmente il kirpan che indossava sotto i suoi vestiti nel cortile della scuola che frequentava, École Sainte-Catherine - Labouré. Il 21 dicembre 2001, il consiglio scolastico *Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys (CSMB)*, attraverso il suo legale, ha inviato ai genitori di Gurbaj Singh una lettera in cui, come "*reasonable accomodation*", ha autorizzato il loro figlio ad indossare il suo kirpan a scuola purché rispettasse determinate condizioni per assicurarsi che fosse sigillato all'interno dei suoi

²⁹⁰ *Ibid.*, cit.

²⁹¹ ²⁹¹ Cfr. Negri A., 2017, Sikh condannato per porto del kirpan: una discutibile sentenza della Cassazione su immigrazione e "valori del mondo occidentale", in diritto penale contemporaneo fascicolo 7-8, pag. 248

vestiti. Gurbaj Singh e i suoi genitori hanno accettato questo accordo²⁹². Il problema si è presentato quando il consiglio di amministrazione della scuola ha rifiutato, con una risoluzione approvata il 12 febbraio 2002, di ratificare l'accordo fatto con la famiglia di Gurbaj. Il rifiuto si basava sul fatto che indossare un kirpan nella scuola violava l'art. 5 del *Code de vie* (codice di condotta) della scuola, che proibiva il trasporto di armi e oggetti pericolosi. Nel marzo del 2002 i genitori di Gurbaj chiesero al CSMB di riconsiderare la decisione, tuttavia la decisione venne confermata e venne comunicato che un kirpan simbolico sotto forma di un ciondolo o uno in un'altra forma fatto di un materiale che lo rendesse innocuo sarebbe accettabile al posto di un vero kirpan²⁹³.

Il padre di Gurbaj ha quindi deciso, in qualità di tutore, di presentare un'istanza presso la *Superior Court* canadese ai sensi dell'art. 453 del Codice di procedura civile, richiedendo un *declaratory judgment* insieme ad una domanda di ingiunzione interlocutoria. Nella sua mozione, il Sig. Multani ha chiesto al tribunale di dichiarare che la decisione del consiglio non aveva alcuna forza o effetto e che Gurbaj Singh avesse il diritto di indossare il suo kirpan a scuola, se fosse stato sigillato e cucito all'interno degli abiti, sostenendo che ciò rappresentasse una *reasonable accomodation* per la libertà di religione e il diritto all'uguaglianza garantiti della Carta dei diritti umani e delle libertà del Québec e dalla *Canadian Charter* (art. 2 e 15)²⁹⁴.

La *Superior Court* ha approvato l'istanza dichiarando nulla la decisione del consiglio e autorizzando Gurbaj a portare il kirpan a scuola a determinate condizioni. Nella sentenza il giudice ha dichiarato che, a suo avviso, l'imposizione di indossare un kirpan simbolico non era accettabile, e riprendendo gli accordi presi tra il CSMB e la famiglia Multani ha stabilito delle clausole per portare del Kirpan all'interno della scuola: doveva essere indossato sotto i vestiti dello studente; doveva essere inserito in una custodia di legno cucita negli indumenti; veniva fatto divieto assoluto di estrarlo; consentiva la possibilità per il personale scolastico di verificare tali condizioni; lo studente doveva tenere il kirpan in suo possesso in ogni momento e la sua scomparsa

²⁹² Cfr. *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 S.C.R. 256, 2006 SCC 6, para. 3

²⁹³ Cfr. *Ivi*, para. 5

²⁹⁴ Cfr. *Ivi*, para. 6

doveva essere immediatamente denunciata alle autorità scolastiche. La violazione di una di queste condizioni avrebbe comportato la perdita del diritto in questione²⁹⁵.

In seguito a questa sentenza il consiglio scolastico ed il Procuratore generale del Québec hanno fatto appello alla *Court of Appeal*. Sostenendo nuovamente che il Kirpan fosse un'arma, che potesse essere legittimamente vietata in un ambiente scolastico, che la decisione non violasse la libertà di religione, e che l'offerta di permettere un kirpan simbolico rappresentasse una *reasonable accommodation*. Aggiungendo inoltre che anche qualora la decisione violasse la libertà di religione sarebbe stata comunque giustificata ai sensi dell'art 9.1 della Carta del Québec e dell'articolo 1 della *Canadian Charter*²⁹⁶.

Con la sua sentenza la *Court of appeal* ha annullato la sentenza della *Superior Court* ripristinando la decisione del consiglio scolastico. Nelle motivazioni ha stabilito che la decisione in questione ha violato la libertà di religione ai sensi dell'art. 2 (a) della *Canadian Charter* e dell'art. 3 della Carta dei diritti umani e delle libertà del Quebec, ma che l'infrazione era giustificata ai sensi dell'art. 1 della *Canadian Charter* e dell'art. 9.1 della Carta del Québec. Concludendo che il kirpan è un'arma e sebbene la decisione di vietarlo abbia compromesso il pieno esercizio della libertà di religione, non era irragionevole dato l'obbligo del consiglio scolastico di preservare la sicurezza della comunità scolastica.

La *Court of Appeal* si è focalizzata sulla pericolosità intrinseca del kirpan non tenendo conto degli altri fattori, accettando anche la testimonianza dello psicopedagogo Denis Leclerc secondo il quale indossare il kirpan genererebbe una sensazione di ingiustizia tra gli studenti, che percepirebbero questo permesso come trattamento speciale, e che ha anche citato, ad esempio, che alcuni studenti ancora considerano ingiusto il diritto delle donne musulmane di indossare il chador, perché loro stessi non possono indossare cappelli o sciarpe²⁹⁷. Il giudice ha quindi concluso che permettere che il kirpan venga indossato, anche in determinate condizioni, obbligherebbe il consiglio scolastico a ridurre i suoi standard di sicurezza e comporterebbe difficoltà. A suo avviso, gli studenti e il personale della scuola sarebbero

²⁹⁵ Cfr. *Ivi*, para. 8, e Astengo F., 2006, La Corte Suprema del Canada afferma il diritto di portare a scuola il coltello dei sikh, in AIC, https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/old_sites/sito_AIC_2003-2010/cronache/estero/coltello_sikh/index.html

²⁹⁶ Cfr. *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 S.C.R. 256, 2006 SCC 6, para. 89

²⁹⁷ Cfr. Singh, B., 2013, *The concern for national security: The impact on sikh Canadians*, in *Canadian Bar Review*, 92(1), pag. 54.

esposti ai rischi associati al kirpan, non riconoscendo che le preoccupazioni in materia di sicurezza siano meno gravi nelle scuole rispetto ai tribunali o agli aeroplani. Per questo motivo la decisione del consiglio dei commissari non era irragionevole e non meritava l'annullamento e ha accolto il ricorso e ha respinto la proposta di sentenza dichiarativa del sig. Multani²⁹⁸.

In conseguenza di questa sentenza il ragazzo ha deciso di lasciare l'istituto e di terminare il percorso scolastico in una scuola privata. Tuttavia nel 2005 i suoi genitori presentano ricorso alla *Supreme Court*, chiedendo l'annullamento della decisione della *Court of Appeal*, e della misura della Commissione scolastica.

La *Supreme Court* è stata chiamata quindi a pronunciarsi su questo caso. L'interrogativo doveva risolvere due questioni: se il divieto imposto dalla commissione scolastica al porto del kirpan ledesse o meno il principio della libertà di religione così come garantito dall'art. 2 della *Canadian Charter*; e in caso di risposta affermativa alla prima questione, se il divieto imposto al giovane dalla commissione fosse giustificabile in nome della sicurezza e quindi ragionevole²⁹⁹.

In primo luogo la Corte ha chiarito il rapporto tra il diritto amministrativo, in cui rientra il codice di condotta approvato dalla scuola, e il diritto costituzionale. Ha infatti stabilito che i valori sottostanti ai diritti e alle libertà garantiti dalla *Canadian Charter* facciano parte, e talvolta anche parte integrante, delle leggi. Il fatto che una questione relativa ai diritti costituzionali sia sollevata in un contesto amministrativo non significa che le norme di diritto costituzionale debbano essere dissolte nelle norme di diritto amministrativo. I diritti e le libertà garantiti dalla Carta canadese stabiliscono una protezione costituzionale minima che deve essere presa in considerazione dal legislatore e da ogni persona o ente soggetto alla *Charter*. Il ruolo del diritto costituzionale è quindi quello di definire la portata della protezione di questi diritti e libertà. Una violazione di un diritto protetto sarà considerata costituzionale solo se soddisfa i requisiti stabiliti dall'articolo 1 della *Charter*.³⁰⁰ La Corte ha quindi stabilito come la conformità della

²⁹⁸ Cfr. Court of Appeal (Pelletier and Rochon J.J.A. and Lemelin J. (ad hoc)) ([2004] Q.J. No. 1904 (QL)), para. 71

²⁹⁹ Cfr. Astengo F., 2006, *La Corte Suprema del Canada afferma il diritto di portare a scuola il coltello dei sikh*, in AIC, https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/old_sites/sito_AIC_2003-2010/cronache/estero/coltello_sikh/index.html

³⁰⁰ Cfr. Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys, [2006] 1 S.C.R. 256, 2006 SCC 6, para. 16

decisione dei commissari ai requisiti della Charter sia centrale e non la validità di questa dal punto di vista del diritto amministrativo.

In seguito, la *Supreme Court* a questo proposito richiama caso *Eldridge vs British Columbia* per specificare come una legge può violare i diritti stabiliti dalla Charter: in primo luogo, la legislazione può essere considerata incostituzionale perché viola un diritto della Charter e non viene giustificata dall'articolo 1, in tali casi, la legislazione sarà invalida e la Corte sarà costretta a dichiararla senza forza o effetto ai sensi dell'articolo 52 (1) del *Constitution Act*. In secondo luogo, la Carta può essere violata non dalla legislazione stessa, ma dalle azioni di un decisore delegato alla sua applicazione. In tali casi, la legislazione rimane valida, ma può essere richiesto un rimedio per l'azione incostituzionale ai sensi dell'articolo 24 (1) della Charter³⁰¹.

Il CSMB ha sostenuto che la libertà di religione non è stata violata, poiché ha dei limiti interni, ritenendo che, nella fattispecie, la libertà di religione garantita dalla *Charter* può comunque essere limitata per motivi di ordine pubblico, sicurezza e salute, nonché dai diritti e dalle libertà altrui. A sostegno di questa tesi ha fatto riferimento alla giurisprudenza della stessa *Supreme Court* (*Trinity Western University contro British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 S.C.R. 772, 2001 SCC 31) in cui la Corte ha definito la portata e i limiti della libertà di religione e del diritto alla parità. La corte ha risposto che si è spesso affermato, e giustamente, che la libertà di religione non è assoluta e che può essere in conflitto con altri diritti costituzionali³⁰². Tuttavia, dal momento che il test sui limiti dei diritti è stato sviluppato, la Corte non ha mai messo in discussione il principio che i diritti sono conciliati attraverso la giustificazione costituzionale richiesta da s. 1 della Carta canadese. L'argomentazione del CSMB si basa sulla sua tesi secondo cui il kirpan è essenzialmente un pugnale, un'arma progettata per uccidere, intimidire o minacciare gli altri. La *Supreme Court* ha invece riscontrato che mentre il kirpan ha innegabilmente le caratteristiche di un'arma a lama in grado di ferire o uccidere una persona, questa sottomissione ignora il fatto che, per i sikh ortodossi, il kirpan è soprattutto un simbolo religioso. Non si può negare che questo oggetto religioso possa essere usato erroneamente per ferire o addirittura uccidere qualcuno, ma alla domanda, se debba il kirpan considerarsi o meno un'arma, non si può

³⁰¹ *Eldridge contro British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, al par. 20

³⁰² Cfr. *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 S.C.R. 256, 2006 SCC 6, para.

rispondere in modo definitivo considerando solo le sue caratteristiche fisiche³⁰³. Con questa argomentazione la Corte commenta la sentenza della *Court of Appeal*, ritenendo che il kirpan, considerato oggettivamente e senza le misure protettive imposte dalla *Superior Court*, è un oggetto che si adatta alla definizione di arma, ma stabilisce che un tale approccio categorico al kirpan e alla sicurezza nelle scuole non tiene conto dei rischi insiti nell'uso di altri oggetti che fanno parte dell'ambiente scolastico quotidiano. I rischi possono - e dovrebbero - essere limitati nell'ambiente scolastico, ma non possono realisticamente essere mai completamente eliminati³⁰⁴.

La *Court of Appeal* ha giustificato la decisione del consiglio in quanto motivata da un obiettivo [pressante e sostanziale], vale a dire garantire un ambiente favorevole allo sviluppo e all'apprendimento degli studenti. Ciò richiede di garantire la sicurezza degli studenti e del personale. Questo compito è al centro del mandato affidato alle istituzioni educative³⁰⁵. La Corte riconosce che l'obiettivo di garantire la sicurezza nelle scuole è sufficientemente importante da giustificare il superamento di un diritto o libertà costituzionalmente protetti. Resta tuttavia da stabilire quale livello di sicurezza il consiglio di amministrazione cercasse di raggiungere vietando il trasporto di armi e oggetti pericolosi e quale grado di rischio sarebbe di conseguenza tollerato³⁰⁶. Per la Corte le possibilità vanno dal desiderio di garantire la sicurezza assoluta alla totale mancanza di preoccupazione per la sicurezza. Tra questi due estremi c'è la preoccupazione di garantire un ragionevole livello di sicurezza³⁰⁷. Secondo il CSMB, consentire il porto del kirpan a scuola comporta il rischio che possa essere utilizzato per scopi violenti dalla persona che lo indossa o da un altro studente che lo porta via da lui, che potrebbe portare a una proliferazione di armi a scuola e che la sua presenza potrebbe avere un impatto negativo sull'ambiente scolastico. A sostegno di quest'ultimo punto, il CSMB sostiene che il kirpan è un simbolo di violenza e che invia il messaggio che l'uso della forza è il modo per far valere i diritti e risolvere i conflitti, oltre a minare la percezione della sicurezza e compromettere lo spirito di equità che dovrebbe prevalere nelle scuole, in quanto la sua presenza suggerisce l'esistenza di un doppio

³⁰³ Cfr. *Ivi*, para. 37

³⁰⁴ Cfr. *Ivi*, para. 97

³⁰⁵ Superior Court ([2002] Q.J. No. 1131 (QL)), para. 77

³⁰⁶ Cfr. *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 S.C.R. 256, 2006 SCC 6, para. 45

³⁰⁷ Cfr. *British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights)*, [1999] 3 S.C.R. 868, para. 25

standard³⁰⁸. Al riguardo la Corte riporta le considerazioni fatte dal giudice della *Superior Court*, il quale ha evidenziato che le prove non hanno rivelato casi di incidenti violenti che coinvolgono kirpan nelle scuole del Quebec. In effetti, le prove riportate nei registri suggeriscono che, nei 100 anni trascorsi da quando i Sikh hanno frequentato le scuole in Canada, non è stato segnalato un singolo episodio di violenza legato alla presenza di kirpan nelle scuole³⁰⁹. Per questo motivo la *Superior Court* è del parere che la sicurezza dell'ambiente non sarebbe compromessa se il kirpan venisse portato nelle condizioni richieste per garantire un ambiente sicuro. Evidenziando, inoltre, che nell'ambiente scolastico, di solito ci sono tutti i tipi di strumenti che potrebbero essere usati come armi durante un incidente violento, tra cui compassi, attrezzi da disegno e attrezzature sportive, come mazze da baseball³¹⁰.

Secondo il CSMB consentire a Gurbaj Singh di indossare il suo kirpan a scuola potrebbe avere un effetto a catena: altri studenti che apprendono che i Sikh ortodossi possono indossare i loro kirpani sentiranno il bisogno di armarsi in modo che possano difendersi se attaccati da uno studente che indossa un kirpan³¹¹. Questo argomento si basa essenzialmente su quello sopra discusso, vale a dire che i kirpan a scuola rappresentano un rischio per la sicurezza degli altri studenti, costringendoli ad armarsi a turno per difendersi. La Supreme Court ha ritenuto che le prove non supportino questo argomento. È puramente speculativo e non può essere accettato nel caso di specie³¹². L'argomentazione secondo cui l'uso di kirpan dovrebbe essere vietato è che il kirpan è un simbolo di violenza e potrebbe inviare il messaggio che è necessario usare la forza per far valere i diritti e risolvere i conflitti. Questa affermazione non solo è contraddetta dalle prove riguardanti la natura simbolica del kirpan, è anche irrispettosa nei confronti dei credenti nella religione sikh e non tiene conto dei valori canadesi basati sul multiculturalismo³¹³.

Poi la Corte si è concentrata sul Gurbaj Singh richiedendo di dimostrare di credere sinceramente che la sua fede gli impone sempre di indossare un kirpan in metallo. Al

³⁰⁸ Cfr. *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeois*, [2006] 1 S.C.R. 256, 2006 SCC 6, para. 55

³⁰⁹ Cfr. *Ivi*, para. 59

³¹⁰ Cfr. *Multani (Tuteur de) v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeois*, [2002] Q.J. No. 619 (QL) (Sup. Ct.), para. 28

³¹¹ Cfr. *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeois*, [2006] 1 S.C.R. 256, 2006 SCC 6, para. 68

³¹² Cfr. *Ivi*, para. 69

³¹³ Cfr. *Ivi*, para. 71

riguardo durante i vari processi erano state prodotte varie prove e testimonianze sulla religione sikh e sul kirpan, e nessuno contesta il fatto che la religione sikh ortodossa richieda ai suoi seguaci di indossare sempre un kirpan. In una testimonianza il cappellano Sikh Manjit Singh spiega che la religione Sikh insegna pacifismo e incoraggia il rispetto per le altre religioni, che il kirpan deve essere indossato in ogni momento, anche a letto, che non deve essere usato come arma per ferire nessuno, e che il rifiuto di Gurbaj Singh di indossare un kirpan simbolico fatto di un materiale diverso dal metallo si basa su una ragionevole interpretazione motivata dal punto di vista religioso³¹⁴. Gurbaj Singh afferma di credere sinceramente di dover aderire a questa pratica per conformarsi ai requisiti della sua religione. Nella sua dichiarazione giurata di Gurbaj Singh sostiene questa convinzione, e nessuna delle parti ha contestato la sincerità della sua convinzione, neanche la *Court of Appeal*. Secondo la Corte poi il rifiuto di Gurbaj Singh di indossare una replica fatta di un materiale diverso dal metallo non è capriccioso, egli crede sinceramente che non si atterrebbe ai requisiti della sua religione se indossasse un kirpan di plastica o di legno. Inoltre il fatto che altri sikh accettino un simile compromesso non è rilevante, poiché bisogna riconoscere che le persone che professano la stessa religione possono aderire al dogma e alle pratiche di quella religione con vari gradi di rigore³¹⁵.

La Corte evidenzia che Gurbaj Singh non ha mai rivendicato il diritto di indossare il suo kirpan a scuola senza restrizioni, anzi, afferma di essere pronto a indossare il suo kirpan nelle condizioni stabilite dalla *Superior Court*.

A questo punto la Corte, avendo provato la fede di Gurbaj Singh, deve verificare se il CSMB è riuscito a dimostrare che un divieto assoluto al porto del kirpan è giustificato³¹⁶.

Questo perché come già evidenziato la decisione che vieta l'uso di un kirpan nella scuola costituisce un limite prescritto da una norma di legge ai sensi dell'articolo 1 della Canadian Charter e deve pertanto essere giustificato conformemente a tale sezione³¹⁷: «La Carta dei diritti e delle libertà canadese garantisce i diritti e le libertà stabiliti in essa

³¹⁴ Cfr. *Ivi*, para. 36

³¹⁵ Cfr. *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 S.C.R. 256, 2006 SCC 6, para. 39

³¹⁶ Cfr. *Ivi*, para. 54

³¹⁷ Cfr. *Ivi*, para. 42

soggetti solo ai limiti ragionevoli prescritti dalla legge che possono essere dimostrati giustificatamente in una società libera e democratica³¹⁸».

È quindi compito del CSMB dimostrare che la limitazione è ragionevole e può essere giustificata in modo dimostrabile in una società libera e democratica. A tal fine, devono essere soddisfatti due requisiti. In primo luogo, l'obiettivo legislativo perseguito deve essere sufficientemente importante da giustificare la limitazione di un diritto costituzionale. Successivamente, i mezzi scelti dall'autorità statale devono essere proporzionali all'obiettivo in questione³¹⁹. La *Suprem Court* non ha riscontrato giustificazioni sufficienti ad un divieto totale al porto del kirpan a scuola ritenendo, anzi, che questo minerebbe il valore di questo simbolo religioso e manderebbe agli studenti il messaggio che alcune pratiche religiose non meritano la stessa protezione di altre. Invece accogliere Gurbaj Singh e permettergli di indossare il suo kirpan a determinate condizioni dimostra l'importanza che la società canadese attribuisce alla protezione della libertà di religione e al rispetto per le sue minoranze come stabilito anche dalla Charter all'articolo 27. Per questo motivo la *Suprem Court* ritiene che gli effetti negativi di un divieto totale superino i suoi effetti positivi³²⁰. Inoltre, secondo la Corte, l'interferenza con la libertà di religione di Gurbaj Singh non è né banale né insignificante. Costretto a scegliere tra lasciare il suo kirpan a casa e lasciare il sistema scolastico pubblico, Gurbaj Singh ha deciso di seguire le sue convinzioni religiose e ora sta frequentando una scuola privata. Il divieto di indossare il suo kirpan a scuola lo ha quindi privato del suo diritto di frequentare una scuola pubblica³²¹. In considerazione di ciò la Corte ha ritenuto che la decisione del consiglio dei commissari che proibisce a Gurbaj Singh di indossare il suo kirpan alla scuola di Sainte-Catherine-Labouré viola la sua libertà di religione.

Per la Corte il caso è strettamente legato alla *reasonable accommodation*, che dovrebbe essere il principio guida nella risoluzione di casi come questi. Il diritto alla libertà religiosa non è assoluto ed è ragionevole che le commissioni scolastiche possano stabilire determinate condizioni, come quelle inizialmente imposte ed accettate dal

³¹⁸ Canadian Charter of Rights and Freedom, 1982, sec. 1

³¹⁹ Cfr. *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 S.C.R. 256, 2006 SCC 6, para. 42-43

³²⁰ Cfr. *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 S.C.R. 256, 2006 SCC 6, para. 79

³²¹ Cfr. *Ivi*, para. 40

padre dello studente che riducevano al minimo la possibilità di un uso violento del kirpan. Anche per questo un divieto assoluto risulta ingiustificabile sulla base dell'art. 1 della *Charter*, infatti la corte ha ritenuto che la misura che sottopone il Kirpan a determinate condizioni permette di ottenere un ragionevole livello di sicurezza senza arrivare a proibirlo in maniera assoluta³²².

Il 2 marzo del 2006 i giudici della Corte hanno affermato all'unanimità con motivazioni concordanti che il divieto di portare il Kirpan a scuola lede il diritto alla libertà religiosa del giovane studente, e che la totale interdizione non è una misura giustificabile in quanto il Kirpan non rappresenta un oggetto pericoloso in generale e ancor meno nel caso specifico dello studente³²³. Dato che Gurbaj Singh non frequenta più la scuola di Sainte-Catherine - Labouré, non sarebbe opportuno ripristinare la sentenza della Corte superiore, come richiesto dalle ricorrenti, di conseguenza, la Corte ha ritenuto che il rimedio appropriato e giusto sia dichiarare nulla la decisione del consiglio scolastico che vieta a Gurbaj Singh di indossare il suo kirpan³²⁴.

Essendo il Canada un paese di Common law la decisione della Supreme Court avrà ripercussioni sulla disciplina di casi simili, anche se i suoi effetti si limitano al contesto scolastico. La Corte ha infatti precisato, richiamando altri casi, che questa decisione non permette il porto del kirpan in altri ambienti come le aule di tribunale o gli aerei, dove questo è proibito sulla base di ragionevoli considerazioni legate all'esigenza di garantire un livello di sicurezza più alto rispetto a quello richiesto a scuola³²⁵. La Corte infatti in altri casi si era occupata del porto del kirpan in ambienti diversi. Nel caso *R. v. Nijjar*³²⁶, la denuncia secondo la quale era stato negato il diritto di indossare il suo kirpan a bordo di un aereo della Canada 3000 Airlines era stata respinta perché, tra l'altro, il sig. Nijjar non era riuscito a provare che indossare un kirpan in modo coerente con le politiche del Canada 3000 sarebbe stato contrario alle sue credenze religiose. Dalla testimonianza del

³²² Cfr. Astengo F., 2006, *La Corte Suprema del Canada afferma il diritto di portare a scuola il coltello dei sikh*, in AIC, https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/old_sites/sito_AIC_2003-2010/cronache/estero/coltello_sikh/index.html

³²³ Cfr. Astengo F., 2006, *La Corte Suprema del Canada afferma il diritto di portare a scuola il coltello dei sikh*, in AIC, https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/old_sites/sito_AIC_2003-2010/cronache/estero/coltello_sikh/index.html

³²⁴ Cfr. *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 S.C.R. 256, 2006 SCC 6, para. 82

³²⁵ Cfr. Astengo F., 2006, *La Corte Suprema del Canada afferma il diritto di portare a scuola il coltello dei sikh*, in AIC, https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/old_sites/sito_AIC_2003-2010/cronache/estero/coltello_sikh/index.html

³²⁶ *Nijjar v. Canada 3000 Airlines Ltd.* (1999), 36 C.H.R.R. D/76 (Can. Trib.)

signor Nijjar è emerso che indossare un particolare tipo di kirpan piuttosto che un altro era una questione di preferenza personale, non di credo religioso. Pur concludendo che il sig. Nijjar non era stato discriminato sulla base della sua religione, il tribunale canadese per i diritti umani ha comunque considerato la questione di una sistemazione ragionevole.

Nel caso *Hothi*³²⁷ il giudice che ha proibito di indossare un kirpan nell'aula di tribunale dove si stava svolgendo un caso di aggressione ai sensi della s. 245 del codice penale, R.S.C. 1970, c. C-34. Questo divieto è stato giustificato dal giudice con il fatto che nelle aule di tribunale si amministra la giustizia e questo deve avvenire in un ambiente libero da qualsiasi influenza che possa condizionare il processo, e la presenza nell'aula di tribunale di armi o articoli potrebbe costituire tale influenza.

Interessante notare che in un'altra provincia del Canada esiste un precedente legato al porto del kirpan all'interno della scuola: la sentenza *Peel Board of Education v Pandori et al*, del 1990. In Ontario un insegnante di religione sikh aveva contestato la politica del Peel Board che vietava il kirpan presentando ricorso alla Commissione per i Diritti Umani dell'Ontario. Harbhajan Singh Pandori rivendicava la violazione del Codice dei diritti umani dell'Ontario del 1981. La Commissione in questo caso ha confermato che il Codice era stato violato dalla politica del Peel Board poiché limitava i diritti religiosi dei sikh vietando il kirpan. L'Ontario *Human Rights Commission tribunal* decretò che il kirpan era un simbolo religioso e poteva essere indossato a scuola rispettando alcune restrizioni.

3.4. I due casi a confronto

Senza dubbio i casi analizzati riguardano un argomento di attualità nella maggior parte dei paesi occidentali. Dopo l'attentato dell'11 settembre alle torri gemelle, ma anche in considerazione degli ultimi attacchi terroristici che hanno coinvolto i paesi europei, il problema della sicurezza pubblica ha guadagnato un posto di primo piano nella agenda politica e nel dibattito pubblico degli stati. Legato a questo, c'è il costante flusso migratorio che caratterizza i paesi occidentali. Questi due fenomeni mettono gli

³²⁷ *Hothi v. R.*, [1985] 3 W.W.R. 256 (Man. Q.B.) (aff'd [1986] 3 W.W.R. 671 (Man. C.A.))

stati di fronte alla necessità di bilanciare i diritti fondamentali delle persone, tra cui anche quello alla libertà religiosa, e la necessità di garantire la sicurezza.

Nei due casi specifici che riguardano il kirpan possiamo riscontrare che il diritto a portare questo pugnale rituale è andato incontro ad un approccio controverso sia in Italia che in Canada. Tuttavia quando si è arrivati all'ultimo grado di giudizio l'approccio utilizzato nei due paesi è stato diametralmente opposto.

La sentenza della Supreme Court canadese si è allineata sulla linea del riconoscimento del diritto alla libertà religiosa stabilendo che un divieto assoluto sarebbe incostituzionale, come riconosciuto anche dagli Stati Uniti dove la giurisprudenza si è basata sul Religious Freedom Restoration Act, emanato nel 1993 dal Congresso, per assolvere un indiano Sikh dal reato di porto abusivo di un'arma letale nascosta³²⁸, e permettendone il porto anche all'interno delle aule scolastiche. La Cassazione italiana si è invece allineata a un punto di vista europeo continentale, seguendo l'impostazione inaugurata dai giudici danesi nel 2006, secondo cui lo Stato laico non può fare eccezioni alla sua normativa sulle armi per motivi religiosi

La Cassazione non ha quindi riconosciuto la motivazione religiosa come un giustificato motivo non concordando con l'interpretazione della Supreme Court, ma anche del tribunale di Cremona, secondo cui il kirpan è in primis un simbolo religioso che come riscontrato in entrambi i casi, i sikh credenti sono obbligati a portare in ogni momento con sé. Altra differenza sostanziale tra le due sentenze è riscontrabile nel fatto che mentre la Corte canadese ha riconosciuto una violazione della libertà di religione del soggetto coinvolto, la Cassazione non ha invece riscontrato tale violazione nella sua sentenza. Infatti, come evidenziato prima, la Cassazione ha specificato che nessun credo religioso può legittimare il porto in luogo pubblico di armi o di oggetti atti ad offendere. Mentre la Corte Canadese, al contrario ha ritenuto che il divieto totale al porto del Kirpan non sia giustificato da una possibile minaccia alla sicurezza, data la natura simbolica dal pugnale.

Entrambi i casi mostrano le difficoltà incontrate dalle corti nel conciliare la libertà religiosa con altri diritti, come quello alla sicurezza. Da una parte i sentimenti di semplice avversione o il timore nei confronti di una pratica non possono costituire

³²⁸ Cfr. Negri A., 2017, Sikh condannato per porto del kirpan: una discutibile sentenza della Cassazione su immigrazione e "valori del mondo occidentale", in diritto penale contemporaneo fascicolo 7-8, pag. 248

elementi sufficienti per limitare la libertà religiosa. Dall'altra fanno sorgere interrogativi legati alla portata della libertà religiosa: dove si colloca il sottile confine tra sincera credenza religiosa e la semplice preferenza o addirittura capriccio personale? Fino a dove si può spingere il principio della tolleranza religiosa? Quali sono i limiti delle restrizioni di una libertà fondamentale?³²⁹

La decisione della *Supreme Court* rappresenta sicuramente un trionfo della tradizione multiculturalista canadese, e ha sicuramente il merito di aver dato spazio all'espressione della diversità religiosa e culturale, anche all'interno della scuola. Questa posizione è diametralmente opposta a quella di altri paesi come appunto l'Italia, o anche la Francia che in nome della laicità dello stato vieta segni e abiti che manifestano l'appartenenza religiosa degli alunni all'interno delle scuole. La sentenza, anche se riguarda nello specifico i sikh, rappresenta sicuramente un punto di svolta per i credenti di tutte le confessioni religiose e culturali che rivendicano il diritto a portarne i segni esteriori nelle aule scolastiche. Sulla base dei principi enunciati nel caso Multani, ad esempio, i mussulmani potrebbero invocare il diritto delle ragazze di portare a scuola il chador³³⁰.

La libertà religiosa deve confrontarsi con il concetto di laicità. In questo ambito si può sicuramente distinguere come dimostrato anche nei capitoli precedenti una *laicità de combat* basata sul modello francese ed una laicità più inclusiva e tollerante. Forse un approccio più basato sull'inclusività potrebbe favorire un'apertura al dialogo, al rispetto del pluralismo culturale e religioso e ad una convivenza pacifica, portando sicuramente dei vantaggi, mentre una chiusura rischia di alimentare il fanatismo e la violenza³³¹.

³²⁹ Cfr. Astengo F., 2006, *La Corte Suprema del Canada afferma il diritto di portare a scuola il coltello dei sikh*, in AIC, https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/old_sites/sito_AIC_2003-2010/cronache/estero/coltello_sikh/index.html

³³⁰ Cfr. Astengo F., 2006, *La Corte Suprema del Canada afferma il diritto di portare a scuola il coltello dei sikh*, in AIC, https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/old_sites/sito_AIC_2003-2010/cronache/estero/coltello_sikh/index.html

³³¹ Cfr. Palici di Suni E., 2017, *Simboli religiosi e laicità: aperture e chiusure in alcune recenti pronunce*, in rivista di diritti comparati, n1 2017, pag. 8

CONCLUSIONE

Dalla Seconda guerra mondiale i diritti fondamentali hanno trovato sempre più ampio riconoscimento sia al livello internazionale, sia regionale, che all'interno degli ordinamenti dei singoli stati. E è stato evidenziato nell'analisi come le corti abbiano contribuito allo sviluppo della tutela di questi diritti e all'allargamento del riconoscimento anche agli stranieri.

Lo studio si è concentrato sul diritto alla libertà culturale e religiosa ed è stato dimostrato come questo faccia parte senza dubbio dei diritti fondamentali della persona. I consistenti flussi migratori che hanno caratterizzato i paesi occidentali hanno costretto gli stati a confrontarsi con la tutela di questo diritto fondamentale, poiché sempre più i migranti tendono ad utilizzare la loro appartenenza cultural-religiosa per avanzare richieste di riconoscimento o rivendicazioni identitarie. Questo ovviamente porta dei quesiti e delle problematiche: fino a che punto va tutelata la libertà cultural-religiosa? cosa succede se questa entra in contrasto con altri diritti fondamentali? Può essere la rivendicazione cultural-religiosa senza limiti?

Poiché la rivendicazione cultural-religiosa sta diventando sempre più uno strumento di legittimazione politica e giuridica non può avvenire senza dei limiti; in primis deve realmente rispettare il patrimonio culturale cui asserisce di riferirsi, altrimenti potrebbe essere utilizzata in maniera strumentale solo per avere un guadagno personale. Per valutare queste rivendicazioni dovrebbe intervenire l'autorità giudiziaria: quando si parla di fatti culturalmente o religiosamente motivati, questa dovrebbe valutare se nel sistema esistono degli spazi che possano concedere un trattamento sanzionatorio favorevole, sempre valutando che la cultura o il fatto culturalmente/religiosamente motivato non sia in contrasto con alcuni diritti fondamentali che non possono in alcun caso essere violati o limitati, come ad esempio il diritto alla vita o quello relativo all'integrità fisica, in questo caso il diritto alla libertà cultural-religiosa dovrà irrimediabilmente soccombere.

Italia e Canada hanno ratificato la maggior parte trattati e delle dichiarazioni internazionali che tutelano i diritti umani, in più l'Italia, facendo parte dell'Unione Europea, è vincolata al rispetto delle politiche europee in materia di diritti umani. Gli

ordinamenti di entrambi paesi poi riservano un'ampia tutela a livello costituzionale ai diritti fondamentali in generale, ed al diritto alla libertà cultural-religiosa nello specifico, e, anche grazie alla giurisprudenza della Corte costituzionale e della Supreme Court, la garanzia e la tutela è stata riconosciuta agli stranieri.

Nello studio è stato evidenziato come molte volte la libertà cultural religiosa si è venuta a scontrare con la tutela della sicurezza pubblica, in special modo dopo l'attacco alle Torri gemelle del 2001 e i recenti attacchi terroristici sul suolo europeo. I due casi analizzati hanno evidenziato la complessità incontrata dai giudici nel cercare di bilanciare e conciliare il diritto alla libertà cultural-religiosa e la sicurezza pubblica, il punto principale era capire se una limitazione del primo potesse essere giustificata da una tutela della seconda.

Senza dubbio la storia, anche quella recente, e la cultura giuridica dei due stati hanno influito sulle decisioni prese dalle corti. In Canada, patria della reasonable accomodation, caratterizzata da un pluralismo religioso e culturale molto ampio, la Supreme Court ha emesso una sentenza volta a favorire la libertà religiosa e senza dubbio più aperta ad accettare interpretazioni culturalmente orientate, come si è visto fare dai giudici canadesi sul kirpan. È stato tuttavia riscontrato come anche qui i recenti flussi migratori e le preoccupazioni per la sicurezza pubblica stiano mettendo in crisi la tutela del multiculturalismo persino in Canada, con riferimento alla sentenza emessa dalla Court of Appeal.

In Italia, invece, che ha conosciuto solo in anni recenti consistenti flussi migratori in entrata che hanno condotto il nostro paese ad un pluralismo culturale e religioso, forse troppo in fretta e senza permettere un adattamento al nuovo contesto, la Suprema Corte di Cassazione si è dimostrata più chiusa rispetto alla libertà religiosa dando prevalenza alla sicurezza pubblica, e non accogliendo l'interpretazione culturale del kirpan ritenendolo in ogni caso un'arma atta ad offendere, non un mero simbolo religioso. Bisogna comunque notare che alcuni giudici italiani stanno iniziando ad aprirsi ad una interpretazione interculturale dei fatti come ha dimostrato la sentenza del giudice del Tribunale di Cremona.

In molti paesi occidentali si è assistito negli ultimi anni ad una deriva nazionalistica che tende ad anteporre lo Stato ed i suoi interessi al cittadino e le sue libertà, e a far sviluppare un antagonismo tra «noi» e gli «altri», portando a percepire gli immigrati e i

rifugiati come una minaccia al loro lavoro, alla sicurezza interna e alle identità nazionali.

Con questo non si vuole affermare che i diritti individuali, degli stranieri in questo caso, debbano sempre prevalere sulla dimensione collettiva degli interessi pubblici, questo rischierebbe, nel contesto migratorio moderno, di incrinare le basi sulle quali poggia la capacità del pubblico potere di plasmare e tenere unite le comunità locali e nazionali. Ma sarebbe opportuno cercare di trovare un bilanciamento. Come evidenziato nello studio molto spesso misure atte a limitare la sfera dei diritti garantiti a stranieri e migranti non hanno portato ad un miglioramento della sicurezza pubblica, anzi sono diventate, nella maggior parte dei casi, controproducenti ed eccessivamente invasive. È stato ampiamente riconosciuto che la sicurezza pubblica rappresenti un bene primario e che questa può costituire una motivazione per la limitazione di alcuni diritti fondamentali, ma in contesti democratici le limitazioni arbitrarie, atte solo a proteggere l'identità collettiva e individuale dalla contaminazione culturale, non possono giustificarsi con la difesa della sicurezza pubblica.

In entrambi i casi la limitazione del diritto alla libertà religiosa è stata giustificata per ragioni di pubblica sicurezza, la differenza sta nel fatto che la Supreme Court canadese non ha riconosciuto legittima la limitazione ritenendola eccessiva mentre la Cassazione ha anteposto la sicurezza pubblica e i “valori occidentali” al diritto alla libertà cultural-religiosa, limitando un diritto fondamentale.

Il metro usato dalla Corte canadese, basato in primis sulla *reasonable accomodation*, per cercare di trovare un compromesso tra il diritto alla libertà cultural-religiosa e la sicurezza risulta sicuramente preferibile ed in grado di creare maggiore inclusione sociale e minore marginalizzazione ponendo le basi per una convivenza pacifica nella società, una chiusura dettata da un divieto totale rischia di portare ad un incremento del fanatismo e della violenza.

BIBLIOGRAFIA

- Alicino F. 2013, *La legislazione sulla base di intese. I test delle religioni «altre» e degli ateismi*, Cacucci
- Alicino F., 2011, *Costituzionalismo e diritto europeo delle religioni*, CEDAM.
- Astengo F., 2006, La Corte Suprema del Canada afferma il diritto di portare a scuola il coltello dei sikh, in AIC,
https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/old_sites/sito_AIC_2003-2010/cronache/estero/coltello_sikh/index.html
- Bassu C., 2019, Flussi migratori e democrazie costituzionali: tra diritti umani e sicurezza pubblica, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n.2 2019, pag. 479-492.
- Benhabib S., 2005, *La rivendicazione dell'identità culturale. Eguaglianza e diversità nell'era globale*, Bologna, il Mulino.
- Benhabib S., 2006, *I diritti degli altri. Stranieri, residenti, cittadini*, Raffaello Cortina, Milano.
- Bonetti P., 2011, *Diritti fondamentali degli stranieri*, in *L'altro diritto Centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità*,
http://www.altrodiritto.unifi.it/frontier/bonetti.htm#*
- Botta F., 2017, *Appartenenza Religiosa e Strategie di integrazione e Convivenza. I "nuovi Diritti": Libertà Religiosa e Interculturalità*, in *Lo stato interculturale: una nuova eutopia?* a cura di Bagni S., Dipartimento di scienze giuridiche università di Bologna.
- Bureau of Democracy, Human Rights, and Labor, 2018, *International Religious Freedom Report for 2018*, United States Department of State.
- Carrozza P., Di Giovine A., Ferrari G. F., 2019, *Diritto costituzionale comparato*, Laterza, Bari,
- Claydon, J. (1981). *Application of International Human Rights Law by Canadian Courts*, *The Buffalo Law Review*, 30, 727-752.

- Clement D., 2009, *Word are but mere words: the limit of Canada's rights revolution*, in *a history of human rights in Canada*, edit by Miron J., Canadian Scholars' Press, 43-60.
- Clement, D. (2017). *Renewing human rights law in Canada*. Osgoode Hall Law Journal, 54(4), 1311-1340.
- Colaianni N., 2012, *Diritto pubblico delle religioni*, il mulino, Bologna.
- Colaianni N., 2007, l'influenza della "Costituzione europea" sul diritto (statale) della libertà di religione, in studi sull'integrazione europea, pag. 315-334
- Colapietro C., Ruotolo M., 2010, *Diritti e Libertà*, in *Lineamenti di Diritto Pubblico*, a cura di Modugno F., Giappichelli, Torino, 2010, pag. 543-624.
- Colucci M., 2019, *Le stagioni del governo dell'immigrazione nell'Italia repubblicana*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 2 2019, pag. 421-434
- Coward H., Chagnon R., Slater P., 2009, Religion, in *The Canadian Encyclopedia*, Last Edited March 4, 2015
<https://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/religion>
- Crépeau F., Nakache D., 2006, *Controlling irregular migration in Canada reconciling security concerns with human rights protection*, in IRPP choices vol. 12 no. 1
- Fielding, A. (2008). *When Rights Collide: Liberalism, Pluralism and Freedom of Religion in Canada*. *Appeal: Review of Current Law and Law Reform*, 13, 28-50.
- Foblets M.C., Renteln A.D. 2009 eds., *Multicultural Jurisprudence: comparative Perspective of the Cultural Defences*, (Onati Series in Law and Society), Hart Publishing, Oxford
- Galli C., 2008, *L'Umanità multiculturale*, Il Mulino, Bologna
- Gozzini G., 2005, *Le migrazioni di ieri e di oggi. Una Storia Comparata*, Bruno Mondadori, Milano.
- Guazzarotti A., 2001, *Giudici e minoranze religiose*, Milano, Guffrè.
- Introvigne M., Zoccatelli P., 2013, *Enciclopedia delle religioni in Italia*, CENSUR, Elledici, Torino.

- Macklin A. 2004, Introduction. *Journal of Law and Equality* 3:1.
- Martines T., 2009, *Diritto Pubblico*, Giuffrè, Milano
- Moon, R. (2003). *Liberty, neutrality, and inclusion: Religious freedom under the canadian charter of rights and freedoms*. *Brandeis Law Journal*, 41(3), 563-574.
- Negri A., 2017, *Sikh condannato per porto del kirpan: una discutibile sentenza della Cassazione su immigrazione e "valori del mondo occidentale"*, in *diritto penale contemporaneo fascicolo 7-8*.
- Nicolisi F., 2019, *La riforma del sistema europeo comune di asilo tra impasse negoziale e miopia normativa*, in *Rivista trimestrale di Diritto Pubblico*
- Pace E., 2013, *Introduzione*, in *Le religioni nell'Italia che cambia. Mappe e bussole*. Roma, Carocci.
- Palici di Suni E., 2017, *Simboli religiosi e laicità: aperture e chiusure in alcune recenti pronunce*, in *rivista di diritti comparati*, n1 2017.
- Pasquali Cerioli J., 2009, *La laicità nella giurisprudenza amministrativa: da principio supremo a "simbolo religioso"*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, *Rivista telematica*.
- Pegoraro L., Rinella A., 2017, *Sistemi costituzionali comparti*, Giappichelli editore, Torino.
- Pollicino O., 2012, *Unione Europea e CEDU: Analisi comparata della genesi e dei primi sviluppi della rispettiva azione, con particolare riferimento alla tutela dei diritti fondamentali*, in *Forum di quaderni costituzionali*.
- Ricca M, 2008, *oltre Babele codici per una democrazia interculturale*, Bari, edizioni Dedalo.
- Ricca M., 2012, *Culture interdette modernità, migrazioni, diritto interculturale*, Torino, Bollati Boringhieri.
- Robertson A.H., 1960, *The European Court of Human Rights*, in *American Journal of Comparative Law*.
- Sacco. R. 1992, *Introduzione al diritto comparato*, Utet, Torino, in ID. (ed.), *Trattato di diritto comparato*

- Savino M. 2019, *Il diritto dell'immigrazione: quattro sfide*, in *Ripensare il diritto dell'immigrazione Il mandato parlamentare «Giocare» con le politiche pubbliche*, in *Rivista Trimestrale di Diritto pubblico*, Giuffrè.
- Serges G., 2010, *Principi in tema di giurisdizione*, in *Lineamenti di Diritto Pubblico*, a cura di Modugno F., Giappichelli, Torino, 2010, pag. 625-658.
- Singh, B., 2013, *The concern for national security: The impact on sikh Canadians*, in *Canadian Bar Review*, 92(1).
- Società Italiana di Statistica, Associazione Italiana Studi sulla Popolazione, Rapporto sulla popolazione, 2017, *Le molte facce della presenza straniera*, Bologna, il Mulino.
- Stein M. B., 1984, *Canadian Constitutional Reform, 1927-1982: A Comparative Case Analysis Over Time*, in *Publius: The Journal of Federalism*, n.14, pag. 121-139.
- Tanzi A. 2016, *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, CEDAM.
- Uberoi V., 2009, *Multiculturalism and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, in *political studies*, university of Oxford, vol. 57, pag. 805-827.
- Weinrib, L. E. (2001). *The supreme court of Canada in the age of rights: Constitutional democracy, the rule of law and fundamental rights under Canada's constitution*. *Canadian Bar Review*, 80(Issues 1-2), 699-748.
- White J.B 1990, *Justice as translation: an essay in cultural and legal criticism*, University of Chicago Press, Chicago
- Zolo D., 2003, *Fondamentalismo umanitario*, in Ignatieff M., *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Feltrinelli, Milano,

FONTI

- Atto Unico Europeo, Preambolo.
- Andrews v. Law Society of British Columbia, [1989] 1 S.C.R. 143
- Arbitration Act, 1991, S.O. 1991, c. 17

Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1999] 2 S.C.R. 817.

British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights), [1999] 3 S.C.R. 868

Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Chiarelli, [1992] 1 S.C.R. 711.

Canadian Charter of Rights and Freedom, 1982.

Canadian Human Rights Act, 1977

Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea, 2000.

Convenzione europea per la partecipazione dello straniero alla vita pubblica a livello locale, 1992

Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), 1950.

Corte costituzionale, 1966, sentenza n.25., in Gazzetta Ufficiale Repubblica italiana

Corte costituzionale, 1967, sentenza n. 120, in Gazzetta Ufficiale Repubblica italiana

Corte costituzionale, 1969, sentenza n. 105, in Gazzetta Ufficiale Repubblica italiana.

Corte costituzionale, 1979, sentenza n. 54, in Gazzetta Ufficiale Repubblica italiana.

Corte costituzionale, 1983, sentenza n. 215, in Gazzetta Ufficiale Repubblica italiana.

Corte costituzionale, 1996, sentenza n. 223, in Gazzetta Ufficiale Repubblica italiana.

Corte costituzionale, 2001, sentenza n. 252, in Gazzetta Ufficiale Repubblica italiana.

Corte costituzionale, 2007, sentenza n. 254, in Gazzetta Ufficiale Repubblica italiana.

Corte costituzionale, 2008, sentenza n. 306, in Gazzetta Ufficiale Repubblica italiana.

Corte costituzionale, 2010, sentenza n. 249, in Gazzetta Ufficiale Repubblica italiana.

Corte costituzionale, 2010, sentenza n. 299, in Gazzetta Ufficiale Repubblica italiana.

Corte di giust., sent. 12 dicembre 1969, causa 29/69, Erich stauder c. Ville d'Ulm – Sozialamt, in Rac., 1969,

Costituzione italiana, 1948.

Court of Appeal (Pelletier and Rochon JJ.A. and Lemelin J. (ad hoc)) ([2004] Q.J. No. 1904 (QL)).

Criminal Justice Act, 1988, United Kindom.

Decreto Legislativo 25 luglio 1998, n. 286 "Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero"

Decreto Legislativo 6 febbraio 2007, n. 30, "Attuazione della direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri".

Dichiarazione del 5 aprile 1977, in GUCE, 27 aprile 1977, n. 103

Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, 1948

Eldridge contro British Columbia (Attorney General), [1997] 3 S.C.R. 624.

Hothi v. R., [1985] 3 W.W.R. 256 (Man. Q.B.) (aff'd [1986] 3 W.W.R. 671 (Man. C.A.)).

Immigration and Refugee Protection Act (S.C. 2001, c. 27).

Legge n.1159 del 24 giugno 1929

Legge 18 aprile 1975, n. 110, recante: "Norme integrative della disciplina vigente per il controllo delle armi, delle munizioni e degli esplosivi".

Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys, [2006] 1 S.C.R. 256, 2006 SCC 6.

Multani (Tuteur de) v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeois, [2002] Q.J. No. 619 (QL) (Sup. Ct.)

Nijjar v. Canada 3000 Airlines Ltd. (1999), 36 C.H.R.R. D/76 (Can. Trib.).

Patto internazionale per i diritti civili e politici, 1966.

R. v. Big M Drug Mart, [1985] 1 S.C.R. 295 at para. 362, 18 D.L.R. (4 1h) 421 [Big M Drug Mart cited to S.C.R.].

Sentenza Corte Suprema di Cassazione N 351/2017, Pubblica Udienza del 31/03/2017, Registro Generale N.28859/2016

Singh v. Minister of Employment and Immigration, [1985] 1 S.C.R. 177.

Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC.

Statute of Westminster, 1931.

Suprema Corte di Cassazione, 2015, sentenza n. 24048

Tribunale penale, Sentenza 19 febbraio 2009, Simboli religiosi ed esclusione della configurabilità del reato di porto ingiustificato di armi od oggetti atti ad offendere, in osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose, <https://www.olir.it/documenti/sentenza-19-febbraio-2009/>

Tribunale Penale, Decreto di archiviazione 23 gennaio 2009, Simboli religiosi: detenzione di pugnale kirpan in luogo pubblico ed esclusione della configurabilità del reato di porto di armi od oggetti atti ad offendere, in osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose, <https://www.olir.it/documenti/decreto-di-archiviazione-23-gennaio-2009/>

United States v Burns [2001] 1 S.C.R. 283, 2001 SCC 7.

SITOGRAFIA

Censur, Dimensioni del pluralismo religioso in Italia, in Le religioni in Italia, sotto la direzione di Introvigne M. e Zoccatelli P., consultato il 3 febbraio, disponibile all'URL <https://cesnur.com/dimensioni-del-pluralismo-religioso-in-italia/>

Censur, La religione Sikh, in Le religioni in Italia, sotto la direzione di Introvigne M. e Zoccatelli P., consultato il 5 Gennaio, disponibile all'URL <https://cesnur.com/gruppi-di-origine-sikh/>

Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale, l'Italia e i Diritti Umani, consultato il 3 gennaio, disponibile all'URL https://www.esteri.it/mae/it/politica_estera/temi_globali/diritti_umani/litalia_e_i_diritti_umani.html

Eurostat, Migration and population statistics 2017, consultato il 20 gennaio, disponibile all'URL https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Migration_and_migrant_population_statistics

UNHCR, situation in the mediterranean, consultato il 20 gennaio disponibile all'URL <https://data2.unhcr.org/en/situations/mediterranean>

Abstract

La Tutela internazionale dello straniero

Il diritto è uno strumento che ha come scopo la risoluzione dei conflitti e il controllo sociale delle relazioni interindividuali. Per svolgere questi compiti le norme espresse dal diritto devono essere riconosciute e considerate obbligatorie dai soggetti. Ogni ordinamento giuridico ha al suo interno dei “formanti dell’ordinamento”, che indicano le regole e le proposizioni che vengono usate per la formazione dell’ordine giuridico in un luogo ed un tempo determinato. Questi formanti sono influenzati dalle culture che caratterizzano i soggetti che vanno a formare l’ordinamento giuridico, e questa influenza può riscontrarsi nel fatto che in quasi tutte le società moderne la conoscenza del diritto all’interno del sapere comune rappresenta spesso un dato implicito: “tutti conoscono il contratto pochi sanno definirlo legalmente”.

Negli ordinamenti moderni i principali formanti sono: la legge, vale a dire le disposizioni adottate dal legislatore; la dottrina, quindi le interpretazioni e le opinioni dei dottori della legge; e la giurisprudenza, formata dalle decisioni dei giudici. I fenomeni giuridici che producono direttamente diritto autoritativo sono principalmente la legge e, nei sistemi caratterizzati dal Common law, anche la giurisprudenza. Nella maggior parte dei sistemi occidentali la dottrina non produce direttamente diritto autoritativo, anche se altri ordinamenti, come ad esempio quello hindu, si basano ancora fortemente sull’interpretazione dei colti.

Insieme a questo diritto scritto c’è il cosiddetto “diritto vivente” o “diritto muto”, questo è la parte del diritto più in relazione con la cultura e per conoscerlo bisogna addentrarsi anche in terreni non specificatamente giuridici. Esistono infatti dei formanti che non sono espressamente enunciati, ma sono modelli impliciti che hanno una forte influenza sul diritto definiti “crittotipi”, sono conosciuti e considerati dai giuristi, influenzando in maniera pervasiva anche nella determinazione delle questioni giuridiche. Il diritto muto si riferisce proprio a quelle regole che non vengono formulate ma comunque esistono, sono rilevanti e vengono messe in pratica molte volte inconsciamente dai soggetti appartenenti alla cultura a cui si riferiscono. Molto spesso queste regole mute sono associate alle consuetudini, ma il diritto muto può anche essere

interpretato come quello che il diritto non dice e non esprime, ma che è comunque fondamentale perché questo sia compreso dai suoi destinatari. In un mondo sempre più globalizzato i fenomeni migratori stanno avendo un impatto significativo in particolar modo sulle società occidentali. Nei loro sistemi normativi si trovano oggi sempre più a coesistere soggetti appartenenti a culture diverse, che molto spesso possiedono stili di vita, sistemi di senso e norme sociali di comportamento completamente diversi da quelli della società che li ospita, andando ad inserirsi proprio nel rapporto tra cultura e diritto.

Questo pone le società di fronte alla sfida di conciliare il rapporto tra cittadini e stranieri e di conseguenza la loro titolarità di diritti fondamentali. Infatti, dopo la Seconda guerra mondiale, sempre più rilievo ha assunto la tutela dei diritti fondamentali che hanno iniziato a ricoprire una posizione centrale nell'agenda internazionale sin dalla creazione delle Nazioni Unite nel 1945: la Carta delle Nazioni Unite all'articolo 13 conferisce all'Assemblea generale il compito di adottare raccomandazioni e di prestare assistenza in tema di tutela dei diritti e delle libertà soprattutto in relazione agli scopi indicati dalla Carta all'articolo 1 comma 3 «conseguire la cooperazione internazionale [...] nel promuovere ed incoraggiare il rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali per tutti senza distinzione di razza, di sesso, di lingua o di religione». Con questo spirito, dopo la sua istituzione, l'Assemblea generale avviò subito i lavori per la redazione della Dichiarazione universale dei diritti. Il 10 dicembre 1948 l'Assemblea generale delle Nazioni Unite ha adottato la risoluzione che conteneva la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo che rappresenta il primo catalogo universale di diritti e libertà fondamentali anche se non ha potere vincolate. Quest'ultima ha dato il via ad una fitta serie di trattati, carte e dichiarazioni al livello internazionale: il Patto internazionale sui diritti civili e politici, ed il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali nel 1966, che sono entrati in vigore nel 1976. La Dichiarazione ha comunque dato il via all'approvazione di numerose convenzioni internazionali settoriali incentrate su specifiche tematiche. Molto importanti sono i c.d. *treaty based bodies* i quali sono dotati di un autonomo sistema di controllo dell'osservanza, come ad esempio la Convenzione per la prevenzione e repressione del crimine di genocidio del 1948, la Convenzione internazionale per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale del 1966, la Convenzione contro ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne del 1979, la Convenzione internazionale contro la tortura del 1984, la

Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989, la Convenzione sui diritti delle persone con disabilità del 2006, e la Convenzione contro la tortura e altri trattamenti o punizioni disumani o degradanti del 1984.

Anche al livello regionale, come dimostra ad esempio l'esperienza europea con l'istituzione della CEDU, e le tutele garantite nei vari trattati che hanno caratterizzato il processo di integrazione europea, che ha portato all'adozione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel 2000, la tutela dei diritti fondamentali ha assunto grande rilievo.

Quindi libertà, uguaglianza e rispetto per la dignità umana hanno ottenuto un riconoscimento senza precedenti come principi astratti. Gli standard di non discriminazione, previsti dalla Carta delle Nazioni Unite e considerati *jus cogens*, svolgono un ruolo fondamentale nel definire i diritti umani dei non cittadini. Questi ultimi garantiscono l'eguaglianza di fronte alla legge, il diritto ad un giusto processo dinanzi ad un tribunale indipendente ed imparziale, e gli strumenti che assicurano il godimento dei diritti sostanziali previsti dalle convenzioni internazionali. Un trattamento differenziale tra cittadini e non cittadini è ammissibile solo quando la distinzione è fatta in conformità ad un obiettivo legittimo, quando ha una giustificazione oggettiva, e quando una giusta proporzionalità esiste tra i mezzi applicati e l'obiettivo da raggiungere.

Tra i diritti tutelati a livello internazionale trova riconoscimento anche il fondamentale diritto alla libertà religiosa. Quindi le autorità degli stati dovrebbero riconoscere la possibilità all'individuo di attuare le proprie scelte in ambito religioso, limitandosi a controllare che le pratiche e i precetti religiosi siano rispettosi dei principi costituzionali. I consistenti flussi migratori che hanno caratterizzato i paesi occidentali hanno costretto gli stati a confrontarsi con la tutela di questo diritto fondamentale, poiché sempre più i migranti tendono ad utilizzare la loro appartenenza cultural-religiosa per avanzare richieste di riconoscimento o rivendicazioni identitarie. Questo ovviamente porta dei quesiti e delle problematiche: fino a che punto va tutelata la libertà cultural-religiosa? Cosa succede se questa entra in contrasto con altri diritti fondamentali? Può essere la rivendicazione cultural-religiosa senza limiti?

Poiché la rivendicazione cultural-religiosa sta diventando sempre più uno strumento di legittimazione politica e giuridica non può avvenire senza dei limiti; in primis deve

realmente rispettare il patrimonio culturale cui asserisce di riferirsi, altrimenti potrebbe essere utilizzata in maniera strumentale solo per avere un guadagno personale. Per valutare queste rivendicazioni dovrebbe intervenire l'autorità giudiziaria: quando si parla di fatti culturalmente o religiosamente motivati, questa dovrebbe valutare se nel sistema esistono degli spazi che possano concedere un trattamento sanzionatorio favorevole, sempre valutando che la cultura o il fatto culturalmente/religiosamente motivato non sia in contrasto con alcuni diritti fondamentali che non possono in alcun caso essere violati o limitati, come ad esempio il diritto alla vita o quello relativo all'integrità fisica, in questo caso il diritto alla libertà cultural-religiosa dovrà irrimediabilmente soccombere.

Dopo l'attentato dell'11 settembre alle Torri gemelle, ma anche in considerazione degli ultimi attacchi terroristici che hanno coinvolto i paesi europei, il problema della sicurezza pubblica ha guadagnato un posto di primo piano nella agenda politica e nel dibattito pubblico degli stati, in particolare la necessità di bilanciare i diritti fondamentali delle persone, tra cui anche quello alla libertà religiosa, e la necessità di garantire la sicurezza.

Il clima politico che si è creato è stato caratterizzato dalla paura che ha guidato molte delle politiche pubbliche dei paesi occidentali, riportando in voga il dogma della sicurezza nazionale e portando enormi effetti tra cui l'erosione dei diritti all'uguaglianza. Questo ha creato nei paesi occidentali inevitabili tensioni tra i governi e alcune minoranze religiose. Il fattore cultural-religioso ha assunto grande rilevanza nell'ambito della tutela dei diritti umani, e sta mettendo grandemente alla prova l'operatività dei limiti posti alle autorità statali per tutelare i governati, e anche lo stesso sistema democratico.

Storicamente l'obiettivo dell'integrazione è stato quello di tendere ad eliminare, o in ogni caso assottigliare, le differenze, proprio per questo motivo l'integrazione ha sempre teso verso l'assimilazione; questa tendenza ha dato origine al modello Assimilazionista che mira ad integrare i migranti attraverso l'immersione totale nella lingua, nella cultura e nella mentalità del paese di arrivo, reprimendo l'identità culturale di provenienza e suscitando un processo di sradicamento. L'altro modello di integrazione che si è sviluppato è quello Multiculturale che si orienta principalmente alla valorizzazione e alla conservazione della diversità cultural-religiosa. La differenza

culturale viene perseguita come un valore: si deve puntare alla conservazione e alla tutela della diversità tra le culture, l'integrazione, e quindi la perdita della propria identità culturale, è vista come un disvalore. Tra i due estremi dei modelli sull'integrazione, quello assimilazionista e quello multiculturalista, sono negli anni emersi altri modelli che tendono a posizionarsi a metà strada tra le due posizioni. Uno dei più famosi è quello della corrente *Inclusionary*, basata sul modello Interculturale, che pone i diritti dell'uomo in una posizione preminente rispetto alle differenze a livello nazionale. Il modello interculturale ha come scopo di creare dialogo tra le culture, tendendo comunque a preservare le differenze, puntando all'inclusione e alla coesione sociale. Mentre l'approccio multiculturalista che cerca di tutelare le peculiarità delle singole persone spesso porta a conflitti o all'assimilazione da parte della cultura dominante verso quelle più deboli, l'approccio interculturale, per evitare questo, predilige una valorizzazione della diversità culturale sviluppata però attraverso l'adattamento, la traduzione incrociata e la transizione reciproca volte all'integrazione democratica tra le diverse culture. Queste traduzioni e negoziazioni portano all'ibridazione tra le varie culture.

Nei paesi caratterizzati dal modello multiculturalista, come Regno Unito e Canada, si tende a concedere una certa autonomia giurisdizionale alle minoranze religiose soprattutto in alcuni settori a forte impatto religioso e sociale. Un esempio concreto sono gli *Arbitration Tribunals*. In altri paesi che utilizzano il modello assimilazionista, come ad esempio la Francia, la possibilità di concedere una certa autonomia giurisdizionale viene considerata come una deroga inaccettabile al diritto processuale ordinario. Nei paesi più aperti alla concessione di autonomia alle minoranze cultural-religiose si è andata sviluppando la pratica della *Reasonable Accomodation* secondo la quale il giudice cerca di arrivare ad una soluzione "reasonable" quando sorge un conflitto tra differenti posizioni soggettive costituzionalmente garantite. Questo potrebbe garantire a gruppi culturali minoritari di ottenere deroghe a regole che solitamente hanno valenza erga omnes, l'obiettivo è quello di evitare che l'applicazione di regole generali in maniera impersonale generino delle disuguaglianze.

I diritti degli stranieri in Italia e in Canada

Nonostante questa proliferazione normativa e pattizia la tutela effettiva di questi diritti rimane ancora oggi nelle mani degli Stati.

L'Italia e il Canada, come molti paesi sviluppati, hanno subito un forte flusso migratorio negli ultimi anni e questo fenomeno ha contribuito a trasformare la società italiana portando una diversità culturale e religiosa molto articolata, costringendo il nostro paese a confrontarsi con la tutela dei diritti fondamentali degli stranieri che si trovano sul suo territorio. Al livello internazionale Italia e Canada hanno ratificato molti trattati e convenzioni che promuovono la tutela dei diritti degli stranieri ed in generale dei diritti umani, come ad esempio la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948, la Convenzione europea sui diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950, la Convenzione sui rifugiati del 1951, la Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale del 1965, i due Patti internazionali sui diritti civili e politici e sui diritti economici, sociali e culturali del 1966, e la Convenzione contro la tortura del 1984. L'Italia inoltre, facendo parte dell'Unione Europea è vincolata al rispetto delle politiche europee in materia di diritti umani, principalmente quelle garantite dalla Carta dei Diritti fondamentali dell'UE.

In entrambi i paesi comunque la tutela dei diritti degli stranieri è prevista in primo luogo al livello costituzionale. Importante in questo ambito è stata la giurisprudenza delle corti dei due paesi, in special modo quella della Corte costituzionale italiana e quella della *Supreme Court* canadese. La giurisprudenza creata dalle corti canadesi sulla base della *Canadian Charter of Rights and Freedom* del 1982 è un modello di riferimento in tutto il mondo. Gli standard canadesi forniscono agli stranieri un alto livello di protezione, in generale in linea con le norme internazionali sui diritti umani.

Il Canada a partire dagli anni 70 ha creato un sofisticato regime legale contro le discriminazioni. La legislazione che tutela i diritti umani in Canada, nella quale la legge contro la discriminazione è centrale, è molto complessa: comprende la *Canadian Charter of Rights and Freedom*, leggi federali e provinciali sui diritti umani, trattati internazionali, deriva principalmente dalla dichiarazione universale dei Diritti Umani.

Anche in Italia è prevista una tutela multilivello partendo dalla Costituzione, per passare alla legislazione ordinaria, fino alle leggi regionali e locali.

Sicuramente entrambi gli stati sono caratterizzati da un pluralismo religioso tuttavia il pluralismo canadese è senza dubbio molto più articolato, ed è cresciuto e si è sviluppato molto prima rispetto a quello italiano. Se andiamo a guardare nello specifico le statistiche sulla religione Sikh possiamo notare che il numero di credenti è di gran lunga maggiore in Canada dove rappresenta circa l'1,4 per cento della popolazione (all'incirca mezzo milione di individui), mentre in Italia il Sikhismo, che viene accorpato ad altri movimenti all'interno delle statistiche sul pluralismo religioso (radhasoami e derivazioni), conta una rappresentanza di alcune migliaia di fedeli.

I due ordinamenti a confronto. I casi sul kirpan

Nei due casi specifici che riguardano il kirpan possiamo riscontrare che il diritto a portare questo pugnale rituale è andato incontro ad un approccio controverso sia in Italia che in Canada. Tuttavia quando si è arrivati all'ultimo grado di giudizio l'approccio utilizzato nei due paesi è stato diametralmente opposto.

La sentenza della Supreme Court canadese si è allineata al riconoscimento del diritto alla libertà religiosa stabilendo che un divieto assoluto sarebbe incostituzionale, come riconosciuto anche dagli Stati Uniti dove la giurisprudenza si è basata sul Religious Freedom Restoration Act, emanato nel 1993 dal Congresso, per assolvere un indiano Sikh dal reato di porto abusivo di un'arma letale nascosta, e permettendone il porto anche all'interno delle aule scolastiche. La Cassazione italiana si è invece allineata a un punto di vista europeo continentale, seguendo l'impostazione inaugurata dai giudici danesi nel 2006, secondo cui lo Stato laico non può fare eccezioni alla sua normativa sulle armi per motivi religiosi

La Cassazione non ha quindi riconosciuto la motivazione religiosa come un giustificato motivo non concordando con l'interpretazione della Supreme Court, ma anche del tribunale di Cremona, secondo cui il kirpan è in primis un simbolo religioso che, come riscontrato in entrambi i casi, i sikh credenti sono obbligati a portare in ogni momento con sé. Altra differenza sostanziale tra le due sentenze è riscontrabile nel fatto che mentre la Corte canadese ha riconosciuto una violazione della libertà di religione del soggetto coinvolto, la Cassazione non ha invece riscontrato tale violazione nella sua sentenza. Infatti, come evidenziato prima, la Cassazione ha specificato che nessun credo

religioso può legittimare il porto in luogo pubblico di armi o di oggetti atti ad offendere. Mentre la Corte Canadese, al contrario ha ritenuto che il divieto totale al porto del Kirpan non sia giustificato da una possibile minaccia alla sicurezza, data la natura simbolica dal pugnale.

Entrambi i casi mostrano le difficoltà incontrate dalle corti nel conciliare la libertà religiosa con altri diritti, come quello alla sicurezza. Da una parte i sentimenti di semplice avversione o il timore nei confronti di una pratica non possono costituire elementi sufficienti per limitare la libertà religiosa. Dall'altra fanno sorgere interrogativi legati alla portata della libertà religiosa: dove si colloca il sottile confine tra sincera credenza religiosa e la semplice preferenza o addirittura capriccio personale? Fino a dove si può spingere il principio della tolleranza religiosa? Quali sono i limiti delle restrizioni di una libertà fondamentale?

La decisione della *Supreme Court* rappresenta sicuramente un trionfo della tradizione multiculturalista canadese, e ha sicuramente il merito di aver dato spazio all'espressione della diversità religiosa e culturale, anche all'interno della scuola. Questa posizione è diametralmente opposta a quella di altri paesi come appunto l'Italia, o anche la Francia che in nome della laicità dello stato vieta segni e abiti che manifestano l'appartenenza religiosa degli alunni all'interno delle scuole. La sentenza, anche se riguarda nello specifico i sikh, rappresenta sicuramente un punto di svolta per i credenti di tutte le confessioni religiose e culturali che rivendicano il diritto a portarne i segni esteriori nelle aule scolastiche. Sulla base dei principi enunciati nel caso Multani, ad esempio, i mussulmani potrebbero invocare il diritto delle ragazze di portare a scuola il chador.

La libertà religiosa deve confrontarsi con il concetto di laicità. In questo ambito si può sicuramente distinguere una *laicità de combat* basata sul modello francese ed una laicità più inclusiva e tollerante. Forse un approccio più basato sull'inclusività potrebbe favorire un'apertura al dialogo, al rispetto del pluralismo culturale e religioso e ad una convivenza pacifica, portando sicuramente dei vantaggi, mentre una chiusura rischia di alimentare il fanatismo e la violenza.

In molti paesi occidentali si è assistito negli ultimi anni ad una deriva nazionalistica che tende ad anteporre lo Stato ed i suoi interessi al cittadino e le sue libertà, e a far sviluppare un antagonismo tra «noi» e gli «altri», portando a percepire gli immigrati e i

rifugiati come una minaccia al loro lavoro, alla sicurezza interna e alle identità nazionali.

Con questo non si vuole affermare che i diritti individuali, degli stranieri in questo caso, debbano sempre prevalere sulla dimensione collettiva degli interessi pubblici, questo rischierebbe, nel contesto migratorio moderno, di incrinare le basi sulle quali poggia la capacità del pubblico potere di plasmare e tenere unite le comunità locali e nazionali. Ma sarebbe opportuno cercare di trovare un bilanciamento. Come evidenziato nello studio, molto spesso misure atte a limitare la sfera dei diritti garantiti a stranieri e migranti non hanno portato ad un miglioramento della sicurezza pubblica, anzi sono diventate, nella maggior parte dei casi, controproducenti ed eccessivamente invasive. È stato ampiamente riconosciuto che la sicurezza pubblica rappresenti un bene primario e che questa può costituire una motivazione per la limitazione di alcuni diritti fondamentali, ma in contesti democratici le limitazioni arbitrarie, atte solo a proteggere l'identità collettiva e individuale dalla contaminazione culturale, non possono giustificarsi con la difesa della sicurezza pubblica.

In entrambi i casi la limitazione del diritto alla libertà religiosa è stata giustificata per ragioni di pubblica sicurezza, la differenza sta nel fatto che la Supreme Court canadese non ha riconosciuto legittima la limitazione ritenendola eccessiva mentre la Cassazione ha anteposto la sicurezza pubblica e i “valori occidentali” al diritto alla libertà cultural-religiosa, limitando un diritto fondamentale.

Il metro usato dalla Corte canadese, basato in primis sulla reasonable accommodation, per cercare di trovare un compromesso tra il diritto alla libertà cultural-religiosa e la sicurezza risulta sicuramente preferibile ed in grado di creare maggiore inclusione sociale e minore marginalizzazione ponendo le basi per una convivenza pacifica nella società. Una chiusura dettata da un divieto totale rischia di portare ad un incremento del fanatismo e della violenza.