

Tecniche di bilanciamento tra libertà di religione e laicità dello Stato.
Il principio del *duty of accommodation*
di Maria Dicosola

SOMMARIO: 1. La costituzionalizzazione della libertà di religione in Canada – 2. L'evoluzione della giurisprudenza della Corte suprema del Canada in tema di libertà religiosa – 3. La libertà di religione e l'obbligo di *accommodation* in *Lafontaine v. Lafontaine* e *Amselem v. Syndicat Northcrest* - 4. I precedenti statunitensi dell'*Amselem case* e lo standard di giudizio nella *free exercise jurisprudence* della Corte suprema degli Stati Uniti – 5. Il principio di *accommodation* tra Corte suprema americana e Congresso – 6. *Overruling* e sentenze manipolative: la libertà di religione tra Corte suprema e Legislatore in Canada.

1. La costituzionalizzazione della libertà di religione in Canada.

In Canada, la previsione legislativa di un principio di libertà religiosa¹ risale allo Statuto delle Province canadesi del 1851, che assicurava la libertà di religione e di culto, nel rispetto del buon costume, della pace e della sicurezza delle province. Anche il *British North America Act* del 1867, pur non perseguendo l'obiettivo di garantire la tutela dei diritti fondamentali, assicurava indirettamente, alla sez. 93, protezione costituzionale al fenomeno religioso, attraverso la regolamentazione delle scuole cattoliche e protestanti dell'Ontario e del Québec. Tuttavia, fu il *Canadian Bill of Rights* a riconoscere, per la prima volta in forma esplicita e generalizzata, il principio di libertà religiosa. Come si legge, infatti, nella sez. 1.c della Carta,

«It is hereby recognized and declared that in Canada there have existed and shall continue to exist without discrimination by reason of race, national origin, colour, religion or sex, the following human rights and fundamental freedoms, namely [...] freedom of religion».

In linea di formale continuità con l'intervento legislativo del 1960, la Carta dei diritti e delle libertà del 1982 ha incluso, tra le libertà individuali, anche la libertà di religione, prevedendo, alla sez. 1.a, che ciascuno gode di *freedom of conscience and religion*. Tale libertà trova esplicita giustificazione nel riconoscimento, tra i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale canadese, della *supremacy of God* e della *rule of law*, come dimostra la loro inclusione nel preambolo della Carta dei diritti e delle libertà.

2. L'evoluzione della giurisprudenza della Corte suprema del Canada in tema di libertà religiosa.

In tutti gli interventi normativi descritti, emerge con evidenza la volontà del Legislatore canadese di riconoscere la libertà religiosa, senza però stabilire l'oggetto, l'estensione e i limiti della tutela. Pertanto, in assenza di una definizione normativa del fenomeno religioso, è stato affidato ai giudici, e in particolare alla Corte suprema, il compito di dichiarare i diritti effettivamente garantiti: nell'esame del principio di libertà religiosa in Canada, dunque, non si può prescindere dall'analisi dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte suprema. A tal fine, è opportuno distinguere tra la giurisprudenza *pre-Charter* e *under the Charter*.

Si colloca nella prima fase il caso *Robertson and Rosettanni v. The Queen*², nel quale la Corte suprema è stata chiamata a pronunciarsi in merito alla compatibilità della sez. 4 del *Lord's Day Act* - che impediva l'esercizio di attività commerciali di domenica - con la sez. 1 del *Bill of Rights*. Sulla base di una interpretazione della libertà religiosa, intesa come diritto naturale dei cittadini, la cui tutela è però subordinata alla volontà della legge, la Corte ha rigettato il ricorso. La Corte suprema, infatti, ravvisando nell'obbligo di chiusura domenicale degli esercizi commerciali imposto dal *Lord's Day Act*, l'intento di proteggere la *sanctity of Sunday*, ha ritenuto che la legge in questione anziché violare la libertà di religione, assicurasse piena attuazione al principio espresso nella sez. 1 del *Bill of Rights*.

¹ Per una ricostruzione del principio di laicità in Canada e della tutela, legislativa e giudiziale, della libertà religiosa, cfr. P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 4th ed., Toronto, Carswell, 1997, 977-987; I. Greene, *The Charter of rights*, Toronto, James Lorimer & Company, Publishers, 1989, 70-81; M. H. Ogilvie, *Religious institutions and the Law in Canada*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2003.

² (1963), 41 D.L.R. (2nd) 485.

L'interpretazione restittiva della libertà religiosa adottata dalla Corte in *Robertson v. Rosettanni* si fonda sulle teorie della *reluctance*³, che hanno influito sull'atteggiamento esitante della Corte suprema nella tutela della libertà religiosa nei *pre-Charter cases*.

Tra le dottrine della *reluctance*, si distinguono la *parliamentary supremacy*, il *legal federalism*, l'*essential purpose* e lo *status quo ante*. La dottrina della *parliamentary supremacy*, introdotta in Canada sulla base dei principi costituzionali britannici, consentiva di individuare esclusivamente nel Parlamento, e non nelle autorità giudiziarie, l'organo competente ad assicurare la tutela delle libertà fondamentali. I giudici, di conseguenza, dovevano ritenersi vincolati alla volontà del Legislatore, anche qualora avessero dubitato della compatibilità dei provvedimenti normativi con i diritti di libertà. In secondo luogo, come teorizzato nella dottrina del *legal federalism*, le Corti canadesi non erano competenti a tutelare i diritti fondamentali dei cittadini. Infatti, il *British North America Act* non costituiva una carta dei diritti, ma un provvedimento di organizzazione, diretto a regolare l'assetto dei poteri in una forma di stato federale. Pertanto, l'attività delle Corti canadesi, arbitri dei conflitti tra Governi federali e provinciali, aveva ad oggetto la risoluzione di questioni attinenti il riparto delle competenze, ma non la garanzia dei diritti fondamentali. Il *legal federalism* costituiva a sua volta la base teorica per la limitazione della garanzia dei diritti sulla base della dottrina dell'*essential purpose*. Secondo tale teoria, i conflitti di competenza andavano risolti sulla base dell'individuazione dello scopo essenziale del provvedimento legislativo: la distinzione tra l'obiettivo principale e gli effetti accidentali della legge, conduceva ad escludere con più facilità ipotesi di violazione delle libertà fondamentali. Infatti, «se la violazione della libertà religiosa è un effetto, ma non lo scopo della legge, quest'ultima resta valida»⁴. Nel 1960, l'approvazione del *Bill of Rights*, pur estendendo il parametro di giudizio delle Corti attraverso l'incorporazione del catalogo delle libertà, non ha tuttavia trasformato definitivamente queste ultime in giudici dei diritti. Infatti, la Carta del 1960, che non si collocava al vertice della gerarchia delle leggi, si limitava a garantire la tutela delle libertà «che sono sempre esistite e che sempre esisteranno», riconoscendole entro il limite dello *status quo ante*. Si tratta di una ulteriore teoria restrittiva della libertà religiosa: in particolare la sua protezione era ulteriormente ridotta per il rispetto dei principi della «supremazia di Dio» e del «rispetto dei valori morali e spirituali». Nella giurisprudenza *pre-Charter*, dunque, al pieno riconoscimento teorico della libertà di religione come diritto fondamentale, faceva riscontro una limitata tutela, sul piano dell'effettività, imposta dal rispetto delle leggi generali⁵.

L'approvazione della Carta dei diritti e delle libertà del 1982, pur non introducendo, apparentemente, elementi di formale novità, ha tuttavia segnato un momento decisivo nell'evoluzione della tutela della libertà religiosa. In quanto parte del *Constitutional Act*, la sua collocazione al vertice della gerarchia delle fonti⁶ ha consentito infatti di ampliare il ruolo della Corte suprema, attribuendole anche il potere di esercitare anche il controllo di costituzionalità delle leggi⁷. Inoltre, la natura di *statute* del *Bill of Rights* ne limitava l'applicazione solo al livello di Governo federale; al contrario, la Carta dei diritti e delle libertà è vincolante al livello di Governo federale, provinciale e territoriale⁸. La possibilità di dichiarare, attraverso il *judicial review*, l'invalidità delle disposizioni legislative incompatibili con le libertà fondamentali e l'applicabilità di queste ultime sia a livello federale che provinciale e territoriale, ha reso effettiva la tutela di una libertà garantita sino ad allora solo formalmente.

In tale nuovo contesto, nel 1985, chiamata a pronunciarsi nuovamente sul *Lord's Day Act*, la Corte suprema ha capovolto l'indirizzo interpretativo che aveva orientato la giurisprudenza precedente. La prima decisione sulla libertà di religione *under the Charter* è infatti costituita dal caso *R. v. Big M Drug Mart*⁹, nel quale la Corte, chiamata nuovamente a pronunciarsi sul *Lord's Day Act*, ne ha dichiarato l'incostituzionalità, per la violazione della sez. 2.a della Carta dei diritti e delle libertà. La decisione di dichiarare l'invalidità della sez.

³ Sul tema, D. H. Moore, *Religious Freedom and Doctrines of Reluctance in Post-Charter Canada*, in *Brigham Young University Law Review*, 1996, 1087. L'autore, dopo aver esaminato le tipologie di *reluctance* nella giurisprudenza *pre-Charter*, sostiene che esse sono ancora alla base dei casi *under the Charter*.

⁴ P. Macklem, *Freedom of Conscience and Religion in Canada*, in *University of Toronto Faculty Law Review*, 50/1986, 61.

⁵ Come sostiene D. H. Brown, *Freedom From or Freedom For?: Religion as a Case Study in Defining the Context of Charter of Rights*, in *The University of British Columbia Law Review*, 2000, 551.

⁶ Art. 52 *Constitution Act*: «The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect».

⁷ Cfr. T. Groppi, *La Corte suprema del Canada come "giudice dei diritti"*, in G. Rolla (cur.), *Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada. Tra universalità e diversità culturale*, Milano, Giuffrè, 2000, 63-82. Secondo l'A., l'approvazione, nel 1982, del *Canada Act* e del *Constitution Act* permette di realizzare la "condizione giuridico-formale essenziale per la compiuta creazione di un sistema di giustizia costituzionale". Sullo stesso tema, v., inoltre, G. Rolla, *La giustizia costituzionale in Canada e la sua influenza sul federalismo canadese*, in *Quad. cost.*, 2/1996, 197-228.

⁸ B. W. Funston e E. Meehan, *Canada's Constitutional Law in a Nutshell*, Scarborough, Caeswell, 1998, 161 ss.

⁹ [1985], 18 D.L.R. (4th) 321 (S.C.C.).

4 della legge si fondava su una interpretazione estensiva e soggettiva della disposizione costituzionale in materia di libertà religiosa: la fede, nelle sue componenti positiva e negativa¹⁰, era considerata una scelta personale, che ciascuno ha il diritto di professare e manifestare liberamente. Come motivava il giudice Dickson,

«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 belief by worship and practice or by teaching and dissemination».

Un anno dopo, nel caso *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*¹¹, lo stesso giudice confermava la natura soggettiva della libertà religiosa, inaugurando un indirizzo interpretativo confermato nella successiva giurisprudenza della Corte suprema.

Inoltre, la giurisprudenza della Corte suprema distingue tra *freedom for* e *freedom from cases*¹². Mentre nei *freedom for cases* la Corte suprema assicura l'esercizio della libertà religiosa, garantendo una protezione legale rafforzata per varie forme di espressione religiosa, nei *freedom from cases* la tutela della libertà religiosa passa attraverso la garanzia della separazione tra lo Stato e le istituzioni religiose.

Rientrano nel primo gruppo le decisioni con le quali la Corte suprema ha risolto controversie riguardanti l'applicazione di provvedimenti legislativi federali e provinciali, che assicurano la libertà religiosa nei luoghi di lavoro. In tali casi, la Corte ha riconosciuto che la libera manifestazione della fede sia impedita non solo da provvedimenti direttamente lesivi della libertà di religione, ma anche da comportamenti suscettibili di determinare un *adverse effect discrimination*, qualora non fondati su un *bona fide occupational requirement*¹³. In tali ipotesi, il dovere di *accommodation* impone di adeguare le condizioni di lavoro al libero esercizio della libertà religiosa, entro i limiti dell'ordine pubblico, della sicurezza, della salute, della morale, nonché dei diritti e della libertà altrui¹⁴. Per obbligo di accomodamento, come si vedrà meglio in seguito¹⁵, si intende il dovere, imposto allo Stato, a persone fisiche o a persone giuridiche, di modificare o prevedere deroghe all'applicazione di norme, di condotta, regolamentari o legislative, in considerazione delle esigenze di minoranze etniche o religiose¹⁶.

La Corte suprema ha inoltre imposto l'obbligo di *accommodation* per la tutela della libertà delle istituzioni religiose: rientrano in tale gruppo i casi nei quali è stata disposta una estensione dei *bona fide occupational requirements*, nelle controversie di lavoro riguardanti scuole private religiose¹⁷, ed i casi nei quali è stata garantita una speciale protezione ai religiosi per le dichiarazioni segrete ascoltate durante le confessioni¹⁸. Infine, tra le decisioni *freedom for* rientrano anche le pronunce con le quali la Corte suprema ha riconosciuto il diritto dei genitori di allevare ed educare i figli nel rispetto delle proprie convinzioni religiose, anche in parziale deroga agli obblighi imposti dalle leggi, sia pure entro il limite della tutela dei diritti del minore¹⁹.

Se con le decisioni *freedom for* la Corte ha inteso garantire l'esistenza delle condizioni per la libera espressione delle proprie convinzioni religiose, con le decisioni *freedom from*, dirette ad assicurare la formale separazione tra Stato e istituzioni religiose, invece, la Corte suprema ha imposto il divieto di comportamenti religiosi nelle scuole pubbliche²⁰. In tal modo, attraverso un'interpretazione della sez. 2.a

¹⁰ Sull'interpretazione della se. 2.a della Carta dei diritti in seguito al caso *R. v. Big M Drug Mart*, v., per tutti, P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Scarborough, Caeswell, 1997, 977-987, nonché B. W. Funston e E. Meehan, cit., 170-171.

¹¹ [1986], S.C.R. 713, (1986), 35 D.L.R. (4th) 1 (S.C.C.).

¹² D. M. Brown, *Freedom From Or Freedom For?: Religion As A Case Study In Defining The Content Of Charter Of Rights*, in *The University of British Columbia Law Review*, 2000, 551.

¹³ La classificazione è di D. H. Brown, cit., 551. L'autore cita, tra i *freedom for cases*, *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpson-Sears Limited*, [1985] 2 S.C.R. 536, e *Bhinder v. Canadian National Railway*, [1985] 2 S.C.R. 561.

¹⁴ Come affermava il giudice Dickson in *R. v. Big M. Drug Mart*, infatti: «Freedom means that, subject to such limitations as are necessary to protect public safety, order, health, or morals or the fundamental rights and freedom of others, no one is to be forced to act in a way contrary to his beliefs or his conscience».

¹⁵ Per una trattazione più estesa del principio di accomodamento si rinvia al par. seguente.

¹⁶ Sull'obbligo di *accommodation*, v. J. Woehrling, *L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse*, in *McJill Law Journal*, August 1998, 325, nonché, dello stesso Autore, *La Cour Suprême du Canada et la liberté de religion*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 62/2005, 404-418.

¹⁷ Sempre in base alla classificazione di D. H. Brown, rientra in tale categoria il caso *Caldwell v. Stuart*, [1984] 2 S.C.R. 603.

¹⁸ Ad es., nella classificazione di D. H. Brown, *R. v. Gruenke* [1991] 3 S.C.R. 263.

¹⁹ D. H. Brown, a questo proposito, cita *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto* (1995), 122 D.L.R. (4th) 1 (S.C.C.), e *Young v. Young* [1994] 4 S.C.R. 3.

²⁰ D. H. Brown colloca in tale categoria i casi in cui è stato escluso l'insegnamento della religione dai *curricula* scolastici - *Zylberberg v. Sudbury Board of Education* [1988], 65 O.R. (2nd) 641 (C.A.); *Canadian Civil Liberties Association v. Ontario*

soggettiva - riconoscendo esclusivamente la dimensione personale ed individuale della libertà religiosa e disinteressandosi della sua organizzazione collettiva – ed espansiva – imponendo un obbligo di neutralità a carico delle istituzioni pubbliche – la Corte ha attribuito alla Carta dei diritti la funzione di guidare la progressiva secolarizzazione della società canadese. E' stato rilevato, tuttavia, che ciò non esclude forme di intervento pubblico, sia pure non invasive, a sostegno delle diverse manifestazioni del fenomeno religioso²¹. Infatti, in Canada, un paese, piuttosto che laico, pluralistico²², ciascun gruppo religioso merita adeguata tutela, protezione e rispetto.

3. La libertà di religione e l'obbligo di *accommodation* in *Lafontaine v. Lafontaine e Amselem v. Syndicat Northcrest*.

L'interpretazione espansiva e soggettiva della libertà di religione è alla base di due decisioni rese dalla Corte suprema nel 2004.

Nel caso *Lafontaine v. Lafontaine*²³ la Corte si è pronunciata in merito alla concessione di un'autorizzazione municipale per la costruzione di una Sala del Regno da parte di una comunità di Testimoni di Geova. Il regolamento edilizio del villaggio di *Lafontaine* riservava una zona determinata alla costruzione di edifici di culto. Tuttavia, poiché nessuno dei proprietari della zona era disponibile alla vendita, la comunità aveva proposto al Comune un'istanza di autorizzazione per la costruzione della Sala del Regno nella zona commerciale, in deroga al regolamento municipale, al fine di non ledere la libertà di culto e di religione. Il diniego dell'autorizzazione dava luogo ad una controversia giudiziaria, che si concludeva con la sentenza della Corte suprema, che accoglieva il ricorso affermando che il Comune aveva violato l'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi.

Tuttavia, nella *dissenting opinion*, il giudice Lebel motiva il rigetto del ricorso con argomentazioni relative al contenuto e all'ampiezza della libertà di religione. Sulla base della distinzione tra l'aspetto positivo della libertà di religione - la libertà di credere o non credere, di dichiarare apertamente la propria fede e di esercitare il culto, oltre al diritto di divulgare la fede – e l'aspetto negativo - il diritto di non essere costretti ad aderire ad una religione imposta o ad agire in modo contrario rispetto ai precetti della propria religione - il giudice sostiene che le autorità pubbliche sono tenute al rispetto del principio di neutralità, che assicuri la tolleranza, individuale e collettiva, tutelando la dignità e l'uguaglianza di ogni individuo. Il giudice Lebel non propone una lettura rigida del principio di neutralità, ma suggerisce una soluzione compatibile con la teoria dello Stato *religious and non religious*²⁴: lo Stato, pur non potendo intervenire direttamente in questioni religiose, è tenuto a sostenere attivamente i gruppi presenti sul suo territorio, garantendo un contesto sociale e normativo, che, nell'equo rispetto di ogni forma di manifestazione della fede, permetta di esercitare la libertà di culto, aspetto fondamentale e collettivo della libertà di religione.

Nel caso sottoposto alla Corte, secondo il giudice Lebel, il regolamento municipale impugnato rispettava il principio di neutralità così inteso e non violava, di conseguenza, la sez. 2.a della Carta dei diritti e delle libertà. Tuttavia, i ricorrenti sostenevano che l'incostituzionalità non derivasse dal contenuto, astrattamente considerato, del regolamento, ma dal rifiuto delle autorità municipali di applicarlo secondo modalità adeguate alle circostanze concrete. Lo stesso giudice, peraltro, riconosce che, talvolta, l'applicazione troppo rigida del principio di neutralità e del suo corollario - il divieto di adottare misure di sostegno a favore di uno specifico gruppo - rischia di limitare la stessa libertà di religione. Tale circostanza non si verificava nel caso in questione, in quanto, neppure indirettamente, il regolamento violava la libertà religiosa dei ricorrenti, che, invece aveva subito una limitazione a causa del rifiuto dei proprietari dei terreni situati nella zona riservata agli edifici di culto di procedere alla vendita.

(*Minister of Education*) (1990), 71 O.R. (2nd) 341 (C.A.) - o è stato imposto il divieto di recitare la *Lord's Prayer* prima dell'inizio delle lezioni: sempre *Canadian Civil Liberties Association v. Ontario (Minister of Education)*.

²¹ I. T. Benson, *Notes Towards a (Re)Definition Of The "Secular"*, in *The University of British Columbia Law review*, 2000, 519. L'A. suggerisce di superare le definizioni classiche di *secular state*, inteso come *neutral secular*, *positive secular* o *negative secular* e propone la nozione di *state religious and non-religious*, che appare la più adeguata in una società libera, democratica e pluralistica.

²² J. V. Heyling, *The Harmonisation of Heaven and Heart?: Religion, Politics, and Law in Canada*, in *The University of British Columbia Law Review*, 2000, 663. L'A., confrontando l'orientamento della giurisprudenza canadese a partire dai casi *R. v. Big M. Drug Mart* (1985) e *R. v. Edwards Books and Art Ltd.* (1986) con le teorie di A. De Toqueville, sostiene che il sostegno della Corte suprema al processo di secolarizzazione non sia adeguato al pluralismo che caratterizza la società canadese.

²³ *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine v. Lafontaine (Village)*, [2004] 2 S.C.R. 650. Per un commento, cfr. J. Woehrling, *La Cour Suprême du Canada et la liberté de religion*, cit., 402-418.

²⁴ I. T. Benson, cit., 519, v. n. 15.

Il caso *Lafontaine* suggerisce alcune riflessioni sul rimedio previsto nei casi di violazione indiretta della libertà di religione, l'obbligo di *accommodation*, che, inizialmente limitato alla disciplina dei rapporti di lavoro e della fornitura di beni e servizi, è stato successivamente applicato anche nell'applicazione di leggi e regolamenti.

Nel settore dei rapporti lavorativi e della fornitura di beni e servizi, l'obbligo di *accommodation*, condizionando la libertà contrattuale, consente di adottare misure personalizzate, in considerazione del principio di uguaglianza e della libertà religiosa. Nel campo legislativo, invece, lo stesso obiettivo può essere raggiunto attraverso l'intervento di gruppi di pressione nel processo di approvazione delle leggi, o attraverso il ricorso ai tribunali, i quali possono dichiarare l'invalidità o riformulare per via interpretativa le disposizioni indirettamente incostituzionali.

I principali casi di discriminazione fondata su motivi di ordine religioso, decisi dalla Corte suprema attraverso il ricorso al principio di accomodamento, riguardano le festività religiose. Sono numerosi gli esempi di decisioni nelle quali, attraverso il riconoscimento del diritto dei membri delle minoranze religiose ad un giorno di riposo settimanale diverso da quello degli altri lavoratori, la Corte ha imposto ai datori di lavoro un *duty of accommodation*²⁵. Il dovere di accomodamento ha trovato applicazione, inoltre, in altri casi di discriminazione religiosa sul luogo di lavoro, subiti da minoranze Sikh²⁶ o evangeliche²⁷.

Nell'elaborazione di tale *accommodating approach*²⁸, la Corte suprema, anziché limitarsi a dichiarare l'invalidità delle disposizioni legislative, ha arricchito progressivamente gli strumenti di giudizio, elaborando tecniche più raffinate e complesse²⁹. Nella riformulazione per via giudiziaria delle norme contestate, la Corte ha così elaborato la tecnica dell'"interpretazione attenuata o conciliatrice" (*reading down*), che permette di ridurre la portata di una regola per eliminarne gli effetti incostituzionali: il divieto generale di distribuzione di volantini per la strada, per esempio, può essere limitato attraverso l'introduzione per via interpretativa di una clausola che esonera i Testimoni di Geova. Con la tecnica della "limitazione degli effetti" (*reading out*), invece, la dichiarazione di invalidità è limitata ai soli effetti incostituzionali della disposizione contestata: è il caso della "esenzione costituzionale", attraverso la quale gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità non si producono rispetto ad alcuni soggetti, come è avvenuto nel caso *Edwards Books*. In ultimo, l'"interpretazione estensiva o bonificatrice" (*reading in*) consente di ristabilire la compatibilità della disposizione contestata, ampliandone la portata: un esempio è costituito dal caso *Schachter v. Canada*³⁰.

Emerge la potenziale contraddizione tra il dovere di adattamento ed il dovere di neutralità, che traduce la tensione, già rilevata dal giudice Dickson in *Big M. Drug Mart*, tra il rispetto del principio di uguaglianza e la previsione di un trattamento differenziato sulla base della fede religiosa³¹. Per questo, l'applicazione del principio di *accommodation* deve essere bilanciata con il dovere di astensione dello Stato laico. Chi richiede una forma di *accommodation* è tenuto a provare che ricorrono una condizione oggettiva - l'esistenza, ma non l'obbligatorietà, del precetto religioso che giustifica la richiesta - ed una condizione soggettiva - la sincerità della fede.

²⁵ Cfr. *Ontario Human Rights Commission v. Simpson-Sears Ltd.* [1985], 23 D.L.R. (4th) 321 (S.C.C.); *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta Human Rights Commission* [1990], 72 D. L.R. (4th) 417 (S.C.C.); *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud* [1992], 95 D.L.R. (4th) 577 (S.C.C.). I casi sono esaminati da M. H. Ogilvie, *Religious institution and the Law in Canada*, 2nd ed., Irwin Law Inc., 2003, 392-395. L'A. sottolinea come in genere il diritto ad un trattamento differenziato a favore dei membri di gruppi religiosi minoritari venga sempre riconosciuto, salvo i casi nei quali si riconosca che la discriminazione sia fondata su motivi di carattere pratico e non religioso, semprechè non ne derivi una eccessiva penalizzazione del datore di lavoro. Sulla base di quest'ultimo criterio, la Corte non ha riconosciuto il diritto ad un trattamento differenziato a favore dei membri della "Chiesa Universale di Dio", che non osservano solo una festività, ma altri quattordici giorni sacri annuali.

²⁶ Ad es., la Corte suprema ha ritenuto discriminatorio l'obbligo di radersi la barba, il divieto, o, al contrario, l'obbligo di indossare il turbante in *Khalsa v. Co-op Cabs* [1980], 1 C.H.R.R. D/167 (Ont. Bd. Inq.); *Grewal v. Checker Cabs Ltd.* [1988], 9 C.H.R.R. D/4855 (Alta Bd. Inq.); *Grant v. Canada (Attorney General)* [1994], 94 C.L.L.C. 12, 205 (Fed. T.D.), aff'd [1995], 125 D.L.R. (4th) 556 (Fed. C.A.); *Toor v. Finlay Forest Industries Ltd.* (1984), 6 C.H.R.R. D/2873 (B.C. Bd. Inq.); *Dhillion v. B.C. (Ministry of Transportation and Highway)* [1999], 35 C.H.R.R. D/293 (B.C. Trib.). I casi sono esaminati da M. H. Ogilvie, cit., 395-396.

²⁷ Si tratta dei casi relativi alla libertà delle istituzioni evangeliche di richiedere agli adepti di adeguare il proprio stile di vita ai dogmi religiosi: M. H. Ogilvie, cit., 396-397, al riguardo, cita *Garrod v. Rhema Christian School* (1991), 92 C.L.L.C. 16,022 (Ont. Bd. Inq.); *Kearley v. Pentecostal Assemblies Board of Education* (1993), 19 C.H.R.R. D/473 (Nfld. Bd. Of Inq.); *Parks v. Christian Horizons* (1991), 92, C.L.L.C. 17,008 (Ont. Bd. Inq.); *Lothian v. Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto* (1986), 8 C.H.R.R. D/3969 (Ont. Bd. Inq.); *Schoren v. Steinbach College* (1999), 35 C.H.R.R. D/1 (Man. Bd. Adj.).

²⁸ M. H. Ogilvie, cit., 392.

²⁹ Sulle tecniche di giudizio della Corte suprema, cfr. R. J. Sharpe, *Ordinamento giudiziario e giustizia costituzionale*, in N. Olivetti Rason e L. Pegoraro (cur.), *L'ordinamento costituzionale del Canada*, Torino, Giappichelli, 1997, in part. 183-190.

³⁰ [1992] 2 R.C.S. 679, 93 D.L.R. (4^e) 1.

³¹ Come sostiene J. Woehrling, *La Cour suprême du Canada et la liberté de religion*, cit., 412.

Nell'*Amselem case*³², la Corte suprema ha esaltato il criterio della sincerità della fede, sulla base di una definizione soggettiva di libertà religiosa, che impone la tutela di comportamenti nei quali l'individuo dimostri di credere sinceramente o di cui riconosca la doverosità, indipendentemente dal fatto che siano imposti da precetti religiosi o siano conformi a posizioni ufficiali delle istituzioni religiose. In una definizione che consente di prendere atto dell'evoluzione del principio di libertà religiosa nella giurisprudenza canadese, a partire dallo storico caso *R. v. Big M.* sino ad oggi, la Corte afferma:

«Freedom of religion under the Quebec (and the Canadian) Charter consists of the freedom to undertake practices and harbour beliefs, having a nexus with religion, in which an individual demonstrates he or she sincerely believes or is sincerely undertaking in order to connect with the divine or as a function of his or her spiritual faith, irrespective of whether a particular practice or belief is required by official religious dogma or is in conformity with the position of religious officials».

Poiché, infatti, lo Stato non può assumere il ruolo di arbitro dei dogmi religiosi, il giudice non può verificare la verità della fede o la validità di un comportamento religioso, ma può solo limitarsi ad indagare, nel modo meno invasivo possibile, sulla sincerità della fede del ricorrente.

Nell'*Amselem case* veniva in considerazione la tradizione delle comunità di Ebrei ortodossi di costruire sui balconi delle loro abitazioni capanne provvisorie, denominate "Succahs" e di abitarvi durante i nove giorni della festa annuale del Succot. Poiché tale manifestazione religiosa costituiva una violazione del regolamento del condominio di cui facevano parte le abitazioni dei ricorrenti, il condominio richiedeva ed otteneva un'ingiunzione che vietava la costruzione delle "Succahs", e ne consentiva, se necessario, l'abbattimento. La Corte suprema ha accolto il ricorso proposto, contro tale ingiunzione, dalla comunità ebraica, in quanto riteneva sufficientemente provata la sincerità dei ricorrenti e l'esistenza, sebbene non l'obbligatorietà, del precetto religioso. D'altra parte, il divieto assoluto di costruzione delle "Succahs" appariva sproporzionato rispetto alla violazione minima del diritto di proprietà e della sicurezza dei condomini. Infatti, a giudizio della Corte suprema, non era stato sufficientemente dimostrato che la costruzione delle "Succahs" avrebbe comportato la riduzione di valore delle unità immobiliari del condominio, né che avrebbe messo in pericolo l'incolumità degli altri condomini, poiché la comunità ebraica aveva assicurato che avrebbe provveduto alla costruzione delle capanne senza bloccare nessun ingresso o impedire l'utilizzo di alcun sistema di sicurezza. Accogliendo il ricorso della comunità ebraica, la Corte suprema ha consentito una deroga al regolamento condominiale, in applicazione del dovere di accomodamento.

4. I precedenti statunitensi dell'*Amselem case* e lo standard di giudizio nella *free exercise jurisprudence* della Corte suprema degli Stati Uniti.

Nella motivazione della decisione nell'*Amselem case*, a sostegno dell'interpretazione soggettiva della libertà di religione, il *Chief Justice* Iacobucci richiama la decisione assunta dalla Corte suprema degli Stati Uniti nel caso *Thomas v. Review Board of the Indiana Employment Security Division*³³.

Il ricorrente, Testimone di Geova, era impiegato in una fonderia che produceva lamiere di acciaio per molteplici usi industriali. In seguito alla chiusura dello stabilimento, Thomas veniva trasferito in un'altra fonderia che produceva armi. Ritenendo che lo svolgimento di un'attività diretta alla produzione di armi fosse incompatibile con i precetti imposti dalla sua religione, il ricorrente richiedeva ed otteneva di essere licenziato. In seguito al licenziamento, in applicazione dell'*Indiana Employment Security Act*, proponeva istanza per l'indennità di disoccupazione, che, tuttavia, al termine del giudizio amministrativo di primo grado, non gli era riconosciuta, in quanto, secondo l'autorità amministrativa, le dimissioni del ricorrente non si fondavano su una «giusta causa collegata con il lavoro». La Corte di Appello dell'Indiana, al contrario, riconosceva il diritto di Thomas all'indennità di disoccupazione, sostenendo che l'applicazione dell'*Indiana Employment Security Act* violasse la libertà di religione del ricorrente. La decisione, tuttavia, veniva cassata dalla Corte suprema dell'Indiana, che negava l'indennità di disoccupazione, sostenendo che le dimissioni del ricorrente fossero imputabili più a «scelte filosofiche personali» che a motivi religiosi. Al contrario, la decisione con la quale la Corte suprema americana riconosceva il diritto all'indennità di disoccupazione si fondava sull'individuazione delle condizioni che permettono la tutela della libertà di religione. Ne derivava una definizione di libertà di religione *subjective, personal and deferential*, secondo la quale «la garanzia del

³² *Syndicat Northcrest v. Amselem*, [2004] 2 S.C.R. 551. Per un commento, v. sempre J. Woehrling, *La Cour Suprême du Canada et la liberté de religion*, cit., 402-418.

³³ 450 U.S. 707 [1981].

libero esercizio non si limita a comportamenti condivisi da tutti i membri di una setta religiosa». Riconoscendo la delicatezza e la difficoltà del compito di stabilire quali comportamenti possano essere considerati come religiosi e meritare, dunque, la protezione del I emendamento, il *Chief Justice* Burger affermava che la soluzione non si fondava sul giudizio sulla fede o sulla pratica in questione, in quanto, per ottenere tutela, il comportamento religioso non deve essere necessariamente «accettabile, logico, coerente o comprensibile agli altri». Non rientra, infatti, tra le competenze del giudice verificare se i comportamenti siano effettivamente obbligatori, in quanto le Corti «non sono arbitri dell'interpretazione dei testi sacri», ma possono solo limitarsi a verificare l'onestà del ricorrente nella convinzione dell'obbligatorietà del precetto religioso³⁴. Inoltre, secondo la Corte suprema, non rilevava che la violazione del I emendamento fosse diretta: anche il rispetto di un obbligo che persegua di per sé fini leciti può comportare una sostanziale violazione della clausola di libero esercizio.

Su una definizione soggettiva di libertà religiosa, che fa salva l'onestà della fede del ricorrente, si fonda inoltre la seconda decisione, adottata all'unanimità dalla Corte suprema degli Stati Uniti nel 1989, che la Corte canadese ha richiamato in *Syndicat Nortcrest v. Amselem*. Nel caso *Frazee v. Illinois Department of Employment Security*³⁵, il ricorrente aveva rifiutato un impiego a tempo determinato, in quanto l'attività lavorativa si sarebbe svolta anche di domenica, in contrasto con le proprie convinzioni religiose. L'indennità di disoccupazione gli veniva negata dalla *Circuit Court* e dalla Corte di Appello dell'Illinois, in quanto il comportamento di Frazee, che costituiva solo un'espressione personale di fede, non imposta da alcun obbligo da parte di un'istituzione religiosa, non costituiva una giusta causa per il rifiuto del lavoro. La Corte suprema, invece, nel cassare le sentenze di grado inferiore, ha sostenuto che, ai fini della tutela assicurata dal primo emendamento, non rileva la possibilità di ricondurre il comportamento ad un precetto imposto da una autorità religiosa, ma è sufficiente verificare che il ricorrente sia sinceramente convinto della doverosità del comportamento.

Entrambe le decisioni citate riguardano la violazione della *free exercise clause*, che, insieme alla *non establishment clause*, assicura la tutela della libertà di religione nell'ordinamento americano. A differenza della sez. 2.a della *Charter of Rights and Freedoms*, infatti, il I emendamento della Costituzione degli Stati Uniti prevede esplicitamente che la tutela della libertà religiosa implichi, da una parte, il divieto di impedire, senza giustificato motivo, la libera manifestazione della propria fede religiosa e, dall'altra l'obbligo di neutralità statale, o, nelle parole del presidente Jefferson del 1802, il divieto di oltrepassare «the wall of separation between Church and State»³⁶.

Perché un provvedimento legislativo sia dichiarato incostituzionale per violazione della libertà religiosa, pertanto, la Corte suprema è tenuta a verificare, in primo luogo, che il ricorrente sia sinceramente convinto che il comportamento assunto costituisca un precetto imposto dalla propria fede religiosa; quindi, che sia assicurata la neutralità della legge, che deve essere dichiarata incostituzionale qualora non sia qualificabile come *valid and neutral law of general applicability*.

La verifica della neutralità della legge impugnata costituisce il fondamento, non solo delle decisioni assunte nei moderni *free exercise cases*, ma anche dello *standard* di giudizio adottato.

Dopo lo storico caso *Reynolds n. United States*³⁷, nel quale la Corte suprema, inaugurando la giurisprudenza sul libero esercizio, aveva confermato la costituzionalità di una legge statale che vietava la poligamia, ritenendo che, sulla base della distinzione tra fede e condotta, la *free exercise clause* non giustificasse violazioni della legge penale, la fase dei moderni *free exercise cases* si apre con *Sherbert v. Verner*³⁸. Il caso aveva ad oggetto il riconoscimento del diritto all'indennità di disoccupazione a favore di un membro della Chiesa Avventista del Settimo Giorno, licenziato per essersi rifiutato di lavorare di sabato, per motivi di ordine religioso. La Corte suprema ha cassato il diniego dell'indennità da parte della Corte suprema del Sud Carolina, sostenendo che, nell'applicazione del giudice statale, il *South Carolina Unemployment*

³⁴ Come si legge nell'*opinion* del giudice Burger, infatti, «The narrow function of a reviewing court in this context is to determine whether there was an appropriate finding that petitioner terminated his work because of an honest conviction that such work was forbidden by his religion».

³⁵ 489 U.S. 829 [1989].

³⁶ Per una introduzione sulla libertà di religione negli Stati Uniti, v. J. V. Calvi e S. Coleman, *Cases in Constitutional Law*, Englewood Cliffs, New Jersey, Prentice Hall, 1994, 166-171 e J. K. Lieberman, *The Enduring Constitution. A Bicentennial Perspective*, Saint Paul, New York, Los Angeles, San Francisco, West Publishing Company, 1987, 245-259, nonché, più di recente, F. M. Gedicks, *The Rhetoric of Church and State – A critical Analysis of Religion Clause Jurisprudence*, Durham and London, Duke University Press, 1995; S. D. Smith, *Fareodained Failure – The Quest for a Constitutional Principle of Religious Freedom*, New York- Oxford, Oxford University Press, 1995.

³⁷ 98 U.S. 145 [1878].

³⁸ 347 U.S. 398 [1963].

Compensation Act era incompatibile con la libertà di religione. La violazione, sia pure solo indiretta, del I emendamento, determinava l'incostituzionalità della legge. Infatti, secondo il giudice costituzionale, il rigetto della richiesta sarebbe stato legittimo, qualora si fosse fondato su una condizione negativa – l'assenza della violazione della *free exercise clause* – ed una condizione positiva – la concorrenza di un *compelling state interest*. La mancanza di tali condizioni, imponendo una scelta tra il rispetto dei precetti religiosi e la conseguente perdita dei benefici finanziari, da una parte, e la violazione degli stessi, per accettare l'offerta di lavoro, dall'altra, determinava l'incostituzionalità della legge, anche se la limitazione della libertà religiosa era solo indiretta. Come scriveva, infatti, il giudice Brennan,

«If the purpose or effect of a law is to impede the observance of one or all religions or is to discriminate invidiously between religions, that law is constitutionally invalid even though the burden may be characterized as being only indirect».

Per la prima volta, la Corte suprema affermava l'applicabilità dello *strict scrutiny*, lo *standard* di giudizio più rigoroso, in ogni caso di violazione del diritto di libero esercizio delle manifestazioni religiose³⁹.

Al contrario, nel caso *Employment Division, Department of Human Resources v. Smith*⁴⁰, la Corte suprema, applicando il *rational basis review*, ha rigettato il ricorso proposto da alcuni adepti della *Native American Church*, che erano stati licenziati da un centro privato di recupero per tossicodipendenti, in quanto, violando la legge penale dell'Oregon, avevano ingerito una sostanza allucinogena durante una cerimonia religiosa. I ricorrenti sostenevano di avere diritto all'indennità di disoccupazione, in quanto il licenziamento, disposto a causa di tale *misconduct*, costituiva una violazione della *free exercise clause*. Secondo la Corte suprema, qualora la legge si configuri come una *valid and neutral law of general applicability* la cui *ratio* non sia il divieto o la limitazione del libero esercizio della religione, non rilevando eventuali violazioni indirette, lo *standard* di giudizio appropriato è costituito dal *rational basis review*. Al contrario, la valutazione di leggi che non siano neutrali o di generale applicabilità deve essere condotta alla stregua dello *strict scrutiny*.

Il giudice Scalia, per la Corte, ha affermato che la scelta dello *standard* di giudizio deve essere effettuata in considerazione dello scopo e non degli effetti della legge contestata⁴¹. L'applicazione dello "Sherbert test" nei casi di violazione di regole di diritto penale, infatti, comporta il rischio della creazione di un eccezionale diritto di ignorare le leggi di generale applicabilità non giustificate da un *compelling state interest*.

Nel caso *Church of the Lukumi Babau Aye, Inc. v. city of Hialeah*⁴², applicando nuovamente lo *strict scrutiny*, la Corte suprema ha dichiarato l'invalidità di alcune ordinanze della città di Hialeah, che, vietando l'uccisione di animali esclusivamente per motivi religiosi, non erano neutrali e di generale applicabilità.

Secondo l'orientamento espresso nella giurisprudenza della Corte suprema, dunque, l'assenza del carattere di neutralità e di generale applicabilità di un provvedimento legislativo giustifica una decisione fondata sullo "strict scrutiny". In caso contrario, la Corte tende ad adottare il meno rigoroso "rational basis review".

Tale orientamento ha continuato, anche in seguito, a caratterizzare la giurisprudenza costituzionale, se si considera che la reintroduzione per via legislativa, nel *Freedom of Religion Restoration Act*, dello *strict judicial scrutiny*, anche nel caso in cui la violazione derivi da una legge di per sé neutrale e di generale applicabilità, è stata dichiarata incostituzionale dalla Corte suprema⁴³.

5. Il principio di *accommodation* tra Corte suprema americana e Congresso.

Nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale americana in tema di libertà religiosa, l'intrinseca tensione tra la *free exercise clause* e la *non establishment clause* ha determinato la progressiva sostituzione del principio di neutralità con il principio di *accommodation*⁴⁴. Dopo una prima formulazione *permissive*,

³⁹ Sugli *standards* di giudizio della Corte suprema, v. B. A. Freeman, *Trends in the First Amendment Jurisprudence. Expiating the Sins of Yoder and Smith: Toward a Unified Theory of First Amendments Exemptions From Neutral Laws of General Applicability*, in *Missouri Law Review*, Winter 2001, 9. Secondo l'autore, l'adozione di *standards* di giudizio differenziati nei *free exercise* e nei *non establishment cases*, da una parte, e nei casi riguardanti gli altri diritti costituzionalmente tutelati, dall'altra, ha impedito alla Corte suprema di elaborare una teoria unitaria delle libertà protette dal I emendamento.

⁴⁰ 494 U.S. 872 [1990].

⁴¹ Tale tesi è condivisa da B. A. Freeman, cit., secondo il quale l'applicazione dello *strict scrutiny* nei casi in cui la *ratio* della legge sia incostituzionale e l'applicazione del *rational basis review* nei casi in cui, indirettamente, solo gli effetti della legge violino la Costituzione, permette di elaborare una teoria unitaria del I emendamento.

⁴² 508 U.S. 520 [1992].

⁴³ *City of Boerne v. Flores, Archbishop of San Antonio et al.*, 521 U.S. 507 [1997], su cui v. il paragrafo seguente.

⁴⁴ S. G. Gey, *Why Is Religion Special? Reconsidering The Accommodation of Religion Under The Religion Clauses of The First Amendment*, in *University of Pittsburgh Law Review*, Fall 1990, 75.

che prevedeva la possibilità di derogare, per motivi religiosi, a disposizioni legislative⁴⁵, a partire dal caso *Sherbert v. Verner*, la Corte suprema ha elaborato il principio di *mandatory accommodation*, per imporre alle autorità statali interventi a sostegno del diritto di manifestazione religiosa. Attraverso il principio di accomodamento, che ha giustificato anche la legittimità di interventi statali di sostegno finanziario dei gruppi religiosi, la Corte suprema ha rafforzato la tutela della libertà religiosa, attribuendole uno *status* privilegiato rispetto alle altre libertà previste dal I emendamento, e ne ha ampliato le fattispecie, fino a prevedere anche la possibilità di adottare, in deroga alla legge, comportamenti non qualificabili, in senso stretto, come religiosi⁴⁶. Le Corti statunitensi hanno pertanto delineato un sistema sempre più ampio di esenzioni a tutela di condotte giustificate da motivi religiosi. Nell'esercizio di tale *intrusive judicial review*, la Corte suprema americana ha mostrato di riporre maggiore fiducia nel potere giudiziario che nel potere legislativo⁴⁷. La libertà delle Corti di garantire la tutela della libertà religiosa, attraverso l'applicazione del principio di accomodamento, tuttavia, non è assoluto. Infatti, la stessa Corte suprema, in *Employment Division v. Smith*, ha riconosciuto che la possibilità di ammettere *exemptions* non può spingersi fino a consentire la violazione di regole di diritto penale, la cui *ratio* non sia incostituzionale. Al contrario, un principio di accomodamento eccessivamente flessibile, che consenta la violazione di qualsiasi regola, a tutela di comportamenti non predeterminati, ma individuabili nella valutazione giudiziaria dei casi concreti, è incompatibile con la certezza del diritto. Per tale ragione, il giudice Scalia, paventando il rischio di "anarchia", che cresce in misura direttamente proporzionale alla differenziazione religiosa, ha sostenuto che, a difesa del principio democratico, l'accomodamento dovrebbe essere realizzato nel corso del processo politico, per evitare che i giudici assumano indebitamente il ruolo di arbitri del bilanciamento tra il principio di legalità e la libertà religiosa.

D'altra parte, nell'ordinamento americano, il principio di *accommodation* è stato attuato anche per via legislativa, come si rileva dalla previsione di eccezioni, per motivi di ordine religioso, al sistema di sicurezza sociale, a partire dal 1935 fino all'approvazione, nel 1993, del *Religious Freedom Restoration Act*⁴⁸.

Il *Religious Freedom Restoration Act*, ristabilendo il rispetto di un criterio di *strict scrutiny* per la valutazione di qualsiasi provvedimento legislativo potenzialmente incompatibile con la libertà di religione, costituisce la risposta legislativa all'interpretazione restrittiva della *free exercise clause* espressa in *Employment Division v. Smith*. Infatti, come ha affermato il Congresso nella relazione introduttiva alla legge, i Governi non possono porre limiti sostanziali all'esercizio della libertà religiosa, in assenza di una *compelling justification*: pertanto, il *compelling state interest test*, utilizzato nella giurisprudenza costituzionale pre-Smith, è considerato lo strumento più adeguato per il bilanciamento tra la libertà di religione e gli interessi pubblici. Il Congresso, dunque, attraverso l'approvazione del *Religious Freedom Restoration Act*, reintroduce lo "Sherbert test", imponendo agli Stati una tutela più ampia della libertà di religione: risponde a tale obiettivo il riferimento al XIV emendamento, che, dopo aver enunciato che «nessuno Stato priverà alcuna persona della vita, della libertà o della proprietà», nella sez. 5 attribuisce al Congresso il potere di emanare le norme necessarie per l'applicazione dell'articolo. In virtù di tale potere di *enforcement*, dunque, il Congresso, ha sostanzialmente imposto agli Stati una interpretazione del I emendamento, diversa da quella sostenuta, nello stesso periodo, dalla Corte suprema. Nell'ordinamento giuridico americano, tuttavia, l'interpretazione costituzionale rientra nelle competenze esclusive della Corte, la quale, infatti, ne ha rivendicato la titolarità, dichiarando incostituzionale, per violazione della stessa sez. 5, il *Religious Freedom Restoration Act*⁴⁹. In *City of Boerne v. Flores*⁵⁰, la Corte suprema ha affermato che il Congresso, nel reinterpretare la disposizione costituzionale, ha agito oltre le competenze attribuite dalla sez.

⁴⁵ S. G. Gey, cit., qualifica come *permissive* il principio di accomodamento applicato, nella *non establishment jurisprudence*, a partire dal caso *Zorach v. Clauston* [343 U.S. 306 (1952)].

⁴⁶ E' il caso di *Thomas v. Review Board*, cit.

⁴⁷ Come rileva W. K. Kelley, *The Primacy of Political Actors in Accommodation of Religion*, in *University of Hawaii's Law Review*, Summer 2000, 403. Secondo l'A., invece, sarebbe più corretto che i giudici deferissero al potere legislativo il compito di stabilire i casi di esenzione dalla applicazione della legge per motivi religiosi, conservando, tuttavia, il diritto di intervenire nel processo di *political accommodation*, in quanto «attori statali come i Legislatori».

⁴⁸ Cfr., sul tema, J. G. Harwood, *Religiously-Based Social Security Exemptions: Who Is Eligible, How Did They Develop, And Are The Exemptions Consistent With The religion Clauses And The Religious Freedom restoration Act (RFRA)?*, in *Akron Tax Journal*, 2002, 1.

⁴⁹ Sulla vicenda della dichiarazione di incostituzionalità del *Religious Freedom Restoration Act* e sul riparto di competenze tra Corte suprema e Congresso nella tutela della libertà di religione, cfr. D. O. Conkle, *Congressional Alternatives in the Wake of City of Boerne v. Flores: The (Limited) Role of Congress in Protecting Religious Freedom From State and Local Infringement*, in *University of Arkansas at Little Rock Law Journal*, Spring 1998.

⁵⁰ *City of Boerne v. Flores, Archbishop of San Antonio et al.*, 117 S. Ct. 2157, 138 L. Ed. 2d 624 [1997].

5, che gli riconosce esclusivamente il potere di applicare, ma non di modificare, il contenuto sostanziale dei diritti, stabilendo in quali ipotesi si verificano violazioni della Costituzione. Tale indebita “intrusione” nelle tradizionali prerogative e nella generale autorità degli Stati, ha determinato la dichiarazione di invalidità della legge, la quale, però, resta applicabile a livello federale. E’ stato anche sostenuto, tuttavia, che l’applicabilità del *Religious Freedom Restoration Act* sarebbe da escludere anche esclusivamente in questioni di diritto federale, in quanto la legge non rientrerebbe in nessuno degli *enumerated powers* del Congresso, né rispetterebbe il principio di separazione dei poteri⁵¹.

Al Congresso *burned by Boerne*, non resta, dunque, che un ruolo limitato nella tutela della libertà di religione, affidata, prevalentemente, alle soluzioni giurisprudenziali elaborate, nei singoli casi concreti, dai giudici.

6. Overruling e sentenze manipolative: la libertà di religione tra Corte suprema e Legislatore in Canada.

Come negli Stati Uniti, anche nell’ordinamento canadese, almeno nella fase successiva all’approvazione della Carta dei diritti, la tutela della libertà di religione è stata assicurata in via prevalente dalle autorità giudiziarie. Infatti, al *self-restraint* che, sul modello delle corti britanniche, aveva caratterizzato la giurisprudenza della Corte suprema nel periodo *pre-Charter*, ha fatto seguito, a partire dal 1982, una fase di espansione e di attivismo giudiziario che ha rafforzato l’effettività della tutela dei diritti proclamati nella Carta dei diritti e delle libertà. L’*overruling* della decisione sul *Lord’s Day Act* nel 1985 e i numerosi casi di reinterpretazione di norme nei casi di *accommodation* dimostrano come anche la libertà religiosa abbia ottenuto una tutela più ampia ed effettiva, in tale generale contesto di *judicial activism*.

Sebbene non si sia verificato uno scontro istituzionale tra il Legislatore e la Corte di dimensioni paragonabili alla vicenda statunitense del *Religious Freedom Restoration Act*, i giudizi della dottrina canadese sull’attivismo delle Corti dopo il 1982 non sono unanimi: infatti, alle tesi di chi sostiene che un uso più ampio dello strumento del *judicial review*, limitando l’abuso del potere statale, protegga la supremazia della Costituzione, si contrappongono le critiche degli studiosi conservatori, i quali temono che il ruolo tendenzialmente politico assunto dalle Corti *post Charter* costituisca un pericolo per la democrazia⁵². A sostegno della tesi della democraticità del *judicial review*, invece, è stata elaborata dalla dottrina, e recepita dalla giurisprudenza, la “metafora del dialogo” tra la Corte suprema canadese ed il Legislatore. Tale dialogo si realizza attraverso i *legislative sequels* delle decisioni di costituzionalità, che si traducono nell’approvazione, da parte del Legislatore, di una nuova disciplina, rispettosa dei principi espressi nelle decisioni della Corte suprema⁵³.

In particolare, l’esame del contenzioso sul *Lord’s Day Act* ha determinato, tra gli scettici del *judicial activism*, il timore della trasformazione della Corte suprema in una “Terza Camera”, che, priva di legittimazione democratica, interferisca nel processo legislativo, violando il principio di separazione dei poteri. La seconda decisione, con la quale è stata dichiarata, in contrasto con la sentenza del 1963, l’incostituzionalità della sez. 4 della legge, è stata considerata «priva di garanzia testuale»⁵⁴, in quanto trae conseguenze opposte da una disposizione analoga alla sez. 1 del *Bill of Rights* del 1960. Ad un’analisi più approfondita, tuttavia, emergono profonde differenze tra i due testi. Infatti, nel preambolo della Carta dei diritti del 1960, il riferimento ai diritti «esistenti e che continueranno ad esistere», imponendo il rispetto dello *status quo ante*, circoscriveva la discrezionalità giudiziaria entro i limiti consentiti dalle leggi in vigore. I giudici erano vincolati, in primo luogo, nell’interpretazione della legge, in quanto obbligati al rispetto della

⁵¹ Tali argomentazioni sono però smentite da T. C. Berg, *The Constitutional Future of Religious Freedom Legislation*, in *University of Arkansas at Little Rock Law Journal*, Spring 1998, 715.

⁵² La letteratura sul tema è vastissima. A titolo di esempio, si citano, tra gli scettici, F. L. Morton e R. Knopff, *The Charter Revolution and The Court Party*, Peterborough, Ont., Broadview Press, 2000. Al contrario, sono sostenitori dell’attivismo giudiziario B. Kelly e M. Murphy, *Confronting Judicial Supremacy: A Defence of Judicial Activism and the Supreme Court of Canada’s Legal Rights Jurisprudence*, in *Canadian Journal of Law and Society*, 1/2001, 3-27.

⁵³ La teoria del dialogo è stata elaborata da P. W. Hogg e A. A. Bushell, nell’articolo *The Charter dialogue between Courts and Legislatures: (or perhaps the Charter of rights isn’t such a bad thing after all)*, in *Osgoode Hall Law School Journal*, Spring, 1997, 75. Per un commento sulla teoria e sul suo recepimento nella giurisprudenza canadese, cfr. S. Gerotto, *Il dialogo tra Corti e Legislativi in Canada: una soluzione ai problemi di non democraticità del judicial review?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2005, 995-1013.

⁵⁴ F. L. Morton e R. Knopff, cit.

ratio delle leggi già in vigore⁵⁵ e tenuti esclusivamente ad assicurare la mera applicazione delle libertà sancite nella Carta del 1960, senza alcuna possibilità di innovazione, attraverso la creazione, per via interpretativa, di “nuovi diritti”. Al contrario, la Carta dei diritti e delle libertà del 1982, oltre a determinare la trasformazione delle Corti canadesi in giudici dei diritti, competenti a dichiarare l’incostituzionalità della stessa *ratio legis*⁵⁶, impone che l’interpretazione dei diritti fondamentali sia «consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians»⁵⁷. Il dovere di rispettare, nell’interpretazione giudiziaria delle libertà fondamentali, il carattere multiculturale della società canadese, garantisce una tutela rafforzata dei gruppi religiosi minoritari⁵⁸. La protezione degli interessi delle minoranze, a sua volta, non minaccia il principio democratico, ma, anzi, affida alle autorità giudiziarie, nel bilanciamento tra i poteri pubblici, il compito di impedire che la “dittatura della maggioranza” tradisca lo spirito stesso della democrazia⁵⁹. D’altra parte solo nel rifiuto di una rigida separazione di competenze e nell’apertura delle istituzioni alla collaborazione ed al dialogo⁶⁰, è possibile porre le premesse per la realizzazione di una compiuta democrazia costituzionale.

In Canada, dunque, nonostante l’inevitabile timore delle possibili tensioni tra le autorità giudiziarie e il Legislatore, non si possono escludere forme di dialogo tra le due istituzioni. Tale riflessione appare confermata dalla lettera di *reference* in merito al *same sex marriage*, del 2004⁶¹, nella quale il Parlamento, ponendo alla Corte suprema la questione relativa al diritto dei ministri di culto di rifiutarsi di celebrare matrimoni omosessuali, sulla base dell’applicazione del paragrafo 2.a della Carta, ha mostrato l’intento di porsi in linea con gli orientamenti della giurisprudenza costituzionale sulla tutela della libertà religiosa⁶².

La tutela della libertà religiosa appare dunque caratterizzata, sia in Canada che negli Stati Uniti, da una intrinseca tensione tra Legislatore ed autorità giudiziarie: in entrambi gli ordinamenti si ritiene che la tutela giudiziaria dei diritti costituisca il migliore strumento per evitare abusi da parte della maggioranza parlamentare. Sono quantomai adeguate le riflessioni che A. De Toqueville traeva dall’osservazione del sistema americano:

«La forza dei tribunali è stata, in ogni tempo, la maggior garanzia che si possa offrire all’indipendenza individuale; ma ciò è vero soprattutto nei secoli democratici: i diritti e gli interessi privati saranno sempre in pericolo, se il potere giudiziario non cresce e non si estende nella stessa proporzione in cui le condizioni si livellano»⁶³.

Appare del tutto legittimo, tuttavia, il timore che, attraverso l’attivismo giudiziario, le Corti, prive di legittimazione democratica, invadano le competenze proprie del Legislatore. Tuttavia, tale timore, che emerge con evidenza dall’analisi dei “conflitti” tra la Corte suprema degli Stati Uniti e il Congresso nell’interpretazione del I emendamento, appare meno fondato nella realtà canadese, caratterizzata da un più ampio dialogo istituzionale.

⁵⁵ In *Robertson and Rosetanni v. The Queen*, il rigetto del ricorso si fondava proprio sulla compatibilità tra la *ratio legis* e la sez. 1 del *Bill of Rights*.

⁵⁶ Cfr. P. W. Hogg e A. A. Bushell, *The Carter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The Charter Of Rights Isn't Such A Bad Thing After All)*, cit. Gli Autori sostengono che in *R. v. Big M. Drug Mart Ltd.*, l’incostituzionalità dello scopo del *Lord's Day Act*, non sanabile attraverso un emendamento, attribuisce alla Corte suprema l’“ultima parola”, consentendole di dichiarare l’invalidità della legge.

⁵⁷ Sez. 27 *Charter of Rights and Freedom*.

⁵⁸ R. Elliot, *The Charter Revolution and the “Court Party”*: *Sound Critical Analysis or Blinkered Political Polemic?*, in *The University of British Columbia Law Review*, 2002, 271.

⁵⁹ A. W. MacKay, *The legislature, The Executive and the Courts: The Delicate Balance of Power or Who is Running this Country Anyway?*, in *Dalhousie Law Journal*, Fall 2001, 37. Secondo l’A., nel caso *Trinity Western University v. B.C. College of Teachers*, la Corte suprema ha realizzato un bilanciamento tra la libertà religiosa di una minoranza ed i diritti degli omosessuali.

⁶⁰ Tra i numerosi autori che contestano la dottrina del ruolo antidemocratico della Corte suprema, cfr., oltre a P. W. Hogg e A. A. Bushell, cit., 75, e A. W. MacKay, cit., 37, B. McLachlin, *Charter Myths*, in *The University of British Columbia Law Review*, 1999, 23; R. Silberman Abella, *The Judicial Role in a Democratic State*, in *Queen's Law Journal*, Spring 2001, 573.

⁶¹ *Reference re Same sex marriage in the matter of section 53 of the supreme court act*, r.s.c. 1985, c. s-26, July 16, 2003, [2004] 3 S.C.R.

⁶² Sul tema, cfr., più approfonditamente, E. Di Benedetto, *Il “civil marriage act”: un difficile equilibrio tra divieto di discriminazione in base all’orientamento sessuale e libertà religiosa*, *ivi*.

⁶³ A. De Toqueville, *La democrazia in America*, in *Id.*, *Scritti Politici* (a cura di N. Matteucci), vol. II, Torino, Utet, 1969, 819.