Discriminazione per motivi religiosi. La Corte EDU non si pronuncia sul divieto del *burkini* senza il previo esperimento del ricorso in Cassazione

di Giampiero Santilli

Title: Discrimination on religious matters. The ECHR does not rule on the *burkini* ban without first appealing to the Court of Cassation.

Keywords: Religious freedom; Admissibility; Vertical subsidiarity

1. – Con la decisione in commento, la Corte EDU respingeva in quanto irricevibile, ai sensi dell'art. 35 CEDU, il ricorso presentato da due cittadine belghe, di religione musulmana, contro il divieto di accedere in *burkini* in una piscina della città di Anversa. Nel ricorso veniva eccepita l'asserita violazione degli art.li 9, 10 e 14 CEDU in base ai quali, a detta delle ricorrenti, risultava lecito indossare abiti riconducibili alla cultura e alle tradizioni della comunità religiosa di appartenenza, quale forma di libera manifestazione del proprio credo.

Il caso si inseriva in un contesto politico e sociale contraddistinto da crescenti restrizioni volte a scoraggiare l'utilizzo di indumenti di derivazione islamica (segnatamente del *niqab* e del *burqa*), stigmatizzati in quanto simboli di integralismo religioso e della condizione di asservimento delle donne. Vero è che i primi divieti, non esplicitamente indirizzati all'*islamic headscarf*, venivano introdotti in Belgio – e così pure in Francia – per motivi di sicurezza nazionale, ossia per garantire l'identificazione delle persone (e di possibili attentatori) nei luoghi pubblici o aperti al pubblico; esigenza, quest'ultima, che si sarebbe ulteriormente rafforzata dopo gli attacchi terroristici del 2015 e 2016. D'altro canto il potenziale conflitto, tra il libero utilizzo di simboli (o indumenti) religiosi e la tutela di interessi sovraordinati, si sarebbe ben presto imposta come questione europea, tanto da investire indistintamente le diverse esperienze nazionali. In particolare, l'incremento del sentimento anti-islamico – alimentato dalle minacce jihadiste – sarebbe stato accompagnato dall'introduzione di misure precauzionali a livello locale, tra cui il divieto di indossare abiti "a copertura integrale", ostativi al riconoscimento degli individui (sul tema cfr. G. Cerrina Feroni, G. Morbidelli, *La sicurezza: un valore superprimario*, in *Percorsi costituzionali: quadrimestrale di diritti e libertà*, 1, 2008, 31-44); M. Abu Salem, *Il velo integrale: una questione di sicurezza reale o di insicurezza presunta?*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica, Rivista trimestrale*, 2, 2020, 381-303; G. Bassetti, *Interculturalità, libertà religiosa, abbigliamento: la questione del burqa*, in *Stato, Chiese e Pluralismo confessionale*, 16-07-2012, in www.statoechiese.it).

Interpellata sulla legittimità di simili limitazioni la Corte EDU interveniva, in una prima fase, legittimando il divieto di portare simboli o indumenti religiosi in

spazi pubblici, escludendo una violazione degli articoli 9 e 10 della Convenzione. D'altro canto il par. 2 dell'art. 9 CEDU – nel sancire la libertà di religione – ne ammette comunque talune restrizioni, laddove necessarie per tutelare l'ordine pubblico, la salute o la morale pubblica, ovvero per proteggere altrui diritti e libertà.

Tuttavia, all'indomani dell'entrata in vigore, in Francia, della *Loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, la Corte europea ridimensionava il divieto generalizzato del velo islamico, reputando che le ragioni di sicurezza, che ne giustificavano la proibizione, potessero ugualmente soddisfarsi con misure alternative, tra cui l'imposizione dell'obbligo di riconoscimento nei luoghi pubblici (in tal senso v. Corte EDU, *S.a.s. c. Francia*, 43835/11, 01-07-2014); tantomeno simili divieti venivano reputati necessari per garantire la parità di genere, non potendosi escludere che l'utilizzo del *niqab* o del *burqa* (e dello stesso *burkini*) fosse inteso come atto di fede e frutto di una libera scelta. A Strasburgo, nel contempo, maturava la convinzione che quel modo di abbigliarsi potesse semmai compromettere il diritto dei consociati al rispetto dei requisiti minimi della vita di relazione, che presuppone l'esposizione del volto nelle interazioni sociali. L'importanza del *"vivre ensemble"* veniva considerata una legittima ragione per imporre restrizioni al diritto di manifestare la propria religione (cfr. M. Ferri, *Belkacemi and Oussar v Belgium and Dakir v Belgium: the Court again addresses the full-face veil, but it does not move away from its restrictive approach*, in *Strasbourg Observers*, 2017, strasbourgobservers.com; A. Licastro, *I mille splendidi volti della giurisprudenza della Corte di Strasburgo: "guardarsi in faccia" è condizione minima del vivere insieme*, in *Stato, Chiese e Pluralismo confessionale*, 22-09-2014, www.statochiese.it; M. Molinari, *I veli islamici e la Corte europea dei diritti umani: una questione aperta*, 25/05/2021, in www.iusinitinere.it; P. Cavana, *I simboli religiosi nello spazio pubblico nella recente esperienza europea*, in *Archivio giuridico Filippo Serafini*, 2, 2013, 131-186, muccheditore.it/images/ExtraRiviste/Extra%20ArchivioGiuridico2_2013.pdf).

2920

Quest'ultima implicazione si innestava nell'orientamento prevalente della Corte che individua nel criterio del margine di apprezzamento un elemento determinante per statuire sulla compatibilità con la Convenzione di eventuali restrizioni all'uso di abiti o simboli religiosi. Agli Stati membri deve competere una sostanziale discrezionalità nel dare attuazione alle suindicate norme della Convenzione, tenendo conto delle specificità nazionali (cfr. R. Nigro, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Case-Law of the European Court of Human Rights on the Islamic Veil*, in *Human Rights Review*, 16-04-2010, 531-564; F. Donati, P. Milazzo, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, in P. Falzea, A. Spadaro, L. Ventura, *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa, Atti del seminario svoltosi a Copanello (CZ) il 31 maggio-1 giugno 2002*, Torino, 2003, p. 72 ss.; M.R. Morelli, *Sussidiarietà e margine di apprezzamento nella giurisprudenza delle Corti europee e della Corte costituzionale*, in www.cortecostituzionale.it/documenti/interventi_relazioni/1018).

Diversamente dal velo integrale, il *burkini* – non determinando la dissimulazione del volto – non appariva idoneo a minacciare la sicurezza pubblica, potendo semmai generare diffidenza e sospetto, poiché in contrasto con i costumi e le convenzioni estetiche prevalenti. Non a caso, nei regolamenti locali, il divieto di farne utilizzo veniva introdotto ricorrendo ad un preciso *escamotage*, ovvero adducendo imprecisati motivi di igiene e tutela della salubrità ambientale, ben presto ritenuti esorbitanti ed ingiustificati. Proprio in Belgio, il Tribunale di Gent, con sentenza del luglio 2018, stabiliva che il divieto di indossare il *burkini*, apparentemente introdotto per motivi igienici e sanitari, determinasse in realtà un'inaccettabile discriminazione di stampo religioso; decisione poi confermata, in secondo grado, dall'*Hof van Beroep*. Parimenti, nel caso in commento, il divieto del *burkini* veniva ricondotto nell'alveo del potenziale contrasto con la libertà religiosa (art. 9 CEDU), riportando la questione sul terreno che le è proprio.

2. – Reputando che il controverso divieto costituisse una misura pertinente e proporzionata, sia il Tribunale di primo grado che la Corte d'Appello di Anversa – contrariamente al Tribunale di Gent – sconfessavano però le ragioni addotte dalle ricorrenti, costringendole a rivolgersi ad un avvocato cassazionista per verificare i presupposti di un eventuale ricorso al giudice di ultima istanza. L'esito negativo del parere – che confermava il fondamento logico-giuridico della sentenza impugnata – induceva le due donne a desistere dal ricorso in Cassazione, rinunciando così ad esperire ogni rimedio possibile per il riconoscimento dei propri diritti. Eppure la *Cour de cassation* avrebbe potuto pronunciarsi, se non nel merito – stante il divieto ex art. 147 comma 2 della Costituzione belga – quantomeno sull'asserita violazione delle citate norme della Convenzione.

Pertanto, nel rivolgersi direttamente alla Corte EDU, le due istanti si vedevano esposte alla contestazione del mancato esaurimento dei rimedi interni, rendendo inevitabile la preventiva verifica sulla procedibilità della domanda ex art.35 par.1 CEDU. L'elusione del terzo grado di giudizio appariva infatti come “manovra di aggiramento” della funzione attribuita a tale norma, che riconosce – agli Stati contraenti – l'opportunità di porre riparo alle violazioni dei diritti fondamentali prima del ricorso a Strasburgo, secondo il meccanismo della sussidiarietà verticale (sulla funzione dell'art. 35 della Convenzione v. Corte EDU, *Remli c. Francia*, 23-04-1996, par. 33; Corte EDU *Selmouni c. Francia*, 25803/94, 28-07-1999, par. 74; Corte EDU, *Akdivar e altri c. Turchia*, 16-09-1996, par. 65; Corte EDU, *Cocchiarella c. Italia*, 64886/01, 29-03-2006, par. 38; Corte EDU, *Scordino c. Italia*, 36813/97, 29-03-2006, par. 140; Corte EDU, *Vučković e altri c. Serbia*, 17153/11, 25-03-2014, par. 69-77; Corte EDU, *P. c. Ucraina*, 40296/16, 11-06-2019, par. 45; Corte EDU, *Grzęda c. Polonia*, 43572/18, 15-03-2022, par. 324; Corte EDU, *Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) c. Svizzera*, 21881/20, 27-11-2023, par. 138-146; Corte EDU, *U c. Francia*, 53254/20, 15-02-2024, par. 141; in dottrina v. G. Raimondi, “*Reflections on the Rule of Prior Exhaustion of Domestic Remedies in the Jurisprudence of The European Court of Human Rights*”, in *The Italian Yearbook of International Law*, 2010, 161; A. Di Stefano, *Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo e principio di sussidiarietà. Contributo ad una lettura sistematica degli articoli 13 e 35*, Catania, 2009, 150).

La rinuncia al giudizio in Cassazione, in effetti, forniva ai giudici di Strasburgo un valido motivo per dichiarare l'improcedibilità del ricorso, posto che i dispositivi di garanzia, offerti dall'ordinamento belga, non erano stati completamente utilizzati. D'altro canto, fino a quel momento, la Corte di cassazione non si era ancora pronunciata sul divieto d'uso del burkini, la qual cosa incrementava il rischio e l'incertezza per l'eventuale proposizione di un ricorso di terzo grado finalizzato alla sua rimozione. Quest'ultimo aspetto, nel caso in commento, veniva a combinarsi con lo sfavore già espresso dall'avvocato interpellato sull'ipotetico esito del giudizio di Cassazione. Ed in presenza di simili presupposti – di sicura efficacia inibitoria – poteva apparire comprensibile, se non addirittura legittimo, il mancato esaurimento dei rimedi interni ed il ricorso diretto alla Corte EDU, anche alla luce dell'art. 13 CEDU che, com'è noto, obbliga gli Stati contraenti a predisporre, nei rispettivi ordinamenti, dei rimedi giurisdizionali “effettivi” di tutela dei diritti, tali da garantire una ragionevole prospettiva di successo (sull'effettività dei rimedi, *ex multis*, cfr. Corte EDU, *Dalia c. Francia*, 154/1996/773/974, 19-02-1998, par. 38; Corte EDU, *Kudła c. Polonia*, 30210/96, 26-10-2000, par. 152; *Hatton e altri c. Regno Unito*, 36022/97, 08-07-2003, par. 138; Corte EDU, *Scoppola c. Italia*, 10249/03, 17-09-2009, par. 68; Corte EDU, *Olivieri e altri c. Italia*, 17708/12, 25-02-2016, par. 35; in dottrina cfr. A. Pertici, R. Romboli, *Art. 13. Diritto ad un ricorso effettivo*, in S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, *Commentario alla Convenzione europea*, 2001, in hdl.handle.net/11568/67552; M.

D'Angelosante, *Il contributo della Cedu alla 'definizione' e 'promozione' del principio di effettività della tutela*, in *federalismi.it*, 20, 2023).

In questo scenario, visto il pronostico non incoraggiante dell'avvocato interpellato – ed in assenza di favorevoli pronunce di merito per casi analoghi – poteva forse escludersi la violazione dell'art. 35 CEDU, non essendo esigibile, da parte delle ricorrenti, ostinarsi a rappresentare le proprie ragioni con l'ennesima impugnativa destinata al rigetto.

3. – La diagnosi sulla procedibilità del ricorso, demandata alla Corte, veniva inevitabilmente a concentrarsi sull'effettività dei rimedi apprestati dall'ordinamento belga che – se da un lato attribuisce agli avvocati cassazionisti il compito di “filtrare” i ricorsi verosimilmente infondati – dall'altro li costringe a predisporli o comunque a presentarli, allorquando gli interessati insistano nel richiederne il promovimento. Si ricava infatti, dalla pronuncia in commento, che agli avvocati in questione compete l'onere di formulare un giudizio prognostico-anticipatorio relativamente all'esito dell'eventuale ricorso alla Suprema Corte, su richiesta degli aventi diritto. Essi assolvono, pertanto, ad una funzione propriamente consultiva che, sia pure effettuata su istanza individuale, finisce per soddisfare l'interesse generale alla prevenzione dei ricorsi destinati al rigetto, consentendo alla Corte di concentrarsi su questioni rilevanti e non manifestamente infondate.

Trattasi allora di una consulenza qualificata, resa in veste di ufficiali ministeriali, che potrà essere disattesa dai richiedenti in caso di ferma determinazione ad introdurre il terzo grado di giudizio. Infatti, in caso di esito sfavorevole del parere acquisito, è riconosciuta agli aventi diritto la possibilità di interpellare un secondo avvocato e, in ogni caso, di chiedere la predisposizione “forzosa” (o anche solo la sottoscrizione) di un ricorso alla Suprema Corte. Ciò potrà verificarsi anche quando l'avvocato consultato non condivida i motivi di impugnazione della sentenza d'appello; in altri termini quest'ultimo – pur disconoscendo la “paternità” sostanziale del ricorso e prendendo le distanze dal suo corredo motivazionale – potrà essere coartato a spedirlo in Cassazione.

E' innegabile che la funzione-filtro, riconosciuta agli avvocati in commento, presenti vaghe similitudini con quella del *giudice a quo* nel giudizio di legittimità costituzionale di tipo incidentale – invalso nel nostro ordinamento – sebbene, in questo caso, i requisiti di ammissibilità del ricorso siano vagliati attraverso una decisione vincolante, che non può essere “aggirata” su impulso di parte.

Ed è proprio la specificità del giudizio di Cassazione belga ad aver reso più impervio, nel caso in commento, l'accertamento sulla procedibilità del ricorso alla Corte EDU ai sensi dell'art. 35 della Convenzione. Se da un lato il parere negativo dell'avvocato interrogato poteva rappresentare un legittimo deterrente alla proposizione del gravame in Cassazione, è pur vero che quel parere non equivaleva ad una pronuncia giurisdizionale e, per conseguenza, non aveva forza cogente nell'impedire alle parti interessate di adire ugualmente il giudice di ultima istanza.

Se il Governo belga muoveva da questa prospettiva, per eccepire l'improcedibilità del ricorso, al contrario le ricorrenti – a fronte del parere negativo sulle verosimili sorti del giudizio di Cassazione – consideravano illegittimo essere costrette a promuoverlo, anche in considerazione dei maggiori oneri e dei rilevanti costi del terzo grado di giudizio.

L'obiezione del Governo, sul mancato esaurimento dei mezzi di ricorso interni, veniva inoltre contestata, dalle ricorrenti, richiamando la decisione della Corte EDU (*Chapman c. Belgio*, 39619/06, 05-03-2013, par. 32-33), che aveva ammesso il ricorso diretto avanti a sé in presenza di un parere negativo espresso dall'avvocato di Cassazione (ancor prima della scadenza del termine d'impugnazione), facendo decorrere dal suo rilascio l'ulteriore termine semestrale (richiesto dall'art 35 CEDU) per ricorrere alla Corte europea.

4. – In linea generale, in forza dell'art. 35 CEDU, i rimedi giurisdizionali interni devono essere esperiti integralmente per la tutela dei diritti fondamentali, siccome normati dal diritto processuale, spingendosi fino al vertice del sistema giudiziario (cfr. sull'esaurimento verticale cfr. Corte EDU, *Scoppola c. Italia*, 10249/03, 17-09-2009, par. 68 e 69; C. Pitea, *Art. 35 - Condizioni di ricevibilità*, in S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, *Commentario breve alla convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, 658 ss.; J.P. Costa, *The Relationship between the European Court of Human Rights and the national courts*, in 2 *European Human Rights Law Review* 385 (2007); S. Tonolo, *L'esaurimento dei ricorsi interni come condizione di ricevibilità alla nuova Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Studium iuris*, 2000, hdl.handle.net/11577/3470181). Restano escluse, dai rimedi giurisdizionali richiesti, le impugnazioni a carattere straordinario, il cui mancato esperimento non osta al ricorso diretto alla Corte EDU (cfr. Corte EDU, *Scoppola c. Italia*, cit., par. 74; in dottrina v. E. Picard, *Article 6*, in L.E. Pettiti, E. Decaux, P.H. Imbert, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Parigi, 1999, 591 ss.).

L'evoluzione giurisprudenziale, tuttavia, ha fortemente stemperato il rigore della regola processuale, mettendo in discussione quello che, *prima facie*, sembrerebbe un automatismo di agevole attuazione, idoneo a costituire un doppio livello di tutela dei diritti convenzionali (cfr. E. Malfatti, *I livelli di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, Torino, 2018). Infatti, a partire da *Lehitinen c. Finlandia* (par. 40) la Corte EDU riconosceva che la regola del previo esaurimento «non è né assoluta né suscettibile di automatica applicazione», dunque soggetta a possibili deroghe in considerazione di alcune variabili, tra cui le circostanze di fatto del ricorso, il contesto nel quale esso si colloca e la situazione personale del ricorrente (v. anche Corte EDU, *Akdivar e altri c. Turchia*, 16-09-1996, par. 69; Corte EDU, *Selmouni c. Francia*, 28-07-1999, par. 77; Corte EDU, *Kozacıoğlu c. Turchia*, 2334/03, 19-02-2009, par. 40; Corte EDU, *Gherghina c. Romania*, 42219/07, 9-07-2015, par. 87; Corte EDU, *Reshetnyak c. Russia*, n. 56027/10, 08-01-2013, par. 58; in dottrina cfr. C. Masciotta, *Il ricorso "diretto" a Strasburgo in deroga al principio del previo esaurimento ex art. 35 CEDU: un possibile "cortocircuito" tra sistema costituzionale e convenzionale di tutela?*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, in <http://www.osservatoriosullefonti.it>).

Punto di riferimento del “*new deal*” dell'art. 35 CEDU è divenuto allora il principio di effettività, sorretto dall'art. 13 CEDU, che impone agli ordinamenti interni di predisporre ricorsi adeguati, ovvero idonei a denunciare la dedotta violazione della Convenzione e realisticamente accessibili, ovvero non condizionati da inammissibili “interferenze” da parte delle autorità nazionali (sull'adeguatezza dei rimedi interni cfr. R. Pisillo Mazzeschi, S. Granata, G. Raimondi, *Commento all'art. 35*, in S. Bartole, G. Raimondi, B. Conforti, *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2001, 579 ss.).

Questa impostazione ha fatto sì che, se *ab origine* l'interessato fosse tenuto a “risalire” la scala gerarchica degli organi di giustizia fino al vertice consentito – per dimostrare di aver esperito tutti i possibili rimedi interni – successivamente la Corte di Strasburgo abbia persino ammesso il ricorso diretto avanti a sé, anche in mancanza di una pronuncia del giudice di Cassazione, purché il ricorrente si fosse azionato (seppure invano) dinanzi al giudice di prime cure (Cfr. Corte EDU, *Azzolina e altri c. Italia*, 28923/09 e 67599/10, 26-10-2017); e ciò anche in caso di omesso utilizzo di qualsivoglia rimedio interno, allorquando la lesione (del diritto fondamentale) provenisse da una legge dello Stato non soggetta ad impugnazione diretta (Corte EDU, *Costa e Pavan c. Italia*, 54270/10, 28-08-2012; Corte EDU, *Parrillo c. Italia*, 46470/11, 27-08-2015; in dottrina C. Siccardi, *I ricorsi in via diretta alla Corte EDU riguardanti una legge o un'omissione legislativa: una potenziale alternativa al giudizio in via incidentale?* Gruppi di Pisa, 17-01-2020)

Quest'ultimo arresto – con cui la Corte ha sostanzialmente escluso che l'eccezione di legittimità costituzionale, davanti al giudice comune, sia da considerarsi “rimedio effettivo” – rappresenta, rispetto al caso in commento, un significativo precedente. Non può negarsi infatti che, come detto, la reale fruibilità delle vie di ricorso interne rappresenti una precondizione per apprezzarne l'effettività e che eventuali ostacoli frapposti alla tutela dei diritti convenzionali – siano essi di natura legislativa o procedurale – possano compromettere l'esperibilità dei rimedi stessi, seppur codificati e formalmente accessibili.

Tali premesse, nel caso in esame, ponevano a carico della Corte EDU il preciso onere di verificare se il parere negativo, rilasciato dall'avvocato cassazionista, potesse rappresentare un reale ostacolo alla tutela dei diritti presso il giudice di ultima istanza – tale da giustificare il ricorso diretto a Strasburgo – oppure un legittimo “filtro” per impedire l'approdo, in terzo grado, di una impugnativa palesemente infondata. La scelta è ricaduta, come vedremo, nell'applicazione rigorosa dell'art. 35 CEDU, sia pure in considerazione del principio di effettività.

5. – La Corte rilevava che, nella devoluzione del contenzioso alla *Cour de Cassation*, il parere dell'avvocato specializzato fosse privo di effetti preclusivi, quand'anche sfavorevole circa l'esito del ricorso. La prognosi richiesta – sebbene poco rassicurante – avrebbe potuto inibire ma non impedire l'impugnativa della pronuncia d'appello, lasciando intatta la via dell'ulteriore e definitivo strumento per la tutela dei diritti. Residuavano infatti ulteriori meccanismi di garanzia per approdare al giudice di ultima istanza tra cui – come già accennato – l'acquisizione di un secondo parere (idoneo a sovvertire il primo o a mitigarne l'impatto), ovvero l'introduzione del ricorso “su richiesta”, devolvendo all'avvocato interpellato il compito tassativo di traslare il procedimento nell'ulteriore grado di giudizio, senza riserva alcuna.

Alle ricorrenti spettava dunque il potere di innescare il giudizio di cassazione con prevalenza su qualsivoglia meccanismo deterrente, riconoscendosi una sostanziale supremazia al primario interesse (soggettivo) alla tutela interna del diritto convenzionalmente garantito, rispetto all'interesse (oggettivo) alla prevenzione del proliferare incontrollato dei ricorsi. Ciò deponeva per l'accessibilità del ricorso in Cassazione in quanto disponibile senza sostanziali interferenze o fattori ostativi che fossero in grado di intralciarne il decorso in modo insuperabile e definitivo.

Nel contempo, la Corte si soffermava sull'impatto della potenziale “scriminante” (rispetto all'applicazione dell'art. 35 CEDU), rappresentata dal pronosticato insuccesso del rimedio non utilizzato. In particolare – in ambito processuale – occorre verificare che il ricorso da esperire fosse in grado di porre rimedio alle doglianze delle ricorrenti con verosimili possibilità di ottenere una sentenza favorevole (cfr., *ex plurimis*, Corte EDU, *Scoppola c. Italia, cit.*, par. 71; Corte EDU, *Olivieri e altri c. Italia, cit.*, par. 43).

Poteva infatti apparire irragionevole ed eccessivo – per contrastare la violazione di un diritto fondamentale – costringere le parti a promuovere tutte le azioni possibili, anche in presenza di un pronostico fallimentare del giudizio di ultimo grado, al solo fine di prevenire la declaratoria di improcedibilità presso la Corte europea.

Pertanto, per appurare l'effettività del ricorso non intentato, non restava che analizzare il caso concreto, muovendo dalle circostanze specifiche della fattispecie controversa e dal contesto generale, sia normativo che giurisprudenziale (cfr. CEDU, *Guida pratica sulla ricevibilità*, 31-08-2023, in www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/guida_cedu_guidapratica.pdf). Solo in tal modo sarebbe stato possibile misurare l'efficacia inibitoria del parere

sfavorevole dell'avvocato consultato, così da "scagionare" (o meno) le parti interessate, per non aver dato corso al procedimento per Cassazione.

Nel merito, le ricorrenti potevano trarre incoraggiamento e vantaggio dal menzionato precedente del tribunale di Gent, che aveva revocato le ordinanze delle piscine di Ter Wallen (a Merelbeke) e di Van Eyck (a Gent) con cui si vietava alle donne musulmane di fare il bagno con il costume integrale, non ravvisando alcuna minaccia per l'igiene dei luoghi e riconoscendo, al contempo, l'obbligo di reintegrazione del danno morale. D'altro canto la Corte di Cassazione del Belgio non era mai stata interpellata sul divieto del burkini, soffermandosi, più che altro, su fattispecie afferenti all'utilizzo in pubblico del velo islamico. Quest'ultimo aspetto, se da un lato rappresentava un fattore di rischio per le ricorrenti – già scoraggiate dal parere reso dall'avvocato cassazionista – non escludeva che il giudice di terzo grado potesse accertare l'arbitrarietà di un divieto che, *prima facie*, non sembrava sorretto dagli asseriti motivi di igiene e sanità (malcelando, al contrario, un intento discriminatorio a sfondo religioso). La mancanza di precedenti pronunce, sulla specifica questione trattata, non avrebbe potuto di per sé compromettere l'effettività del ricorso di ultima istanza, come accaduto in caso di contrasto tra opposte decisioni di Cassazione (cfr. Corte EDU, *Ferreira Alves c. Portogallo*, 19867/12, 11-07-2017, par. 27-29). Altrettanto vero che il contesto politico e sociale fiammingo, caratterizzato da una sostanziale diffidenza verso gli immigrati islamici ed una regolamentazione locale intrisa di restrizioni avverso usi e costumi di derivazione musulmana, non poteva che generare ulteriori perplessità circa l'esito del possibile ricorso in Cassazione.

In ogni caso, a fronte dell'eccezione governativa (relativamente alla violazione dell'art 35 CEDU), spettava alle ricorrenti dimostrare che il ricorso non intentato fosse, per qualche rilevante motivo, inappropriato ed inefficace, con particolare riguardo alle specifiche circostanze della causa promossa (cfr. Corte EDU, *Selahattin Demirtaş c. Turchia*, 14305/17, 22-12-2020, par. 205; Corte EDU, *Selmouni c. Francia, cit.*, par. 76).

Le ricorrenti, in tal senso, non potevano che insistere sull'asserita efficacia ostativa del parere dell'avvocato cassazionista che, in quanto sfavorevole, doveva considerarsi come "interferenza" significativa, tanto più vincolante e cogente quanto più rilevante risultasse in termini di idoneità prognostica del giudizio finale. Non a caso le istanti venivano ad elogiare il metodo utilizzato dal legale interpellato, descritto come approfondito e meticoloso nelle attività istruttorie condotte in sede consultiva. D'altra parte le ricorrenti, a fronte del presunto impedimento – rappresentato dal predetto parere – ritenevano di essere pienamente legittimate al ricorso diretto alla Corte EDU, in forza della citata pronuncia (*Chapman c. Belgio*) con cui i giudici di Strasburgo avevano, in un caso analogo, giustificato l'omesso ricorso per Cassazione, riconoscendo al parere di cui sopra un'efficacia tale far ritenere definitivamente preclusa la via dei rimedi interni.

Ogni diversa conclusione – per le due donne musulmane – avrebbe comportato una *deminutio* rispetto al ruolo dell'avvocato consultato, determinando un contrasto con la *ratio* sottesa alla sua funzione, che è proprio quella di stornare i ricorsi verosimilmente infondati. Ma soprattutto, avendone mortificato le aspettative di successo, il parere acquisito doveva considerarsi come ostacolo rilevante al ricorso in Cassazione, in grado di far desistere le interessate dal presentarlo.

Questa impostazione, tuttavia, veniva a scontrarsi con un certo orientamento della Corte di Strasburgo che in più occasioni ha disgiunto l'«effettività» del ricorso, nel senso dell'articolo 13 CEDU, dalla certezza di un suo esito favorevole (Corte EDU, *Sindacato svedese dei conducenti di locomotive c. Svezia*, 06-02-1976, par. 50; *Kudła c. Polonia, cit.*, par. 157; *Costello-Roberts c. Regno Unito*, 13134/87, 25-03-1993, par. 40; *Hilal c. Regno Unito*, 45276/99, 06-06-2001, par. 78). Anzi la Corte ha

espressamente affermato che le scarse possibilità di successo, tenuto conto delle circostanze particolari della causa, non tolgono nulla all'effettività del ricorso ai fini dell'articolo 13 della Convenzione (Corte EDU, *Murray c. Regno Unito*, 18731/91, 1994, par. 100). In altri termini il semplice fatto di nutrire dei dubbi sulle prospettive di successo di un determinato rimedio, che non sia manifestamente destinato ad avere esito negativo, non costituisce un motivo idoneo a giustificare il mancato utilizzo del rimedio stesso (Corte EDU, *Communauté genevoise d'action syndicale c. Svizzera*, 21881/20, 15-03-2022, par. 142; *Brusco c. Italia*, 69789/01; Corte EDU, *Sardinas Albo c. Italia*, 56271/00; Corte EDU, *Akdivar e altri c. Turchia*, cit., par. 71; Corte EDU, *Krasuski c. Polonia*, 61444/00, 14-06-2005, par. 69-73; Corte EDU, *Scoppola c. Italia*, cit., par. 70; Corte EDU, *Vučković e altri c. Serbia*, cit., par. 74).

Vero è che le ricorrenti, come nel caso *Chapman c. Belgio*, non si erano limitate a nutrire dubbi sulla base di una percezione soggettiva delle circostanze di causa, ma avevano ricevuto un parere sfavorevole proprio dall'organo deputato ad esprimersi sul verosimile esito del ricorso, e ciò prima della scadenza del termine per la sua proposizione. Per tale motivo, sebbene la prognosi non favorevole non equivalesse all'accertamento del sicuro fallimento del ricorso, quel parere – in certo qual modo – poteva rappresentare un atto idoneo a sancire la definitività del contenzioso, perlomeno davanti agli organi di giustizia nazionali.

Tale impostazione, in fin dei conti, avrebbe potuto essere condivisa dalla Corte di Strasburgo se le ricorrenti avessero dimostrato, sulla base della giurisprudenza nazionale o di altri elementi pertinenti, che il ricorso disponibile (ma non utilizzato) era comunque destinato a fallire; in tal caso sarebbero state esentate dal coltivarlo, mettendosi al riparo dal rischio di improcedibilità per omesso esaurimento dei rimedi interni (cfr., ad esempio, Corte EDU, *Pressos Compania Naviera S.A. e altri c. Belgio*, 20-11-1995, par. 27; Corte EDU, *Magy c. Belgio*, 43137/09, 24-02-2015).

Tuttavia, nel caso in commento, difettava la possibilità di invocare un orientamento giurisprudenziale di marca sfavorevole all'uso del costume integrale (cd. burkini) né le ricorrenti potevano far leva su pregresse decisioni di Cassazione, che anzi non si era ancora pronunciata (all'epoca dei fatti) sulla controversa questione, nulla argomentando sull'eventuale contrasto tra i contestati divieti e le norme della Convenzione richiamate nel ricorso.

6. – Concludeva la Corte escludendo che il parere dell'avvocato consultato – avendo egli predetto scarse possibilità di successo del ricorso in Cassazione – potesse sortire effetti analoghi a quelli di una decisione interna definitiva, tanto da legittimare il ricorso ai giudici di Strasburgo. Parimenti la Corte escludeva che quel parere equivalesse ad un serio ed insormontabile ostacolo alla proposizione del giudizio di terzo grado, non potendosi assimilare ad una pronuncia giudiziale ostativa all'esaurimento delle impugnazioni disponibili. Né il predire il verosimile rigetto del ricorso per Cassazione poteva equivalere ad acclararne il sicuro fallimento, residuando pur sempre un certo margine di successo per una simile iniziativa processuale, in quanto il burkini – per le sue caratteristiche – non sembrava compromettere le istanze di sicurezza poste a base del relativo divieto, né pareva minacciare l'igiene e la salute pubblica, né inficiare il diritto dei consociati ad interagire “a volto scoperto”. In buona sostanza quel divieto, al cospetto delle norme convenzionali sulla libertà di espressione del credo religioso, avrebbe potuto verosimilmente essere censurato.

Ad ogni modo la Corte EDU, senza entrare nel merito della vicenda, poteva agevolmente inferire che l'assetto del procedimento per Cassazione, in Belgio, non comprometteva l'effettività del rimedio giudiziale di ultima istanza; anche a fronte

del parere sfavorevole dell'avvocato competente, non poteva escludersi in assoluto l'esito favorevole di tale impugnazione che – nonostante la prognosi negativa – restava comunque percorribile su espressa richiesta di parte. Per tali ragioni, la sua omissione costituiva un *vulnus*, per le due ricorrenti, ai fini del ricorso diretto alla Corte dei diritti, derivandone una netta preclusione sul piano della ricevibilità dell'istanza.

Giampiero Santilli
Dipartimento di Scienze Giuridiche e Sociali
Università degli Studi "Gabriele D'Annunzio" Chieti-Pescara
giampirosantilli@yahoo.it