

AperTO - Archivio Istituzionale Open Access dell'Università di Torino

Libertà religiosa e norme 'silenti'. Studio sulla normatività implicita nel diritto ecclesiastico

This is the author's manuscript

Original Citation:

Availability:

This version is available <http://hdl.handle.net/2318/1638276> since 2021-02-24T16:19:54Z

Publisher:

Libellula Edizioni

Terms of use:

Open Access

Anyone can freely access the full text of works made available as "Open Access". Works made available under a Creative Commons license can be used according to the terms and conditions of said license. Use of all other works requires consent of the right holder (author or publisher) if not exempted from copyright protection by the applicable law.

(Article begins on next page)

LIBERTÀ RELIGIOSA E NORME ‘SILENTI’. STUDIO SULLA NORMATIVITÀ IMPLICITA NEL DIRITTO ECCLESIASTICO.

I. L’ELEMENTO IMPLICITO DEL DIRITTO.

- 1.1. Il concetto di ‘norma implicita’. Le norme ‘latenti’.
- 1.2. Norme implicite e realtà contigue.
- 1.3. Quale rapporto tra norme implicite e diritto vigente?

II. LA DIMENSIONE IMPLICITA DEL DIRITTO ECCLESIASTICO E I PROBLEMI *DE IURE CONDITO*. ESPERIENZE FRANCESI E ITALIANE A CONFRONTO.

2. 1. Il ruolo dell’implicito nella formazione dell’*acquis* costituzionale in materia di libertà religiosa. Tematizzazione e neutralizzazione dei nodi problematici nel dibattito costituente.
 - 2.1.1. Laicità e libertà d’insegnamento nella Costituzione francese del 1946.
 2. 1.2. Laicità e statuto giuridico della Chiesa cattolica nella Costituzione italiana del 1948.
 2. 1. 3. I principi costituzionali impliciti nell’interpretazione del giudice delle leggi. Il *Conseil constitutionnel* e i principi fondamentali riconosciuti dalle leggi della Repubblica.
 2. 1.4. (Segue) La Corte costituzionale italiana e i principi supremi dell’ordinamento.
2. 2. Il ruolo dell’implicito nell’attuazione dell’*acquis* costituzionale in materia di libertà religiosa. Gli effetti dell’impiego di formule indeterminate in alcuni ambiti ‘sensibili’.
 2. 2. 1. Le manifestazioni della coscienza nella sfera pubblica.
 2. 2. 1.1. La laicità e i suoi *avatar*.
 2. 2. 1.2. L’ordine pubblico
 2. 2. 2. L’autonomia confessionale. I concetti di culto, setta, confessione religiosa.
2. 3. A modo di conclusione. L’utilità del concetto di norma implicita e le prospettive *de iure condendo*.

CAPITOLO I L'ELEMENTO IMPLICITO DEL DIRITTO

1.1. Il concetto di 'norma implicita'. Le norme 'latenti'

La teoria delle norme 'implicite' o 'latenti' trova compiuta elaborazione nella riflessione del costituzionalista e sociologo del diritto canadese Roderick MacDonald¹.

Nella sua riflessione, l'elaborazione della categoria concettuale delle norme implicite si inquadra entro la più generale critica all'approccio giuspositivista. Il difetto di tale impostazione risiederebbe nel fondarsi esclusivamente sulla normatività *manifesta*, considerando la formalizzazione di norme, istituzioni, procedure e relativi mezzi di legittimazione, come il criterio decisivo per definire e distinguere ciò che è giuridico rispetto a ciò che non lo è². In altri termini, una norma si qualificherebbe come giuridica soltanto in ragione della fonte: una norma non formulata come proposizione

¹Si vedano R. MACDONALD, *Pour la reconnaissance d'une normativité implicite et « inférentielle »*, «Sociologie et sociétés», 1, 1986, pp. 47-57; ID., *Office politics*, «University of Toronto Law Journal», 3, 1990, pp. 419-476; ID., *Les Vieilles Gardes. Hypothèses sur l'émergence des normes, l'internormativité et le désordre à travers une typologie des institutions normatives*, in J.-G. Belley (a cura di), *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris 1996, pp. 233-272. Per una ricostruzione della teoria delle norme implicite di MacDonald, si veda R. MOTTA, *Roderick MacDonald e la sociologia delle norme implicite*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1, 1999, pp. 145 ss.; F. REMOTTI, R. MOTTA, *Temi di antropologia giuridica. Riflessioni e aggiornamenti su antropologia giuridica e discipline confinanti*, Torino 2006, pp. 204 ss.

Il concetto di 'implicit law' appare già nel pensiero di L. Fuller. Fuller traccia una distinzione fra il *made law*, rappresentato dalla legge, e l'*implicit law*, il cui modello è la consuetudine. Il *made law* si esprime in formule verbali, generali e prescrittive, emanate da un'autorità identificata in un determinato momento, con l'intenzione di modellare la condotta dei consociati in funzione di uno scopo preciso; l'*implicit law* non è il prodotto di un atto autoritativo verbalizzato, ma trova diretta espressione nella condotta dei consociati, quale si modella sulla base di reciproche e consolidate 'aspettative interazionali' (*interactional expectancies*), ossia sulla base delle affidabili anticipazioni che ciascun consociato si forma circa il comportamento altrui (L. FULLER, *Anatomy of the law*, New York 1968, p. 44; anche ID., *Human interaction and the law*, «The American Journal of Jurisprudence», 1, 1969, pp. 1-3, 9-10). La tesi di Fuller è che nei sistemi giuridici moderni, contrariamente alle apparenze, una larga parte del *made law* dipende dall'*implicit law* insito nella pratica interattiva dei consociati, nel senso che si sviluppa come un'implicazione di pratiche e attitudini sociali, e a partire dagli standard impliciti nell'ambiente sociale in cui opera (*Anatomy of the law*, cit., pp. 59 e 109). Per un'analisi della teoria fulleriana del diritto implicito si veda G. J. POSTEMA, *Implicit law*, «Law and Philosophy», 3, 1994, pp. 361 ss. MacDonald riprende e sviluppa alcuni degli spunti presenti nella riflessione di Fuller.

²*Les Vieilles Gardes*, cit., p. 242.

e non emanante da una istituzione statale non sarebbe, quindi, giuridica³. Dal momento che il paradigma della normatività giuridica viene identificato nella forma esplicita propria delle proposizioni legislative, la giuridicità delle altre fonti tradizionali del diritto – decisioni giudiziarie e consuetudini – viene fatta dipendere dalla loro riconducibilità al modello della legge, ossia dalla possibilità di trarne oggettivamente una norma esplicita e proposizionale, pensabile come una formula legislativa⁴. Questo avviene, per le decisioni giudiziarie, estrapolando e condensando in una formula canonica la *ratio decidendi*; per le consuetudini, rendendole esplicite attraverso la loro redazione scritta e il loro richiamo espresso nelle fonti legislative⁵.

A questa concezione del diritto, che realizza una sorta di forzata *reductio ad unum* dei diversi fenomeni normativi, appiattendoli sulla struttura logica della legge, MacDonald contrappone una categorizzazione dei “luoghi della normatività”⁶ basata invece sul presupposto della piena qualità giuridica anche delle norme non espresse o esprimibili in una formula canonica⁷ esplicita. Tale categorizzazione è imperniata sulla combinazione di due criteri distintivi, l’uno relativo al *modo di elaborazione* delle norme, l’altro alla *natura del senso normativo* veicolato da esse.

Per quanto riguarda il primo criterio, esso mette in rilievo il grado di elaborazione cosciente della normatività: si possono così distinguere norme *esplicite*, in quanto emanate da un’istituzione abilitata a stabilirle in esito a una procedura elaborata coscientemente ed espresse attraverso il veicolo simbolico del linguaggio; e norme *implicite*, generate dall’interazione dei consociati e reperibili nelle pratiche e nei comportamenti sociali che ne costituiscono l’elaborazione⁸. È così possibile tracciare un *continuum* normativo che va dalla consuetudine, paradigma delle norme implicite, prodot-

³ *Pour la reconnaissance*, cit., pp. 49-50.

⁴ *Pour la reconnaissance*, cit., pp. 51-52.

⁵ *Ibidem*.

⁶ *Les Vieilles Gardes*, cit., p. 246.

⁷ Cosa intenda MacDonald per ‘canonico’ non è di percezione immediata. In un passaggio della sua opera il termine viene usato in opposizione a “mediato” (*Pour la reconnaissance*, cit., p. 52); in un altro, sono considerate canoniche le norme espresse ritualmente e riducibili a un canone o a un rito, in opposizione alle norme prive di una formulazione fissa (*Les Vieilles Gardes*, cit., p. 249). MacDonald sembrerebbe quindi utilizzare l’espressione “canonique” nel senso di ‘espresso nella forma di un enunciato prescrittivo di senso normativo immediatamente percepibile’. E’ dunque con questo significato che impiego questo termine nell’ambito della ricostruzione del pensiero macdonaldiano.

⁸ *Pour la reconnaissance*, cit., p. 52 ; *Les Vieilles Gardes*, cit., p. 249.

te in maniera spontanea e irriflessa, alla legge, archetipo delle norme esplicite, poste autoritativamente e deliberatamente⁹.

Il secondo criterio differenzia i fenomeni giuridici secondo la maggiore o minore trasparenza del senso normativo. Si hanno così norme *codificate* o *formulate*, e norme *inferite* o *inferenziali*: le prime si caratterizzano per esprimere il loro senso normativo in formule rituali, prefissate ed esatte, sia che tali formule siano scritte in un testo di legge – come nell'esempio dell'articolo del codice civile che stabilisce che “i contratti che trasferiscono la proprietà dei beni immobili devono farsi per iscritto”; sia che siano convertibili in enunciati linguistici a partire da una pratica – come nell'esempio dell'uso commerciale che stabilisce che “gli accordi verbali di compravendita di merci agricole sono confermati dalla stretta di mano delle parti”. Le seconde invece non trovano una formulazione fissa in un testo o in una pratica, ma il loro senso normativo varia costantemente quanto ai termini in cui viene espresso e al suo significato; è quanto avviene, tipicamente, per la *ratio decidendi* nei giudizi, che non si limita a una regola precisa, benché venga talvolta ridotta nei termini succinti di una massima¹⁰. Si delinea così un secondo *continuum* normativo che va dalla legge, tipo ideale di norma codificata in una formula canonica precisa, alla decisione giudiziaria, modello di norma il cui senso normativo è approssimativo, mediato e inferito¹¹.

Dalla congiunzione delle coppie concettuali ascrivibili a ciascuno dei due criteri osservati derivano quattro tipologie di normatività socio-giuridica: 1) normatività manifesta. Essa è rappresentata dalle norme *esplicite e formulate* – elaborate mediante un procedimento istituzionale cosciente e dotate di senso normativo trasparente – il cui paradigma è fornito dalla regola legislativa; 2) normatività allusiva. È integrata dalle norme *esplicite e inferenziali* – elaborate mediante un procedimento istituzionale cosciente, ma di senso normativo mediato – il cui esempio classico è la decisione giudiziaria; 3) normatività abitudinaria (*routinière*). Questa è costituita dalle norme *implicite e formulate* – prodotto dell'interazione sociale spontanea e non necessariamente cosciente, ma dotate di senso normativo trasparente, in quanto traducibili in un enunciato prescrittivo sufficientemente preciso. Sono esemplarmente incarnate dalla consuetudine; 4) normatività latente. Consta di norme *implicite e inferenziali*, ossia emergenti dalle pratiche e dalle attitudini sociali, il cui senso è mediato, non verbalizzato in termini

⁹*Ibidem.*

¹⁰*Ibidem.*

¹¹*Ibidem.*

prescrittivi esatti e fluido. Questa categoria comprende i concetti indeterminati come l'ordine pubblico, il buon costume, l'interesse generale, ma anche i principi generali impliciti del diritto, fino ai valori e ai presupposti taciti che servono di fondamento al gruppo sociale e ai suoi vari sottogruppi e comunità¹². MacDonald considera queste ultime autentiche norme giuridiche, malgrado la tendenza dei positivisti a relegarle nel campo delle norme socioculturali¹³.

I medesimi parametri possono applicarsi anche alle istituzioni, alle procedure e alle fonti di legittimazione degli ordinamenti socio-giuridici. Così, fra le istituzioni produttrici di norme possono distinguersi istituzioni esplicite, ossia strutturate mediante procedure pubbliche e formali, e istituzioni implicite, costituite attraverso pratiche informali; istituzioni formulate, investite del compito primario e principale di generare norme nell'ambito della propria specifica giurisdizione, e istituzioni inferenziali, la cui autorità normativa non rappresenta che un aspetto e un'implicazione di compiti sociali più ampi e non si esprime necessariamente in regole imperative¹⁴. A loro volta, istituzioni e norme possono rendersi operanti attraverso procedure esplicite o implicite, a seconda che la struttura normativa dei rapporti sociali sia stabilita in via eteronoma, per mezzo dell'intervento di un terzo, o autonomamente dalle parti, mediante accordi formali o informali; formulate o inferenziali, in relazione al carattere più o meno codificato e necessitato degli argomenti di giustificazione che possono essere impiegati per dar conto di un determinato risultato normativo¹⁵. Infine, la legittimazione dell'autorità normativa esercitata può essere esplicita, se basata su criteri logico-razionali, o implicita, se non fondata razionalmente, ma su una prassi consolidata; e può essere formulata, se l'identificazione del soggetto investi-

¹²*Pour la reconnaissance*, cit., p. 53 ; *Les Vieilles Gardes*, cit., p. 250.

¹³R. MOTTA, *Roderick MacDonald e la sociologia delle norme implicite*, cit., p. 151.

¹⁴*Les Vieilles Gardes*, cit., pp. 250-252. Si avranno così quattro tipologie di istituzioni normative: esplicite e formulate, quali le istituzioni statali (legislatura, tribunali, agenzie governative) o le istituzioni a struttura corporativa (che MacDonald individua nelle confessioni religiose dotate di personalità giuridica, come la Chiesa cattolica, e nelle imprese burocratizzate come le moderne società per azioni); esplicite e inferenziali (le comunità religiose non strutturate in corporazioni o le istituzioni universitarie); implicite e formulate, come i circoli e le associazioni; implicite e inferenziali (i "saggi" o le "personnes d'expériences" di una comunità sociale).

¹⁵*Les Vieilles Gardes*, cit., pp. 252-254. Si avranno così procedure esplicite e formulate (le procedure giudiziarie); esplicite e inferenziali (le procedure di decisione discrezionali, quali sono le scelte legislative o amministrative); implicite e formulate (le negoziazioni contrattuali); implicite e inferenziali (le relazioni basate sulla fiducia e sull'esperienza).

to di autorità normativa avviene mediante regole e criteri oggettivi, o inferenziale, se avviene in forza delle qualità personali del soggetto¹⁶.

MacDonald avverte che la distinzione fra i diversi luoghi della normatività non è stagna: esemplificando in relazione alle tipologie di norme, una legge può incorporare una consuetudine, o uno dei principi generali o dei presupposti assiologici impliciti dell'ordinamento socio-giuridico, trasformandoli in norme esplicite e formulate; l'estrapolazione da una decisione giudiziaria della *ratio decidendi* e la sua espressione in una formulazione precisa la priva del carattere inferenziale; all'inverso, una decisione giudiziaria può applicare una consuetudine senza enunciarla, per cui questa rimane implicita¹⁷. Analogamente, è possibile riscontrare una commistione di elementi espliciti ed impliciti, formulati e inferenziali, all'interno dei singoli archetipi delle istituzioni, delle procedure e dei modi di legittimazione della normatività.

L'utilità del ricorso a questo schema tipologico sta nella capacità di mettere in luce il dato fondamentale che l'ordine normativo esistente si crea a partire dall'interazione di diverse forme di normatività, e di rendere possibile l'individuazione delle modalità dell'interazione fra i vari tipi normativi, in particolare fra norme manifeste e norme latenti¹⁸.

A questo proposito, MacDonald osserva che gran parte dei tipi potenziali di argomentazione impiegati per giustificare una decisione giuridica si basa su rivendicazioni normative che non sono né formulate, né esplicite. L'attenzione prioritaria accordata alle norme formulate ed esplicite deriva semplicemente dal fatto che esse sono più facilmente identificabili dai soggetti decisori. Non soltanto, però, esse non sono le sole forme dell'argomentazione giuridica; spesso non fanno che riflettere una pratica sociale inferenziale e implicita, di cui veicolano – mediante una formula canonica esplicita – il medesimo contenuto normativo¹⁹.

Le norme in tutto o in parte esplicite e formalizzate (leggi, sentenze e consuetudini) rappresenterebbero quindi la semplice 'parte emersa' di un diritto in larga parte composto da norme latenti, implicite e inferenziali, non enunciate ma profondamente condivise, che ne costituiscono il fondo

¹⁶*Les Vieilles Gardes*, cit., pp. 254-255. Ne consegue la quadripartizione in legittimazione esplicita e formulata, propria degli ordini burocratici, legali e costituzionali; legittimazione esplicita e inferenziale, associata all'autorità derivante dal possesso di una determinata perizia; legittimazione implicita e formulata, caratteristica della tradizione; legittimazione implicita e inferenziale, identificabile nel carisma.

¹⁷*Pour la reconnaissance*, cit., pp. 53-54.

¹⁸*Les Vieilles Gardes*, cit., p. 256.

¹⁹*Pour la reconnaissance*, cit., p. 56.

genetico, e che ‘premono’ sul diritto manifesto²⁰. Questa normatività latente è offuscata dal fatto che in molti casi le norme formulate ed esplicite sono direttamente applicabili; ma questi ‘casi facili’ sono tali semplicemente perché le norme manifeste che vi vengono applicate non sono dissonanti rispetto agli altri tipi di norme – allusive, abitudinarie e anche latenti – che intersecano il caso di specie, tanto che l’osservatore (e gli stessi soggetti coinvolti) sono raramente consapevoli dell’assenza di tale conflitto. Il peso delle norme latenti si impone invece in tutta la sua evidenza nei ‘casi difficili’, ossia ogniqualvolta le norme formulate ed esplicite sono in contrasto con norme implicite a forte valenza simbolica²¹.

MacDonald illustra l’interazione tra norme latenti e norme manifeste attraverso due esempi tratti dal mondo universitario. Il primo esempio è fornito dall’intersezione delle direttive elaborate dai diversi gruppi studenteschi operanti all’interno di un campo estivo²². Secondo l’organigramma ufficiale, la responsabilità delle politiche del campo e del controllo delle varie attività che si svolgevano al suo interno spettava all’*Équipe des coordonnateurs*, un organismo costituito formalmente e investito di un potere di giurisdizione esclusivo. Tuttavia, accanto a tale organismo ufficiale, sussistevano altri raggruppamenti di studenti, che rivendicavano ed esercitavano una certa autorità normativa sulle politiche e sulle attività del campo, pur non godendo di un riconoscimento *stricto sensu* formale: la *Société Nor’Westers*, un gruppo di studenti anziani organizzato e strutturato secondo procedure formali e ‘storicamente’ dotato di autorità morale, ma privo di un potere politico o decisionale ufficialmente riconosciuto; gli “*specialistes de programmes*”, gruppi identificabili in base alla specializzazione dei propri membri (musica, atletica, spiritualità), privi di criteri formali di adesione, organizzazione e deliberazione, ma investiti di un’autorità definita relativamente alle attività rientranti nel relativo campo di competenza; infine, le *Vieilles Gardes*, associazione informale non rispondente a regole precise e stabilite quanto alla formazione e ai modi operativi, ma considerato unanimemente come autorità complementare a quella, formale, dell’*Équipe des coordonnateurs*. Tali raggruppamenti erano comunicanti fra loro, nella misura in cui membri dell’uno potevano essere altresì contemporaneamente membri degli altri. L’ordine normativo del campo non era perciò delimitato dal carattere manifesto e formalizzato delle norme prodotte, ma risultava dalla complementarietà delle direttive, esplicite e implicite, promananti dai

²⁰R. MOTTA, *loc. ult. cit.*

²¹*Pour la reconnaissance*, *loc. ult. cit.*

²²*Les Vieilles Gardes*, *cit.*, pp. 236 ss.

diversi gruppi in cui si articolava la comunità studentesca; ben potendo una direttiva originata da un'istituzione latente, come le *Vieilles Gardes*, dispiegare la stessa autorità normativa di una decisione formale dell'équipe dei coordinatori.

In questo esempio, i diversi sottogruppi incarnano altrettanti tipi ideali di istituzioni normative²³; al contempo, rappresentano in forma allegorica le norme stesse, secondo i quattro modelli enucleati²⁴, evidenziando in modo particolare come gli elementi impliciti del diritto (le *Vieilles Gardes*) concorrano a plasmare l'ordinamento giuridico al pari del diritto esplicito e formulato, ed anzi vengano ad infiltrare l'area della normatività manifesta (l'*Équipe des coordonnateurs*).

Il secondo esempio è offerto dalla procedura di allocazione degli uffici vacanti tra il personale docente di un'università canadese²⁵. In base alle norme statutarie e regolamentari dell'ateneo, i criteri di distribuzione sono rimessi alla decisione discrezionale del preside; tuttavia, gli argomenti avanzati dai soggetti coinvolti nella procedura per rivendicare il proprio diritto ad un determinato ufficio traducono la convinzione che tale decisione sia in realtà vincolata al rispetto di criteri, che non risultano dunque prestabiliti in base a regole poste formalmente e autoritativamente, ma che sono piuttosto riconducibili a norme generate spontaneamente e presupposte tacitamente nelle interazioni interne alla comunità accademica, o anche nella più ampia comunità sociale in cui essa si inserisce.

Tale è l'invocazione del criterio dell'anzianità di servizio o dello *status* gerarchico, in quanto osservato nella prassi anteriore e consolidata dell'ateneo, che rimanda quindi ad una consuetudine, implicita e formulata²⁶; dei criteri del merito scientifico, del raggruppamento in uffici vicini dei docenti della medesima disciplina o con interessi di ricerca affini, della compensazione di situazioni di svantaggio, che rinviano a principi generali – di ragionevolezza, di equità – impliciti nel sistema giuridico e il cui con-

²³ Così, l'*Équipe des coordonnateurs* rappresenta il modello dell'istituzione manifesta, esplicita e formulata; la *Société Nor'Westers* quello dell'istituzione allusiva, esplicita e inferenziale; gli "*specialistes des programmes*" l'istituzione abitudinaria, implicita e formulata; infine, le *Vieilles Gardes* corrispondono al modello di istituzione latente, implicita e inferenziale (*op. ult. cit.*, p. 252).

²⁴ *Op. ult. cit.*, p. 243. Così l'*Équipe des coordonnateurs* dovrebbe esemplificare la norma legislativa, esplicita e formulata, la *Société Nor'Westers* la norma giudiziaria, esplicita e inferenziale, gli "*specialistes des programmes*" la norma consuetudinaria, implicita e formulata, e le *Vieilles Gardes* l'insieme magmatico e indefinito delle direttive assiologiche e di principio dell'ordinamento, implicite e inferenziali.

²⁵ *Pour la reconnaissance*, cit., p. 55; *Office politics*, cit., pp. 423 ss.

²⁶ *Office politics*, cit., pp. 439 e 461.

tenuto normativo si declina in maniera variabile secondo il contesto e le circostanze di riferimento²⁷; o ancora, del criterio dell'impatto che l'assegnazione di un determinato ufficio ha sulla considerazione di cui un docente gode fra i suoi colleghi, basato sul presupposto tacito che i benefici ricevuti riflettano il riconoscimento, da parte dell'ateneo, del valore del contributo apportato dal docente all'istituzione²⁸.

I rapporti internormativi appaiono dunque connotati da una complessità maggiore di quella postulata dal pluralismo giuridico classico. Questo infatti si limita a constatare la coesistenza, entro un medesimo spazio sociale, di più ordini normativi, in sé omogenei²⁹, mentre esistono una complessità ed una eterogeneità normative *all'interno* di ciascun ordine³⁰: ogni ordine di norme è al contempo un campo sociale in cui si intersecano altri ordini giuridici e normativi, e una componente di un campo sociale più vasto nel quale si intreccia con altri ordini giuridici e normativi³¹.

Inoltre, norme, istituzioni, procedure sono in costante trasformazione le une rispetto alle altre, di modo che non è possibile individuare un criterio che consenta di identificare un ordine normativo o una delle sue componenti in maniera chiara, inequivoca e definitiva. Le norme, cioè, tendono a 'fluttuare' da un luogo normativo all'altro, e da un ordine giuridico all'altro: è questo fenomeno di fluttuazione che rende conto delle influenze e delle infiltrazioni reciproche fra i diversi fenomeni normativi, le quali conducono alla creazione di un nuovo ordine giuridico, a sua volta temporaneo e indefinitamente orientato al mutamento³².

Infine, un medesimo fenomeno può essere concepito all'interno di più dimensioni normative differenti, ciascuna dotata di un proprio significato³³. Questa eventualità mette in luce la fondamentale impossibilità di concepire l'ordinamento giuridico come un tutto unificato e coerente, in cui i diversi ordini siano integrati secondo un canone logico. In virtù di tale canone, a ciascuno dei quattro archetipi individuati per uno dei luoghi della normatività (norme, istituzioni, procedure, modi di legittimazione) corri-

²⁷*Op. ult. cit.*, pp. 430- 432 e 436.

²⁸*Op. ult. cit.*, pp. 429 e 434.

²⁹ Per una ricognizione di questa impostazione all'interno delle teorie classiche del pluralismo giuridico, si vedano R. MOTTA, *Approccio classico e approccio critico al pluralismo giuridico*, «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2, 2004, pp. 346-351; N. ROULAND, *Antropologia giuridica*, Milano 1992 (tit. or. *Anthropologie juridique*, Paris 1988), pp. 76 ss.

³⁰*Les Vieilles Gardes*, cit., pp. 258-259.

³¹*Op. cit.*, p. 260.

³²*Op. cit.*, pp. 262-263.

³³*Op. cit.*, p. 263.

sponderebbero gli archetipi affini propri degli altri³⁴: ciò permette di contrapporre il diritto ufficiale, esplicito e formalizzato che si ritiene proprio delle società moderne all'ordine tradizionale, implicito e largamente inferenziale delle società primitive, trascurando le interazioni reciproche fra i diversi luoghi normativi³⁵. Tuttavia, l'apparente armonia fra archetipi affini non regge all'accertamento dell'eterogeneità e della fluttuazione degli ordini normativi; pertanto, si deve riconoscere uno stato di fisiologica incoerenza o dissonanza normativa, inerente sia all'ordinamento giuridico nel suo complesso, sia ai singoli ordini normativi che si intersecano al suo interno. Questa è una delle ragioni per cui le norme manifeste, elaborate *ex novo* da istituzioni e mediante procedure a loro volta manifeste, appaiono spesso incapaci di ottenere l'adesione dei loro destinatari: esse si basano sulla pretesa che sia possibile generare una regolamentazione giuridica unicamente mediante gli strumenti del diritto manifesto, mentre questi nuovi elementi normativi sono destinati a mescolarsi all'insieme dissonante dei luoghi normativi, potendo essere ostacolati, ad esempio, da norme implicite di segno opposto³⁶.

Nella prospettiva macdonaldiana, la normatività giuridica non è, dunque, il prodotto di un sistema coerente, ma si può raffigurare piuttosto come un 'coacervo' (*mélée*) dagli attributi interdipendenti e intrecciati³⁷. In questo coacervo un ruolo fondamentale è giocato dalle norme implicite e inferenziali. La pluralità e la diversificazione delle norme evidenzia infatti come la normatività manifesta non possa occupare realisticamente da sola l'intero ambito del giuridico; ci si può anzi domandare se non debba la propria efficacia normativa più alla capacità di appoggiarsi agli altri fenomeni normativi, come i fenomeni impliciti, che al carattere esplicito e formulato³⁸.

Il monopolio detenuto nel pensiero giuridico contemporaneo dal modello di normatività manifesta si spiega con il fatto che, in presenza di istituzioni incaricate di applicare la legge, il centro d'interesse per la ricerca normativa si sposta verso le norme esplicite e formulate che trovano conferma da parte di queste istituzioni; si tende così a concettualizzare l'emersione della dimensione giuridica dal più vasto ambito delle norme

³⁴Al tipo di legittimazione caratterizzata come manifesta corrisponderebbero procedure manifeste di strutturazione normativa dei rapporti sociali, istituzioni manifeste di produzione normativa e consequenzialmente prodotti normativi manifesti (*op. cit.*, pp. 266-267).

³⁵*Op. cit.*, pp. 267-268.

³⁶*Op. cit.*, pp. 268-269.

³⁷*Op. cit.*, p. 259.

³⁸*Op. cit.*, p. 270.

sociali nei termini di un passaggio dalle regole implicite e inferenziali a quelle formalizzate, e contestualmente non si riconosce più il carattere propriamente normativo delle prime (e delle istituzioni che le producono)³⁹. Invece, le strutture normative esplicite e formulate contribuiscono a definire soltanto alcuni aspetti particolari delle interazioni umane: in verità, il processo che conduce ad una decisione giuridica consiste nel ritrovare e nel riconoscere le norme implicite e inferenziali sottese alla situazione di vita sociale che viene di volta in volta in rilievo. Per questo motivo, soltanto le norme implicite e inferenziali potrebbero dirsi realmente normative⁴⁰.

Il punto centrale, ed anche l'apporto più innovativo, del pensiero di MacDonald è pertanto, senza dubbio alcuno, la teorizzazione della categoria delle norme latenti, implicite e inferenziali, e del loro rapporto con le norme manifeste. Prima di tentare un'analisi più precisa dei contenuti di questo tipo normativo e delle modalità con cui esso entra in relazione con le norme esplicite e formulate, si rende però necessario delimitare i confini di tale nozione rispetto ad altri concetti simili.

1.2. Norme implicite e realtà contigue

Una prima distinzione va tracciata tra l'area delle norme implicite e inferenziali e l'area del diritto non scritto, o spontaneo, che in dottrina viene principalmente, se non esclusivamente, identificato con la consuetudine⁴¹.

MacDonald mostra di considerare le norme consuetudinarie alla stregua di norme si implicite, nel senso che egli attribuisce a questo termine, di norme reperibili nei comportamenti sociali, ma formulate; norme, cioè, il cui senso normativo è reso trasparente mediante una formula prescrittiva. Egli porta a questo proposito l'esempio degli usi commerciali⁴². In base a questa ricostruzione, le consuetudini rappresentano quindi una categoria concettualmente distinta – nei limiti in cui i fenomeni di fluttuazione delle regole da un campo normativo all'altro lo consentono – da quella delle norme implicite e inferenziali.

³⁹*Pour la reconnaissance*, cit., pp. 57-58.

⁴⁰*Op. cit.*, p. 58.

⁴¹Sulla tendenziale identificazione tra diritto non scritto e consuetudine cfr. L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna 1996, p. 381; R. SACCO, *Il diritto non scritto*, in G. Alpa, A. Guarneri, P.G. Monateri, G. Pascuzzi, R. Sacco, *Trattato di diritto civile. Le fonti del diritto italiano*, vol. II, Torino 1999, p. 5. V. anche R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano 1993, p. 258.

⁴²*Pour la reconnaissance*, cit., p. 53.

La dottrina tradizionale in tema di consuetudine⁴³ concorda nell'individuare il fondamento materiale della regola consuetudinaria nella prassi ripetuta e costante dei consociati; da questo punto di vista, vi è una sostanziale coincidenza con l'analisi macdonaldiana della norma consuetudinaria come norma implicita nelle regolarità di condotta dei consociati e nelle reciproche interazioni.

È invece un dato meno indiscutibile che la regola consuetudinaria assuma la struttura di una proposizione prescrittiva, pur non scritta. La questione manca, perlopiù, di esplicita trattazione da parte della riflessione dottrinale in materia di consuetudine. Questa, infatti, quando si occupa dello stato psicologico o spirituale dei soggetti che pongono in essere la consuetudine, si riferisce non tanto alla forma con cui la regola consuetudinaria si rende presente alla coscienza dei consociati, quanto piuttosto alla percezione, variamente qualificata, che essi hanno dell'esistenza di un vincolo giuridico insito in una determinata prassi sociale⁴⁴. In altri termini, la dottrina maggioritaria si limita ad asserire che la ripetizione uniforme e costante di una pratica da parte del corpo sociale, per potersi definire consuetudine normativa, deve essere accompagnata dalla convinzione o dall'evidenza generalizzata della regola e della sua doverosità giuridica. Nulla dice, invece, sul modo in cui tale regola è formulata nel pensiero dei consociati, se in una forma canonica analoga a quella rivestita dal diritto autoritativo scritto, o in altra e diversa forma.

E tuttavia, le costruzioni dottrinarie tradizionali della consuetudine sembrano fondarsi sul presupposto implicito che le regole consuetudinarie siano, al pari delle regole legislative, oggetto di un'operazione intellettuale di verbalizzazione, ossia descrivibili mediante una formula linguistica espressa nei termini generali e astratti propri del sillogismo normativo tipi-

⁴³ Per una ricognizione di tale dottrina, si vedano, oltre alle opere citate in nt. 41, N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, Padova 1942; ID., v. *Consuetudine*, «Enciclopedia del diritto», Milano 1961, vol. IX, pp. 426 ss.; L. GILISSEN, v. *Consuetudine*, «Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile», Torino 1988, vol. III, pp. 489 ss.; A. PIZZORUSSO, v. *Consuetudine*, in «Enciclopedia giuridica Treccani», Roma 1988, vol. IX, pp. 1-12.

⁴⁴ Sull'elemento psicologico della consuetudine, normalmente identificato nella convinzione diffusa fra gli utenti della doverosità giuridica del comportamento in oggetto (c.d. *opinio iuris ac necessitatis*), v. R. SACCO, *Il diritto non scritto*, cit., pp. 10-11 e p. 29; N. BOBBIO, *Consuetudine*, cit., pp. 431 ss.; L. GILISSEN, *Consuetudine*, cit., pp. 497-498; A. PIZZORUSSO, *Consuetudine*, cit., p. 3. Fa eccezione la nota posizione del BOBBIO, secondo il quale l'*opinio* non ha valore costitutivo del diritto consuetudinario, in quanto il convincimento della coscienza non precede, ma segue l'autorità sociale da cui la consuetudine trae la forza obbligatoria (*La consuetudine come fatto normativo*, cit., pp. 54 ss.).

co: nella situazione A, opera la conseguenza giuridica B⁴⁵. Un simile presupposto si trova, del resto, alla base del procedimento di redazione scritta delle consuetudini, o dell'enunciazione della regola consuetudinaria in sentenza.

La dottrina più avvertita ha però messo in rilievo come le regole giuridiche, e specialmente le regole consuetudinarie, non siano necessariamente pensate mediante concetti definiti ed astratti espressi attraverso parole, ma possano esistere ad un livello non verbalizzato, come regole mute⁴⁶. L'applicazione della regola muta avviene, alla stregua delle regole linguistiche, non già attraverso la sua preventiva formulazione mentale e la successiva riconduzione del caso concreto allo schema astratto così formulato, bensì in modo intuitivo, in relazione al senso – all'*opinio* – della correttezza e della giustezza del ricorso a quella determinata soluzione per quella data situazione⁴⁷.

Si è così potuto parlare di regole crittotipiche, regole, cioè, esistenti e rilevanti, ma che l'operatore non formula, né è in grado di formulare verbalmente, e che mette invece in pratica in maniera non pienamente consapevole⁴⁸. Più precisamente, si tratta di regole di cui il soggetto agente ha

⁴⁵R. SACCO, *op. cit.*, p. 63. Si vedano, a titolo paradigmatico, le affermazioni di L. PALADIN, secondo cui tutte le consuetudini si prestano a essere tradotte in "formule linguistiche omogenee a quelle abitualmente proprie delle disposizioni" (*Le fonti del diritto italiano*, loc. ult. cit.), e dall'uso costitutivo della consuetudine occorre ricavare una norma, avente per natura le caratteristiche della generalità e della astrattezza (*ivi*, pp. 386-387).

⁴⁶Il tema del diritto non verbalizzato, o diritto muto, costituisce il *fil rouge* di tutta l'opera di Rodolfo Sacco. Qui mi limito a citare, in ordine cronologico: R. SACCO, v. *Crittotipo*, «Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile», Torino 1990, vol. V, pp. 39-40; ID., *Il diritto non scritto*, cit., pp. 43 ss.; ID., *Antropologia giuridica. Contributo ad una macrostoria del diritto*, Bologna 2007, pp. 175 ss.; ID., *Il diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, Bologna 2015.

Sul tema del diritto muto v. anche: R. CATERINA, *La dimensione tacita del diritto*, in R. Caterina (a cura di), *La dimensione tacita del diritto*, Napoli 2009, pp. 1-14; ID., *Il crittotipo, muto e inattuato*, in L. Antonioli, G.A. Benacchio, R. Toniatti (a cura di), *Le nuove frontiere della comparazione*, Trento 2012, pp. 85-97; D. FRANCAVILLA, *Diritto e conoscenza non linguistica. Osservazioni su origine, trasmissione e diffusione delle regole*, in *La dimensione tacita del diritto*, cit., pp. 65-76; A. GIANOLA, *Regole e meccanismi di funzionamento del diritto muto*, in *Le nuove frontiere della comparazione*, cit., pp. 125-131; M. GRAZIADEI, *La legge, la consuetudine, il diritto tacito, le circostanze*, in *La dimensione tacita del diritto*, cit., pp. 49-64; P. NERHOT, *La coutume. Le droit muet*, Torino 2012; L. PASSERINI GLAZEL, *Decriptare crittotipi*, in *La dimensione tacita del diritto*, cit., pp. 139-145.

⁴⁷R. SACCO, *Il diritto non scritto*, cit., p. 48; ID., *Il diritto muto*, cit., pp. 68 ss.

⁴⁸R. SACCO, *Crittotipo*, cit., p. 39. V. Anche R. F. A. VON HAYEK, *Studies in philosophy, politics and economics*, London 1967, pp. 43 ss.; ID., *Legge, legislazione e libertà. Una nuova enunciazione dei principi liberali della giustizia e della economia politica*, Milano 1986² (tit.

una conoscenza tacita, corrispondente al saper agire in una determinata situazione, mediante procedure automatiche, che non richiedono controllo o attenzione⁴⁹. Esse sono acquisite e percepite dagli agenti come ovvie ed autoevidenti⁵⁰; soltanto in caso di dubbio o di conflitto vi sarà uno sforzo cosciente di articolazione e di verbalizzazione, parziale e orientata alla soluzione di quella specifica situazione⁵¹. Queste regole interagiscono con il diritto scritto e verbalizzato, determinando soluzioni giuridiche non contemplate espressamente dalla legge, o anche disarmoniche rispetto alla lettera di questa, come nel caso della regola muta che permette la raccolta di frutti spontanei su suolo altrui, o che consente ai minori di compiere gli atti giuridici minuti⁵².

Le regole consuetudinarie non verbalizzate e crittotipiche possono dunque farsi rientrare nello schema delle norme implicite e inferenziali, nella misura in cui non sono poste da un'autorità istituzionale, ma neppure sono, d'ordinario, formulate attraverso enunciati prescrittivi di senso normativo definito e immediato. A riprova di ciò, si può richiamare l'osservazione secondo la quale gli *standard* sociali richiamati dal legislatore aprono la strada all'applicazione di regole di fatto, basate sul sentire dei consociati⁵³, le quali non sono necessariamente verbalizzate e consapevoli⁵⁴. Ciò significa che *standard* e clausole generali, che MacDonald qualifica espressamente come norme implicite e inferenziali, possono avere per contenuto regole consuetudinarie crittotipiche. Si può anche pensare che prassi non verbalizzate, radicate in maniera particolarmente profonda nel corpo sociale, giungano ad integrare l'ulteriore sottogruppo delle norme implicite e inferenziali, che è costituito dai presupposti impliciti della società⁵⁵.

Tra diritto non scritto e spontaneo, da un lato, e norme implicite/inferenziali, dall'altro, vi è dunque una sovrapposizione soltanto parziale: l'area coincidente viene individuata dalle regole non scritte e non verbalizzate, praticate intuitivamente dai consociati. Norme di formazione spontanea, non scritte, ma che hanno già ricevuto una verbalizzazione sufficiente-

or. *Law, legislation and liberty. A new statement of the liberal principles of justice and political economy*, London 1982²), pp. 25 ss. e 94.

⁴⁹R. CATERINA, *Il crittotipo, muto e inattuato*, cit., p. 85.

⁵⁰R. SACCO, *op. ult. cit.*, p. 40.

⁵¹R. CATERINA, *op. ult. cit.*, p. 87.

⁵²*Ivi*, pp. 90 ss.

⁵³R. SACCO, *Antropologia giuridica*, cit., p. 82.

⁵⁴R. CATERINA, *op. ult. cit.*, p. 90. V. anche M. GRAZIADEI, *La legge, la consuetudine, il diritto tacito, le circostanze*, cit., p. 63.

⁵⁵ Su questa nozione si veda meglio *infra*, § 1. 3. Per un esempio di prassi sociale integrativa di un presupposto implicito cfr. *infra*, cap. II, § 2.1.

mente compiuta, si collocano invece al di fuori dello specifico ambito del diritto 'latente'.

Una seconda distinzione si impone rispetto alla categoria concettuale del diritto vivente. Come è noto, l'espressione 'diritto vivente' può essere impiegata secondo due accezioni basilari. La prima è originariamente dovuta al sociologo del diritto Eugen Ehrlich: secondo questa concezione, il diritto vivente "è il diritto che, non formulato in proposizioni giuridiche, regola tuttavia la vita sociale", "in contrapposizione a quello valido solo per i tribunali e per gli altri organi di autorità"⁵⁶. Norme viventi sono dunque quelle che, indipendentemente dalla loro fonte, sono divenute regole dell'agire sociale, generalmente riconosciute e osservate⁵⁷: non soltanto, dunque, le norme contenute nei documenti giuridici – purché effettivamente seguite dai consociati – ma anche le consuetudini e gli usi "ignorati o trascurati dal diritto, e perfino...quelli da esso condannati"⁵⁸.

La seconda accezione del termine, più ristretta, è espressa esemplarmente nella dottrina costituzionalistica italiana⁵⁹, e individua come tale il significato normativo che, impostosi attraverso una sequenza continua di pronunce uniformi, ha attinto "forza di modello unificante delle applicazioni giurisprudenziali"⁶⁰. Regola vivente sarà dunque quella risultante dall'interpretazione consolidata e prevalente di una norma vigente, data dagli operatori giuridici istituzionali.

Le due accezioni non sono per forza di cose mutualmente esclusive. La costruzione ehrlichiana riconosce l'esistenza di un'area di intersezione fra l'ordinamento autonomo creato dalla società e le proposizioni giuridiche attuate dagli organi dello Stato, nella misura in cui queste non abbiano mera validità formale né siano applicabili a casi isolati, ma gli uomini orien-

⁵⁶E. EHRlich, *I fondamenti della sociologia del diritto*, Milano 1976 (tit. or. *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Munchen-Leipzig 1913), p. 592.

⁵⁷*Ivi*, pp. 55-56.

⁵⁸*Ivi*, p. 593.

⁵⁹ Si vedano in particolare A. ANZON, *La Corte Costituzionale e il "diritto vivente"*, in *In onore di V. Crisafulli. I. Scritti su la giustizia costituzionale*, Padova 1985, pp. 1-19; L. MENGONI, v. *Diritto vivente*, in «Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile», Torino 1990, vol. VI, spec. pp. 448 ss.; A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente"*. *Genesi, uso, implicazioni*, Milano 1994; ID., *La problematica del "diritto vivente" nella giurisprudenza costituzionale*, «Foro italiano», 1995, I, 1, pp. 474-480; G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna 1988, pp. 285 ss.; ID., *La dottrina del diritto vivente*, «Giurisprudenza costituzionale», 1986, I, pp. 1148-1166.

⁶⁰L. MENGONI, *op. cit.*, p. 448.

tino ad esse il loro agire⁶¹. D'altra parte, la determinazione del significato normativo ad opera degli interpreti del diritto non può non tenere conto dell'assetto effettivo dei rapporti sociali, quale emerge dalla concreta situazione di fatto cui va applicata la normativa vigente; tant'è vero che la stessa dottrina costituzionale del diritto vivente ha ammesso che comportamenti sociali generalizzati, divergenti dal diritto formalmente in vigore, possano 'reagire' sul significato normativo di una legge, determinandone l'incostituzionalità⁶². Si può quindi intendere la formula 'diritto vivente' come designante in generale "il diritto *ex parte societatis*, come appare una volta calato nelle situazioni e nei rapporti sociali"⁶³.

Rispetto a questa nozione ampia di diritto vivente, si può individuare un punto di contatto con la teoria macdonaldiana delle norme implicite. In particolare, entrambe le concettualizzazioni mettono in rilievo come l'ordine normativo di un gruppo sociale non sia riducibile agli enunciati formali contenuti nei documenti giuridici prodotti dalle istituzioni statali, ma si componga altresì, tra l'altro, dei valori e dei criteri prescrittivi e vincolanti, spontaneamente elaborati in seno alla società.

Allo stesso tempo, non vi è coincidenza fra la realtà significata dal diritto vivente e il tipo di norme che MacDonald qualifica come implicite e inferenziali. Infatti, è evidente che gli elementi che integrano questa categoria di norme – principi impliciti del diritto, standard, presupposti taciti della società e altre regole crittotipiche – concorrono a formare il diritto effettivamente applicato, osservato e 'vissuto' all'interno di una comunità sociale. In questo senso, *sono* diritto vivente. Ma *non sono* il diritto vivente, nella misura in cui questo risulta dalla combinazione di tutti gli elementi – espliciti ed impliciti, formulati e inferenziali – che incidono effettivamente sull'assetto normativo dei rapporti sociali. In questa prospettiva, le norme implicite e inferenziali rappresentano soltanto uno dei possibili 'materiali di costruzione' del diritto vivente entro un determinato gruppo sociale.

Un'ulteriore precisazione va fatta circa il rapporto tra norme implicite e inferenziali, e tecniche di argomentazione giuridica. È infatti lo stesso MacDonald a suggerire l'esistenza di un nesso fra le une e le altre, quando afferma che l'esistenza di norme implicite e inferenziali, e la loro rilevanza per l'ordine normativo di un sistema sociale, sono messe in evi-

⁶¹E. EHRlich, *op. cit.*, pp. 235 ss.

⁶²G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 290; ID., *La dottrina del diritto vivente*, cit., p. 1161.

⁶³G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 289; ID., *La dottrina del diritto vivente*, cit., p. 1160.

denza dalla considerazione delle fonti del diritto come un problema di argomenti⁶⁴, ossia come deducibilità dei differenti tipi di norme a partire dai criteri impiegati per la giustificazione delle decisioni giuridiche⁶⁵.

In particolare, le forme tipiche della normatività implicita e inferenziale – come principi generali e *standard* – appaiono coincidere nella sostanza con altrettante forme codificate dell'argomentazione giuridica, quali sono i *topoi*, o luoghi, giuridici.

Il concetto di *topos* viene impiegato dai teorici dell'argomentazione giuridica per illustrare il configurarsi della motivazione giuridica secondo caratteristiche di ragionevolezza e persuasività. Secondo questa tesi⁶⁶, il diritto, per essere accettato e applicato nella realtà dei rapporti sociali, deve essere ragionevole; tale ragionevolezza si misura in base alla capacità della singola soluzione giuridica di inserirsi nel consenso politico-sociale preesistente, relativo all'insieme di valori comunemente accolti nella società di riferimento⁶⁷.

Pertanto, nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme vigenti l'operatore del diritto è guidato dal fine della ricerca della soluzione simultaneamente conforme al sistema giuridico dato e ragionevole: cioè, non soltanto coerente rispetto al complesso dei precedenti, dei concetti giuridici e dei canoni ermeneutici riconosciuti dalla comunità degli interpreti del diritto, ma anche accettabile socialmente⁶⁸.

Ciò significa che la soluzione giuridica proposta non può essere esclusivamente argomentata mediante il ricorso ai criteri della logica formale e dogmatica, ma si rende necessario il ricorso ad argomenti, che facendo

⁶⁴*Pour la reconnaissance*, cit., pp. 55-56.

⁶⁵*Les Vieilles Gardes*, cit., p. 265.

⁶⁶Sostenuta in particolare da J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto. Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*, Napoli 1983 (tit. or. *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt am Main 1972); C. PERELMAN, *Logica giuridica nuova retorica*, Milano 1979 (tit. or. *Logique juridique*, Paris 1976); ID., *Ethique et droit*, Bruxelles 1990, pp. 502 ss. Sul tema si vedano anche R. ALEXI, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Milano 1998 (tit. or. *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt am Main 1978), spec. pp. 7 ss. e 160 ss.; C. PERELMAN, L. ÖLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Torino 1966 (tit. or. *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Paris 1958).

⁶⁷J. ESSER, *op. cit.*, pp. 18 ss. e 160 ss.; C. PERELMAN, *Logica giuridica nuova retorica*, cit., pp. 8-9.

⁶⁸J. ESSER, *op. cit.*, spec. pp. 154-155; C. PERELMAN, *op. ult. cit.*, p. 205.

riferimento all'ambito dei valori, siano capaci di suscitare il consenso di una cerchia di *partner* ragionevoli⁶⁹.

Tale è la funzione dei *topoi* giuridici: essi infatti sono formule che esprimono considerazioni e punti di vista ragionevoli, in quanto ancorati ai giudizi di valore pregiuridici condivisi dal corpo sociale⁷⁰. In questo senso, principi generali e *standard* giuridici svolgono una funzione 'topica'.

Si potrebbe allora essere tentati di intendere le norme implicite e inferenziali come un semplice sinonimo dei *topoi* giuridici: tali norme, cioè, starebbero soltanto a designare le formule tecniche mediante le quali il giudice attinge a considerazioni extragiuridiche, diffuse nella coscienza e nella prassi collettive, al fine di adeguare la lettura del diritto vigente al contesto sociale di riferimento.

La teoria delle norme implicite e inferenziali afferma però un *quid pluris*: attribuisce infatti a tali considerazioni e consensi assiologici prepositivi un valore già pienamente normativo⁷¹. È quindi possibile difendere l'autonomia concettuale delle norme implicite e inferenziali rispetto ai luoghi giuridici, tenendo distinta la formula usata dal giudice come argomento motivante la decisione – il *topos* – dalla norma socialmente prodotta, il cui contenuto viene veicolato attraverso tale formula topica.

1.3. Quale rapporto tra norme implicite e diritto vigente? Il ruolo delle norme implicite/inferenziali nella formazione e nell'applicazione del diritto vigente

L'analisi dei rapporti tra diritto vigente esplicitamente e formalmente e norme implicite/inferenziali esige una più puntuale ricostruzione dei contenuti della categoria concettuale. MacDonald, infatti, ne fornisce un elenco esemplificativo, senza tuttavia approfondirne la nozione e la natura,

⁶⁹J. ESSER, *op. cit.*, pp. 150 ss.

⁷⁰J. ESSER, *loc. ult. cit.*; C. PERELMAN, *op. ult. cit.*, pp. 141 ss.; C. PERELMAN – L. OLBRECHTS-TYTECA, *op. cit.*, pp. 88-91.

⁷¹J. ESSER afferma che i consensi di valore pregiuridici "diventano rilevanti, da un punto di vista etico-sociale, come modelli di regolamentazione e ideali pregiuridici e determinano allora *indirettamente* (sott. mia) il diritto, sia attraverso la ricezione legale di queste valutazioni pregiuridiche dell'agire, sia in ogni atto critico del controllo della giustizia.[...] La dottrina del metodo [...] non può negare la differenza tra norme secondo principi fondamentali positivizzati e consensi di valore pregiuridici" (*op. cit.*, p. 160). Tuttavia "[s]ociologicamente si può considerare ogni consenso di valore come «norma»" (*ibidem*). C. PERELMAN mostra un'apertura in questo senso quando afferma che principi generali del diritto e topici giuridici rappresentano regole di diritto non scritte (*Logica giuridica nuova retorica*, cit., p. 206).

e, per vero, senza neppure preoccuparsi di distinguere le diverse componenti della categoria le une dalle altre.

Egli menziona anzitutto i principi generali del diritto⁷², o i principi generali impliciti del diritto⁷³. Un primo interrogativo riguarda dunque a quale realtà si voglia fare riferimento con tale espressione. Com'è noto, infatti, in dottrina si sono sviluppate due concezioni astrattamente concorrenti dei principi generali del diritto. La prima, di stampo positivista, anche designata come teoria dell'auto-integrazione, ritiene che i principi generali non siano altro che i principi latenti nel sistema del diritto positivo, che si ricavano dalle norme positive mediante un procedimento di successiva astrazione e induzione generalizzante⁷⁴. La seconda concezione, detta dell'etero-integrazione, considera i principi generali del diritto come criteri di valutazione inerenti all'ordine giuridico, caratterizzati da un'eccedenza di contenuto deontologico o assiologico rispetto alle singole norme⁷⁵. Secondo tale ricostruzione, le norme singole rispecchiano solo parzialmente i principi generali del diritto, che non possono pertanto venire astratti a partire da queste; al contrario, essi rappresentano le "somme valutazioni normative, principi e criteri di valutazione costituenti il fondamento dell'ordine giuridico e aventi una funzione genetica rispetto alle singole norme"⁷⁶. Essi vengono pertanto attinti "al fondo comune del diritto e dell'ethos, quale si denunzia nel costume sociale generalmente osservato...e negli ideali di vita che esso suggerisce"⁷⁷, e fungono da criteri euristici ed ermeneutici nell'individuazione della massima di decisione del caso concreto⁷⁸.

Delle due concezioni osservate, la prima sembrerebbe scarsamente compatibile con la qualificazione dei principi generali come norme impli-

⁷²*Les Vieilles Gardes*, cit., pp. 249-250.

⁷³*Pour la reconnaissance*, cit., p. 53.

⁷⁴ Danno conto di questa concezione G. ALPA, *I principi generali*, Milano 1993, p. 161; N. BOBBIO, v. *Principi generali di diritto*, «Novissimo Digesto Italiano», Torino 1966, vol. XIII, p. 891. Nella letteratura francese, che qui rileva per l'analisi che di tale ordinamento si farà nel prosieguo della trattazione, ha tradizionalmente prevalso l'approccio positivista alla questione: si vedano, fra gli altri, J. BOULANGER, *Principes généraux du droit et du droit positif*, in *Le droit privé au milieu du XXe siècle. Etudes offerts à George Ripert*, Paris 1950, pp. 51 ss.; B. GENEVOIS, *Principes généraux du droit*, «Encyclopédie Dalloz. Répertoire de contentieux administratifs», Paris, Dalloz, 2010, t. III, §§ 35 ss.; G. MORANGE, *Une catégorie juridique ambiguë: les principes généraux du droit*, «Revue du droit public», 4, 1977, pp. 761 ss.

⁷⁵ Campione di questa teoria è E. BETTI, di cui si vedano in particolare *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano 1971, pp. 308 ss.; *Teoria generale dell'interpretazione*, Milano 1990, vol. II, pp. 844 ss.

⁷⁶E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, cit., p. 851.

⁷⁷ID., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., p. 319.

⁷⁸*Ivi*, p. 326.

cite, dal momento che essi sarebbero sempre riconducibili, in un certo senso, ad una norma esplicita e formulata.

In realtà, vale l'osservazione secondo cui i diversi approcci teorici al concetto di principio generale del diritto riflettono semplicemente il carattere non unitario della categoria dei principi⁷⁹, alcuni dei quali sono certamente estraibili da una o più norme espresse del diritto positivo, allorché altri non sorgono da esse, ma sono tratti dallo spirito del sistema, dalla natura delle cose, o ancora dalle aspirazioni e dalle esigenze morali e di giustizia affioranti nella società in un determinato momento storico, e non ancora accolte nel diritto positivo⁸⁰.

Nell'ottica della teoria macdonaldiana, la qualificazione dei principi generali del diritto come norme implicite e inferenziali non dipende tanto dal modo in cui essi si generano all'interno dell'ordinamento giuridico, quanto piuttosto dalla loro peculiare natura, ossia dal fatto che essi rispecchino valori o giudizi di valore sottesi all'ordinamento⁸¹, non esauriti né esauribili in una determinata formula autoritativa, ma egualmente produttivi di effetti normativi – nella misura in cui orientano sia la formazione che l'interpretazione e l'applicazione di norme positive⁸².

Nella medesima ottica va altresì affrontata la questione se tutti i principi generali del diritto rientrino, in quanto tali, nella categoria delle norme implicite e inferenziali, o se, come sembra suggerire la formula “principi generali impliciti del diritto” impiegata dallo MacDonald, soltanto taluni di essi possano definirsi tali.

In dottrina si è introdotta la distinzione fra principi espressi, ossia esplicitamente formulati da un'autorità legislativa, e principi inespressi, rispetto ai quali si può dire che manchi una disposizione legislativa che ne

⁷⁹N. BOBBIO, *op. ult. cit.*, pp. 893-894.

⁸⁰*Ivi*, p. 895. Nella dottrina francese, osservazioni analoghe si ritrovano nella riflessione di O. ECHAPPE, *Les principes généraux du droit d'après les jurisprudences du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel*, th. doct., Paris 1980, pp. 101 ss.; J.-M. MAILLOT, *La théorie administrative des principes généraux du droit. Continuité et modernité*, Paris 2003, pp. 383 ss.

⁸¹ Si veda in tal senso R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna 1982 (tit. or. *Taking rights seriously*, Cambridge Mass. 1977), pp. 90 ss.

⁸² Sulla funzione dei principi in rapporto alla formazione e all'applicazione delle norme positive si vedano G. ALPA, *op. cit.*, pp. 174 ss.; S. BARTOLE, v. *Principi di diritto (diritto costituzionale)*, «Enciclopedia del diritto», Milano 1986, vol. XXXV, pp. 531 ss.; N. BOBBIO, *op. ult. cit.*, pp. 895 ss.; R. GUASTINI, v. *Principi di diritto*, «Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile», Torino 1995, vol. IV, pp. 351 ss.; ID., *Teoria e dogmatica delle fonti*, Torino 1998, pp. 295 ss.; F. MODUGNO, v. *Principi generali dell'ordinamento*, «Enciclopedia giuridica Treccani», Roma 1991, vol. XXIV, p. 4.

costituisca formulazione adeguata ed esauriente⁸³. All'interno della categoria dei principi inespressi, poi, si è individuato un ulteriore insieme di principi, definibili come “principi totalmente inespressi”⁸⁴ o anche “principi occulti”⁸⁵, che non sono né formulati, né desumibili da qualche disposizione legislativa, ma sono piuttosto riconducibili, appunto, alla natura delle cose, alla c.d. costituzione materiale, al sistema giuridico nel suo complesso o ad altri principi inespressi, e che in ogni caso sono espressivi di ideologie, dottrine⁸⁶, ragioni di politica del diritto⁸⁷.

Ci si può quindi domandare se soltanto quest'ultima categoria di principi possa annoverarsi fra le norme implicite e inferenziali. Ne resterebbero fuori, di conseguenza, sia i principi espressi, che sono all'evidenza norme esplicite e formulate; sia gli altri principi inespressi, ma in qualche modo riconducibili ad una o più disposizioni normative, che sarebbero qualificabili come norme esplicite ed inferenziali, in quanto normalmente ricostruiti dall'interprete autorizzato a partire da norme positive, pur se il loro contenuto non può essere racchiuso in una formula definitiva ed esaustiva, ma rimane in certa misura indeterminato.

E tuttavia tale conclusione non soltanto non tiene conto del fatto che lo stesso MacDonald non insiste sul necessario carattere implicito dei principi; ma neppure dell'idea, centrale nel pensiero macdonaldiano, della fluttuazione delle norme da una tipologia all'altra – talché la medesima norma può figurare ora come norma esplicita e formulata, ora come norma implicita e inferenziale, a seconda del modo in cui viene di volta in volta concettualizzata ed impiegata. Del resto, in dottrina si è osservato che i principi inespressi possono avere un aggancio anche molto tenue con il discorso legislativo, come nel caso in cui, invece di essere desunti da una pluralità di disposizioni, vengono ricostruiti a partire dalla *ratio* di una singola

⁸³R. GUASTINI, *Sui principi di diritto*, «Diritto e società», 4, 1986, pp. 611 ss. Cfr. anche A. FALZEA, *Dogmatica giuridica e diritto civile*, «Rivista di diritto civile», 1990, I, pp. 759 ss.; L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., p. 114. È principio espresso, ad esempio, il principio di irretroattività della legge penale di cui all'art. 25, c. 2 cost.; è principio inespresso il principio della laicità dello Stato, che si ricostruisce a partire da un insieme di disposizioni normative espresse, ma non trova in alcuna di esse una formulazione esplicita ed esaustiva.

⁸⁴R. GUASTINI, *op. cit.*, p. 614.

⁸⁵G. ALPA, *op. cit.*, pp. 437 ss.

⁸⁶R. GUASTINI, *op. cit.*, pp. 614-615.

⁸⁷G. ALPA, *op. cit.*, p. 437. Principi di questo genere sarebbero, ad esempio, il principio di separazione dei poteri, i principi dello stato di diritto, i principi supremi della costituzione materiale, la c.d. “norma esclusiva generale” (cfr. R. GUASTINI, *loc. ult. cit.*), ma anche il principio della distribuzione ottimale dei rischi extracontrattuali o il *favor* per la pubblica amministrazione in materia di responsabilità civile (G. ALPA, *op. cit.*, pp. 441 e 444).

norma espressa⁸⁸. Perciò anche i principi generali che, pur non trovando compiuta formulazione in una norma espressa, sono variamente riconducibili ad una o più disposizioni del diritto positivo, possono egualmente operare come norme implicite e inferenziali: allorché, ad esempio, siano applicati senza essere enunciati, oppure siano richiamati nelle premesse di un ragionamento giuridico senza che ne vengano precisati né il contenuto, né la relazione con la decisione del caso singolo⁸⁹.

MacDonald indica poi fra le norme implicite e inferenziali “elementi quali i concetti di buon costume, di ordine pubblico, di interesse generale”⁹⁰, “di condotta ragionevole”⁹¹. Si tratta di un insieme di elementi eterogenei, riconducibili ora alla categoria delle clausole generali, ora a quella degli *standard* valutativi. La definizione della natura di questi elementi normativi, e degli aspetti distintivi di ciascuna nozione, si presenta particolarmente complessa e problematica.

Intanto, si pone il problema della distinzione della categoria delle clausole generali e degli *standard* rispetto a quella dei principi generali del diritto. In dottrina si sono avanzati i seguenti criteri distintivi: 1) i principi generali del diritto sono norme, mentre le clausole generali e gli *standard* sono elementi, componenti o frammenti di norme⁹², in quanto “non hanno una propria autonoma fattispecie, ma sono destinate a concretizzarsi nell’ambito dei programmi normativi di altre disposizioni”⁹³. Questo criterio, peraltro non incontestato⁹⁴, sembrerebbe squalificare clausole generali e *standard* come norme in senso proprio, dunque anche come norme implicite e inferenziali. In realtà, nella prospettiva della teoria macdonaldiana, non

⁸⁸R. GUASTINI, *op. cit.*, p. 613, che fa l’esempio del principio di ragionevolezza.

⁸⁹In quest’ultimo caso, peraltro, si potrebbe anche ipotizzare che fra il principio espresso e la massima di decisione si sia inserita un’ulteriore norma implicita e inferenziale.

⁹⁰*Pour la reconnaissance*, cit., p. 53.

⁹¹*Les Vieilles Gardes*, cit., p. 250.

⁹²L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, «Rivista critica del diritto privato», 1, 1986, pp. 10-11; V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano 2010, p. 78.

⁹³L. MENGONI, *op. cit.*, p. 11.

⁹⁴Si vedano in proposito le osservazioni di S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, «Rivista critica del diritto privato», 4, 1987, p. 723: “Peraltro, il fatto che la clausola generale sia destinata ad operare nel quadro delineato da altre disposizioni non è argomento sufficiente per depotenziarla o differenziarla per questo solo fatto da altri tipi di norme giuridiche. Basta tener presente che anche altre norme, ad esempio quella sulla causa, sono destinate ad operare solo nell’ambito della disciplina prevista per il negozio giuridico: e ciò permette di rendersi conto che l’essere una norma inserita in un tessuto di relazioni necessarie con altre norme non incide sulla sua completezza, considerata dal punto di vista della prescrizione in essa contenuta”.

conta molto che l'effetto normativo sia ascrivibile ad una norma *a part entière* o ad un suo elemento compositivo. Inoltre, si deve ritenere che MacDonald, quando definisce questi elementi come norme (implicite e inferenziali), non si riferisca tanto alla formula o al sintagma mediante i quali tali norme fanno la loro comparsa nel diritto espresso, quanto piuttosto al (giudizio di) valore, normativamente efficace, cui la formula o il sintagma rimandano, e che può considerarsi a tutti gli effetti norma⁹⁵; 2) i principi generali del diritto, a differenza delle clausole generali e degli *standard*, non fanno rinvio a valori extragiuridici, in quanto o sono espressi, o sono desumibili da altre norme positive mediante procedimenti di estrapolazione generalizzante⁹⁶. Questo criterio presuppone una concezione rigorosamente positivista della categoria dei principi generali, che si è però visto essere quantomeno incompleta e parziale; 3) i principi generali sono caratterizzati da una "più forte idealità" rispetto a clausole generali e *standard*, in quanto mentre i canoni valutativi "sono interamente calati nella storicità, della quale esprimono gli aspetti normativi presenti nella coscienza sociale", i principi sono invece "interamente calati nell'eticità" perché "espressione giuridica delle aspirazioni della società a uno stile di vita conforme ai valori più alti dell'umanità"⁹⁷; 4) i principi generali hanno carattere e valore fondativo dell'ordinamento⁹⁸, e costituiscono pertanto il quadro di riferimento e l'ambito in cui sono destinati a operare clausole generali e *standard*⁹⁹.

Peraltro, una parte della dottrina giunge alla conclusione che la ricerca di un criterio distintivo tra principi del diritto e clausole generali o *standard* sia, in fin dei conti, sterile: semplicemente non c'è una necessaria sovrapposizione fra le diverse categorie (ma neanche una necessaria distinzione), nella misura in cui i principi generali possono contenere (ma anche possono non contenere) termini valutativi¹⁰⁰ o concetti vaghi socialmente tipici¹⁰¹, cioè termini e concetti che rinviano, per la determinazione del proprio significato normativo, a criteri ulteriori, desumibili dai valori etico-

⁹⁵ Così appunto MACDONALD parla di "norme implicite e inferenziali o di valore" (*Les Vieilles Gardes*, loc. ult. cit.) (corsivo mio).

⁹⁶ C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, Milano 1990, p. 329.

⁹⁷ A. FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, «Rivista di diritto civile», 1987, I, pp. 13-14.

⁹⁸ A. FALZEA, *op. cit.*, p. 14; C. LUZZATI, *op. cit.*, p. 330; S. RODOTÀ, *op. cit.*, p. 721.

⁹⁹ S. RODOTÀ, *op. cit.*, pp. 721-722.

¹⁰⁰ V. VELLUZZI, *op. cit.*, pp. 79 ss.

¹⁰¹ Per quest'ultima nozione si veda C. LUZZATI, *op. cit.*, pp. 229 ss.

sociali o da altre norme del sistema giuridico (al pari delle clausole generali e degli *standard*)¹⁰².

Vi è poi la questione, che ha interessato principalmente la dottrina italiana, della delimitazione reciproca fra la categoria delle clausole generali e quella degli *standard* valutativi. Per la corrente di pensiero che ritiene distinguibili i due concetti¹⁰³, la clausola generale è il termine di natura valutativa, caratterizzato da indeterminatezza, il cui significato va determinato facendo ricorso a criteri che vanno reperiti al di fuori della norma – sovente nelle valutazioni etico-sociali e del costume¹⁰⁴; lo *standard* invece “è il criterio di giudizio” – eventualmente di tipo etico-sociale – “per mezzo del quale si determina il significato della clausola generale”¹⁰⁵.

Infine, si pone un problema di distinzione fra clausole generali e *standard*, da un lato, e altri concetti che presentano elementi di affinità, in quanto suggeriscono la possibilità di un’integrazione del significato normativo mediante il ricorso a *standard* esterni, come i concetti giuridici indeterminati. Il *proprium* dei concetti giuridici indeterminati sarebbe infatti di essere caratterizzati da una ‘zona grigia’ di significato – costituita dai casi non chiaramente ascrivibili al concetto – che manca o è molto più ridotta nei concetti giuridici determinati¹⁰⁶, e che renderebbe necessaria un’operazione valutativa da parte dell’interprete, condotta non solo in rife-

¹⁰² Così, non contengono termini valutativi il principio (espresso) dell’irretroattività della legge penale, o il principio (inespresso) dispositivo nel processo civile. Un principio che contiene termini valutativi è quello (espresso) dell’obbligo del creditore e del debitore di comportarsi secondo correttezza; o quello (inespresso) di ragionevolezza.

¹⁰³ Non ritengono distinguibili le due nozioni A. FALZEA, *op. cit.*, pp. 1 ss.; S. RODÒ, *op. cit.*, p. 726. Tale sembra essere la posizione seguita anche nella letteratura francese, nella misura in cui alla macrocategoria degli *standard* si ascrivono indifferentemente concetti qualificabili come clausole generali o come *standard* in senso proprio: si vedano in questo senso P. DELEBECQUE, *Il ricorso dei giudici alle clausole generali in Francia*, in L. Cabella Pisu, L. Nanni, *Clausole e principi generali nell’argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, Padova 1998, pp. 65 ss.; S. LETURCQ, *Standards et droit fondamentaux devant le Conseil constitutionnel français et la Cour européenne des droits de l’homme*, Paris 2005; S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l’idée de normalité*, Paris 1980. Si veda anche C. PERELMAN, *Les notions à contenu variable en droit. Essai de synthèse*, in C. Perelman, R. Vander Elst, *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles 1984, pp. 363 ss.

¹⁰⁴ V. VELLUZZI, *op. cit.*, p. 71.

¹⁰⁵ V. VELLUZZI, *op. cit.*, p. 64. Seguono questa impostazione E. FABIANI, *Clausole generali e sindacato della Cassazione*, Torino 2003, pp. 57-58; L. MENGONI, *op. cit.*, pp. 13 e 18; F. PEDRINI, *Le “clausole generali”. Profili teorici e aspetti costituzionali*, Bologna 2013, pp. 98-99.

¹⁰⁶ M. BOVE, *Il sindacato della Corte di cassazione. Contenuto e limiti*, Milano 1993, pp. 17 ss.; E. FABIANI, *op. cit.*, pp. 46-47.

rimento ai principi dell'ordinamento, ma anche agli *standard* di valore propri di un dato contesto sociale¹⁰⁷.

Ai fini della determinazione del contenuto delle norme implicite e inferenziali, comunque, pare necessario, ma anche sufficiente, individuare il tratto essenziale comune ai vari concetti evocati: ossia, il fatto che il loro contenuto normativo sia indeterminato (integrando la qualità della *inferenzialità*) e, almeno tendenzialmente, aperto a valutazioni normative non positivizzate (accedendo così alla dimensione *implicita* del diritto)¹⁰⁸.

Potranno dunque dirsi norme implicite e inferenziali le norme o indicazioni normative richiamate da formule, termini, sintagmi (clausole generali, concetti giuridici indeterminati, norme elastiche), che in virtù della loro struttura rinviano, per la determinazione del loro contenuto normativo, a criteri (*standard*), che non sono già insiti nella formula o termine o sintagma, ma che vanno tratti altrove, e in particolare, dalle forme di comportamento social-tipiche o idealtipi assiologici¹⁰⁹. La formula (e la norma da essa richiamata) potrà essere implicita e inferenziale perché applicata senza essere enunciata¹¹⁰; oppure perché enunciata senza ulteriore specificazione quanto al suo concreto contenuto normativo (in tal caso, infatti, ad essere esplicita è solo la formula di richiamo)¹¹¹.

Più sfuggente appare invece la terza categoria di norme implicite e inferenziali indicata da MacDonald con la formula “presupposti taciti che servono d'assise alle comunità e ai sottogruppi sociali”¹¹², e di cui sembra portare ad esempio i valori sottesi ai rapporti sociali¹¹³.

Mi sembra anzitutto da escludere che tale categoria di norme coincida con il contenuto della costituzione materiale di un ordinamento.

¹⁰⁷E. FABIANI, *op. cit.*, p. 55. Un esempio di concetto giuridico indeterminato che richiede di essere integrato con riferimento a *standard* social-tipici potrebbe essere quello di “confessione religiosa”.

¹⁰⁸A. FALZEA, *op. cit.*, pp. 3-4; F. PEDRINI, *op. cit.*, p. 19; M. TARUFFO, *La giustificazione delle decisioni fondate su standards*, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, Torino 1989, vol. II, pp. 312-313.

¹⁰⁹M. TARUFFO, *op. cit.*, p. 328.

¹¹⁰Si è anche parlato dell'esistenza di clausole generali ‘apocriefe’, cioè prive di aggancio ad una disposizione normativa (F. PEDRINI, *op. cit.*, p. 49), come secondo taluni potrebbe essere il criterio di ragionevolezza in tema di rapporti contrattuali (cfr. in senso critico rispetto a questa tesi S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano 2013, pp. 17 ss.). Non v'è dubbio che clausole generali o *standard* di questo tipo, se ve ne sono, rientrano a pieno titolo nella categoria delle norme implicite e inferenziali.

¹¹¹Ciò che permette di corroborare l'analoga conclusione cui si è pervenuti in tema di principi generali.

¹¹²*Pour la reconnaissance*, cit., p. 53.

¹¹³*Les Vieilles Gardes*, cit., p. 249.

L'osservazione vale sicuramente in riferimento alle concezioni della costituzione materiale, che la individuano nelle determinazioni politiche e normative relative alla forma di Stato o di governo, o nelle norme sulla produzione giuridica, o ancora nel regime politico di uno Stato, che sia inteso come l'insieme dei fini politici in vista dei quali le forze dominanti orientano l'azione statale, o come il reale assetto e funzionamento delle istituzioni politiche¹¹⁴. Tali concezioni presuppongono infatti una intenzionalità politico-istituzionale, che mal si concilia con il carattere implicito, non riferibile ad una volontà autoritativa, delle norme che qui ci occupano.

Ma l'identificazione va esclusa altresì con riguardo alla concezione della costituzione materiale come insieme delle norme (principi, valori) fondamentali e originarie di un ordinamento costituito, cioè come parte fondamentale, supercostituzionale, della costituzione formale¹¹⁵. Infatti, norme di questo genere potrebbero eventualmente rientrare nella categoria delle regole implicite e inferenziali, ove ne presentassero le caratteristiche, a titolo di principi generali (impliciti) del diritto¹¹⁶. Non è da escludersi che taluni principi o valori della costituzione materiale, intesa in quest'ultimo senso, trovino fondamento in determinati presupposti radicati nel costume e nel sentire sociale, ma questo non implica la sovrapposizione immediata e necessaria dei due piani, quello delle norme sociali e quello delle norme (materialmente) costituzionali.

Il significato del concetto di presupposto tacito di una comunità sociale può essere chiarito, a mio avviso, facendo piuttosto riferimento a due ulteriori concetti tratti dalle discipline antropologiche e sociologiche. Il primo è quello di "blocco culturale": esso designa un'entità antropologica a cui corrisponde una determinata visione della realtà, da cui deriva un determinato precipitato etico-giuridico, un determinato senso della giustizia o sensibilità giuridica; da questo dipende la costruzione in termini normativi del comportamento¹¹⁷.

¹¹⁴ Per una sintesi di queste concezioni, si veda R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., pp. 320-321. Sul concetto di costituzione materiale si vedano inoltre F. MODUGNO, *Il concetto di costituzione*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano 1977, vol. I, pp. 197 ss.; C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, Milano 1940 (rist. 1998); ID., v. *Costituzione (dottrine generali e costituzione della repubblica italiana)*, «Enciclopedia del diritto», Milano 1962, vol. XI, spec. pp. 166 ss.; V. ZANGARA, *Costituzione materiale e costituzione convenzionale (notazioni e spunti)*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*, cit., vol. I, pp. 333 ss.

¹¹⁵ In questo senso V. ZANGARA, *op. cit.*, p. 351.

¹¹⁶ Si pensi ad esempio al principio personalista, o al principio del pluralismo.

¹¹⁷ Questa ricostruzione concettuale va ascritta a C. GEERTZ (*Local knowledge. Further essays in interpretive anthropology*, London 1983, pp. 167 ss.). Egli muove dall'idea che la di-

Il secondo concetto è quello di “legature culturali”: si tratta dei vincoli culturali associati alle unità basilari di una società, che insieme alle convinzioni morali e alle altre componenti della coscienza collettiva modellano il comportamento sociale; esse permettono alla struttura normativa di una società di reggersi, in quanto forniscono la legittimazione etica delle norme, ancorandole alla percezione condivisa di ciò che è giusto¹¹⁸.

Sebbene si tratti di concetti distinti, entrambi mettono in luce la forza normativa delle concezioni etico-culturali relative al dover essere delle relazioni umane comuni ad un determinato gruppo sociale. Tali sono, ad esempio, le concezioni dei diritti soggettivi, della persona, delle relazioni familiari o coniugali, e anche della religione e del suo ruolo nello spazio pubblico.

I presupposti taciti di cui parla MacDonald trovano quindi la loro collocazione in “quel «buio animato», ricco di significati normativi ancora non-liberati”, che è costituito dagli assunti di valore fondanti e identificativi di una particolare tradizione culturale e sociale¹¹⁹.

L’insieme delle norme implicite e inferenziali comprende dunque i diversi contenuti deontici esterni al diritto posto in via autoritativa e formalizzato in enunciati espressi: da quelli meglio definiti, in quanto già oggetto di una qualche verbalizzazione, ancorché incompleta e non cristallizzabile in formule definitive – come i principi e le clausole generali – a quelli

menzione giuridica delle cose sia parte di una particolare maniera di immaginare o rappresentare il reale (p. 173): le istituzioni giuridiche operano quindi nel senso di tradurre dal linguaggio dell’immaginazione (la struttura dell’esistenza, così come viene localmente immaginata) al linguaggio della decisione, formando un determinato senso della giustizia. Il particolare senso della giustizia o sensibilità giuridica sviluppato da un blocco culturale si differenzia da quelli propri ad altri blocchi culturali per i modi - simboli, narrazioni, distinzioni, visioni – che impiega per rappresentare gli eventi in una forma giustiziabile (pp. 174-175). Egli porta l’esempio dei tre blocchi culturali rappresentati dal mondo islamico, dal mondo indiano e dal mondo malese, ciascuno dei quali è contrassegnato da una particolare chiave di lettura del diritto e del suo rapporto con l’esperienza umana (il concetto di *haqq*, o verità, per il mondo islamico; il concetto di *dharma*, o dovere, per il mondo indiano; il concetto di *adat*, o consenso, per il mondo malese), che ne condiziona il modo di elaborare norme di decisione per il caso singolo (pp. 184 ss.). Per una riflessione su tale teoria e il suo collegamento con il concetto di norma implicita e inferenziale cfr. R. MOTTA, *Intorno ai concetti giuridici e antropologici. Occidente e altri “blocchi culturali” a confronto*, «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2, 1995, pp. 424 ss.

¹¹⁸ Tale concetto è stato elaborato da R. DAHRENDORF (*Law and order*, London 1985, spec. pp. 25-26 e 44-45).

¹¹⁹ R. MOTTA, *op. ult. cit.*, pp. 423-424.

ancora ‘informi’, e per così dire sepolti nella coscienza collettiva – i crittotermini, o i presupposti socioculturali.

La teoria di MacDonald evidenzia il carattere propriamente normativo di tali contenuti, nella misura in cui questi concorrono a determinare il quadro complessivo delle regole che ordinano la vita dei consociati, al pari delle norme esplicite e formulate. Si tratta ora di vedere in che modo tali norme implicite e inferenziali interagiscono con il diritto positivo, sia sul piano della sua formazione, che su quello della sua applicazione.

Secondo MacDonald, tale interazione avviene mediante l’assunzione delle norme implicite e inferenziali fra i criteri di giustificazione di una decisione giuridica, sia essa presa al livello, generale e astratto, della legge, o a quello singolare e concreto della prassi giurisdizionale o amministrativa¹²⁰.

Con riferimento al caso delle norme legislative (ossia al momento propriamente genetico del diritto esplicito e formulato), queste possono quindi, per questa via, venire a incorporare simboli, prassi e valori impliciti e inferenziali¹²¹.

Ciò può avvenire in maniera più o meno percettibile: la o le norme latenti integrate nella norma legislativa possono rimanere celate dalla formulazione testuale (apparentemente) anodina della legge. In questo caso esse emergeranno piuttosto dai documenti che testimoniano del processo formativo della legge, quali i rapporti d’inchiesta, i lavori preparatori, i dibattiti parlamentari e le relazioni di presentazione. La presenza di norme implicite e inferenziali potrà allora, paradossalmente, rendersi manifesta proprio attraverso il silenzio della legge circa i propri presupposti e principi ispiratori¹²².

Più spesso, però, tale presenza emergerà dalla vaghezza delle espressioni impiegate dal legislatore, attraverso cui la norma viene più immediatamente aperta ai contenuti deontici extrapositivi, come avviene appunto allorché si utilizzino clausole generali o concetti giuridici indeterminati. Ciò è specialmente vero per le norme di rango costituzionale, data la loro funzione di tradurre sul piano istituzionale il complesso dei valori socio-giuridici nei quali si riconosce una data *polis*; e in particolare, per quelle fra queste norme che sanciscono diritti fondamentali, il cui contenuto e i cui limiti sono necessariamente formulati in termini peculiarmente ampi e fles-

¹²⁰ *Pour la reconnaissance*, cit., pp. 55 ss.

¹²¹ *Op. cit.*, p. 53.

¹²² Come è, in parte, il caso della legge francese sull’occultamento del volto nei luoghi pubblici. Cfr. *infra*, § 2.2.1.2.

sibili, proprio perché devono poter accogliere e mediare la varietà, anche conflittuale, degli interessi e delle istanze che a tali diritti si richiamano.

Il ricorso a formule testuali incorporatrici di norme implicite e inferenziali entro il diritto esplicito e formulato può dipendere dal fatto che il legislatore dia per scontata una determinata concezione o prassi sociale condivisa circa il significato di un enunciato normativo o i valori ed i fini da esso perseguiti; in altre parole, faccia affidamento sull'esistenza effettiva e sul seguito incontestato di cui le norme implicite incorporate godono nel gruppo sociale di riferimento. Così, ad esempio, il costituente italiano, quando ha definito la famiglia "società naturale", non ha ritenuto di specificare che tale concetto indicava la famiglia eterosessuale e etero-parentale, in quanto ha presupposto come pacifico un criterio assiologico e deontico in tal senso, latente nella coscienza sociale.

Il silenzio o la vaghezza del linguaggio legislativo funzionali alla ricezione di norme implicite e inferenziali possono, diversamente, ascrivere alla volontà del legislatore di aggirare controversie politiche ed ideologiche non componibili circa il contenuto di un principio o di un concetto normativo, rinviandone la definizione ai parametri normativi emergenti dalle interazioni sociali. Un legislatore potrebbe, così, scegliere di non enunciare espressamente un principio di laicità dell'ordinamento – come ha fatto il costituente italiano – o di non definirne direttamente e precisamente il contenuto – come ha fatto il costituente francese; il riferimento, in tal modo possibile, al contenuto e alla portata del principio quali emergono dal *modus vivendi* già sperimentato nella prassi sociale risulta infatti più praticabile della ricerca di un accordo esplicito tra le varie forze politiche circa una definizione univoca della laicità.

Nella prima come nella seconda ipotesi, la corrispondenza a realtà delle supposizioni del legislatore sarà condizionata dal ruolo giocato dalle norme implicite e inferenziali nei processi di interpretazione e di applicazione delle norme legislative. A questo livello, le norme implicite intervengono nella motivazione della decisione giudiziaria o amministrativa, come argomenti portati a sostegno di una data interpretazione applicativa che non si basano su criteri formulati ed espliciti, bensì su principi generali impliciti o inespressi, *standard* social-tipici, o presupposti culturali taciti.

Criteri impliciti e inferenziali potranno essere veicolati dall'impiego, da parte del decisore del caso singolo, di formule vaghe strutturalmente aperte all'integrazione per opera di parametri esterni alle norme positive; in questo senso, il giudice o l'amministratore potranno sfruttare i termini vaghi od elastici già inseriti dal legislatore nella formulazione della

norma applicata, o potranno ricorrere a *standard*, clausole, concetti indeterminati ulteriori rispetto alla previsione legislativa.

Come nel caso delle norme legislative, poi, l'argomento extrapositivo può celarsi nella struttura formale stessa della decisione, nei passaggi argomentativi che questa omette o tace; perché fondati su presupposti dati per scontati e socialmente accettati o, al contrario, per evitare di affrontare questioni di fondo sulle quali l'ambiente sociale tende ad essere diviso. Ciò è possibile quando la motivazione del provvedimento è particolarmente sintetica, o assume una forma seccamente sillogistica, come nel modello tradizionalmente seguito nella giurisprudenza francese; in questo caso, i criteri e gli argomenti, eventualmente extrapositivi, che permettono il collegamento tra i principi e le norme astrattamente enunciati nella premessa maggiore e le conclusioni relative al caso concreto, possono rimanere inespressi¹²³. Ma è altresì possibile nell'ambito di modelli discorsivi di motivazione, come quelli più correnti nella tradizione giurisprudenziale italiana, là dove le diseconomie di espressione, lo spezzettamento della struttura logica del ragionamento e lo stile intuitivo dell'interpretazione¹²⁴ consentono di occultare norme latenti in *obiter dicta* o incisi¹²⁵.

Infine, il decisore può 'forzare' l'interpretazione di una norma – o meglio, le regole dell'interpretazione normativa – per renderne il dettato compatibile con un criterio normativo implicito discrepante rispetto alla regola esplicita e formulata nella legge. In questo caso, la presenza della norma implicita è segnalata dal carattere artificioso dell'argomentazione formale, come può essere la creazione di un'antinomia o di una lacuna di diritto, che vengono riempite dalla norma implicita¹²⁶.

Le interazioni evidenziate fra norme implicite e inferenziali e norme esplicite e formulate comportano alcune implicazioni. In primo luogo, la possibile operatività della norma manifesta – la sua capacità, cioè, di dispiegare senso ed efficacia normativi per i suoi destinatari – dipende dall'esistenza delle norme implicite e inferenziali, che essa presuppone e su

¹²³ Cfr. sul punto C. PERELMAN, *Logica giuridica nuova retorica*, cit., pp. 234 ss.; A. TOUFFAIT, A. TUNC, *Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de Cassation*, «Revue trimestrielle de droit civil», 1974, pp. 489 ss.

¹²⁴ Per una ricostruzione critica di tale modello di motivazione (che peraltro non è l'unico seguito nella giurisprudenza italiana) cfr. P. CHIASSONI, *Diritti umani, sentenze elusive, clausole ineffabili. Scritti di realismo militante*, Roma 2011, pp. 176 ss.

¹²⁵ G. ALPA, *I principi generali*, cit., p. 437.

¹²⁶ Spunti di riflessione in tal senso sono suggeriti da C. PERELMAN, *op. ult. cit.*, pp. 211 ss.

cui essa si fonda, vale a dire, dalla loro stabilità, intelligibilità e condivisione nell'ambito del gruppo sociale di riferimento. Esse costituiscono infatti una componente essenziale di quell'insieme di abiti cognitivi e pratici, che garantiscono la continuità comunicativa fra il legislatore e i soggetti sociali, e forniscono il "liquido di galleggiamento" dell'effettività delle istituzioni e anche delle norme da esse prodotte¹²⁷.

Come seconda implicazione, ne deriva che le medesime formulazioni esplicite possono assumere significati diversi, e quindi anche diversa portata normativa, in funzione delle (diverse) norme implicite diffuse e dominanti nei dati momenti storici in ciascun contesto socioculturale.

Ciò significa anche – terza implicazione – che l'effettività e la portata concreta di una norma positiva e manifesta variano a seconda del modo in cui i soggetti chiamati ad applicarla decidono, più o meno consapevolmente, di fare ricorso a norme implicite e inferenziali nell'interpretarla in rapporto ai singoli casi. La capacità della norma di produrre gli effetti previsti potrà dunque essere nullificata, o al contrario proiettata oltre l'ambito originariamente inteso dal legislatore, perché una o più norme implicite orientano la giurisprudenza o la prassi amministrativa nel senso di concepire determinati diritti, o di qualificare i fatti su cui tali diritti si basano, in maniera restrittiva o estensiva¹²⁸.

Tali constatazioni conducono alla questione cruciale del possibile contrasto o 'scollamento' tra norme esplicite e formulate, da un lato, e norme implicite e inferenziali, dall'altro. Il "coacervo normativo dissonante" generato dall'intreccio, all'interno di un medesimo ordine giuridico e sociale, dei differenti tipi di normatività, può infatti tradursi in un ostacolo all'operatività delle norme, istituzioni e procedure manifeste, a causa della presenza di norme implicite che si pongono in contraddizione rispetto alle norme formulate ed esplicite¹²⁹. È quanto avviene, tipicamente, allorché norme manifeste di nuovo conio si scontrano con norme implicite di segno opposto, lungamente radicate nel corpo sociale; ma anche, all'inverso, quando le norme esplicite esistenti non corrispondono più ai contenuti deontici impliciti riconosciuti e vissuti nelle interazioni sociali. All'interno della

¹²⁷ Cfr. M. RICCA, *Culture interdette. Modernità, migrazioni, diritto interculturale*, Torino 2013, pp. 96 ss.

¹²⁸ Osservazioni in tal senso, basate sull'impatto che elementi quali la tradizione culturale o l'interpretazione di clausole generali e concetti indeterminati possono dispiegare sulla politica applicativa, più o meno efficace, delle Corti, in P. TINCANI, *Efficacia delle norme e titolarità dei diritti*, «Sociologia del diritto», 3, 2014, pp. 36-37.

¹²⁹R. MACDONALD, *Pour la reconnaissance*, cit., p. 56 ; *Les Vieilles Gardes*, cit., pp. 268-269.

medesima società, poi, possono trovarsi a coesistere comunità e sottogruppi culturalmente disomogenei, che si riferiscono a presupposti e valori impliciti diversi, talché le norme esplicite, consonanti con i parametri normativi latenti nel gruppo di maggioranza, e perciò da questo accettate e seguite, non lo sono per gli altri gruppi.

V'è un'ulteriore considerazione da fare. Le norme implicite e inferenziali dispiegano la loro peculiare forza normativa al di fuori dei circuiti della normatività manifesta, vale a dire, proprio perché non sono racchiuse, né compiutamente racchiudibili in formule definite poste dall'autorità istituzionale. Lo sforzo delle istituzioni manifeste di traslare il contenuto di tali norme in enunciati formali ed espliciti importa la delegittimazione e la perdita della forza vincolante della normatività inferenziale implicita¹³⁰: “[n]el momento in cui, cioè, si cerca, da parte dell'operatore, di verbalizzare il «non detto» alla base del Diritto, questo entra in crisi”¹³¹. In realtà, a mio avviso, “la necessità di sviscerare formalmente i contenuti dei grandi valori normativi impliciti” alla base di una società¹³², è già sintomo indicatore della loro avvenuta messa in crisi, del declino della loro capacità di fondare ed orientare i comportamenti sociali; questo fenomeno, a sua volta, accentua lo ‘scollamento’ rispetto alle norme istituzionali, privando anche queste ultime del loro essenziale puntello socioculturale.

Si può allora osservare la seguente dinamica. Quando sussistono un consenso ed una accettazione sociali diffusi di determinati valori o criteri deontici, si forma spontaneamente una piattaforma di norme implicite e inferenziali, sulle quali vengono ad innestarsi le norme esplicite e formulate. La sinergia che così si crea fra i due tipi di normatività fa sì che le norme implicite diventino, per così dire, ‘invisibili’, in quanto date ormai per presupposte e scontate; il loro operare all'interno del diritto manifesto – norme legislative o decisioni giudiziarie e amministrative – avviene in maniera non conflittuale, anzi, senza nemmeno che i soggetti di diritto siano coscienti dell'assenza di conflitto¹³³.

All'inverso, allorché il consenso collettivo sui valori e i criteri direttivi delle relazioni sociali si incrina – per effetto di un'evoluzione interna al corpo sociale, o per l'ingresso di componenti sociali portatrici di codici as-

¹³⁰ Pour la reconnaissance, cit., p. 57.

¹³¹ E. DIENI, *Diritto e religione vs. «nuovi» paradigmi. Sondaggi per una teoria postclassica del diritto ecclesiastico civile*, Milano 2008, p. 98.

¹³² R. MOTTA, *Roderick MacDonal e la sociologia delle norme implicite*, cit., p. 156.

¹³³ Pour la reconnaissance, cit., p. 56. Come si è visto sopra, in questa situazione il conflitto potrà sorgere quando le istituzioni manifeste cercano di introdurre norme esplicite divergenti rispetto alle norme implicite accolte nel corpo sociale.

siologici e deontici estranei e differenti – le norme implicite e inferenziali preesistenti sono messe in discussione¹³⁴. Il conflitto si riverbera sulle norme esplicite che su di esse si fondavano; non essendo più accettati come pacifici ed autoevidenti, i loro presupposti impliciti e inferenziali tornano ‘visibili’ e oggetto di scontro¹³⁵, creando ‘casi difficili’. Ciò fino a che (e se) si formi un nuovo consenso sociale intorno a valori e criteri deontici nuovi o reinterpretati; nel qual caso si genereranno anche nuove norme implicite e inferenziali, la cui comune accettazione finirà per neutralizzare e espellere dalla coscienza collettiva il conflitto alla loro origine.

L’ambito delle relazioni sociali oggetto di studio del diritto ecclesiastico sembra offrire un campo particolarmente proficuo per l’analisi dell’operare concreto di tali dinamiche. Infatti, le problematiche e le realtà di cui esso si occupa – il rapporto fra sovranità dello Stato e ordinamenti interni delle confessioni religiose, l’ambito di libera esplicazione, specialmente pubblica, dei comportamenti orientati religiosamente – sono tipicamente connesse ai valori e ai presupposti culturali fondanti di un gruppo sociale; inoltre, le norme esplicite dedicate alla disciplina del fenomeno religioso contengono spesso formule e concetti – come “ordine pubblico”, “buon costume”, “confessione religiosa” – che fanno rinvio a parametri normativi impliciti e inferenziali. Nelle pagine che seguono si cercherà, pertanto, di impiegare il modello macdonaldiano delle interazioni fra normatività manifesta ed implicita come chiave di lettura di alcuni specifici temi ecclesiasticistici¹³⁶. L’analisi verrà condotta con riferimento a due ordinamenti che, pur presentando elementi costituzionali comuni in materia di libertà religiosa e confessionale, li interpretano ed applicano a partire da presupposti impliciti anche profondamente diversi circa la concezione ed il ruolo del fenomeno religioso nelle relazioni sociali: l’ordinamento francese e l’ordinamento italiano.

¹³⁴ Cfr. R. MOTTA, *Istituzioni incompatibili e pluralismo*, «Sociologia del diritto», 3, 1999, p. 193.

¹³⁵ Inducendo i meccanismi, dianzi esaminati, di ‘mascheramento’, oppure tentativi di formalizzazione esplicita.

¹³⁶ All’applicazione del paradigma di MacDonald sulle tematiche del diritto ecclesiastico sono dedicate le pagine, purtroppo incompiute, di E. DIENI, *op. cit.*, pp. 89 ss.

CAPITOLO II.

LA DIMENSIONE IMPLICITA DEL DIRITTO ECCLESIASTICO E I PROBLEMI *DE IURE CONDITO*. ESPERIENZE FRANCESI E ITALIANE A CONFRONTO

2. 1. Il ruolo dell'implicito nella formazione dell'*acquis* costituzionale in materia di libertà religiosa. Tematizzazione e neutralizzazione dei nodi problematici nel dibattito costituente

La ricerca delle norme implicite e inferenziali eventualmente operanti in concorso o in competizione con le formule normative espresse in materia di libertà religiosa e confessionale non può prescindere dall'analisi dei processi genetici delle norme di livello costituzionale relative al fattore religioso. È, infatti, a questo livello che si collocano, d'ordinario, negli ordinamenti democratici odierni, e specificamente negli ordinamenti che si è scelto di esaminare, i principi e le direttive fondamentali e strutturanti della materia religiosa. Risulta, perciò, particolarmente importante verificare se e quali criteri e presupposti meta-positivi sono 'latenti' nelle formulazioni prescelte dal legislatore costituente per enunciare e fissare i principi e i diritti concernenti i rapporti fra Stato, confessioni religiose e singoli cittadini-fedeli.

Ciò è tanto più vero, se si considera che le formule costituzionali sono sovente il prodotto di concezioni etico-politiche e giuridiche concorrenti e contrastanti; esse possono quindi esprimere 'compromessi dilatori'¹³⁷, ossia accordi relativi ad una determinata formulazione in grado di accogliere tutte le diverse pretese e concezioni, ma che lascia "indecisi in una locuzione ambigua i veri punti della disputa", e ne differisce, dunque, la soluzione (al momento normativo della legislazione ordinaria o della decisione giurisprudenziale)¹³⁸. Esse possono dunque lasciar sopravvivere criteri e principi 'non-detti' relativi a questioni sulle quali non è possibile raggiungere una soluzione costituzionale espressa definitivamente risolutoria, ma che possono solo essere assimilate nel tessuto costituzionale in una forma per così dire 'quiescente', oggetto di una "intuitive social acquiescence"¹³⁹. Le norme costituzionali in materia di libertà religiosa e di rapporti con le confessioni religiose si inscrivono, tipicamente, nel quadro di concezioni conflittuali

¹³⁷ Per questa formula di Carl Schmitt, cfr. F. PEDRINI, *Le "clausole generali"*, cit., pp. 217 ss.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 218.

¹³⁹ Cfr. l'analisi di M. FOLEY, *The silence of Constitutions. Gaps, 'abeyances' and political temperament in the maintenance of government*, London-New York 1989, pp. 7 ss.

circa la collocazione del fenomeno religioso nell'ordinamento statale, e presentano, perciò, più facilmente caratteristiche simili a quelle descritte.

Se si guarda al momento costituente dei due ordinamenti presi in esame, si può osservare che entrambi si sono trovati ad affrontare il medesimo nodo problematico della delimitazione reciproca delle sfere della sovranità statale e dell'autonomia confessionale, nella specie, dell'istituzione ecclesiastica cattolica. Mentre nell'esperienza costituente francese la questione ha preso corpo nella disputa circa il riconoscimento nel nuovo testo costituzionale della libertà dell'insegnamento confessionale, nell'esperienza italiana è stata messa a tema relativamente alla consacrazione costituzionale del particolare statuto giuridico che la Chiesa cattolica aveva acquisito in epoca fascista, e della normativa bilaterale su cui esso si fondava.

L'impossibilità di giungere ad un accordo risolutivo su una concezione unitaria in grado di soddisfare tutte le posizioni ideologiche in conflitto ha determinato la scelta di formule sufficientemente 'vaghe' e indeterminate, da risultare compatibili con una pluralità di concezioni distinte circa il modo costituzionalmente corretto di impostare i rapporti tra l'ordine dello Stato e l'ordine ecclesiale. Il conflitto è stato così neutralizzato, non mediante l'assunzione esplicita di una particolare concezione, a scapito di ogni altra, bensì mediante il rinvio ai criteri e ai presupposti socialmente accettati e consolidati (o comunque ritenuti tali) nella materia.

Alcuni di questi criteri e presupposti, tenuti presenti, ma non verbalizzati, dal legislatore costituente, riemergono nella fase successiva dell'applicazione delle formule costituzionali da parte del giudice a ciò deputato (Conseil constitutionnel, Corte costituzionale), in casi che ripropongono il conflitto differito a livello costituente. In questi casi, il principio implicitamente assunto dal costituente a base delle formule costituzionali espresse può essere verbalizzato; oppure, può leggersi in trasparenza dietro gli argomenti esplicitamente usati dal giudice delle leggi. In alcuni casi, l'esplicitazione del principio è sintomatica della sua definitiva messa in crisi, e prelude alla sua rielaborazione o al suo superamento in favore di nuovi criteri d'equilibrio, formulati o latenti. Si può però notare che, anche là dove il giudice costituzionale formula espressamente principi e criteri sottesi alle clausole costituzionali 'vaghe', tale formulazione tende a rimanere parziale, e dunque aperta alla permanente integrazione ad opera di componenti implicite e inferenziali.

2. 1. 1. Laicità e libertà d'insegnamento nella Costituzione francese del 1946

I principi fondamentali dell'ordinamento giuridico francese in materia di libertà religiosa e confessionale sono reperibili nell'ambito del c.d. *bloc de constitutionnalité*. Esso comprende anzitutto l'articolato della Costituzione del 1958, il cui primo articolo enuncia il carattere laico della Repubblica, l'eguaglianza dei cittadini senza distinzione di religione, e il rispetto della Repubblica per tutte le credenze. Vi si aggiunge il Preambolo della Costituzione, il quale richiama i diritti dell'uomo, così come sono stati definiti dalla Dichiarazione del 1789, confermata e completata dal Preambolo della Costituzione del 1946. Per via di tale richiamo, risultano integrati nel blocco costituzionale l'art. 10 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e del cittadino, che proclama la libertà delle opinioni, anche religiose; e il contenuto del Preambolo del 1946, che evoca in particolare i principi fondamentali riconosciuti dalle leggi della Repubblica – fra i quali, come si vedrà, la giurisprudenza costituzionale annovera la libertà di coscienza e la libertà dell'insegnamento confessionale –, nonché i principi politici, economici e sociali “particolarmente necessari al nostro tempo”, nei quali è incluso anche il divieto di discriminazione del lavoratore in ragione delle sue opinioni e convinzioni. Al Preambolo del 1958 e alle norme in esso richiamate viene riconosciuto pieno valore giuridico e costituzionale¹⁴⁰.

¹⁴⁰R. BADINTER, B. GENEVOIS, *Normes de valeur constitutionnelle et degré de protection des droits fondamentaux. Rapport présenté par la délégation française à la VIII^e conférence des Cours constitutionnelles européennes (Ankara, 7-10 mai 1990)*, «Revue française de droit administratif», 3, 1990, p. 318; P. DE MONTALIVET, A. ROBLOT-TROIZIER, M. VERPEAUX, A. VIDAL-NAQUET, *Droit constitutionnel. Les grandes décisions de la jurisprudence*, Paris 2011, p. 233; D. ROUSSEAU, *Le Conseil constitutionnel et le Preambolo de 1946*, «La revue administrative», 296, 1997, p. 160. Il riconoscimento di tale valore non è sempre stato pacifico: i costituenti del 1946 l'avevano espressamente escluso (v. sul punto B. MERCUZOT, *Le Preambolo de 1946 entre républiques et révolutions*, in *Le Preambolo de la Constitution de 1946. Antinomies juridiques et contradictions politiques*, Paris 1996, pp. 42-43; anche, G. J. GUGLIELMI, *Débattre d'un...et écrire le...Preambolo*, ivi, p. 60), in ciò seguiti dal Comité consultatif constitutionnel (*Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Paris 1991, vol. II, pp. 254 ss.) e dalla Commission constitutionnelle del Conseil d'Etat (*Documents*, cit., vol. III, pp. 41 ss.). Il Conseil constitutionnel ha successivamente fatto riferimento a taluni principi del Preambolo del 1946 e della Dichiarazione del 1789 come parametro di costituzionalità delle disposizioni legislative (Déc. 71-44 DC, 16 luglio 1971; déc. 73-51 DC, 27 dicembre 1973). Pertanto, una parte della dottrina aveva ritenuto che si dovesse riconoscere valore normativo costituzionale alle sole disposizioni preambolari cui il Conseil constitutionnel aveva espressamente attribuito tale particolare qualità giuridica (L. PHILIP, *La valeur juridique de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, in *Etudes offertes à Pierre Kayser*, Aix-en-Provence 1979, vol. II, p. 321; ID., *La valeur juridique du Preambolo de la Constitution du 27 octobre 1946 selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, in *Mélanges dédiés à Robert Pelloux*, Lyon 1980, pp. 266-267). Secondo un'altra corrente di pensiero, che pare peraltro minoritaria, alcuni di questi principi, e segnatamente quelli enunciati nella Dichiarazione del 1789, sarebbe-

La Costituzione del 1958 riprende dunque tralaticciamente, nella materia che qui interessa, i contenuti del suo antecedente del 1946¹⁴¹. L'unica novità sostanziale consiste nell'integrazione dell'affermazione della laicità dello Stato con quella della non discriminazione e del rispetto di tutte le convinzioni religiose; un'aggiunta che, specialmente per quanto riguarda il principio di rispetto, sarebbe stata introdotta al fine di assicurare l'episcopato francese circa il carattere non ostile del regime di laicità adottato dalla nuova Repubblica, in modo da ottenerne l'appoggio ufficiale¹⁴².

Il passaggio dei principi del 1946 nel nuovo testo costituzionale è avvenuto in una singolare assenza di dibattito¹⁴³. Ciò si spiega senza dubbio in ragione del diverso contesto storico che ha caratterizzato e motivato la genesi della Costituzione del 1958 rispetto alla precedente¹⁴⁴, come pure con

ro invece addirittura qualificabili come 'supercostituzionali', nel senso di imporsi al rispetto dello stesso legislatore costituente (S. RIALS, *Supraconstitutionnalité et systématique du droit*, «Archives de philosophie du droit», 1986, spec. p. 71).

¹⁴¹ Il Preambolo della Costituzione del 1946, oltre ad enunciare i principi ripresi nel Preambolo del 1958, richiamava già i diritti e le libertà consacrati nella Dichiarazione del 1789. L'art. 1, a sua volta, proclamava il carattere laico della Repubblica negli stessi termini ricalcati dall'attuale art. 1 cost. 1958.

¹⁴² Così F. MEJAN, *La laïcité de l'Etat en droit positif et en fait*, in A. Audibert (a cura di), *La laïcité*, Paris 1960, p. 243; P.-H. PRELOT, *Définir juridiquement la laïcité*, in G. Gonzalez (a cura di), *Laïcité, liberté de religion et Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles 2006, p. 120. Poco tempo prima del referendum che doveva decidere dell'adozione della nuova Costituzione, l'episcopato francese fece sapere ai cattolici che nulla si opponeva in coscienza al voto favorevole (F. MÉJAN, *ibidem*). Sull'incidenza di tale integrazione sul significato del principio di laicità, come pure sulle conseguenze concettuali del passaggio dell'intera disposizione, realizzato dalla l. cost. 95-880 del 4 agosto 1995, dall'art. 2 in cui era originariamente collocata all'art. 1 cost., si veda G. KOUBI, *La laïcité dans le texte de la Constitution*, «Revue du droit public», 5, 1997, pp. 1308 ss.: l'autrice rileva che lo spostamento testuale dell'enunciazione della laicità ne fa un connotato qualificante della forma repubblicana di governo. Il principio del rispetto delle credenze varrebbe a escludere che il governo possa inculcare una determinata dottrina, ma imporrebbe altresì la predisposizione di mezzi giuridici per permettere l'osservanza delle pratiche religiose (pp. 1314-1315).

¹⁴³ P.-H. PRELOT, *op. cit.*, p. 119.

¹⁴⁴ In particolare, mentre la Costituzione del 1946 si colloca nel solco delle costituzioni del secondo dopoguerra, tese ad affermare un complesso di principi essenziali di democrazia sociale, specialmente posti a garanzia della dignità e della libertà della persona umana, in reazione all'esperienza dei totalitarismi (così il primo capoverso del Preambolo; in dottrina, v. G. J. GUGLIelmi, *op. cit.*, p. 52; B. MERCUZOT, *op. cit.*, p. 38), la Costituzione del 1958 nasce dalla crisi istituzionale generata dalla guerra d'Algeria, ed è principalmente finalizzata a riorganizzare l'assetto dei pubblici poteri in funzione di esigenze di stabilità governativa e di democraticità (si veda in proposito il dossier, pubblicato dal Conseil constitutionnel in occasione del cinquantenario della Costituzione, *La Constitution en vingt questions*, e in particolare i contributi di D. MAUS, *Comment est née la Constitution de la V^e République?*, e di G. CARCASSONNE, *Que*

la peculiarità del suo processo di elaborazione¹⁴⁵. Ma trova ragione, verosimilmente, anche nella convinzione del costituente che il valore e il significato di tali formulazioni di principio potessero darsi per acquisiti, e nella correlativa volontà di non rimetterne in discussione i presupposti taciti, riaprendo i conflitti alla base della loro affermazione¹⁴⁶.

E' dunque al dibattito costituente del 1946 che occorre risalire per portare in evidenza il sottofondo di normatività implicita su cui riposano le attuali formule costituzionali in materia di libertà religiosa e confessionale.

Nel primo progetto costituzionale¹⁴⁷, elaborato in seno alla prima Assemblea Costituente, il tema era oggetto di una esplicita disposizione, contenuta nella parte del testo costituzionale dedicata all'enunciazione delle libertà e dei diritti sociali ed economici della persona. L'art. 13 recitava così: "Nul ne peut être inquiété en raison de ses origines, de ses opinions ou croyances en matière religieuse, philosophique ou politique. La liberté de conscience et des cultes est garantie par la neutralité de l'Etat à l'égard de toutes les croyances et de tous les cultes. Elle est garantie notamment par la séparation des églises et de l'Etat, ainsi que par la laïcité des pouvoirs et de l'enseignement publics"¹⁴⁸. I principi ispiratori della materia sono dunque individuati nella libertà religiosa individuale e collettiva, e nella distinzione assiologica (neutralità) e istituzionale (separazione) dell'ordine statale rispetto all'ordine confessionale, ulteriormente specificata dalla laicità dei poteri e dell'insegnamento pubblici. Questa disposizione suscita una sola

change-t-elle par rapport aux régimes précédents?, testi consultabili al sito www.conseilconstitutionnel.fr, visitato il 7/7/2016).

¹⁴⁵ Mentre nel 1946 il processo di elaborazione costituzionale avviene in seno ad una assemblea costituente, caratterizzata da un'ampia rappresentazione delle diverse forze politiche dell'epoca, nel 1958 il compito di preparare il nuovo testo costituzionale è affidato al Governo, affiancato in funzione consultiva da un Comité consultatif constitutionnel e dal Conseil d'État (cfr. F. LUCHAIRE, *Présentation générale*, in *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, cit., vol. I, pp. VII ss.).

¹⁴⁶ Così, nella seduta del 1 agosto 1958, il gruppo di lavoro "Organisation des pouvoirs publics" del Comité consultatif constitutionnel, commentando il termine "laïque" del primo articolo del progetto costituzionale, ritiene preferibile riprodurlo secondo il testo della Costituzione del 1946, "une suppression risquant d'être interprétée comme une manifestation d'hostilité à telle ou telle qualification" (*Documents*, cit., vol. II, p. 117). Analogamente, nella seduta del 27 e del 28 agosto 1958 davanti all'assemblea generale del Conseil d'État, là dove si discute dell'opportunità o meno di modificare la formula dell'art. 1 cost. 1946, un consigliere fa notare, a proposito del termine "laïque", che "Personne ne pense à rétablir une religion d'Etat, mais si on supprimait ce mot, cela soulèverait beaucoup de problèmes" (Blondel, in *Documents*, cit., vol. III, pp. 294-295).

¹⁴⁷ Poi rigettato con referendum del 5 maggio 1946.

¹⁴⁸ Assemblée nationale constituante, II seduta del 14 marzo 1946, «Journal officiel de la République française» (JORF), n. 25 del 15 marzo 1946, p. 768.

vera discussione, quella relativa alla sua applicabilità ai dipartimenti orientali a regime concordatario¹⁴⁹; ma tale discussione non mette in causa né i principi enunciati, né il loro significato. Al momento dell'adozione del progetto, gli interventi sul tema si limitano ad evocare la laicità come garanzia suprema della pace religiosa¹⁵⁰ e come principio da difendere¹⁵¹, e la neutralità dello Stato come garanzia delle libertà fondamentali di opinione, associazione, coscienza e religione¹⁵², senza approfondire ulteriormente il senso e la portata di tali espressioni. I costituenti sembrano quindi riconoscersi in formule – neutralità, separazione, laicità – rodiate dalla tradizione, che avevano trovato concretizzazione nel regime normativo della Terza Repubblica.

Nel secondo progetto costituzionale, la disposizione scompare. La seconda Costituente abbandona infatti l'idea di una dichiarazione dei diritti premessa all'organizzazione dei poteri pubblici, in favore di un semplice preambolo, che ne riprende in forma condensata i principi essenziali, rinviando alla Dichiarazione dei diritti del 1789, integrata dal riferimento ai nuovi diritti economici e sociali¹⁵³. Il tema della libertà religiosa risulta così trattato essenzialmente *per relationem*, attraverso il richiamo all'art. 10 della Dichiarazione del 1789, come libertà d'opinione personale in materia religiosa. Il tema dei rapporti fra lo Stato e le confessioni religiose viene inve-

¹⁴⁹ Il Mouvement républicain populaire (di ispirazione cattolica) fa notare che i principi di separazione dello Stato e delle chiese e di laicità dei poteri e dell'insegnamento pubblici non trovano applicazione nei dipartimenti dell'Est, e che una modifica della situazione in vigore non può prescindere da un negoziato internazionale per la modifica del concordato; pertanto, dichiara di votare in favore dell'art. 13, a condizione che si intenda che tale disposizione non risolve la questione dei dipartimenti orientali, cioè non implica l'automatica soppressione del regime concordatario e l'estensione del regime delineato per il resto della Francia metropolitana dalla legge di separazione dei culti del 1905 (Fonlupt-Esperaber, II seduta del 14 marzo 1946, JORF, n. 25 del 15 marzo 1946, p. 769). Socialisti e comunisti ribattono che gli articoli della Costituzione debbono valere per tutto il territorio nazionale senza eccezioni (Baumel, Wagner, Muller, II seduta del 14 marzo 1946, *ivi*, pp. 769-770). La discussione si chiude con il chiarimento, offerto dal presidente della Commissione e dal deputato M.R.P. Schumann, che la disposizione in questione intende vincolare il legislatore futuro a rispettarne i principi nelle sue scelte politiche, ma non intende predeterminare le modalità concrete con cui il legislatore riterrà di darvi applicazione; la situazione dei dipartimenti orientali è rimessa al libero dibattito davanti alle assemblee legislative (p. 771).

¹⁵⁰ Mayer, II seduta del 19 aprile 1946, JORF, n. 52 del 20 aprile 1946, p. 2059.

¹⁵¹ Duclos, II seduta del 19 aprile 1946, *ivi*, p. 2064.

¹⁵² Auriol, II seduta del 19 aprile 1946, *ivi*, p. 2070.

¹⁵³ Sul punto si veda G. J. GUGLIELMI, *op. cit.*, pp. 60 ss.

ce sintetizzato nella qualificazione laica della Repubblica, inserita nell'art. 1 su proposta del gruppo comunista¹⁵⁴.

La qualificazione viene approvata da tutte le forze politiche, che paiono esprimere una concezione unitaria della laicità dello Stato, articolata intorno ai principi della separazione e della neutralità. Così, il deputato del Mouvement républicain populaire Maurice Schumann dà una definizione di laicità come “souveraine autonomie de l’Etat dans son domaine [...] Ainsi (...) par laïcité nous entendons d’abord que l’Etat se refuse à l’immixtion des autorités religieuses et des clans philosophico-politiques dans les affaires et dans les domaines qui lui sont propres. La laïcité de l’Etat signifie alors son indépendance vis-à-vis de toute autorité qui n’est pas reconnue par l’ensemble de la nation, afin de lui permettre d’être impartial vis-à-vis de chacun des membres de la communauté nationale et de ne pas favoriser telle ou telle partie de la nation”¹⁵⁵. Per il socialista André Philip “Lorsque nous parlons de laïcité, cela veut dire d’abord la laïcité de l’Etat, la séparation complète de l’Etat et des églises. Du fait qu’il y a, dans la nation française, des hommes de toutes confessions et de toutes opinions philosophiques, l’Etat doit être complètement indépendant, dans toute son action, vis-à-vis de toutes les opinions et de toutes les nuances de la pensée philosophique et religieuse, quelles qu’elles soient”¹⁵⁶. Per il gruppo comunista, l’introduzione del qualificativo “laica” nell’art. 1 della nuova Costituzione “commande, comme conséquence, la séparation des églises et de l’Etat [...] ensuite (...) implique la neutralité de l’Etat à l’égard de toutes les religions et de tous les cultes”, ed il concetto è anzi talmente autoevidente che “(...) il ne nous apparait pas qu’il soit tellement nécessaire de faire des recherches dans les textes les plus divers pour savoir ce que signifie la laïcité[...] l’histoire de notre pays au cours des dernières décades a été traversée de luttes assez nombreuses et assez ardentes en faveur de la défense de la laïcité pour qu’il ne puisse pas y avoir dans l’esprit des Français le moindre doute sur ce que signifie l’introduction de ce mot dans la Constitution de la France”¹⁵⁷.

In realtà, nei medesimi interventi si evidenziano interpretazioni divergenti dei concetti di separazione e neutralità pur concordemente riconosciuti

¹⁵⁴ Fajon, seduta del 21 agosto 1946, in *Séances de la Commission de la Constitution. Comptes rendus analytiques*, II^e Assemblée Nationale Constituante, Paris 1946, pp. 306 ss.

¹⁵⁵ Il seduta del 3 settembre 1946, JORF, n. 86 del 4 settembre 1947, p. 3474.

¹⁵⁶ *Ivi*, p. 3476. Philip prosegue poi evocando la laicità dei partiti politici, che debbono essere aperti a uomini di ogni credo, e la laicità-neutralità della scuola pubblica e dei docenti (p. 3477).

¹⁵⁷ Fajon, *ivi*, p. 3477.

come elementi costitutivi della laicità. Nel discorso del deputato Schumann, la neutralità individua il dovere dello Stato “de permettre à chacun de ses citoyens de vivre conformément aux exigences de sa conscience. Il en résulte que la doctrine de la neutralité – ou, pour mieux dire, l’impartialité de l’Etat, à l’égard des croyances de tous les membres de la communauté nationale – ne saurait se concevoir comme une contrainte restrictive, que cette contrainte ait un caractère politique ou qu’elle ait un caractère économique, mais comme une garantie de véritable liberté”¹⁵⁸. Ciò implica che la laicità “ne saurait être une doctrine philosophique. L’Etat n’a pas le droit de prendre parti dans le domaine philosophique, sinon il ne laisse plus libre la conscience des citoyens, mais leur impose une doctrine d’Etat par tous les moyens puissants dont il dispose”¹⁵⁹. Questa concezione della neutralità intende dunque che lo Stato si astenga dal propugnare una propria visione (non religiosa) del mondo, ma si attivi invece per garantire le condizioni necessarie al libero sviluppo della coscienza (religiosa) personale. Tali condizioni sono identificate con la possibilità effettiva di accedere ad un insegnamento non statale, di ispirazione confessionale: “[...] en votant pour la laïcité, nous votons, en même temps pour la séparation entendue dans son vrai sens, en même temps pour la neutralité, c’est-à-dire contre toute philosophie d’Etat, pour la liberté de conscience, c’est-à-dire pour le libre choix de l’enseignement”¹⁶⁰.

Diversamente, il deputato Philip argomenta che “la laïcité est plus que la simple neutralité: c’est l’affirmation d’un certain nombre de valeurs positives, et c’est là le sens profond de la morale laïque”¹⁶¹. Sono questi valori morali comuni, che trascendono le divergenze di opinioni filosofiche e religiose, che definiscono “la nation française et sa culture: lorsque nous affirmons la laïcité, nous affirmons simplement la patrie, c’est-à-dire, par delà nos divergences d’opinion, ce lien commun qui nous unit dans une commune foi”¹⁶². La neutralità, come rispetto di tutte le opinioni e credenze, non è qui ritenuta incompatibile con un contenuto ideale positivo della laicità,

¹⁵⁸ *Ivi*, p. 3474.

¹⁵⁹ *Ivi*, p. 3476.

¹⁶⁰ *Ibidem*.

¹⁶¹ *Ivi*, p. 3477.

¹⁶² *Ibidem*. Questa affermazione, che si inserisce nel discorso sulla laicità-neutralità della scuola, richiama quella del deputato comunista Fajon in risposta alla proposta di emendare l’art. 13 del primo progetto costituzionale nel senso di estendere l’obbligo di neutralità dello Stato anche alle opinioni non confessionali: “L’école doit rester neutre; elle a pourtant l’obligation de défendre l’idée républicaine, et l’on ne saurait admettre de neutralité sur ce point”, in *Séances de la Commission de la Constitution. Comptes rendus analytiques*, F^e Assemblée Nationale Constituante, Paris 1946, p. 544.

che lo Stato può proporre all'adesione di tutti i cittadini in quanto non è basato su presupposti trascendenti (la morale laica).

Per il gruppo comunista, la neutralità, oltre ad impedire qualsiasi manifestazione di credenza a coloro che esercitano una funzione pubblica¹⁶³, esclude altresì il riconoscimento di una libertà fondamentale di opzione tra l'insegnamento pubblico laico e un insegnamento confessionale¹⁶⁴.

Si delinea dunque il genere di tensione conflittuale fra diverse concezioni ideali, filosofiche e giuridiche, che favorisce e giustifica il ricorso a formulazioni testuali indeterminate o ellittiche, integrabili mediante criteri assiologici e normativi impliciti condivisi nella prassi socio-giuridica.

In questo caso, il conflitto oppone due distinte visioni dei rapporti fra ordine statale e ordine confessionale, esemplarmente incarnato dall'istituzione ecclesiale cattolica. Il primo modello, assunto dalle forze politiche di ispirazione cattolica, si può descrivere come *paradigma della concorrenza*. Questo paradigma può essere visualizzato nella forma di un superinsieme, costituito dalla sfera pubblica, all'interno del quale sono compresenti e agiscono legittimamente i due sottoinsiemi rappresentati dall'istituzione statale e dall'istituzione confessionale, secondo il proprio ambito di competenza. In particolare, all'istituzione confessionale compete in via esclusiva la formazione delle coscienze dei cittadini-fedeli. Lo Stato rinuncia a propagare una propria visione filosofica e morale; al contrario, fornisce il quadro legale e materiale per la libera esplicazione delle competenze confessionali in tale campo, non solo nella vita privata dei cittadini, ma anche nel più vasto ambito delle attività di interesse e rilevanza sociale (ad esempio, nell'ambito dell'educazione); riconosce quindi il rilievo dell'azione confessionale nella vita pubblica dei cittadini, consentendo a una limitazione della propria potestà, altrimenti sovrana in tale sfera. Nelle parole di Schumann, lo Stato laico non nega l'esistenza di un ordine assiologico superiore al proprio interesse, come nella concezione pagana dello Stato "maître absolu des consciences et des vies", ma è limitato nel proprio assolutismo¹⁶⁵.

Il secondo modello, di matrice socialista e comunista, si presenta come *paradigma del monopolio*. In questo modello l'insieme della sfera pubblica

¹⁶³ "[...] et nous pensons aussi, à cet égard [la neutralité], que le caractère officiellement laïque de la France incitera ceux qui détiendront une parcelle de la souveraineté publique à s'abstenir, demain, de mêler dans leur activité ce qui sera l'exercice de leur fonction et l'exercice de leur culte ou de leurs croyances personnelles" (Fajon, II seduta del 3 settembre 1946, JORF, n. 86 del 4 settembre 1947, p. 3477).

¹⁶⁴ *Ibidem*.

¹⁶⁵ II seduta del 3 settembre 1946, JORF, n. 86 del 4 settembre 1947, p. 3476.

coincide con l'insieme dell'ordine statale, mentre l'ordine confessionale si inserisce nell'insieme distinto della sfera privata. Nell'ambito della sfera pubblica lo Stato detiene tutte le competenze, anche quella relativa alla formazione ideale e morale dei cittadini, nel senso della diffusione di una propria *Weltanschauung* etico-filosofica (la morale laica, l'ideale repubblicano). La libertà delle coscienze e delle istituzioni confessionali è garantita dalla libertà della sfera privata, ossia dalla non ingerenza dello Stato nelle attività dei cittadini che rientrano in tale sfera. Ciò che avviene nella sfera privata della coscienza non è oggetto di intervento, ma neppure di riconoscimento, da parte dell'istituzione statale; in un certo senso, le due sfere e i relativi ordini sono incomunicanti.

Il conflitto fra queste due concezioni non viene messo a tema rispetto alla formula della laicità, che raccoglie un consenso unanime proprio per la sua capacità di assimilare diversi significati e conseguenze normative, fungendo da formula pacificatrice¹⁶⁶, bensì rispetto alla previsione o meno, nel testo costituzionale, della libertà fondamentale di scelta tra insegnamento statale (laico) e insegnamento non statale (confessionale).

Tale conflitto si iscrive entro un quadro normativo che contemplava un'istruzione organizzata e gestita dallo Stato, ad accesso gratuito e a connotazione laica per quanto concerneva i programmi ed il corpo insegnante, la quale sola rilasciava titoli di studio di grado superiore riconosciuti dall'ordinamento; accanto ad essa, sussisteva un'istruzione privata, in massima parte formata da scuole cattoliche, che poteva ricevere parziali sovvenzioni dallo Stato¹⁶⁷. Tanto lo schieramento cattolico liberale, quanto quello socialista e comunista, temevano la rottura di un equilibrio faticosa-

¹⁶⁶ Così Schumann, *ibidem*; Fajon, *ivi*, p. 3477; e già nella prima assemblea costituente, Mayer, Il seduta del 19 aprile 1946, JORF, n. 52 del 20 aprile 1946, p. 2059.

¹⁶⁷ Più precisamente, la possibilità di sovvenzioni era contemplata soltanto per l'insegnamento secondario (art. 69 l. 15 marzo 1850) e per l'insegnamento tecnico (art. 36 l. 25 luglio 1919). Per una ricostruzione storica dei rapporti tra insegnamento pubblico e privato v. F. MESSNER, P.-H. PRELOT, J.-M. WOEHLING, *Droit français des religions*, Paris 2013², pp. 1823 ss.; anche L. FAVOREU, *La reconnaissance par les lois de la République de la liberté de l'enseignement comme principe fondamental*, «Revue française de droit administratif», 1, 1985, pp. 597 ss.; D. GROS, *La République laïque*, in B. Mathieu, M. Verpeaux (a cura di), *La République en droit français, 1792-1992*, Paris 1996, pp. 111 ss. Più ampiamente sulla libertà e sull'organizzazione dell'insegnamento privato in Francia v. A. COCATRE-ZILGIEN, *La liberté de l'enseignement est-elle en péril?*, «Revue du droit public», 1977, pp. 779 ss.; A. FERRARI, *Libertà scolastiche e laicità dello Stato in Italia e in Francia*, Torino 2002; L. GOVERNATORI RENZONI, *La separazione tra Stato e Chiesa in Francia e la tutela degli interessi religiosi*, Milano 1977, pp. 99-118; G. MARCOU, *La liberté de l'enseignement et la liberté des enseignants*, «Revue du droit public», 1980, pp. 35 ss.; J. RIVERO, *La liberté d'enseignement, principe fondamental de la République*, «Actualité juridique de droit administratif», 1978, pp. 565 ss.

mente raggiunto, gli uni nel senso di una statalizzazione completa dell'educazione, gli altri nel senso dell'introduzione di un sistema generalizzato e obbligato di sovvenzioni statali all'insegnamento privato, che avrebbe favorito la scuola cattolica a scapito di quella laica¹⁶⁸. I primi, pertanto, premevano per l'inserimento nel testo costituzionale del principio della libertà di insegnamento, che avrebbe assicurato la permanenza del modello 'misto' di istruzione, basato sulla concorrenza dell'insegnamento pubblico e dell'insegnamento privato; i secondi vi si opponevano, in parte per non pregiudicare la libertà di decisione in materia del futuro legislatore, ma soprattutto per timore che la formula della libertà di insegnamento venisse interpretata nel senso di porre in capo allo Stato un obbligo di sostegno economico nei confronti delle scuole private confessionali.

In seno alla prima assemblea costituente, la questione viene sollevata in relazione agli artt. 14 e 24 del progetto di Costituzione, che consacrano, rispettivamente, la libertà di diffusione del pensiero, e il diritto all'istruzione, assortito al dovere dello Stato di organizzare un insegnamento pubblico e gratuito, che l'art. 13 qualifica come laico. L'integrazione di tali disposizioni con la previsione espressa della libertà di insegnamento viene fondata sull'argomento che tale libertà costituisce un corollario naturale ed imprescindibile della libertà di coscienza¹⁶⁹. Solo attraverso la possibilità di una formazione intellettuale ispirata a una determinata visione del mondo viene assicurato il diritto fondamentale delle famiglie di educare i propri figli in maniera globalmente conforme alle proprie convinzioni¹⁷⁰. Tale possibilità non si pone in contraddizione con la laicità¹⁷¹; al contrario, è un eventuale monopolio statale dell'insegnamento ad essere incompatibile con il pluralismo delle idee e con la neutralità filosofica dello Stato che costituiscono il presupposto di un regime democratico e laico¹⁷². Occorre pertanto che insegnamento statale e insegnamento privato coesistano, non in stato di giustapposizione o di separazione – talché all'uno sarebbe riservata la trasmissione dei saperi tecnici e dell'etica civica, all'altro quella delle idee filosofiche e religiose – , ma piuttosto di completamento reciproco¹⁷³. Tale libertà di scel-

¹⁶⁸ Cfr. D. GROS, *op. cit.*, p. 117; L. FAVOREU, *op. cit.*, p. 601.

¹⁶⁹ Montillot, II seduta del 15 marzo 1946, JORF, n. 26 del 16 marzo 1946, p. 809; Joannon, *ivi*, p. 810; Schumann, *ivi*, p. 820.

¹⁷⁰ Bruyneel, II seduta del 7 marzo 1946, JORF, n. 21 dell'8 marzo 1946, p. 610; Joannon, II seduta del 15 marzo 1946, JORF, n. 26, cit., p. 810; Denais, *ivi*, p. 815; Schumann, *ivi*, p. 818.

¹⁷¹ Schumann, *ivi*, p. 818.

¹⁷² Bardoux, II seduta del 14 marzo 1946, JORF, n. 25 del 15 marzo 1946, p. 776; Teitgen, *ivi*, p. 779; Montillot, II seduta del 15 marzo 1946, JORF, n. 26, cit., p. 809.

¹⁷³ Bruyneel, II seduta del 7 marzo 1946, JORF, n. 21, cit., pp. 609-610; Teitgen, II seduta del 14 marzo 1946, JORF, n. 25, cit., p. 778.

ta fra insegnamento pubblico e insegnamento privato è del resto conforme alla tradizione repubblicana in materia¹⁷⁴. La sua esplicitazione nella nuova Costituzione si rende necessaria al fine di evitare che una formula meno chiara e precisa – come il semplice riferimento al rispetto della libertà del fanciullo contenuto nell’art. 24 – possa essere interpretata in maniera discrezionale e dare luogo ad applicazioni restrittive, contrarie alla libertà di insegnamento¹⁷⁵. La possibilità di stabilire sovvenzioni in favore delle scuole private, o facilitazioni economiche in favore delle famiglie che ne usufruiscono, è funzionale a garantire una reale facoltà di scelta fra le scuole, e dunque a realizzare, in questo ambito, un’eguale libertà per tutti i fanciulli¹⁷⁶.

Le obiezioni alla previsione di una libertà costituzionale di insegnamento si riconducono al presupposto di fondo che l’esercizio dell’insegnamento non corrisponda ad un diritto dell’individuo¹⁷⁷. Da questo punto di vista, il fondo comune di principi accettati come base della società dalla maggioranza della nazione, che debbono trovare espressione nel testo costituzionale, permette di individuare in ambito educativo un solo diritto fondamentale, quello del fanciullo all’istruzione e alla cultura¹⁷⁸. Ogni altra pretesa soggettiva in materia – si tratti della pretesa ‘imprenditoriale’ di organizzare un insegnamento secondo determinate direttive, o della pretesa del docente di insegnare determinate idee, o di quella dei genitori di far impartire ai propri figli un insegnamento conforme alle proprie convinzioni – costituisce una libertà soltanto relativa e limitata, che rientra nell’ambito della tecnica legislativa piuttosto che in quello di una dichiarazione di diritti¹⁷⁹. L’esercizio dell’insegnamento corrisponde invece a una funzione sociale, e costituisce partecipazione indiretta alla potestà pubblica¹⁸⁰; è attraverso il sistema scolastico, infatti, che lo Stato forma i futuri cittadini alla vita di società, e questo giustifica la prevalenza dell’interesse sociale sui diritti della famiglia¹⁸¹. Tale presupposto implica che, sul piano della tecnica giuridica, non si possa dare garanzia costituzionale ad una forma particolare di organizzazione della funzione sociale dell’insegnamento, quale è quella che contempla le

¹⁷⁴ Schumann, II seduta del 15 marzo 1946, JORF, n. 26, cit., pp. 819-821; Capitant, *ivi*, p. 828; Denais, *ivi*, pp. 816-817.

¹⁷⁵ Montillot, *ivi*, p. 808.

¹⁷⁶ Bardoux, II seduta del 14 marzo 1946, JORF, n. 25, cit., p. 776; Denais, II seduta del 15 marzo 1946, in JORF, n. 26, cit., p. 816.

¹⁷⁷ Cot, II seduta del 15 marzo 1946, JORF, n. 26, cit., p. 823.

¹⁷⁸ Cot, *ivi*, pp. 822-823; Mollet, *ivi*, p. 825.

¹⁷⁹ Mollet, *ibidem*.

¹⁸⁰ Cot, *ivi*, p. 823; Cogniot, *ivi*, p. 812.

¹⁸¹ Cogniot, *ibidem*.

scuole private accanto alla scuola di Stato, perché la decisione in merito va lasciata alla valutazione del legislatore ordinario circa la forma organizzativa che meglio risponde all'interesse generale¹⁸². La consacrazione costituzionale della libertà di insegnamento avrebbe per effetto di escludere a priori la possibilità di una nazionalizzazione del sistema scolastico; mentre un'omissione testuale sul punto ha il merito di lasciare campo aperto alle diverse opzioni politiche¹⁸³. Sul piano sostanziale, il monopolio statale dell'istruzione appare preferibile ad un sistema 'integrato', in quanto garantisce la necessaria neutralità¹⁸⁴ ed unitarietà dell'educazione¹⁸⁵. La formula della libertà di insegnamento, poi, è vaga e presenta un contenuto variabile¹⁸⁶: essa si presta ad essere interpretata nel senso dell'accettazione di sovvenzioni statali alle scuole confessionali private¹⁸⁷. Del resto, la libertà d'insegnamento, di per sé e a differenza delle altre libertà, che impongono ai pubblici poteri un mero obbligo negativo di astensione, implica un dovere positivo di intervento da parte dello Stato¹⁸⁸. Così concepita, la libertà d'insegnamento non solo non appartiene alla tradizione repubblicana, ma risulta addirittura contraria ai principi fondamentali della Repubblica¹⁸⁹.

È evidente l'aggancio di ciascuno dei due blocchi argomentativi all'una o all'altra concezione dei rapporti fra ordine statale e ordine confessionale. Per i sostenitori dell'insegnamento libero, esso traduce concretamente il limite che il foro della coscienza oppone alla pervasività della presenza dello Stato nella sfera pubblica; l'insegnamento pubblico e l'insegnamento privato coesistono e si completano a vicenda nella loro funzione di servizio allo sviluppo globale della persona umana, così come i due distinti ordini di cui sono rispettivamente emanazione. Per gli oppositori, l'insegnamento, per la sua stessa portata pubblica e sociale, non può che essere affidato all'unico soggetto istituzionalmente deputato alla cura della cosa pubblica, ossia lo Stato. L'iniziativa confessionale in tale ambito è ammissibile solo fintantoché rimane al di qua della sfera pubblica, vale a dire non ambisce ad alcun riconoscimento da parte dello Stato, si tratti della garanzia costituzionale della sua esistenza o dell'accesso alle risorse pubbliche.

¹⁸² Cot, *ivi*, pp. 823-824; anche Binot, II seduta del 14 marzo 1946, JORF, n. 25, cit., p. 780.

¹⁸³ Cogniot, II seduta del 15 marzo 1946, JORF, n. 26, cit., p. 812; anche Cot, *ivi*, p. 824.

¹⁸⁴ Rivet, *ivi*, p. 828.

¹⁸⁵ Binot, II seduta del 14 marzo 1946, JORF, n. 25, cit., p. 780; Cogniot, II seduta del 15 marzo 1946, JORF, n. 26, cit., p. 814.

¹⁸⁶ Binot, II seduta del 14 marzo 1946, JORF, n. 25, cit., p. 780; Cogniot, II seduta del 15 marzo 1946, JORF, n. 26, cit., p. 812.

¹⁸⁷ Cogniot, *ibidem*.

¹⁸⁸ Cogniot, *ibidem*.

¹⁸⁹ Cogniot, *ibidem*; Cot, *ivi*, pp. 823-824; Mollet, *ivi*, p. 826.

In esito al dibattito, la maggioranza decide per la disgiunzione degli emendamenti relativi alla libertà d'insegnamento dalla discussione dell'art. 14 e per l'adozione senza emendamenti dell'art. 24, escludendo così la libertà in questione dal testo costituzionale¹⁹⁰. Dopo il rigetto per referendum del primo progetto di Costituzione, il dibattito verrà ripreso in relazione all'inserimento del principio della libertà d'insegnamento nel preambolo del nuovo testo costituzionale; più precisamente, nel c. 12 del testo in discussione, che garantiva l'eguale accesso all'istruzione e il dovere dello Stato di organizzare l'insegnamento pubblico gratuito e laico. Agli argomenti già sviluppati in sede di prima costituente¹⁹¹, i fautori di tale libertà aggiungono il positivo rifiuto espresso dalla nazione nei confronti del primo progetto, che non la prevedeva¹⁹²; tale rifiuto viene così interpretato come indice dell'appartenenza del principio – e del paradigma concorrenziale ad esso sotteso – al *corpus* di valori normativi implicitamente condivisi dalla coscienza sociale.

Ancora una volta, attraverso il filtro tematico della libertà d'insegnamento, a confrontarsi sono due diverse visioni della laicità quale criterio normativo dei rapporti fra l'ordine statale e l'ordine ecclesiale. L'una è incentrata sull'assenza di una concezione filosofica propria dello Stato, che viene assunta a garanzia dell'esistenza di uno spazio intangibile, interno alla sfera pubblica, assegnato all'azione libera ed autonoma dei soggetti confessionali, accanto all'istituzione statale¹⁹³. L'altra è improntata ad

¹⁹⁰ La disgiunzione degli emendamenti relativi all'art. 14 viene decisa nella seconda seduta del 15 marzo (JORF, n. 26 del 16 marzo 1946, p. 829). Nella seconda seduta del 19 marzo il deputato del Parti républicain de la liberté Joseph Denais aveva proposto un emendamento all'art. 24, volto a sostituire la formula "nel rispetto della libertà" con quella "nel rispetto delle opinioni e delle credenze". Tale proposta non era più funzionale all'introduzione della libertà d'insegnamento nel testo dell'articolo, ma a palliare, in un certo senso, alla mancata previsione di questa mediante un'affermazione più netta della neutralità filosofica e dottrinale della scuola pubblica (JORF, n. 27 del 20 marzo 1946, p. 864). Essa viene respinta principalmente sulla base dell'argomentazione che la libertà di coscienza è già garantita, in via generale, dall'art. 13 (*ibidem*). L'art. 24 viene pertanto adottato nella sua formulazione originaria (*ivi*, p. 865).

¹⁹¹ Teitgen, II seduta del 22 agosto 1946, JORF, n. 81 del 23 agosto 1946, p. 3237; Bruyneel, II seduta del 23 agosto 1946, JORF, n. 82 del 24 agosto 1946, p. 3302; Brunhes, II seduta del 29 agosto 1946, JORF, n. 86 del 30 agosto 1946, p. 3414; Marin, *ivi*, pp. 3414-3415; Ribeyre, *ivi*, p. 3415-3416; Montillot, *ivi*, pp. 3417-3419; Teitgen, *ivi*, p. 3429.

¹⁹² Bardoux, seduta del 20 agosto 1946, JORF, n. 80 del 21 agosto 1946, p. 3192; Bruyneel, II seduta del 23 agosto 1946, JORF, n. 82, *loc. cit.*; Ribeyre, II seduta del 29 agosto 1946, JORF, n. 86, *cit.*, p. 3415; Montillot, *ibidem*, p. 3417.

¹⁹³ Questa concezione è particolarmente evidente nelle parole del deputato Brunhes, secondo il quale il monopolio statale in materia di insegnamento romperebbe la neutralità filosofica, e "il serait aussi anormal de brimer une confession quelconque en France ou dans l'empire que d'empêcher, sur le plan privé, des écoles (...) de se développer"(II seduta del 29 agosto 1946,

una rigida compartimentazione delle sfere d'azione, da cui si fa derivare la pertinenza esclusiva allo Stato delle funzioni e delle attività di pubblico rilievo ed interesse; queste pertanto non possono essere concomitantemente rivendicate dall'istituzione religiosa, ed ogni azione di questa in ambito temporale costituisce una potenziale insidia per l'indipendenza dell'ordine statale¹⁹⁴.

Il dibattito costituente sulla libertà d'insegnamento suggerisce due notazioni di rilievo circa il ruolo svolto dalle norme implicite nella formazione delle norme costituzionali in materia di libertà religiosa e confessionale. In primo luogo, entrambe le posizioni sostenute in assemblea tendono a legittimarsi in riferimento alla tradizione repubblicana. I partigiani della libertà d'insegnamento evocano la legge del 19 dicembre 1793 e la Costituzione del 1848, che enunciano il carattere libero dell'insegnamento, nonché la legge sulle finanze del 31 marzo 1931, che dichiara la libertà d'insegnamento uno dei principi fondamentali della Repubblica¹⁹⁵; citano inoltre le leggi che organizzano l'insegnamento libero (legge Guizot del 28 giugno 1833; legge Falloux del 15 marzo 1850; legge Dupanloup del 12 luglio 1875)¹⁹⁶. Gli oppositori contro-argomentano che tale libertà non è contemplata nella Dichiarazione del 1789, testo fondatore della tradizione re-

JORF, n. 86, cit., p. 3414). Per il deputato Marin, mentre la laicità designa semplicemente l'assenza di una religione di Stato, ma può essere intesa a sua volta come una dottrina religiosa e filosofica, la neutralità individua l'assenza di una dottrina filosofica di Stato (*ibidem*); si veda anche Ribeyre, *ivi*, p. 3416.

¹⁹⁴ La visione 'esclusivista' della laicità emerge chiaramente dal discorso del deputato Binot, secondo il quale il vero oggetto del dibattito in corso è "le problème de l'aptitude de l'Etat à organiser, à diriger, à dispenser l'enseignement, cette aptitude de l'Etat s'opposant à la conception traditionnelle de l'Eglise, revendiquée par elle comme l'une de ses prérogatives naturelles et imprescriptibles"; attitudine che egli contrappone alla concezione, espressa dalla stampa cattolica e difesa dai partiti di designazione repubblicana, per cui "La mission de l'Etat n'est pas d'enseigner une doctrine unique, dans une école unique, mais, à côté de ses propres écoles ouvertes à tous et respectueuses des convictions de tous, de contrôler, de soutenir et de stimuler l'enseignement donné par les diverses familles spirituelles" (*ivi*, p. 3416). Nella prima Costituente, Cot esprimeva la stessa visione quando affermava che per i repubblicani "Il s'agit de faire accorder la liberté constitutionnelle à un régime d'enseignement qui met non pas sur le même pied, mais côte à côte les écoles publiques et les écoles privées" (II seduta del 15 marzo 1946, JORF, n. 26, cit., p. 822). In termini ancora più espliciti, il deputato Garaudy considera la libertà d'insegnamento come una tattica dei partigiani del regime teocratico (II seduta del 29 agosto 1946, JORF, n. 86, cit., p. 3422). Per questo confronto fra le due concezioni di laicità nel quadro del dibattito sulla libertà di insegnamento v. A. FERRARI, *Libertà scolastiche e laicità dello Stato in Italia e in Francia*, cit., pp. 127 ss. e, più in generale, L. GOVERNATORI RENZONI, op. cit., *passim*.

¹⁹⁵ Desnais, II seduta del 15 marzo 1946, JORF, n. 26, cit., p. 816; Schumann, *ivi*, pp. 818-820.

¹⁹⁶ Joannon, *ivi*, p. 810.

pubblicana, mentre gli unici diritti fondamentali in materia – libertà di pensiero e diritto all’istruzione – possono dirsi prolungamento e adattamento alla contemporaneità delle idee della Rivoluzione francese¹⁹⁷. Le espressioni impiegate nei discorsi dei padri costituenti indicano però che la tradizione repubblicana designa qualcosa di più del complesso delle leggi in vigore dalla Prima alla Terza Repubblica; essa individua infatti il “fond commun des principes”¹⁹⁸, di direttive assiologiche e criteri normativi che ispirano la legislazione repubblicana e ne determinano la continuità materiale attraverso i diversi regimi formali¹⁹⁹. Ciò è tanto vero, che nella percezione dei costituenti la qualità sostanzialmente repubblicana di una norma legale prevale sulla sua qualificazione formale: così i difensori di un’unica scuola pubblica possono contestare il carattere repubblicano di determinate leggi scolastiche, pur se emanate da governi formalmente qualificati come repubbliche, in quanto esse si fondano su principi ritenuti non congruenti rispetto al contenuto di fondo della tradizione repubblicana²⁰⁰.

Questo significa che i costituenti attingono, mediante la formula della ‘tradizione repubblicana’, ai principi e valori normativi sottesi all’ordinamento positivo, e condivisi così dalla classe politica come dal più vasto corpo sociale; non soltanto quelli che trovano espressione in una o più disposizioni legislative, ma anche quelli che rimangono latenti, e che traggono origine dalle idee filosofiche e politiche, dai miti fondatori, dalle valutazioni di giustizia e dai convincimenti di doverosità radicati nella coscienza sociale²⁰¹.

¹⁹⁷ Cot, *ivi*, pp. 822-823.

¹⁹⁸ Cot, *ivi*, p. 822; anche Cogniot, *ivi*, p. 814.

¹⁹⁹ Prova di ciò sono non soltanto gli svariati richiami alla tradizione repubblicana o al carattere repubblicano di un principio o di una libertà non specificati dalla citazione di una precisa disposizione normativa (così, ad esempio, Mollet, *ivi*, p. 826; Capitant, *ivi*, p. 828; v. anche De Tinguy, II seduta del 23 agosto 1946, JORF, n. 82 del 24 agosto 1946, p. 3303; Ribeyre, II seduta del 29 agosto 1946, in JORF, n. 86, cit., p. 3416); ma anche i cospicui riferimenti alle dottrine politiche e filosofiche che costituiscono l’*humus* di tali disposizioni (si vedano ad esempio i discorsi di Joannon, II seduta del 15 marzo 1946, JORF, n. 26, cit., pp. 810 ss.; Schumann, *ivi*, pp. 818 ss.).

²⁰⁰ Cogniot, *ivi*, p. 812; Cot, *ivi*, p. 822.

²⁰¹ Ciò è più evidente per quanto riguarda la posizione sostenuta dalle forze socialiste e comuniste, che non possono invocare una legge repubblicana esplicitamente contraria alla libertà d’insegnamento o alla possibilità di sovvenzioni statali. Ma anche i sostenitori della tesi avversa non possono fondarla sul solo diritto esplicito e formulato: infatti, le norme da essi citate come enunciazione espressa del principio della libertà di insegnamento non sono più in vigore (la l. del 19 dicembre 1793), o sono messe in discussione quanto alla loro corrispondenza ai principi della tradizione repubblicana (la Costituzione del 1848, le leggi sull’organizzazione dell’insegnamento) o hanno carattere accessorio rispetto alla questione (l’art. 91 della legge sulle finanze del 1931). Il principio che essi difendono trova quindi un appoggio e un radica-

Una seconda notazione di rilievo riguarda la consapevolezza, manifestata da entrambi gli schieramenti, che la vaghezza o il silenzio delle formule testuali possiedono una precisa valenza normativa, specialmente quando manca una concezione di fondo unitaria e condivisa²⁰². Il carattere vago od omissivo del testo lo rende particolarmente malleabile rispetto alle indicazioni assiologiche e normative provenienti dalla prassi socialmente consolidata, e da lì tradotte nell'agone politico o nelle decisioni giuridiche. Questo ne fa una tecnica utile ad eludere l'impossibilità di concordare sull'una o sull'altra concezione ideale da consacrare a livello costituzionale. In tal modo, infatti, si fornisce una soluzione formale su cui è possibile convergere, in quanto non impone la rinuncia ad una determinata concezione politico-filosofica ed ai principi normativi che ne conseguono, ma lascia intatta la loro integrabilità nel campo semantico del testo, proprio attraverso la loro eventuale affermazione come principi impliciti nella coscienza e nelle interazioni sociali²⁰³.

mento maggiori nella prassi normativa sorta dalle interazioni spontanee fra istituzioni statali, istituzioni professionali e società; come dimostrano anche i ripetuti richiami alla sensibilità manifestata nei confronti di tale principio dalla maggioranza della nazione (cfr. nt. 53; v. anche Montillot, II seduta del 15 marzo 1946, JORF, n. 26, cit., pp. 809-810).

²⁰² Così, tra i fautori della libertà d'insegnamento, per Montillot la formula "Tout enfant a droit à l'instruction et l'éducation dans le respect de la liberté"²⁰² ne nous parait pas non plus assez précise. Elle aussi pourra être dilatée ou rétrécie à l'application. Elle aussi pourra, dans un proche avenir, faire l'objet d'interprétations et d'utilisations très diverses. [...] Si l'on veut vraiment, sincèrement, la liberté d'enseignement, pourquoi ne pas le dire expressément ? [...] C'est seulement si l'on médite de porter atteinte plus au moins gravement à cette liberté essentielle qu'il peut y avoir intérêt à employer, de façon volontairement imprécise, le mot de liberté" (ivi, p. 808); secondo Desnais "[...] en restant muet sur ce principe (...) vous le condamniez. L'omission même est une condamnation" (ivi, p. 815). Tra gli oppositori, Binot descrive la libertà d'insegnamento come una formula "vague en ce que son contenu varie, et je dirai même s'enrichit, suivant que la science du juriste ou que l'éloquence du partisan y ajoutent ou en retranchent [...]" (II seduta del 14 marzo 1946, JORF, n. 25, cit., p. 780); Cogniot, dopo aver ricordato che il sistema in vigore costituisce una transazione fra il modello dell'insegnamento nazionalizzato, e il modello di una scuola privata sovvenzionata dallo Stato, e che l'affermazione in Costituzione della libertà d'insegnamento "serait nécessairement interprété par une grande partie de l'opinion comme l'acceptation des subventions de l'Etat à l'enseignement privé" afferma che "nous offrons quant à nous une solution par omission, qui réserve aussi bien (...) les droits et les espérances des partisans du régime de 1939, ou ceux des partisans de l'école nationalisée" (II seduta del 15 marzo 1946, JORF, n. 26, cit., p. 812; v. anche p. 813).

²⁰³ Questo ragionamento sembra essere alla base della "soluzione per omissione" proposta da Cogniot, *loc. ult. cit.* Analogamente, Cot invita gli oppositori ad accettare "de ne voir figurer dans la Déclaration que les principes sur lesquels l'immense majorité des républicains français sont d'accord", precisando che ciò non implica la rinuncia ad una concezione particolare e alla sua realizzazione nella legislazione ordinaria a venire (ivi, p. 825). Nella seconda Costituente, questa stessa linea argomentativa riaffiora nel discorso di Binot, il quale afferma che "si l'on

Ciò è particolarmente evidente nel caso della libertà d'insegnamento. Poco prima dell'adozione del voto che avrebbe deciso la disgiunzione della questione dalla discussione del nuovo preambolo²⁰⁴, il Mouvement Républicain Populaire propone un emendamento rivolto ad introdurre nel medesimo testo il riferimento, accanto alla Dichiarazione del 1789, ai "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République"²⁰⁵. L'intenzione dichiarata dei proponenti è quella di colmare una lacuna della redazione originaria, che altrimenti farebbe figurare una sorta di iato tra i diritti e le libertà proclamati nel 1789, e i principi economici e sociali di nuovo conio successivamente elencati nel preambolo; ne rimarrebbero infatti ignorati la concretizzazione e l'ulteriore sviluppo che tali diritti e libertà hanno ricevuto nelle leggi repubblicane intercorse fra la prima Rivoluzione e l'attività costituentente²⁰⁶. Sono proprio queste leggi, però, a riconoscere il principio della libertà d'insegnamento; la quale, come si è visto, è espressamente qualificata come "principio fondamentale della Repubblica" dall'art. 91 della legge finanziaria del 31 marzo 1931. È per questo motivo, del resto, che le forze politiche sfavorevoli alla libertà d'insegnamento si oppongono, inutilmente, all'adozione dell'emendamento²⁰⁷.

entame le débat sur les conceptions qui peuvent nous opposer les uns aux autres, si l'on s'aventure à en discuter le bien-fondé, nous risquons de compromettre, sur un point essentiel, l'indispensable synthèse, l'indispensable union des républicains autour du texte constitutionnel" (II seduta del 29 agosto 1946, JORF, n. 86, cit., p. 3417) ; in termini molto simili Le Troquer, *ivi*, p. 3430.

²⁰⁴ Voto espresso nella seconda seduta del 29 agosto 1946 (JORF, n. 86, cit., p. 3433).

²⁰⁵ L'emendamento è discusso nella seduta del 28 agosto 1946, JORF, n. 84 del 29 agosto 1946, pp. 3363 ss.

²⁰⁶ Così Guerin, *ivi*, pp. 3363-3364. Ma già nella seconda seduta del 23 agosto il deputato MRP De Tinguy criticava il fatto che la nuova redazione del preambolo proponesse "de repartir simplement de la Déclaration de 1789, sans tenir expressément compte des autres déclarations des droits, de celle de 1793, de celle de 1795, de celle de 1848, et en oubliant un peu toutes les étapes que la liberté a connues dans le pays" (JORF, n. 82, cit., p. 3303) ; e giustificava l'introduzione nel preambolo di un riferimento ai principi fondamentali riconosciuti dalle leggi della Repubblica con la necessità di integrare nella Costituzione "la tradition démocratique constante" (*ivi*, p. 3304) .

²⁰⁷ In particolare, il deputato e presidente della Commissione Philip giustifica il rifiuto dell'emendamento argomentando che la sua redazione "est imprécise et, dans une certaine mesure, dangereuse, puisqu'on n'énumère pas les principes fondamentaux dont il s'agit. Peut-être ne s'écarte-t-on pas de l'interprétation des auteurs de l'amendement en pensant que la liberté de l'enseignement est un des principes fondamentaux reconnu par la loi de la République" ; il riferimento a tali principi sarebbe dunque un tentativo di risolvere obliquamente e indirettamente la questione della libertà d'insegnamento (seduta del 28 agosto 1946, JORF, n. 84, cit., p. 3364 ; analogamente, Hervé, *ibidem*). L'emendamento è comunque adottato nel corso della medesima seduta (*ivi*, p. 3368).

Sebbene i proponenti evitino di collegare la libertà d'insegnamento ai principi fondamentali riconosciuti dalle leggi della Repubblica²⁰⁸, l'interpretazione corrente ritiene che con tale formula essi abbiano inteso assicurare la costituzionalizzazione almeno indiretta di tale libertà²⁰⁹, e conseguentemente, della concezione concorrenziale dei rapporti fra ordine statale e ordine confessionale ad essa sottesa. Se si accetta tale interpretazione²¹⁰, sembra allora ragionevole ipotizzare che la formula dei "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République" sia stata voluta perché la sua indeterminatezza apriva l'ordinamento costituzionale a quella

²⁰⁸ In risposta alle obiezioni di Philip e Hervé, Guerin afferma che in nessun caso si tratta di introdurre "par la bande" il principio della libertà d'insegnamento, dal momento che questa è oggetto di altri, espliciti, emendamenti (*ivi*, p. 3304); nella seduta del 29 agosto, Montillot sostiene la consacrazione espressa della libertà d'insegnamento nel preambolo argomentando che il richiamo ai principi fondamentali riconosciuti dalle leggi della Repubblica non garantisce tale libertà, e ciò proprio in virtù della vaghezza della formula, che consentirebbe a una futura maggioranza di elevare a principio fondamentale della Repubblica il monopolio statale dell'insegnamento (JORF, n. 85, cit., p. 3418). Nella seduta del 23 agosto, De Tinguy evoca la libertà d'insegnamento in relazione ai principi fondamentali della Repubblica, ma per dare ragione dell'opposizione di socialisti e comunisti all'inserimento nel preambolo di una formula di rinvio a tali principi: "En effet, la commission a estimé qu'il y avait dans ces déclarations des principes dont on ne voulait plus", cioè la libertà d'insegnamento (JORF, n. 82, cit., p. 3303). Più avanti nel discorso, poi, citando le differenti libertà riconosciute dalla costante tradizione democratica che si vorrebbe così richiamata in Costituzione, non menziona la libertà d'insegnamento (*ivi*, p. 3304).

²⁰⁹V. CHAMPEIL- DESPLATS, *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*, Paris 2001, pp. 47 ss.; A. FERRARI, *op. cit.*, pp. 151-152; P. DE MONTALIVET, A. ROBLOT-TROIZIER, M. VERPEAUX, A. VIDAL-NAQUET, *Droit constitutionnel*, cit., p. 245; B. GENENOIS, *Une catégorie de principes de valeur constitutionnelle : les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*, «Revue française du droit administratif», 3, 1998, p. 479; F. MESSNER, P.-H. PRELOT, J.-M. WOEHLING, *Droit français des religions*, cit., p. 1825; J. RIVERO, *La liberté d'enseignement, principe fondamental de la République*, cit., p. 566; D. ROUSSEAU, *Le Conseil constitutionnel et le Préambule de 1946*, cit., p. 161.

²¹⁰ In effetti, pare poco plausibile che i difensori dell'emendamento non fossero consapevoli del potenziale rinvio alla libertà d'insegnamento insito nella formula dei principi fondamentali riconosciuti dalle leggi della Repubblica, dal momento che essi stessi invocavano le medesime norme, che avrebbero dovuto fornire tali principi, a sostegno di questa libertà. Questa consapevolezza appare manifesta, ad esempio, nel discorso con cui De Tinguy perora la necessità di integrare nel preambolo la tradizione democratica costante attraverso il riferimento ai principi fondamentali della Repubblica; in tale contesto, ricorda di aver sottoposto alla Commissione la questione della libertà d'insegnamento "en même temps que je proposais de rappeler la déclaration du 1848 [...] J'espérais qu'en me bornant à demander le rappel de la constitution de 1848 nous résoudrions cette irritante question de la liberté de l'enseignement par un simple rappel de nos traditions" (JORF, n. 82, cit., p. 3303). Vi è poi la qualificazione della libertà d'insegnamento come principio fondamentale della Repubblica operata dall'art. 91 della l. 31 marzo 1931; anche se, come si vedrà (§ II. 3), non bisogna sopravvalutare l'importanza di tale norma quale fonte esplicita del principio.

“tradition républicaine, politique, économique e sociale”²¹¹ – più ampia, dunque, delle sole norme legislative – , nella quale era già implicito il principio della libertà d’insegnamento, senza incorrere nel veto opposto al riconoscimento esplicito di questa.

Il dibattito nella prima e nella seconda Costituente mostra dunque come l’esistenza di norme implicite nella prassi giuridica e sociale abbia condizionato la formulazione delle garanzie costituzionali relative all’autonomia dell’ordine confessionale rispetto all’ordine statale e alla libertà di coscienza individuale. Nel momento in cui si tratta di stabilire i criteri normativi portanti delle interrelazioni fra istituzioni statali, istituzioni confessionali e società civile, i costituenti si trovano dinanzi al conflitto fra il paradigma della libera concorrenza, fondato sulla neutralità dottrinale dello Stato, e il paradigma del monopolio, fondato sulla separazione delle sfere assegnate all’azione rispettivamente dell’istituzione statale e dell’istituzione religiosa; conflitto ideale concretamente incarnato dalla contrapposizione della libertà di insegnamento all’esclusiva statale dell’istruzione. Tale conflitto non viene risolto, ma piuttosto neutralizzato per mezzo della formulazione vaga dei criteri normativi – il carattere laico della Repubblica, i principi fondamentali riconosciuti dalle leggi repubblicane: la loro vaghezza, infatti, non permette loro di arbitrare fra l’una e l’altra concezione, ma li rende al contrario idonei ad esprimerle ambedue indifferentemente. In questo modo, la risoluzione del conflitto è spostata dal piano delle norme costituzionali, esplicite e formulate, al piano della prassi giuridica e sociale – designata come ‘tradizione repubblicana’ – , composta in larga parte di norme implicite e inferenziali; la determinazione del contenuto normativo della laicità della Repubblica, l’identificazione dei principi repubblicani fondamentali, vengono infatti a dipendere dai giudizi di valore dominanti nella coscienza collettiva e nella consuetudine dei rapporti fra consociati²¹². Più precisamente, i portatori delle diverse concezioni fanno affidamento sull’esistenza e sull’affermazione prevalente, nella prassi dell’ordinamento e della società francesi, di determinati principi generali impliciti. Per gli uni, si tratta del

²¹¹ Così Guerin, seduta del 28 agosto 1946, JORF, n. 84, cit., p. 3364.

²¹² Un’eco di questa prospettiva emerge ad esempio nel discorso di De Tinguy, là dove egli afferma che le idee sostenute dalla sua corrente politica - il pluralismo, la libertà delle formazioni sociali, la libertà educativa delle famiglie – non richiedono una formulazione completa – cui si rinuncia “pour maintenir la cohésion nécessaire devant le peuple français quand l’Assemblée constituante lui soumettra le projet qu’elle aura élaboré”; esse sono infatti capaci di emergere da se stesse dalla società democratica (JORF, n. 82, cit., p. 3304). In questa direzione va anche il riferimento ad una componente sociale della tradizione repubblicana mantenutasi e affermatasi nel tempo, e di cui si vuole il consolidamento (Guerin, seduta del 28 agosto 1946, JORF, n. 84, cit., p. 3364).

principio implicito per cui lo Stato, in quanto ideologicamente neutrale, deve realizzare le condizioni per la libera concorrenza dell'ordine confessionale nella porzione della sfera pubblica e sociale rappresentata dal campo educativo: ambito che, per la sua valenza non solo intellettuale, ma anche etica, rientra tradizionalmente nella missione ecclesiale. Per gli altri, si tratta del principio implicito per cui allo Stato, in quanto unico soggetto legittimato ad agire nell'ordine temporale, compete in via esclusiva l'esercizio della particolare funzione di rilievo pubblico e sociale, che è l'educazione, in quanto destinata alla formazione dei futuri cittadini.

2.1.2. Laicità e statuto giuridico della Chiesa cattolica nella Costituzione italiana del 1948

A differenza del suo omologo francese – che poteva contare su di un'enunciazione pregressa di principi e diritti di libertà, ormai consolidata nella prassi, cui rinviare in forma sintetica – il costituente italiano opta per una indicazione analitica e diretta dei criteri e principi che debbono disciplinare tanto i rapporti fra lo Stato e le organizzazioni confessionali (artt. 7, 8 e 20), quanto l'esercizio della libertà religiosa dei cittadini (art. 19).

Così, mentre la Costituzione francese del 1946 riassume le relazioni fra ordine statale e ordine confessionale nella formula della laicità della Repubblica – poi integrata, nel 1958, dal principio di non discriminazione e di rispetto di tutte le credenze – la Costituzione italiana del 1948 descrive più puntualmente lo statuto e le modalità di relazione con lo Stato della Chiesa cattolica (art. 7) e delle altre confessioni (art. 8). Tace, invece – e tale silenzio non è casuale – sulla qualificazione, laica o confessionale, dello Stato italiano.

In sede di dibattito costituente, un'esigua minoranza aveva proposto una esplicita definizione in senso confessionista della nuova Repubblica, sul modello dell'art. 1 dello Statuto Albertino, richiamato nel primo articolo del Trattato del Laterano²¹³; nessuno – con la sola eccezione del cristiano-

²¹³ Nella proposta avanzata da Dossetti in sede di Prima Sottocommissione, figurava la seguente formula (peraltro quasi subito abbandonata dallo stesso proponente): “Fermi restando i principi della libertà di coscienza e della eguaglianza religiosa dei cittadini, la religione cattolica – religione della quasi totalità del popolo italiano – è la religione dello Stato” (*Proposte sullo Stato come ordinamento giuridico e i suoi rapporti con gli altri ordinamenti e sulla libertà di opinione, di coscienza e di culto*, in *Atti della Commissione per la Costituzione*, vol. II, Roma 1947, p. 62). Nella seduta del 25 marzo 1947, il qualunquista Patricolo propone un emendamento che afferma: “La Religione cattolica è la religione ufficiale della Repubblica italiana” (*Atti dell'Assemblea Costituente*, vol. III, Roma 1947, p. 2447). Un altro emendamento di medesima provenienza politica tende invece ad affermare che “La religione cattolica è la religione

sociale Bruni, che propone il riferimento al “carattere aconfessionale dello Stato”²¹⁴ – aveva avanzato la necessità o l’opportunità di un’espressa menzione della laicità dello Stato.

Il termine “laicità” e le sue diverse declinazioni – “laicismo”, “laicizzazione”, “spirito laico”, “pensiero laico”, “Stato laico” – ricorrono, prevedibilmente, nel discorso delle componenti liberali e di sinistra²¹⁵, e talvolta, in senso negativo, nelle argomentazioni dei deputati democristiani²¹⁶, con riferimento ad una concezione tendenzialmente *monopolista* dei rapporti fra ordine statale e ordine confessionale. Lo Stato laico è infatti identificato con lo Stato agnostico, che non si occupa di conoscere il fatto religioso, in quanto lo considera un problema privato dell’individuo; l’istituzione confessionale rimane libera di agire entro l’ordinamento di questo Stato, limitatamente all’ambito spirituale e cultuale in senso stretto, i cui confini sono determinati in maniera unilaterale dall’unica sovranità statale²¹⁷. Ma tale concezione entra in contrasto con quella di stampo *concorrenziale*, affermata dal-

professata dalla enorme maggioranza del popolo italiano” (Rodinò, seduta del 20 marzo 1947, in *Atti*, III, p. 2302).

²¹⁴ Seduta del 14 marzo 1947, in *Atti*, III, p. 2100. Nella medesima seduta il socialista Rossi fa riferimento ad un *desideratum* del proprio schieramento politico circa l’introduzione di un’affermazione laica nell’articolo 1 della Costituzione, cui però non corrisponde un emendamento formale in tal senso (*ivi*, pp. 2107-2108).

²¹⁵ Cevolotto, *Relazione sui rapporti fra Stato e Chiesa (libertà religiosa)*, in *Atti della Commissione per la Costituzione*, cit., p. 59; Nitti, seduta dell’8 marzo 1947, in *Atti*, III, p. 1918; Nenni, sedute del 10 marzo e del 25 marzo 1947, *ivi*, pp. 1947 e 2456 ss.; Rossi, seduta del 14 marzo 1947, *ivi*, pp. 2107-2108; Labriola, seduta del 18 marzo 1947, *ivi*, p. 2247; Della Seta, seduta del 25 marzo 1947, *ivi*, p. 2441; Lami Starnuti, *ivi*, p. 2444; Calosso, *ivi*, p. 2474; Grilli, *ivi*, p. 2479; Laconi, seduta antimeridiana del 12 aprile 1947, *ivi*, p. 2776.

²¹⁶ Moro, *Relazione sui principi dei rapporti sociali (culturali)*, in *Atti della Commissione per la Costituzione*, cit., pp. 49-50; La Pira, seduta dell’11 marzo 1947, in *Atti*, III, p. 1991; Riccio, seduta del 13 marzo 1947, *ivi*, pp. 2053-2054; Jacini, seduta del 14 marzo 1947, *ivi*, p. 2111; Dossetti, seduta del 21 marzo 1947, *ivi*, pp. 2323 ss.

²¹⁷ Si vedano, in sede di Commissione, gli interventi di Cevolotto, *Relazione*, cit., p. 59 e seduta del 21 novembre 1946, in *Assemblea Costituente. Commissione per la Costituzione. Prima Sottocommissione. Resoconto sommario della seduta di giovedì 21 novembre 1946*, pp. 417 ss.; Togliatti, seduta del 5 dicembre 1946, in *Prima Sottocommissione. Resoconto sommario della seduta di giovedì 5 dicembre 1946*, p. 468; De Vita, Cevolotto, seduta del 18 dicembre 1946, in *Prima Sottocommissione. Resoconto sommario della seduta di mercoledì 18 dicembre 1946*, pp. 479-480; Cevolotto, seduta del 23 gennaio 1947, in *Assemblea Costituente. Commissione per la Costituzione. Adunanza plenaria. Resoconto sommario della seduta di giovedì 23 gennaio 1947*, pp. 145-146; in sede di Assemblea, Nenni, sedute del 10 e del 25 marzo 1947, cit., pp. 1948 e 2456 ss.; De Vita, seduta del 13 marzo 1947, in *Atti*, III, pp. 2031 ss.; Mancini, seduta del 17 marzo 1947, *ivi*, pp. 2220 ss.; Labriola, seduta del 18 dicembre 1947, cit., pp. 2247 ss.; Cevolotto, seduta del 21 marzo 1947, in *Atti*, III, pp. 2310 ss. Per una sintesi di questa concezione v. P. CAVANA, *Interpretazioni della laicità. Esperienza francese ed esperienza italiana a confronto*, Roma 1998, pp. 230-231.

lo schieramento di ispirazione cattolica, e verosimilmente influenzata dalle teorie dello *jus publicum ecclesiasticum*²¹⁸: questa, viceversa, parte dal presupposto che la sovranità dello Stato incontri un limite, tanto nei diritti dei singoli e delle formazioni sociali, quanto nell'esistenza di altri ordinamenti giuridici parimenti primari, fra i quali si annovera anche l'ordinamento ecclesiale²¹⁹; questo Stato riconosce dunque la rilevanza sociale e giuridica del fenomeno religioso, ed in questo senso non è neutrale, in quanto riflette e favorisce nel proprio ordine normativo il concreto orientamento religioso dei cittadini²²⁰.

Né la formula del confessionismo, né la formula della laicità appaiono pertanto idonee a realizzare un accordo fra le due opposte concezioni ideali. In particolare, mentre nell'esperienza costituente francese la laicità aveva potuto consensualmente accogliersi quale criterio regolatore esplicito dei rapporti fra i due ordini, in quanto rimandava ad una prassi ormai sufficientemente condivisa, e al contempo rimaneva aperta ad una pluralità di interpretazioni filosofiche e dottrinali; nell'esperienza costituente italiana, invece, tale concetto non è in grado di svolgere un'analogia funzione federatrice, perché non trova riscontro in una tradizione normativa e sociale comune ai diversi schieramenti, ed appare univocamente legato al modello liberale del separatismo diffidente verso il fenomeno religioso²²¹.

In luogo di una qualificazione espressa, viene invece proposta ed accolta la definizione dei rapporti fra ordine dello Stato e ordine della Chiesa in termini di indipendenza e sovranità reciproche. Rispetto ad un'enunciazione esplicita di laicità o di confessionalità dello Stato, questa formulazione presenta il vantaggio di raccogliere un consenso trasversale alle varie componenti politiche dell'Assemblea costituente²²²: infatti, sebbene essa ricalchi essenzialmente il principio canonistico della *Ecclesia* come *societas iuridice*

²¹⁸ Cfr. G. DALLA TORRE, *Il fattore religioso nella Costituzione. Analisi e interpretazioni*, Torino 2003², pp. 17 ss.

²¹⁹ Così gli interventi in Commissione di Dossetti, seduta del 21 novembre 1946, in *Resoconto*, cit., pp. 419 ss.; Moro, seduta del 23 gennaio 1947, cit., pp. 146-147; in Assemblea, di Riccio, seduta del 13 marzo 1947, in *Atti*, III, pp. 2054 ss.; Dossetti, seduta del 21 marzo 1947, cit., pp. 2319 ss. Cfr. su questa impostazione L. MUSSELLI, *Chiesa e Stato dalla Resistenza alla Costituente*, Torino 2010², p. 66.

²²⁰ Così Moro, Relazione, cit., e specialmente La Pira, seduta dell'11 marzo 1947, cit., pp. 1988 ss. Cfr. P. CAVANA, *op. cit.*, pp. 231-232.

²²¹ Come riconosce lo stesso Cevolotto nella seduta del 21 novembre, cit., p. 418.

²²² Si vedano gli interventi di Marchesi, seduta del 18 dicembre 1947, in *Resoconto*, cit., p. 480; Togliatti, seduta del 23 gennaio 1947, in *Resoconto*, cit., p. 148; Calamandrei, *ivi*, p. 147; Fabbrì, *ivi*, p. 148; Orlando, seduta del 10 marzo 1947, *Atti*, III, p. 1941; Bruni, seduta del 14 marzo 1947, *ivi*, p. 2096; Condorelli, seduta del 15 marzo 1947, *ivi*, pp. 2166-2167; Cevolotto, seduta del 21 marzo 1947, *ivi*, p. 2311.

*perfecta*²²³, corrisponde alla pratica effettiva e generalmente accettata delle relazioni fra Chiesa cattolica e Stato italiano. Le obiezioni mosse alla formula sono pertanto relativamente poche, e vertono principalmente su questioni di tecnica giuridica, piuttosto che di sostanza²²⁴.

Allo stesso tempo, la formula, in quanto circoscrive l'indipendenza e la sovranità dei due enti all' 'ordine proprio' di ciascuno, conserva una certa vaghezza intrinseca, che permette di collocare al di fuori del discorso costituzionale esplicito la modulazione concreta dei rapporti fra i due ordinamenti, e dunque anche l'effettiva caratterizzazione dello Stato in relazione al fenomeno religioso. In effetti, il concetto di ordine proprio vale a individuare la sfera di competenza inerente all'una e all'altra potestà, che per lo Stato è astrattamente costituita dalle materie temporali, e per la Chiesa dalle *res spirituales*²²⁵; in questo senso sancisce l'esclusione preventiva tanto dell'estremo rappresentato dal modello giurisdizionalista, quanto dell'estremo rappresentato dal modello teocratico. Ma, come si nota nel dibattito stesso²²⁶, esso non consente di stabilire a priori quali materie debbano qualificarsi come spirituali o temporali; né fornisce una indicazione risolutiva circa il soggetto cui spetta, in ultima istanza, la decisione al riguardo²²⁷. È perciò dall'ampiezza concretamente attribuita, nella prassi sociale e

²²³ G. DALLA TORRE, *op. cit.*, p. 25; L. MUSSELLI, *op. cit.*, p. 73.

²²⁴ In particolare, si obietta che in una Costituzione può esprimersi soltanto una sovranità, quella dello Stato, che riconosce l'originarietà e l'indipendenza dell'ordinamento ecclesiale; mentre un riconoscimento reciproco potrebbe trovare posto soltanto in un trattato internazionale (Calamandrei, seduta del 23 gennaio 1947, cit., pp. 147-148, del 4 e del 20 marzo 1947, *Atti*, III, pp. 1749 e 2283-2284); o si contesta l'uso del termine 'sovranità' in relazione all'ordinamento ecclesiale, in quanto interpretabile in appoggio a pretese temporalistiche di quest'ultimo (Cevolotto, seduta del 23 gennaio 1947, cit., pp. 145-146, e seduta del 21 marzo 1947, cit., pp. 2311 ss.; Mancini, seduta del 17 marzo 1947, cit., pp. 2220-2221). Secondo l'on. Orlando, l'affermazione è condivisibile, ma come esposizione di una teoria giuridica, che in quanto tale non dovrebbe trovare posto in Costituzione, a scampo di equivoci e di interpretazioni erronee da parte dei profani del diritto ecclesiastico (seduta del 10 marzo 1947, cit., p. 1941). Nella seduta in Sottocommissione del 4 dicembre 1946, l'affermazione di originarietà dell'ordinamento ecclesiale, successivamente espressa mediante il concetto di 'sovranità', era stata criticata in quanto potesse essere interpretata come riconoscimento automatico delle norme canoniche nell'ordinamento civile, o come obbligo dello Stato di disciplinare sempre e comunque le questioni di interesse comune mediante accordi bilaterali (*Prima Sottocommissione. Resoconto sommario della seduta di mercoledì 4 dicembre 1946*, pp. 455 ss.).

²²⁵ Condorelli, seduta del 15 marzo 1947, cit., p. 2167.

²²⁶ Perassi, seduta del 23 gennaio 1947, in *Resoconto*, cit., pp. 148-149; Calamandrei, seduta del marzo 1947, cit., pp. 2284 ss.; De Vita, seduta del 13 marzo 1947, cit., p. 2032; Cevolotto, seduta del 21 marzo 1947, cit., p. 2313.

²²⁷ F. FINOCCHIARO, *Art. 7*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna 1975, vol. I, pp. 338-339. Sul significato ed i problemi applicativi connessi alla formula dell'ordine proprio, si vedano anche G. CATALANO, *Sovranità dello Stato e autonomia della*

giuridica, alle rispettive sfere d'azione, che dipende l'inverarsi dell'una o dell'altra concezione dei rapporti fra ordine statale e ordine confessionale. Sebbene, infatti, il riconoscimento del carattere originario dell'ordinamento della Chiesa precluda ormai l'interpretazione più rigorosamente monista della sovranità statale²²⁸, di per sé la formula costituzionale non esclude che lo Stato, attraverso un esercizio particolarmente pervasivo della 'competenza delle competenze', tenda a contenere la rilevanza sociale dell'istituzione ecclesiale, privilegiando la difesa delle proprie prerogative nella sfera pubblica; o, al contrario, che l'ambito della *libertas Ecclesiae* venga posto in misura di espandersi sino a favorire una certa influenza confessionale sul diritto dello Stato.

Ciò si rende particolarmente evidente in relazione al problema specifico del conflitto che può insorgere fra i due ordinamenti nella regolamentazione delle materie di interesse comune, ove essi esprimano principi e valori normativi contrastanti²²⁹. Nel dibattito costituente tale problema si pone con-

Chiesa nella Costituzione Repubblicana. Contributo all'interpretazione sistematica dell'art. 7 della Costituzione, Milano 1974², pp. 13 ss.; J. PASQUALI CERIOLI, *L'indipendenza dello Stato e delle confessioni religiose. Contributo allo studio del principio di distinzione degli ordini nell'ordinamento italiano*, Milano 2006, pp. 45 ss.; A. VITALE, *Corso di diritto ecclesiastico. Ordinamento giuridico e interessi religiosi*, Milano 2005¹⁰, pp. 184 ss.

²²⁸ Sull'interpretazione della formula come riconoscimento dell'originarietà dell'ordinamento ecclesiale si vedano Dossetti, seduta del 21 novembre 1946, cit., pp. 419-420, seduta del 4 dicembre 1946, cit., p. 456 ss., e seduta del 21 marzo 1947, cit., pp. 2320 ss.; Moro, La Pira, seduta del 23 gennaio 1947, cit., pp. 146-147; La Pira, seduta dell'11 marzo 1947, cit., p. 1988; Condorelli, *loc. ult. cit.* In dottrina, G. CATALANO, *op. cit.*, p. 20; G. DALLA TORRE, *op. cit.*, pp. 24 ss.; F. FINOCCHIARO, *op. cit.*, pp. 326 ss.; P. GISMONDI, *I principi di politica ecclesiastica nella vigente Costituzione italiana e le norme relative*, in A. D'Avack (a cura di), *Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione sotto l'alto patronato del Presidente della Repubblica*, vol. I, t. 2, Vicenza 1967, pp. 551 ss.; P. LILLO, *Art. 7*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino 2006, vol. I, pp. 176-177; J. PASQUALI CERIOLI, *op. cit.*, pp. 45 ss.

²²⁹ Si potrebbe pensare che lo Stato regoli l'ordine temporale, la Chiesa regoli l'ordine spirituale; ma se così fosse, se veramente questi due ordinamenti fossero interamente su piani distinti, in diverse dimensioni per così dire, questi due ordinamenti non si incontrerebbero mai; non ci sarebbe mai fra essi ragione di conflitto e di collisione; e non vi sarebbe bisogno dunque di reciproco riconoscimento. In realtà, la ragione per la quale invece sorge l'opportunità di regolare le relazioni tra questi due ordinamenti è che vi è un terreno sul quale questi due ordinamenti sono tutti e due della stessa natura, tutti e due dello stesso ordine: di natura temporale, cioè, di natura politica. Ed è proprio questo terreno di carattere politico, in cui si verifica l'incontro e in cui nasce il problema. [...] Dunque è questo urto tra due ordinamenti, ambedue politici, che bisogna cercare di regolare; ed è un vaniloquio il formulare norme come quelle del primo comma dell'articolo 5, in cui questi due ordinamenti riconoscono reciprocamente la propria sovranità, perché quando si arriverà su un terreno pratico in cui nascerà il conflitto ed in cui si troveranno nei due ordinamenti norme divergenti e contrastanti, allora si tratterà di stabilire se devono prevalere gli ordinamenti dello Stato, la cui sovranità è stata riconosciuta dalla Chiesa,

cretamente in occasione dell'inserimento, nel testo costituzionale, di un rinvio ai Patti lateranensi, come norma regolatrice dei rapporti fra lo Stato e la Chiesa cattolica. Il rinvio in questione era voluto dagli esponenti della Democrazia cristiana, che si facevano tramite della preoccupazione espressa dalla Santa Sede che la nuova Repubblica non procedesse ad una modifica unilaterale dello statuto rivestito dalla Chiesa cattolica nell'ordinamento italiano, attraverso la denuncia dei Patti²³⁰. Intorno a tale questione si catalizza lo scontro fra la concezione dello Stato laico sostenuta dai partiti di tradizione liberale e social-comunista, che tende a far prevalere la sovranità dello Stato, e quella di parte cattolica, che colloca invece su un piano di piena parità i due ordinamenti.

Infatti, i sostenitori del rinvio lo ritengono una conseguenza obbligata dell'affermazione del carattere parimenti originario dello Stato e della Chiesa, da cui discende la bilateralità necessaria dei loro rapporti²³¹. Il riferimento espresso ai Patti, anziché a generici accordi concordatari, si imporrebbe come riconoscimento dovuto della regolamentazione bilaterale in vigore, quale espressione della coscienza religiosa del popolo italiano²³².

L'opposizione al rinvio si fonda invece sulla menomazione che da esso deriverebbe per la sovranità dello Stato italiano, in quanto quest'ultimo non sarebbe più libero di denunciare unilateralmente i Patti, essendo vincolato dal principio della consensualità delle modifiche, esplicitato nel secondo comma dell'art. 5 del progetto costituzionale²³³. Ma soprattutto, il richiamo dei Patti avrebbe per effetto di consacrare nell'ordinamento italiano una serie di norme contrarie ai principi della nuova Costituzione, le quali verrebbero dunque a prevalere sui criteri normativi posti dallo Stato nel massimo

o se devono prevalere gli ordinamenti della Chiesa, la cui sovranità è stata riconosciuta dallo Stato?" (Calamandrei, seduta del 20 marzo 1947, cit., pp. 2284-2285).

²³⁰P. CALAMANDREI, *Storia quasi segreta di una discussione e di un voto*, «Il Ponte», 5, 1947, pp. 417 ss.; G. LONG, *Alle origini del pluralismo confessionale. Il dibattito sulla libertà religiosa nell'età della Costituente*, Bologna 1990, p. 334; A. C. JEMOLO, *Chiesa e Stato in Italia dalla unificazione agli anni Settanta*, Torino 1977⁴, pp. 295-296; L. MUSSELLI, *op. cit.*, pp. 117-118; J. PASQUALI CERIOLI, *op. cit.*, p. 44. Nel dibattito costituzionale, si vedano in particolare le affermazioni di Dossetti, seduta del 4 dicembre, cit., pp. 461-462, e seduta del 21 marzo 1947, cit., pp. 2332-2333.

²³¹Così Dossetti, sedute del 21 novembre 1946, cit., p. 420, e del 21 marzo 1947, cit., pp. 2324 ss.; Mortati, seduta del 23 gennaio 1947, cit., p. 153.

²³²Mortati, seduta del 23 gennaio 1947, cit., p. 153; Moro, *ivi*, pp. 151-152; La Pira, seduta dell'11 marzo 1947, cit., p. 1991-1992.

²³³Calamandrei, seduta del 20 marzo 1947, cit., p. 2285; Orlando, seduta del 10 marzo 1947, cit., p. 1942.

esercizio della sua sovranità²³⁴. Tali sono le norme pattizie di stampo propriamente confessionista, come l'art. 1 del Trattato, che sancisce il principio della religione di Stato, o l'art. 5 del Concordato, che esclude da determinati incarichi pubblici i sacerdoti apostati o irretiti da censure ecclesiastiche; ma anche norme più direttamente connesse a principi e valori dell'ordinamento canonico, come l'art. 34 del Concordato sulla riserva di giurisdizione ecclesiastica relativamente ai matrimoni canonici civilmente validi, o l'art. 36 sull'insegnamento della religione cattolica nelle scuole pubbliche.

Il *punctum dolens* è dunque costituito dall'assenza di un criterio di coordinamento fra le norme costituzionali, espressione della sovranità statale, e le norme dei Patti, nelle quali si esprime (anche) la sovranità ecclesiale, e che sono, se non integralmente, in buona parte rivolte a tutelare la libera esplicazione dell'attività della Chiesa, non solo in campo culturale e dottrinale, ma anche in ambiti di rilevanza pubblica e sociale²³⁵. Rimane pertanto possibile affermare la prevalenza, in ogni caso, delle norme costituzionali²³⁶; o, al contrario, il principio per cui debba comunque escludersi l'abrogazione tacita delle norme pattizie ad opera delle norme costituzionali di segno opposto²³⁷. Nella prima ipotesi, sussiste la possibilità che le norme

²³⁴ Per limitarsi agli interventi in Assemblea, che del resto ripetono argomenti già sollevati in Commissione, si vedano Calamandrei, seduta del 4 marzo 1947, cit., pp. 1749 ss., e seduta del 20 marzo 1947, cit., pp. 2285 ss.; Della Seta, seduta del 5 marzo 1947, *Atti*, III, p. 1770, e del 25 marzo 1947, *ivi*, pp. 2441-2442; Basso, seduta del 6 marzo 1947, *ivi*, p. 1823; Ghidini, seduta dell'8 marzo 1947, *ivi*, p. 1905; De Vita, seduta del 13 marzo 1947, *ivi*, p. 2032; Crispo, *ivi*, pp. 2037-2038; Bruni, seduta del 14 marzo 1947, *ivi*, pp. 2096-2097; Targetti, seduta del 15 marzo 1947, *ivi*, p. 2152; Labriola, seduta del 18 marzo 1947, *ivi*, pp. 2250 ss.; Cevolotto, seduta del 21 marzo 1947, *ivi*, pp. 2314 ss.; Nenni, seduta del 25 marzo, *ivi*, p. 2457.

²³⁵ È vero che il contrasto tra i due ordini di norme è possibile soprattutto perché le norme dei Patti sono state elaborate nel contesto di un diverso regime costituzionale, ispirato ad un altro sistema di principi, ma questo non cambia la sostanza del problema.

²³⁶ In questo senso si orientano alcuni emendamenti proposti al secondo comma dell'art. 5 del progetto di Costituzione: "I rapporti fra lo Stato e la Chiesa cattolica sono regolati in termini concordatari in armonia con la presente Costituzione" (Calamandrei, Cianca, Lussu, Schiavetti, Foa, Codignola, Mastino, Lombardi, Valiani); "*Qualora il secondo comma sia mantenuto nel testo attuale, dopo le parole: Patti lateranensi, aggiungere le seguenti: in quanto non sono contrari alla Costituzione*" (Crispo); "Per i rapporti tra lo Stato e la Chiesa cattolica potranno essere mantenute, in termini di concordato, quelle norme dei Patti lateranensi che, nello spirito e nella lettera, non contrastino con le norme fondamentali della Costituzione repubblicana" (Della Seta) (seduta del 25 marzo 1947, cit., pp. 2438 ss.). Si veda anche la proposta dell'on. Bruni: "I loro rapporti sono regolati dai Patti lateranensi, in quanto non entrino in conflitto con il carattere aconfessionale dello Stato e con il principio della uguaglianza dei diritti di cui agli articoli 7, 14 e 15 della presente Costituzione" (seduta del 14 marzo 1947, cit., p. 2100).

²³⁷ Dosssetti, seduta del 21 marzo 1947, cit., pp. 2332-2333. In questo senso vanno gli interventi diretti ad affermare la compatibilità delle singole norme pattizie contestate con i principi costi-

costituzionali – spesso formulate in termini molto generali, e dunque suscettibili di interpretazioni ampie – vengano invocate al fine di circoscrivere determinate manifestazioni, socialmente rilevanti, della potestà ecclesiale in favore della sovranità statale²³⁸; nella seconda ipotesi, la sopravvivenza delle norme pattizie costituzionalmente difformi, sino alla loro modifica consensuale, può consentire uno sconfinamento della sovranità della Chiesa nell'ordine proprio dello Stato. Il problema del rapporto fra norme costituzionali e norme pattizie – non risolto dal legislatore costituente, e dunque destinato a riproporsi in sede giurisprudenziale – non fa che mettere in luce, sotto un profilo specifico, l'elemento di vaghezza nella formulazione costituzionale del rapporto fra ordine statale e ordine ecclesiale. Nella 'zona di confine' tra il temporale e lo spirituale, il criterio di ripartizione delle rispettive sfere d'azione individuato dal concetto di ordine proprio può dare luogo a interpretazioni ed applicazioni diverse; i rapporti concreti fra Stato e Chiesa possono così inclinare verso il modello dello Stato rigorosamente neutrale rispetto al fatto religioso, di cui controlla e circoscrive la portata giuridica e sociale; o, viceversa, verso il modello dello Stato accomodante nei confronti dell'istituzione confessionale, di cui favorisce la presenza concorrenziale nella sfera pubblica e sociale.

Ma ciò significa che la determinazione di queste sfere d'azione, e specialmente, della rilevanza accordata dall'ordinamento civile ai principi e valori normativi dell'ordinamento ecclesiale – determinazione da cui dipende l'impronta complessiva dei rapporti fra i due ordini – avviene piuttosto al livello della prassi sociale e giuridica, dove operano anche criteri normativi latenti.

La presenza di principi impliciti e inferenziali dietro la formulazione costituzionale dei rapporti fra Stato e Chiesa cattolica è segnalata dal tipo di

tuzionali: Riccio, seduta del 13 marzo 1947, cit., pp. 2060 ss.; Condorelli, seduta del 15 marzo 1947, cit., pp. 2169 ss.; Dossetti, seduta del 21 marzo 1947, cit., pp. 2327 ss.

²³⁸ Ne è un esempio l'evocazione, da parte di alcuni costituenti, del principio dell'attribuzione esclusiva allo Stato della funzione giurisdizionale, enunciato nell'art. 94 del progetto (poi ripreso, in forma più sintetica, nell'attuale art. 101 cost.), per contestare l'ammissibilità della riserva di giurisdizione ecclesiastica relativa alle cause di nullità dei matrimoni canonici trascritti, prevista dall'art. 34 del Concordato allora vigente (così Crispo, seduta del 13 marzo 1947, cit., pp. 2037-2038; Calamandrei, seduta del 4 marzo 1947, cit., p. 1750; Cevolotto, seduta del 21 marzo, cit., p. 2317); argomento effettivamente riproposto dal giudice *a quo* alla Corte costituzionale (cfr. sent. n. 175 del 6 dicembre 1973, che dichiara infondata la questione). Che non si tratti di una interpretazione obbligata della norma costituzionale, lo dimostra il fatto che la medesima Corte ha potuto affermare, anche dopo la formale scomparsa della norma concordataria che sanciva la riserva, la sua compatibilità con l'ordinamento costituzionale italiano (sent. n. 421 del 29 novembre-1 dicembre 1993).

argomenti che ricorrono nel dibattito costituente per giustificare il particolare statuto giuridico di cui gode quest'ultima nell'ordinamento italiano, e che si vuole consacrare in Costituzione. Infatti, l'argomento principale è dato dal radicamento storico e sociale della Chiesa cattolica in Italia, che si manifesta nell'appartenenza ad essa della stragrande maggioranza degli italiani²³⁹. La coscienza sociale del popolo italiano è perciò informata al patri-monio fideistico e assiologico del cattolicesimo²⁴⁰. I Patti lateranensi, con il

²³⁹Dossetti, *Proposte*, cit., p. 62; Merlin, seduta del 21 novembre 1946, in *Resoconto*, cit., p. 424; Corsanego, seduta del 18 dicembre 1946, in *Resoconto*, cit., p. 483; Ruini, *Relazione al progetto di Costituzione della Repubblica italiana*, 6 febbraio 1947, in *Atti*, I, p. 5; Tupini, seduta del 5 marzo 1947, *Atti*, III, p. 1760; Riccio, seduta del 13 marzo 1947, *ivi*, p. 2060; Giordani, seduta del 15 marzo 1947, *ivi*, p. 2155; De Gasperi, Bonomi, Selvaggi, seduta del 25 marzo 1947, *ivi*, pp. 2454, 2459, 2478. Si veda anche la recisa affermazione di Nititi: "L'Italia non può essere che cattolica" (seduta del 18 marzo 1947, *ivi*, p. 2257).

²⁴⁰Così Dossetti, nel presentare il progetto di articolo relativo ai rapporti fra Stato e Chiesa, commenta: "È questa naturalmente la norma che secondo la nostra visione interpreta la coscienza cattolica della grande maggioranza del popolo italiano" (*loc. ult. cit.*). Particolarmente articolato è il discorso del democristiano Riccio, il quale comincia col dichiarare che "Se dobbiamo riferirci alla civiltà italiana, noi sappiamo che questa civiltà ha per sostanza il cristianesimo e per base la coscienza cattolica" (seduta del 13 marzo 1947, cit., p. 2052); afferma poi che "Lo Stato è l'organizzazione giuridica non solo degli individui, ma anche della Nazione. Nella Nazione l'elemento umano è contrassegnato da caratteri fisici e spirituali, nascenti da una civiltà tutta propria, creatrice di un tipo comune profondamente omogeneo; essa agisce sin dalla nascita, inavvertitamente ma continuamente, sulla persona, imprimendole quel complesso di elementi che le sono propri: lingua, religione, spirito, tradizione. Lo Stato questi elementi prende e li organizza giuridicamente, onde riceve anche una fondamentale unità morale. Al centro dello Stato-nazione vi è una tradizione ed una religione: una tradizione in Italia, che è poggiata sul cristianesimo; una religione, che è quella cattolica" (*ivi*, p. 2056). Ne consegue, ad esempio, che l'art. 5 del Concordato si giustifica per "un interesse dello Stato, data la tradizione ed il sentimento religioso, e, vorrei dire anche, data la particolarissima conformazione psicologica del popolo italiano ad evitare nocumento alla morale popolare", quale deriverebbe dal contatto del pubblico con un prete apostata; mentre negli art. 34 e 36 "sono espressamente richiamate le tradizioni cattoliche del popolo italiano, ed in nome ed in virtù di esse sono tratte le conseguenze in rapporto alla dignità religiosa del matrimonio ed all'insegnamento religioso nelle scuole" (p. 2061). Condorelli si pone nella medesima linea argomentativa quando, commentando l'art. 5 del Concordato, osserva: "Si dice che un sacerdote apostata o irretito da censura non può esercitare uffici particolarmente esposti al pubblico, per esempio non può fare il professore. Ma è una invenzione del Concordato che il 97 per cento degli italiani sono cattolici e che lo Stato, tenendo delle scuole, le deve mantenere accettabili e frequentabili dalla maggioranza dei cittadini? Ma chi di noi (...) manderebbe un figlio in una scuola in cui insegna uno scomunicato? [...] Ma la scuola deve essere accettabile dalla maggioranza, dalla quasi totalità degli italiani. Non si possono creare dei servizi pubblici dei quali si possa servire solo qualcuno in via sporadica" (seduta del 15 marzo 1947, cit., p. 2170). Per Rodinò, se "in un regime di vera democrazia tutto va disposto in riconoscimento e conformità del sentimento... della maggioranza del popolo", "se vi è un principio veramente popolare in Italia, se esiste in Italia un sentimento realmente comune e realmente diffuso nelle categorie e nelle masse, questo senti-

concreto assetto delle relazioni fra i due ordinamenti in essi statuito, vanno, pertanto, riconosciuti nella *Grundnorm* della nuova Repubblica, in quanto corrispondono ad una precisa esigenza di giustizia della coscienza (cattolica) collettiva²⁴¹. Allo stesso modo, l'orientamento prevalentemente cattolico della coscienza sociale impone e giustifica una tutela penale del sentimento religioso cattolico rafforzata rispetto a quella accordata agli altri culti²⁴².

Nella percezione dei costituenti, la religione cristiana, nella forma della tradizione cattolica, integra dunque il contenuto della coscienza sociale italiana, plasmandone i giudizi di valore e i criteri deontologici che ne scaturiscono, e che vengono recepiti nel diritto positivo²⁴³. In linguaggio macdonaldiano, essa si presenta come un presupposto tacito della convivenza civile per la società italiana del tempo. Il principio per cui il cattolicesimo è la religione della maggioranza degli italiani non ha, allora, la mera funzione di illustrare un dato sociologico e quantitativo; esso dispiega una valenza pro-

mento è quello della fede cattolica" (20 marzo 1947, *Atti dell'Assemblea Costituente*, III, p. 2302); in senso analogo Patricolo (25 marzo 1947, *ivi*, pp. 2447 e 2450).

²⁴¹ Dossetti, *Proposte*, cit., e seduta del 18 dicembre 1946, in *Resoconto*, cit., p. 483; Ruini, *Relazione*, cit.; Corsanego, seduta del 18 dicembre 1946, cit.; Moro, seduta del 18 dicembre 1946, cit., p. 485; Tupini, seduta del 5 marzo 1947, cit.; Mastrojanni, *ivi*, p. 1777; Riccio, seduta del 13 marzo 1947, cit., pp. 2054-2055; Jacini, seduta del 14 marzo 1947, cit., pp. 2109 ss.; Giordani, seduta del 15 marzo 1947, cit., pp. 2155 ss.; De Gasperi, Bonomi, seduta del 25 marzo, cit., pp. 2456, 2459.

²⁴² Così Moro, seduta antimeridiana del 19 dicembre 1946, in *Resoconto*, cit., p. 501; Condorelli, seduta del 15 marzo 1947, cit., p. 2170; Bettiol, seduta del 26 marzo 1947, *Atti*, III, pp. 2497; Mortati, seduta del 28 marzo 1947, *ivi*, p. 2631.

²⁴³ Si tratta di una valutazione peraltro colta e recepita anche da oppositori al riconoscimento in Costituzione dei Patti lateranensi. Emblematico a questo proposito il discorso del socialista Rossi: "Intendiamoci: noi non vogliamo (...) che la legge sia atea. Noi prendiamo atto volentieri che gli italiani sono *naturaliter christiani*, e (...) intendiamo che la legge segua e interpreti questa natura cristiana del popolo italiano, introducendo nelle leggi umane quanto più si può del senso originariamente cristiano della giustizia" (seduta del 14 marzo 1947, *Atti*, III, p. 2107). Nella stessa seduta, Bruni afferma "che una menzione nella nostra Carta pur meritava la Chiesa cattolica, che è la Chiesa della quasi totalità del popolo italiano" (*ivi*, p. 2095). Nella sua Relazione alla I Sottocommissione, Cevolotto aveva affermato non potesse prescindere dal fatto che "in Italia la religione cattolica è la religione della grandissima maggioranza anzi della quasi totalità dei cittadini. Perciò io non riterrei inopportuno che nel preambolo della Costituzione, in linea storica e di fatto, fosse inserita una dichiarazione in questo senso. Che non sarebbe probabilmente superflua, perché implicitamente se ne dovrebbe dedurre il corollario – che, per quanto ovvio e non contrastato, non è inutile abbia il fondamento in una esplicita enunciazione – che quando in una qualsiasi cerimonia, alla quale partecipassero in forma ufficiale gli organi Statali, dovesse essere celebrato un rito religioso (...) tale rito si dovrebbe svolgere nelle forme della Chiesa cattolica" (*Atti della Commissione per la Costituzione*, cit., pp. 59-60).

priamente prescrittiva²⁴⁴. Tende, infatti, a tradurre nell'ordinamento giuridico l'orientamento religioso prevalente nella coscienza sociale italiana, al quale vengono ricollegate determinate conseguenze normative: come, appunto, il particolare assetto dei rapporti fra Stato e Chiesa cattolica definito dai Patti e assicurato dalla Costituzione, o la tutela graduata del sentimento religioso dei cittadini.

Tale principio opera dunque come un vero e proprio principio implicito (in quanto direttamente scaturente dalla coscienza e dalla prassi sociali) e inferenziale (in quanto il suo contenuto e la sua portata normativi coincidono con il contenuto mutevole e multiforme di tale coscienza e di tale prassi), sotteso alla norma costituzionale, e idoneo ad orientarne l'interpretazione pratica. Del resto, un principio simile era stato esplicitamente proposto in apertura dell'articolo 5 del progetto costituzionale, ad interpretazione o in sostituzione della formula della religione di Stato²⁴⁵.

L'esistenza di un principio latente di *favor* nei confronti dell'orientamento religioso prevalente nella coscienza sociale italiana, che opera attraverso il margine di vaghezza della formula costituzionale della distinzione degli ordini, è altresì messa in rilievo dalle obiezioni rivolte proprio contro gli aspetti di indeterminazione o le omissioni della formula stessa, in quanto dispiegano effetti normativi potenzialmente confliggenti con le norme e i principi costituzionali espressi. In particolare, ci si riferisce alla mancata indicazione, nella formula, di un criterio preciso in base al quale regolare le relazioni fra i due ordinamenti nell'area di intersezione fra la dimensione temporale e quella spirituale, che è costituita dalle c.d. *res mixtae*; da questo punto di vista, la formula costituzionale "è messa lì per far credere di aver risolto un problema che in realtà rimane insoluto, con una frase che sembra piena di significati arcani, ma che in realtà non significa nulla"²⁴⁶. Vi è evidentemente la preoccupazione di una illegittima compres-

²⁴⁴ Cfr. al riguardo le considerazioni critiche di A. GUAZZAROTTI, *Giudici e minoranze religiose*, Milano 2001, p. 20.

²⁴⁵ Si vedano le già citate proposte di Dossetti (I Sottocommissione, cit.) e di Rodinò (20 marzo 1947, cit.).

²⁴⁶ Calamandrei, 20 marzo 1947, in *Atti*, III, p. 2285. Il repubblicano Della Seta, dopo aver affermato che una Costituzione politica, per il suo valore pedagogico ("in quanto addita una norma, in quanto segna un orientamento alla coscienza morale e civile del cittadino"), deve essere chiara, "non solo nella dizione...ma anche nel senso che non contenga una qualche espressione equivoca, onde poi non dia luogo ad esercizi di ermeneutica legale", addita ad esempio negativo il concetto di ordine impiegato nel primo comma dell'art. 5 del progetto, in quanto non garantisce contro illegittime invasioni di campo dall'una e dall'altra parte (anche se, a differenza di Calamandrei, sembra ritenere sufficiente, a tal fine, di specificare che

sione delle prerogative sovrane dello Stato e dei diritti dei cittadini, che sarebbe resa possibile da tale formula (vaga), in combinazione con il richiamo fatto ai Patti lateranensi nel secondo comma dell'articolo; ciò infatti renderebbe possibile una interpretazione dell'intera norma ispirata al principio implicito di favore per la religione cattolica²⁴⁷.

Indici del possibile operare di un principio implicito connesso al contenuto preminentemente cattolico della coscienza sociale italiana si ritrovano anche nel dibattito – peraltro ridotto – concernente la condizione giuridica dei culti acattolici, che, fin dalla collocazione sistematica nell'articolato del progetto²⁴⁸, appare strettamente dipendente – se non assorbito – da quello relativo allo statuto rivestito dalla Chiesa cattolica nell'ordinamento italia-

l'ordine proprio è l'ordine interno di ciascuno dei due enti sovrani) (seduta del 5 marzo 1947, in *Atti*, III, p. 1768).

²⁴⁷ Così Bruni, il quale sembra suggerire che la formula del primo comma sia stata scelta per evitare di dichiarare esplicitamente il confessionismo dello Stato, enunciato nell'art. 1 del Trattato del Laterano menzionato nel secondo comma: "Che se poi coloro che hanno voluto tale inclusione...hanno realmente inteso di fare dello Stato italiano uno Stato confessionale, più sinceramente mi sarei atteso da loro che il primo comma dell'articolo 5 riproducesse il primo articolo del Trattato, che a sua volta riproduce il primo articolo dello Statuto albertino, che, com'è noto, consacra, *apertis verbis*, il carattere confessionale dello Stato italiano. Questo articolo, come tutti sanno, si trova celato nel secondo comma dell'articolo 5 del progetto di Costituzione. Ma io mi domando come mai, in considerazione della sua decisiva importanza in materia, esso non sia stato piuttosto chiamato ad occupare il 1° comma dell'articolo 5, eliminando, così, quella bruttura giuridica, rilevata dall'onorevole Calamandrei, che presenta l'attuale dizione del primo comma. Perché, per non dire altro, questa assoluta mancanza di chiarezza? [...] Si è data, con ciò, l'impressione, tutt'altro che simpatica, di aver voluto far passare dalla finestra ciò che forse non sarebbe passato dalla porta; o, ciò che sarebbe molto più grave, non si aveva il coraggio di far passare dalla porta" (seduta del 14 marzo 1947, in *Atti*, III, p. 2098). È interessante notare che il già citato emendamento Patricolo per l'introduzione di un'affermazione esplicita di confessionismo statale si basa su un'argomentazione simile: "Da ogni parte di questa Assemblea si è levata l'affermazione che il popolo italiano è un popolo di credenti, di cattolici, ed io non vedo perché questo sentimento che noi professiamo e che professa il popolo che noi rappresentiamo, non si debba, nella realtà della nostra Costituzione, tradurre con una norma precisa, netta ed inequivocabile [...] Ora io non penso che oggi, dopo la caduta dello Statuto albertino, una disposizione del genere possa rientrare nella Costituzione italiana per vie traverse. Se questa affermazione noi dobbiamo fare, dobbiamo farla apertamente, lealmente, chiaramente nella Costituzione; ma ammettere che questa affermazione possa entrare implicitamente nella Costituzione trovo che sia un errore, sia di carattere giuridico, sia di carattere politico" (seduta del 25 marzo, cit., p. 2449).

²⁴⁸ Come è noto, la condizione giuridica delle altre confessioni religiose è inizialmente trattata nel comma conclusivo dell'articolo del progetto dedicato ai rapporti fra Stato e Chiesa cattolica, e solo nella seduta del 25 marzo viene approvato un emendamento tendente allo spostamento del comma nell'articolo dedicato al diritto di libertà religiosa, che prelude al suo successivo confluire in un articolo autonomo.

no²⁴⁹. Il nodo centrale della questione è infatti rappresentato dal riconoscimento esplicito della eguaglianza di tutte le confessioni religiose dinanzi allo Stato, di contro alla semplice affermazione della loro libertà. Per i fautori della formulazione espressa del principio di eguaglianza, questa si impone come necessario contrappeso alla specialità dello statuto giuridico della Chiesa cattolica delineato dall'art. 5 del progetto, e dalle norme pattizie in esso richiamate²⁵⁰; la redazione originaria del terzo comma dell'articolo, infatti, risulta, sotto questo profilo, confusa, ambigua ed incerta²⁵¹, specialmente in considerazione dell'esistenza di una disparità di fatto tra i culti, dovuta alla adesione maggioritaria degli italiani alla Chiesa cattolica²⁵². In altre parole, l'omissione di una affermazione di eguaglianza fra tutte le confessioni religiose consentirebbe di interpretare la norma relativa ai rapporti fra Stato e Chiesa cattolica secondo il principio implicito del favore per la religione storicamente e socialmente predominante.

Da parte opposta, si sostiene che la sostanziale eguaglianza dei culti è già sufficientemente garantita dall'art. 14 del progetto, che tutela l'esercizio

²⁴⁹ Sulla genesi dell'art. 8 cost. cfr. G. CASUSCELLI, *Concordati, intese e pluralismo confessionale*, Milano 1974, pp. 134 ss.; N. COLAIANNI, *Confessioni religiose e intese. Contributo all'interpretazione dell'art. 8 della Costituzione*, Bari 1990, pp. 204 ss.; G. LONG, *Alle origini del pluralismo confessionale*, cit., pp. 348 ss.; B. RANDAZZO, *Art. 8*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino 2006, vol. I, pp. 195-196; ID., *Diversi ed eguali. Le confessioni religiose davanti alla legge*, Milano 2008, pp. 64 ss.

²⁵⁰ Così Preti, seduta del 26 marzo 1947, in *Atti*, III, pp. 2512 ss.; Binni, seduta antimeridiana del 12 aprile 1947, *ivi*, pp. 2773-2774; Laconi, *ivi*, p. 2777; Cianca, *ivi*, pp. 2777-2778; Cevo-lotto, seduta pomeridiana del 12 aprile 1947, *ivi*, pp. 2791-2792.

²⁵¹ Così il socialista Ruggiero, nel commentare l'allora terzo comma dell'art. 5 del progetto costituzionale: «Quando si legge questo articolo, non si può fare a meno di una considerazione, che è questa: la questione delle confessioni religiose è stata trattata in tante Costituzioni; tutte le Costituzioni si sono espresse a questo proposito con una frase lineare, semplice, diritta: «Tutte le confessioni religiose sono uguali di fronte alla legge». Quindi si prova un certo senso di diffidenza quando ci si trova di fronte ad una norma espressa in una forma così confusa, ambigua e incerta» (seduta del 20 marzo 1947, in *Atti*, III, pp. 2275-2276).

²⁵² In questo senso si esprime l'autonomista Cianca, svolgendo l'emendamento che tendeva ad aggiungere all'art. 14 del progetto l'affermazione dell'eguaglianza di tutte le confessioni religiose davanti alla legge: «[...] l'affermazione dell'eguaglianza delle confessioni scaturisce dalla prima parte dell'articolo 14, il quale afferma che ogni cittadino ha diritto di esercitare liberamente la propria professione religiosa. Noi ci preoccupiamo, però (...) di tener conto di uno stato di fatto. [...] Questo stato di fatto mostra che la maggioranza degli italiani professa la religione cattolica. [...] È perché teniamo conto del fatto storico, per cui la religione cattolica è professata dalla grande maggioranza degli italiani, che nel nostro emendamento prendiamo atto del trattamento che la maggioranza di questa Assemblea ha fatto alla Chiesa cattolica votando l'articolo 7. E, per quel che riguarda le altre confessioni religiose, proponiamo di disciplinare la materia secondo la formula contenuta nell'ultima parte del nostro emendamento» (seduta antimeridiana del 12 aprile 1947, in *Atti*, III, pp. 2777-2778).

della libertà religiosa di tutti i cittadini, “in forma individuale ed associata”, e dall’art. 15, che vieta trattamenti discriminatori nei confronti degli enti e delle associazioni con fine religioso²⁵³; un’affermazione esplicita di eguaglianza si porrebbe invece in contraddizione formale con la previsione costituzionale di uno statuto speciale per la Chiesa cattolica²⁵⁴, e non renderebbe conto delle peculiarità che contraddistinguono i singoli ordinamenti confessionali²⁵⁵. Sebbene quest’ultimo argomento intenda essenzialmente ribadire il principio di ragionevolezza per cui situazioni diverse devono essere regolate in maniera diversa²⁵⁶, esso giustifica anche considerazioni ispirate al principio della religione maggioritaria: “Non si può d’altronde stabilire un’eguaglianza completa in ciò che nel fatto e nella realtà non è uguale, poiché è innegabile che una delle religioni, la cattolica, è in Italia di gran lunga preminente sulle altre”²⁵⁷. I sostenitori di questa seconda posizione, quindi, in origine intendono circoscrivere il riconoscimento costituzionale al principio di piena libertà di tutte le confessioni religiose²⁵⁸, corredato dalla previsione della possibilità di una disciplina dei singoli culti concordata tra questi e lo Stato²⁵⁹.

²⁵³ Cappi, seduta pomeridiana del 12 aprile 1947, *ivi*, p. 2785; Dossetti, *ivi*, p. 2791.

²⁵⁴ Grassi, *ivi*, p. 2790; Dossetti, *ivi*, p. 2791; Caroleo, *ivi*, pp. 2780 e 2795.

²⁵⁵ Tale posizione è così sintetizzata da Ruini: “Quando si tratta di eguaglianza delle Chiese — e questo è stato l’argomento svolto, soprattutto dall’onorevole Dossetti — vi sono differenze tecniche. Non può un ordinamento religioso dirsi perfettamente eguale all’altro, poiché fra di loro ci sono differenze, dipendenti dalla loro struttura e da ragioni storiche. «Quindi — dice Dossetti — quell’affermazione non avrebbe nessun valore tecnico o avrebbe valore politico, che respingiamo»” (*ivi*, p. 2784). Dossetti aveva estesamente svolto questo concetto nella seduta di commissione del 21 novembre 1946 (*Resoconto*, cit., pp. 417 ss.), e nella seduta generale del 21 marzo 1947 (*Atti*, III, pp. 2322 ss.). Secondo il democristiano Cappi, la formula dell’eguaglianza non può essere accettata perché “può implicare, nella sua formulazione, una specie di giudizio nel merito, sul contenuto delle singole confessioni religiose: giudizio di parità che — voi lo comprendete — non solo i cattolici, ma neanche gli appartenenti ad altre confessioni religiose non possono ammettere, perché è impossibile che un credente di una data fede ammetta una parità con le altre fedi. (...) Né lo Stato ha competenza in ciò” (seduta pomeridiana del 12 aprile 1947, *ivi*, p. 2784).

²⁵⁶ Come viene del resto riconosciuto anche dai fautori dell’eguaglianza: si vedano le affermazioni di Cevolotto (seduta pomeridiana del 12 aprile 1947, *ivi*, p. 2792), e, in risposta all’argomento di Cappi, le osservazioni del comunista Laconi (*ivi*, p. 2786).

²⁵⁷ Così il liberale Rubilli, *ivi*, p. 2793.

²⁵⁸ Dossetti, seduta del 21 novembre 1946, cit., p. 420.

²⁵⁹ In questo senso si colloca l’intervento del democristiano Grassi nella seduta pomeridiana del 12 aprile 1947, che propone di sopprimere il comma in discussione con questa argomentazione: “[...] noi abbiamo approvato due parti dell’articolo; con la prima abbiamo affermato la libertà di coscienza e di culto [...] Con la seconda parte, che viene qui per trasferimento, abbiamo regolati i rapporti fra Stato e Chiesa. [...] l’economia che dal punto di vista costituzionale la Commissione aveva concepito (...) stabilendo che i rapporti tra Stato e Chiesa cattolica veni-

L'accordo viene infine trovato sulla formula della "eguale libertà" di tutte le confessioni religiose²⁶⁰. Questa formula, come già quella dell'ordine proprio, vale ad escludere due situazioni estreme ed opposte: da un lato, una regolamentazione irragionevolmente uniforme delle diverse esigenze confessionali; dall'altro lato, una restrizione arbitraria della libertà d'azione di determinate confessioni (concretamente, delle confessioni acattoliche rispetto a quella cattolica). Allo stesso tempo, il margine di indeterminazione del concetto di eguale libertà lascia aperta la norma ad interpretazioni ed applicazioni basate sul principio implicito della religione di maggioranza²⁶¹.

L'impressione è rafforzata dalle pur scarse considerazioni emergenti dal dibattito costituente in relazione al limite apposto alla libertà organizzativa delle confessioni acattoliche, e individuato nell'ordinamento giuridico italiano. Tale formula onnicomprensiva venne proposta nella seduta plenaria della Commissione per la Costituzione del 24 gennaio 1947, in sostituzione dell'originaria previsione della non contrarietà degli statuti confessionali alle disposizioni della legge; modificazione che sembrerebbe dar seguito

vano regolati non in forma giurisdizionale, ossia per legge dello Stato, ma in forma concordataria, regolava per legge i rapporti tra lo Stato e le altre Chiese sulla base di preventive intese. Il problema, quindi, trasferito in questo articolo, non è di libertà; già questo è stato assodato nel primo comma testé approvato, nel senso che ciascuno è libero della propria coscienza religiosa, non solo internamente, ma anche esteriormente, in tutte le manifestazioni del culto esterno, in cui si concretizza la libertà religiosa. Qui si tratta soltanto di regolare i rapporti tra l'ordinamento giuridico dello Stato e le singole Chiese. Ora, se ammettiamo che tutte le confessioni religiose sono eguali di fronte alla legge, diciamo cosa diversa dell'articolo 7, con il quale si sono regolati i rapporti fra lo Stato italiano e la Chiesa. Quindi se questo comma si deve approvare dobbiamo parlare delle altre Chiese, e non della Chiesa cattolica. Questa è l'esigenza tecnica dell'articolo. D'altra parte, siccome votando l'ultimo comma abbiamo detto che le confessioni religiose hanno diritto di costituirsi secondo i propri statuti, che non possono essere identici, ma saranno diversi secondo l'organizzazione interiore delle Chiese stesse; e siccome abbiamo detto che i rapporti sono regolati per legge, secondo intese singole, non è più possibile concepire che sono tutte eguali, perché le leggi potranno essere diverse regolando questi diversi rapporti. Mi pare che qui usciamo fuori dalla direttiva giuridica tenuta; e finiamo per creare un precetto oscuro che o non significa niente o modifica le disposizioni già votate. Io, quindi, voglio domandare a voi, alla vostra coscienza, se non ritenete che questa sia una votazione equivoca che non corrisponde allo spirito di chiarezza che deve avere ogni norma costituzionale" (*Atti*, III, p. 2790).

²⁶⁰ L'emendamento, presentato dagli onorevoli Cappi e Gronchi nella seduta pomeridiana del 12 aprile 1947, viene, è vero, approvato soltanto dopo che è stata respinta la formula dell'eguaglianza; ma rappresenta già qualcosa di più rispetto alla posizione originaria della Democrazia cristiana. Sul carattere transazionale della formula approvata, N. COLAIANNI, *op. e loc. cit.*; G. LONG, *op. cit.*, p. 353.

²⁶¹ Come dimostra la giurisprudenza costituzionale immediatamente successiva all'entrata in vigore della Costituzione circa la conformità a Costituzione della tutela penale differenziata del sentimento religioso. Cfr. *infra*, § II. 1. 2. 4.

all'osservazione, svolta nella seduta precedente²⁶², per cui vi sarebbero principi, come l'ordine pubblico e il buon costume, che non rientrano nelle disposizioni giuridiche positive, il cui rispetto è implicitamente dato per altrettanto fondamentale. Proprio in risposta alla proposizione di un emendamento volto a sopprimere tale ampio limite, giudicato discriminatorio nei confronti delle minoranze religiose²⁶³, se ne afferma la necessità contro la possibile insorgenza di culti "strani, bizzarri"²⁶⁴. L'affermazione proviene dal presidente della Commissione per la Costituzione, in seno alla quale si era elaborata la dicitura in questione, e deve dunque presumersi che riproduca con ragionevole fedeltà l'intenzione con la quale era stata adottata tale formula; e benché costituisca un *apax* in questa specifica discussione, neppure viene seriamente contestata, giacché le critiche mosse alla previsione del limite dell'ordinamento giuridico riguardano essenzialmente l'ingiustizia della sua applicazione alle confessioni di minoranza già da tempo esistenti e note nel territorio italiano, ossia la confessione ebraica e le denominazioni protestanti, spesso identificate *tout court* con i valdesi²⁶⁵. Pare dunque che con il limite dell'ordinamento giuridico i costituenti abbiano inteso rinviare non soltanto al diritto positivo dello Stato, ma altresì ad uno *standard* di normalità e di tradizionalità dei gruppi religiosi; vale a dire, ad un insieme di parametri di valutazione che si collocano necessariamente all'interno della coscienza sociale, informata ai principi della tradizione religiosa cristiano-cattolica. Sebbene qui non si faccia specifico riferimento alla religione di maggioranza, allora, anche la scelta di questa formula riflette un'impostazione implicitamente basata sull'esistenza di una confessione storicamente e socialmente preponderante, che fornisce il modello di accettabilità giuridico-sociale degli altri culti²⁶⁶. Ciò è tanto più vero, se si considera che la nozione di confessione religiosa, che costituisce il referente concettuale delle libertà garantite dalla norma costituzionale, non è, a sua volta, definita nel suo contenuto semantico. L'espressione compare nella formulazione proposta alla Commissione per la Costituzione nella seduta del 24

²⁶² Cappi, seduta del 23 gennaio 1947, *Resoconto*, cit., p. 158.

²⁶³ Emendamento svolto dall'on. Pajetta nella seduta assembleare del 25 marzo 1947 (*Atti*, III, p. 2451).

²⁶⁴ Ruini, *ivi*, p. 2483.

²⁶⁵ Si vedano gli interventi di Lussu, seduta plenaria della Commissione del 23 gennaio 1947, in *Resoconto*, cit., p. 158; Jacini, seduta del 14 marzo 1947, *Atti*, III, p. 2114; Pajetta, seduta del 25 marzo 1947, *ivi*, pp. 2451-2452.

²⁶⁶ Parlano in questo senso di un pluralismo a numero chiuso o moderato N. COLAIANNI, *op. cit.*, pp. 27 e 123-124; G. LONG, *op. cit.*, pp. 368 ss.

gennaio 1947, senza ulteriori esplicazioni o discussioni sul punto²⁶⁷, e viene in seguito impiegata indifferentemente accanto ai termini più tradizionali di ‘chiesa’ o ‘culto’. La formula ha quindi necessariamente valore recettizio delle valutazioni e dei modelli del religioso operanti nell’ambiente sociale di riferimento²⁶⁸. Risulta perciò evidente il nesso fra questa concezione ‘in bianco’ di confessione religiosa, e la funzione, svolta dal limite dell’ordinamento giuridico, di sbarramento nei confronti di gruppi religiosi difformi rispetto al paradigma della tradizione religiosa socialmente consolidata.

Del resto, il tema dei culti bizzarri ritorna nella discussione sull’articolo 14 del progetto di Costituzione, sotto il profilo delle limitazioni apponibili al diritto di libertà religiosa. La formulazione proposta all’Assemblea faceva riferimento, in dichiarata armonia con l’art. 1 della l. 1159/1929 sui culti ammessi²⁶⁹, alla non contrarietà dei principi e dei riti all’ordine pubblico e al buon costume. La formula fu ampiamente criticata, specialmente nella parte relativa all’ordine pubblico, in quanto l’esperienza applicativa della legge sui culti ammessi ne aveva dimostrato la cedevolezza rispetto agli imperativi della politica fascista di impiego strumentale della religione maggioritaria, e dunque l’idoneità ad essere sfruttata a fini di contenimento e repressione dei gruppi religiosi di minoranza²⁷⁰. Esprimendosi sulla proposta di sopprimere la formula nella sua integralità, il presidente della Commissione sostiene che debba mantenersi almeno il limite dei riti contrari al buon costume, in rapporto alla possibile introduzione di pratiche cultuali “stravaganti”²⁷¹. Peraltro un esplicito divieto di riti qualificabili come stravaganti era stato proposto in aggiunta ai limiti dell’ordine pubblico e del

²⁶⁷ La prima versione della formula utilizzava il termine “Chiese” (seduta del 23 gennaio 1947, cit., p. 158). L’espressione “confessioni religiose” viene probabilmente preferita a quella di “chiese”, poiché questa rimandava troppo esclusivamente alla tradizione cristiana; e a quella di “culti”, per sancire più chiaramente il distacco rispetto al regime fascista dei culti ammessi (N. COLAIANNI, *op. cit.*, pp. 33 ss.; G. LONG, *I capisaldi del dibattito alla Costituente*, «Politica del diritto», 1, 1996, p. 23; B. RANDAZZO, *Art. 8*, cit., p. 198).

²⁶⁸ N. COLAIANNI, *op. cit.*, p. 39. Sul concetto di confessione religiosa v. più approfonditamente *infra*, § II. 2. 2. 2.

²⁶⁹ Dossetti giustifica la formula in quanto “adoperata tradizionalmente da tutte le legislazioni”, e in particolare, in quanto riproduce l’art. 1 della legge sui culti ammessi (seduta antimeridiana del 19 dicembre, in *Resoconto*, cit., pp. 498 e 500).

²⁷⁰ Così Preti, seduta del 26 marzo 1947, *Atti*, III, pp. 2514-2515; Della Seta, seduta del 28 marzo 1947, *ivi*, p. 2622; Binni, seduta antimeridiana del 12 aprile 1947, *ivi*, pp. 2772-2773; Nobili Tito Oro, *ivi*, pp. 2774-2775. In Commissione preoccupazioni analoghe erano già state espresse da Basso (seduta antimeridiana del 19 dicembre 1946, in *Resoconto*, cit., p. 500).

²⁷¹ Ruini, seduta pomeridiana del 12 aprile 1947, *ivi*, p. 2783.

buon costume²⁷². Anche il limite del buon costume applicato alla libertà religiosa appare dunque concepito, almeno in parte, in relazione ad uno *standard* implicito di valutazione costituito dal modello socialmente condiviso e prevalente di religione tradizionale²⁷³. Infatti, sebbene il concetto di buon costume assunto in Costituzione si faccia abitualmente coincidere con quello del comune pudore sessuale²⁷⁴, questa particolare accezione non risulta in maniera così univoca dal dibattito circa la sua applicazione alla libertà religiosa: le pratiche portate ad esempio di riti contrari al buon costume comprendono, accanto al nudismo e all'evirazione, la ritualità dei quaccheri (i "tremolanti")²⁷⁵; si parla di "degenerazioni, sotto la parvenza della spiritualità, del sano sentimento religioso, con credenze superstiziose e riti paganeschi"²⁷⁶. Anzi, dall'analisi dei lavori preparatori della Costituzione emergerebbe che il buon costume sia stato inteso dai costituenti nel senso di "pubblica moralità"; concetto, questo, che può essere interpretato non solo con riferimento alla corrente morale sessuale, ma anche, più latamente, ai principi e alle esigenze della coscienza collettiva costitutivi della morale sociale²⁷⁷.

²⁷² Nobile, seduta del 27 marzo 1947, *ivi*, p. 2575.

²⁷³ Si veda a tale proposito l'intervento dell'on. Binni, che pur criticando i concetti di buon costume e di culto stravagante, afferma però che "è il caso di ricordarci dell'ambiente storico in cui viviamo; ricordiamo che non siamo nell'Africa centrale, ma siamo in Italia; siamo una nazione in cui direi che perfino il più rozzo senso del numinoso ha trovato sempre la maniera di sublimarsi, in qualche modo, in forme comunque innocenti, entro il cerchio potente della religione tradizionale e non ha dovuto scegliere nessun culto di quelli che l'onorevole Nobile potrebbe chiamare forme e riti stravaganti" (cit., p. 2773). La preoccupazione che tale limite possa riflettere la posizione di rendita sociale goduta dalla maggioranza emerge dall'intervento di Della Seta, secondo il quale la formulazione della norma, apparentemente generale, riguarderebbe in realtà le sole minoranze religiose, mentre degenerazioni del sentimento religioso possono trovarsi in tutte le fedi (seduta del 28 marzo 1947, *Atti*, III, p. 2622).

²⁷⁴ F. FINOCCHIARO, *Art. 19*, in P. Branca (a cura di), *Commentario*, cit., vol. II, pp. 277-278; M. RICCA, *Art. 19*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario*, cit., p. 436; per una recensione di tale corrente dottrinale cfr. V. PACILLO, *Buon costume e libertà religiosa. Contributo all'interpretazione dell'art. 19 della Costituzione italiana*, Milano 2012, pp. 101 ss.

²⁷⁵ Ruini, *cit.*

²⁷⁶ Della Seta, *cit.*

²⁷⁷ V. PACILLO, *op. cit.*, pp. 107-108. Il nesso tra il concetto di buon costume e quello più generico di morale socialmente condivisa appare nei già citati (v. nt 265 e 272) interventi di Jacini ("E, quanto alla limitazione, che non abbiano ad urtare contro la moralità e il buon costume...") e di Nobile ("Mi sembra perciò giusto che l'articolo 14, insieme con i riti che offendono la morale, proscriba anche quelli stravaganti"). Il carattere implicitamente cristiano e cattolico di tale morale sociale, poi, emerge non solo dalla dottrina dell'epoca (si veda per tutti A. TRABUCCHI, v. *Buon costume*, «Enciclopedia del diritto», Milano 1959, vol. V, p. 703), ma anche dal dibattito costitutivo relativo alla libertà di manifestazione del pensiero. In sede di I Sottocommissione, infatti, Dossetti aveva presentato un progetto di articolo in cui si enunciava

Il dibattito svoltosi in seno all'Assemblea costituente italiana in relazione alla disciplina fondamentale delle libertà e delle formazioni religiose evidenzia dunque, analogamente all'esperienza francese, il rinvio a criteri normativi esterni alle formule costituzionali esplicite, come mezzo per 'disinnescare' conflitti generati dalla contrapposizione di concezioni diverse circa la posizione reciproca ed i rispettivi ruoli dell'ordine statale e dell'ordine confessionale. In questo caso, lo scontro tra un modello ideale basato sulla prevalenza della sovranità statale e sull'agnosticismo di Stato, ed uno improntato invece al riconoscimento e alla promozione, da parte dello Stato, dell'autonomia e della funzione sociale delle istituzioni religiose, è catalizzato dal problema della definizione dello *status* giuridico della confessione maggioritaria, e di riflesso degli altri gruppi religiosi. È vero che, rispetto al suo omologo francese, la carta costituzionale italiana appare orientarsi più nettamente verso la seconda delle due concezioni osservate. Si è così potuto parlare di un vero e proprio *favor religionis*, manifestato dalla Costituzione italiana nei confronti delle forme organizzate del religioso e delle diverse estrinsecazioni della religiosità individuale e collettiva²⁷⁸.

La formulazione delle norme costituzionali in materia di libertà religiosa e confessionale dimostra però che tale conflitto è solo parzialmente risolto con la prevalenza di una determinata concezione sull'altra. I punti di maggiore divergenza, che non avrebbero permesso di raggiungere un accordo, vengono sostanzialmente elusi mediante gli elementi di vaghezza presenti nella formulazione dei criteri di relazione fra ordinamento statale e ordinamenti confessionali. Questi punti sono essenzialmente riconducibili alla qualificazione complessiva dello Stato in relazione al fatto religioso, con le conseguenze che ne derivano per la regolamentazione giuridica di esso. Più precisamente, il nodo problematico concerne la definizione del nuovo ordi-

il diritto di libera professione delle idee e delle convinzioni, purché non contrastanti, fra l'altro, con le supreme norme morali (*Atti della Commissione per la Costituzione*, cit., p. 62). Nella relativa discussione, la formula viene criticata in quanto il richiamo a non ben precisate norme morali si tradurrebbe in un rinvio in bianco alla morale cristiana cattolica (Marchesi, seduta del 18 dicembre 1946, in *Resoconto*, cit., p. 486; Cevolotto, *ibidem*; Basso, *ivi*, pp. 486-487 e 489; Togliatti, *ivi*, pp. 487-488). Da parte opposta, ciò non viene negato, ma si afferma la tendenziale coincidenza fra le norme della morale cristiano-cattolica e il minimo etico condiviso dai consociati (Dossetti, *ivi*, p. 486; Mastrojanni, *ivi*, p. 487; Lucifero, *ivi*, p. 489).

²⁷⁸ In questo senso P. CAVANA, *op. cit.*, pp. 233-234; G. DALLA TORRE, *op. cit.*, p. 35; G. LONG, *op. cit.*, pp. 355 ss. Un segno del particolare *favor religionis* costituzionale può forse essere individuato anche nella tendenziale indifferenza con cui venne accolta la proposta avanzata dall'on. Labriola di introdurre una affermazione esplicita di libertà delle opinioni ed organizzazioni espressive del pensiero laico e areligioso (seduta pomeridiana del 12 aprile 1947, *Atti*, III, pp. 2787 e 2797-2798).

namento repubblicano alla luce del principio di laicità; non tanto sotto il profilo della separazione istituzionale fra l'autorità statale e l'organizzazione confessionale, generalmente accettata e condivisa dai costituenti; quanto piuttosto sotto quello della neutralità assiologica ed etica dello Stato. Le forze politiche della tradizione liberale, e quelle della nuova sinistra sociale, infatti, insistono sulla rigorosa imparzialità dello Stato rispetto all'orientamento religioso dei cittadini; la quale implica, ad esempio, la pari tutela del sentimento religioso, l'affermazione dell'eguaglianza di tutti i culti, la riconduzione all'esclusiva sovranità statale di ambiti, come la giurisdizione matrimoniale e l'insegnamento, nei quali il riconoscimento delle istanze confessionali può tradursi in fattore di diseguaglianza giuridica fra i cittadini. A differenza dei cattolici francesi, che vedevano nella neutralità una garanzia di libertà contro uno Stato educatore delle coscienze, lo schieramento cattolico italiano tende invece a partire dal presupposto di una società prevalentemente cristiana e cattolica, il cui concreto orientamento deve potersi riflettere e trovare attiva promozione nell'ordinamento giuridico dello Stato²⁷⁹. Le formule dell'ordine proprio, o dell'eguale libertà, possono, da questo punto di vista, essere interpretate in funzione dell'una o dell'altra impostazione teorica, a seconda dei principi che si affermano a livello implicito nella coscienza e nella prassi sociali. In particolare, viene in rilievo l'operare di un principio implicito di *favor* per la religione maggioritaria, e di *standard* improntati al modello di religiosità da essa fornito; che riemergono, come si vedrà, negli orientamenti della giurisprudenza, anche costituzionale, immediatamente successiva all'entrata in vigore della nuova Costituzione.

2. 1. 3. I principi costituzionali impliciti nell'interpretazione del giudice delle leggi. Il Conseil constitutionnel e i principi fondamentali riconosciuti dalle leggi della Repubblica

La presenza di determinati principi impliciti dietro le formule vaghe inserite nella Costituzione francese in tema di libertà religiosa e confessionale è comprovata dalla relativa giurisprudenza costituzionale sul punto.

²⁷⁹ Questa impostazione emerge particolarmente dal già citato discorso di La Pira dell'11 marzo 1947, sebbene attento alla libertà di tutte le formazioni religiose. Non è un caso che proprio in risposta a quel discorso, l'on. Rossi sottolinei che lo Stato proposto dal gruppo democristiano è "uno Stato sotto il segno della Croce" (seduta del 14 marzo 1947, cit., p. 2108).

In una delle prime decisioni in cui fa uso della categoria dei “principi fondamentali riconosciuti dalle leggi della Repubblica”, il Conseil constitutionnel riconosce infatti come tale la libertà di insegnamento²⁸⁰. La pronuncia è originata dal ricorso presentato contro l’adozione della futura l. 77-1285 del 25 novembre 1977 (c.d. *loi Guermeur*), che all’art. 1 introduceva l’obbligo, per gli insegnanti delle scuole private in regime di contratto di associazione all’insegnamento pubblico, di rispettare il carattere proprio dell’istituto. Tale obbligo sarebbe stato incompatibile, secondo gli autori del ricorso, con la libertà di coscienza degli insegnanti e col dovere costituzionale dello Stato di organizzare un insegnamento laico. Va precisato che, secondo la l. 59-1557 del 31 dicembre 1959 (c.d. *loi Debré*), le scuole private contrattualmente associate all’insegnamento pubblico sono sottoposte al controllo dello Stato, e sono tenute a dispensare un insegnamento conforme alle regole e ai programmi dell’insegnamento pubblico, impartito da insegnanti statali o legati allo Stato da contratto, nel totale rispetto della libertà di coscienza degli alunni, essendo obbligate ad accogliere tutti i fanciulli, senza distinzione di opinione e credenza²⁸¹. Ciò significa che esse sono sottoposte, come le scuole pubbliche, al principio di neutralità ideologica dell’insegnamento impartito; il rispetto del carattere proprio dell’istituto – che può manifestarsi nelle attività extracurricolari, nello stile pedagogico e nei valori che ispirano la disciplina interna e i rapporti fra i membri della comunità educativa – rappresenta allora l’unico mezzo per evitare che la libertà d’insegnamento si riduca alla libertà imprenditoriale di creare istituti scolastici privati, ma per il resto identici sotto ogni aspetto agli istituti stata-
li²⁸².

²⁸⁰ Déc. DC 87-77 del 23 novembre 1977.

²⁸¹ Artt. 1, 3, 4. Tali norme sono ora raccolte nel Code de l’éducation, adottato con ordinanza 2000-549 del 15 giugno 2000 (v. artt. L442-1 e L442-5).

²⁸² Così J. RIVERO, *La liberté d’enseignement, principe fondamental de la République*, cit., p. 567. Naturalmente, è pur sempre possibile istituire scuole private senza contratto, non soggette ad un analogo obbligo di uniformazione al modello delle scuole statali, ma in tal caso non è possibile beneficiare dei contributi pubblici alla remunerazione degli insegnanti e alle spese di funzionamento, senza i quali la facoltà di aprire e di frequentare scuole libere è resa materialmente molto difficoltosa. Questo aspetto della questione non è sfuggito al Conseil constitutionnel: nella seduta del 23 novembre 1977 il relatore della causa osserva infatti che “La condition matérielle des écoles libres est devenue de plus en plus difficile après la première guerre et encore plus depuis 1945 en raison de la disparition des enseignants religieux. C’est alors qu’il a fallu trouver une solution matérielle assurant le service de l’école libre”, soluzione che è stata individuata nella possibilità di concludere contratti con lo Stato, sottoponendosi al suo controllo in contropartita dell’accollo statale delle spese scolastiche (*Compte rendu de la séance du 23 novembre 1977*, p. 8, testo disponibile al sito www.conseilconstitutionnel.fr, visitato il 19/8/2016).

Di questo il giudice costituzionale si mostra ben conscio: difatti rigetta il ricorso argomentando che la salvaguardia del carattere proprio dell'istituto altro non è se non la messa in opera del principio della libertà d'insegnamento. Questa, a sua volta, ha ricevuto valore costituzionale in quanto principio fondamentale dell'ordinamento repubblicano (cons. 2 e 3). Né può essere invocato in senso contrario l'obbligo costituzionale imposto allo Stato di organizzare un insegnamento pubblico gratuito e laico, dal momento che tale dovere non può avere per effetto di escludere l'esistenza dell'insegnamento privato, né l'eventuale concessione di aiuti statali alle scuole private (cons. 4). Contestualmente, il Conseil qualifica la libertà di coscienza quale principio fondamentale della Repubblica, riconducendolo all'art. 10 della Dichiarazione del 1789 e al pt. 5 del Preambolo del 1946 (cons. 5). Ne conclude perciò che il rispetto del carattere proprio dell'istituto, se impone agli insegnanti un dovere di riserva nella manifestazione delle proprie opinioni, non può però portare pregiudizio alla loro libertà di coscienza (cons. 6).

La decisione del Conseil constitutionnel conferma, rendendolo esplicito, quanto sottinteso con la formula dei *principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* dai costituenti dello schieramento liberale e cattolico: l'appartenenza alla tradizione giuridica e sociale della Repubblica del principio generale fondamentale in forza del quale il campo educativo è aperto alla libera concorrenza, in condizioni di effettiva parità, dell'istituzione statale e dell'istituzione confessionale, come conseguenza della neutralità filosofica dello Stato²⁸³. Nel far ciò, il giudice costituzionale disconosce indirettamente, come non corrispondente a tale tradizione, il principio opposto, implicitamente suggerito dai ricorrenti: il monopolio statale della funzione sociale dell'insegnamento quale conseguenza necessaria della laicità dell'ordinamento.

La pronuncia suscita una prima osservazione circa il carattere latente del principio al momento del suo ingresso in Costituzione tramite la formula dei *principes fondamentaux*. In apparenza, infatti, il Conseil riconosce la libertà d'insegnamento quale principio fondamentale della Repubblica in ragione

²⁸³ Che tale principio abbia un radicamento sociale lo si ricava anche dalla citazione, nella relazione di presentazione della causa al Conseil, di un discorso politico nel quale si affermava che "lorsque les motifs d'une lutte n'existent plus, il ne convient pas de transmettre à ceux qui nous suivent le flambeau de nos divisions" (*Compte rendu*, loc. cit.). Questa citazione, oltre a ricalcare una delle argomentazioni avanzate nel dibattito costituente in favore della libertà d'insegnamento, suggerisce che il Conseil non abbia voluto rimettere in causa un principio intorno al quale la società si era relativamente pacificata, e che era generalmente condiviso dai consociati.

del fatto che esso “a notamment été rappelé à l’article 91 de la loi des finances du 31 mars 1931”;²⁸⁴ cioè, in quanto principio stabilito da una norma esplicita e formulata. Tale fondamento normativo, però, risulta debole per due ordini di ragioni. In primo luogo, per la sua fonte: l’articolo in questione, infatti, non si iscrive in una disciplina organica dell’insegnamento, ma è soltanto una delle disposizioni relative all’allocazione delle risorse del bilancio statale per l’anno di riferimento. Nel testo dell’articolo, poi, il principio della libertà d’insegnamento non figura come oggetto principale della norma, ma è appena richiamato *en passant*, come assicurazione formale a fronte dell’estensione della gratuità dell’insegnamento secondario pubblico contemplata nella medesima norma²⁸⁴. In secondo luogo, per la formula con cui la norma in questione viene richiamata: l’impiego dell’avverbio “notamment” e del verbo “rappeler” sembra sottintendere che l’articolo in questione costituisca soltanto una delle possibili fonti del principio. Certamente il giudice costituzionale aveva presenti altri testi di legge dai quali poteva ricavarsi un principio di libertà dell’insegnamento²⁸⁵; ma il fatto che non abbia ritenuto di farne esplicita menzione nella pronuncia può spiegarsi, oltre che per ragioni di economia espressiva, anche in forza della convinzione che non ve ne fosse bisogno, perché tale principio trovava già il suo fondamento in una tradizione socialmente radicata, di cui le varie disposizioni legislative costituivano la traduzione sul piano del diritto positivo²⁸⁶. Tali considerazioni inducono a ritenere che il Conseil possa aver dapprima constatato l’imporsi intuitivo di tale principio, come regola anteriore e superiore, oggetto di consenso sociale, e ne abbia poi cercato una giustificazione a posteriori nelle leggi positive del periodo repubblicano²⁸⁷.

²⁸⁴ Così recita l’articolo: “Sous réserve du maintien de la liberté d’enseignement, qui est un des principes fondamentaux de la République, par extension des dispositions de l’article 157 de la loi des finances du 16 avril 1930, instituant la gratuité de l’externat dans les classes de sixième de tous les établissements d’enseignement secondaire de l’Etat, les rétributions scolaires de l’externat simple cesseront d’être perçues, à dater du 1 octobre 1931, pour les élèves des classes de cinquième des mêmes établissements”.

²⁸⁵ Come si evince dall’elenco riportato dal relatore della causa nella seduta del 23 novembre (*Compte rendu*, loc. cit.).

²⁸⁶ J. RIVERO nota che in tal modo il Conseil evita il rischio di entrare nel dibattito, emerso in sede costituente, circa la qualità autenticamente repubblicana di talune delle leggi che enunciavano o facevano applicazione del principio (*op. cit.*, pp. 566-567). È dunque possibile che il Conseil abbia di proposito omesso di citare norme che, per tale motivo, non avrebbero potuto fornire un fondamento incontestabile al carattere di principio fondamentale della Repubblica della libertà di insegnamento.

²⁸⁷ V. BOUVIER, *Le Conseil constitutionnel et la coutume. Sur les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*, «Droits», 3, 1986, pp. 91-92. Cfr. anche A.-M. LE BOS - LE POURHIET, v. *Principes généraux du droit*, in O. Duhamel, Y. Mény (ed.), *Dictionnaire*

La matrice implicita e inferenziale del principio emerge, peraltro, anche nella formulazione del suo contenuto. Così, il riconoscimento di una generale libertà di sovvenzione statale alle scuole private come elemento costitutivo della libertà d'insegnamento mancava di un fondamento normativo espresso al momento della genesi della Costituzione²⁸⁸; la sua progressiva integrazione nel contenuto di tale libertà sembra dunque rispondere ad una valutazione di giustizia sentita nella società²⁸⁹. Peraltro, nella pronuncia in questione la libertà di sovvenzione viene enunciata senza ulteriori precisazioni circa la sua concreta portata, ed i termini della sua conciliazione con il principio di laicità dello Stato; la generalità e la sinteticità dell'enunciazione ne consegnano dunque gli elementi di contenuto all'ambito, implicito e inferenziale, del diritto non (ancora)-detto, almeno finché una controversia non offra l'occasione di esplicitarli²⁹⁰. Inoltre, il concetto di carattere proprio degli istituti privati, impiegato dal legislatore e convalidato dal Conseil, è un concetto giuridicamente indeterminato, il cui contenuto "relève davan-

constitutionnel, Paris 1992, p. 828; V. CHAMPEIL- DESPLATS, *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*, cit., pp. 111 ss.; S. RIALS, *Les incertitudes de la notion de constitution sous la V^e République*, «Revue du droit public», 3, 1984, pp. 596-597.

²⁸⁸ È vero che la possibilità di sovvenzioni era contemplata dalla legge Falloux per l'insegnamento secondario e dalla legge Astier per l'insegnamento tecnico (cfr. nt. 167), ma tali disposizioni erano ben lungi dal consacrare un principio generale in materia, come risulta dai dibattiti in merito in seno alle due Assemblée costituenti.

²⁸⁹ Ciò emerge dal resoconto della seduta del 23 novembre 1977, allorché il relatore della causa evoca la percezione della necessità di assicurare materialmente il servizio della scuola libera, e i provvedimenti normativi anteriori alla legge Debré che avevano cercato di rispondere a tale istanza sociale prevedendo aiuti economici alle famiglie. Il principio della libertà di sovvenzione statale diretta alle scuole private verrà ripetutamente ribadito dal Conseil (déc. DC 93-329 del 13 gennaio 1994 e déc. DC 2009-591 del 22 ottobre 2009).

²⁹⁰ Ciò che avviene ad esempio nelle decisioni del 1994 e del 2009. In queste pronunce, il contrasto evocato dai ricorrenti tra il principio di laicità dello Stato e dell'organizzazione pubblica dell'insegnamento, da un lato, e la libertà d'insegnamento, dall'altro, viene composto inserendo nell'equazione i principi di proporzionalità e di eguaglianza. In merito alla questione concreta dell'estensione della libertà di sovvenzione statale alle scuole private, tali principi implicano: a) che la partecipazione delle collettività pubbliche al finanziamento delle scuole private è ammessa in proporzione alla natura e all'importanza del contributo di queste alla missione dell'insegnamento, e deve obbedire a criteri oggettivi e razionali (cons. 27 déc. 93-329; cons. 6 déc. 2009-591); b) che la partecipazione delle collettività pubbliche al finanziamento delle scuole private non può avere per effetto di introdurre una disegualianza di trattamento fra istituti privati e istituti pubblici a detrimento di questi ultimi (cons. 27 déc. 93-329). Queste decisioni sottintendono dunque un principio di leale concorrenza fra insegnamento pubblico e insegnamento privato: così come la gratuità del primo non può ingiustamente sfavorire il secondo, e deve dunque essere compensata dalla possibilità di prevedere aiuti statali all'insegnamento privato, allo stesso modo le sovvenzioni statali all'insegnamento privato non possono ingiustamente sfavorire le scuole pubbliche, obbligate a fornire gratuitamente i propri servizi a tutti i cittadini.

tage de l'expérience vécue que de la définition"²⁹¹. Sostanzialmente indeterminato, e lasciato alla definizione di *standard* extrapositivi, è poi il contenuto del dovere di riserva nella manifestazione delle proprie opinioni, che dovrebbe fornire il criterio di bilanciamento tra la libertà d'insegnamento – nella forma dell'obbligo di rispettare il carattere proprio dell'istituto – e la libertà di coscienza degli insegnanti, a sua volta non precisamente definita nei propri contenuti²⁹².

Una seconda osservazione occasionata dalla pronuncia in esame concerne la scelta del giudice delle leggi di consacrare a livello costituzionale determinati principi normativi facendo ricorso ad una formula vaga quale è quella dei *principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*. Se tale scelta pare obbligata nel caso della libertà d'insegnamento, non espressamente prevista in alcuna norma costituzionale, fa specie che il Conseil abbia ritenuto di qualificare anche la libertà di coscienza come principio repubblicano fondamentale, sebbene tale libertà avesse già un fondamento costituzionale autonomo nella Dichiarazione del 1789 e nel pt. 5 del Preambolo del 1946. Questa scelta potrebbe allora interpretarsi come volontà del giudice costituzionale di affrancarsi dalle singole norme esplicite e formulate, rimanendo così libero di attingere, nell'enunciazione e nell'applicazione dei principi, al serbatoio della normatività latente nella tradizione del corpo sociale.

L'evoluzione successiva dell'uso della categoria dei P.F.R.L.R. nella giurisprudenza del Conseil constitutionnel sembrerebbe screditare questa

²⁹¹J. RIVERO, *op. ult. cit.*, p. 567. Nella dec. 84-185 DC del 18 gennaio 1985 il Conseil riafferma l'obbligo degli insegnanti privati di rispettare il carattere proprio dell'istituto, malgrado l'abrogazione della norma che lo prevedeva espressamente (cons. 10 e 11); ritiene quindi che l'applicazione agli istituti privati delle regole dell'insegnamento pubblico, e la nomina dei docenti previo accordo con la direzione dell'istituto, non possano essere interpretate nel senso di portare pregiudizio al carattere proprio della scuola (cons. 12 e 13). Tuttavia, non definisce ulteriormente il significato e la portata di tale carattere proprio. Cfr. sul punto F. MESSNER, P.-H. PRELOT, J.-M. WOEHRLING, *Droit français des religions*, cit., pp. 1840-1843.

²⁹²Nella seduta del 23 novembre viene richiamata la giurisprudenza relativa al licenziamento ideologico di insegnanti di scuole cattoliche divorziati e risposati; in particolare, uno dei membri del Conseil osserva che il rispetto del carattere proprio dell'istituto "ne saurait autoriser, en cas de violation d'une règle de droit canon, à leur infliger une sanction" (*Compte rendu*, cit., pp. 10 e 12). Sembrerebbe dunque che il Conseil intendesse il dovere di riserva come limite all'espressione di opinioni non conformi all'orientamento ideologico dell'istituto, non anche come obbligo di adeguarvi la propria vita privata. Nella dec. 84-185 si fa riferimento al dovere di riserva dei docenti "dans leur enseignement" (cons.11), il che varrebbe ad escludere la rilevanza dei comportamenti tenuti al di fuori del servizio. Sul punto cfr. G. MARCOU, *La liberté de l'enseignement et la liberté des enseignants*, cit., pp. 62 ss.; F. MESSNER, P.-H. PRELOT, J.-M. WOEHRLING, *op. cit.*, p. 1842; J. RIVERO, *op. ult. cit.*, pp. 568-569.

ipotesi. Nella decisione DC 88-244 del 20 luglio 1988, infatti, il Conseil ha specificato che, per potersi parlare di un principio fondamentale riconosciuto dalle leggi della Repubblica, occorre che tale principio trovi la sua fonte in una norma di legge promulgata sotto uno dei regimi repubblicani susseguiti fino al 1946, non sconfessata da norme successive²⁹³. Ciò varrebbe a positivizzare interamente questa categoria di principi, escludendo le componenti implicite e inferenziali della tradizione repubblicana. Tale conclusione va tuttavia temperata da alcune considerazioni. Innanzitutto, lo stesso Conseil mostra di non attenersi rigorosamente ai criteri enunciati, consacrando principi che non vi corrispondono pienamente, o, al contrario, rifiutando di riconoscere come tali principi che pure vi appaiono conformi²⁹⁴. In secondo luogo, anche mantenendosi all'interno di tali parametri, il Conseil conserva comunque un ampio margine di discrezionalità, sia nella selezione dei principi che debbono qualificarsi come fondamentali e repubblicani, sia nella loro formulazione. In particolare, il carattere generico e sintetico dell'enunciazione del principio; la concisione delle formule con cui viene dichiarata la compatibilità o meno delle norme impugnate rispetto al principio enunciato; la vaghezza dei criteri di conciliazione con altri principi concorrenti²⁹⁵, costituiscono altrettanti spazi di manovra che rendono possibile il ricorso a norme implicite e inferenziali. Ciò conferma l'ipotesi, avanzata in dottrina, che nell'individuazione dei principi fondamentali repubblicani l'interprete costituzionale sia guidato da un criterio essenzialmente teleologico: l'impiego dei materiali di diritto positivo, esplicito e formulato, a giustificazione dell'esistenza di un determinato principio fondamentale, avvie-

²⁹³ Cfr. V. CHAMPEIL-DESPLATS, *op. cit.*, p. 98; L. FAVOREU, *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*, in *La République en droit français*, cit., pp. 234-235; M. VERPEAUX, *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ou les principes énoncés dans les lois de la République ?*, «Les petites affiches», 14 juillet 1993, 84, p. 11.

²⁹⁴ V. CHAMPEIL-DESPLATS, *op. cit.*, pp. 98 ss. e 115; D. ROUSSEAU, *Le Conseil constitutionnel et le Préambule de 1946*, cit., pp. 161-162. In particolare, per un esempio di consacrazione di un principio non precisamente riconducibile ad una disposizione legislativa, si veda la decisione DC n. 89-256 del 25 luglio 1989 (cons. 23).

²⁹⁵ V. CHAMPEIL-DESPLATS, *op. cit.*, pp. 197 ss.; D. LOCHAK, *Le Conseil constitutionnel protecteur des libertés ?*, «Pouvoirs», 13, 1986, pp. 43 ss.; M.-C. PONTTHOREAU, *La reconnaissance des droits non-écrits par les Cours constitutionnelles italienne et française. Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Paris 1994, pp. 137 ss.; J. RIVERO, *Les « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » : une nouvelle catégorie juridique ?*, «Recueil Dalloz», 1972, Chron. p. 267; M. VERPEAUX, *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ont-ils encore un avenir ?*, «Recueil Dalloz», 22, 2004, pp. 1537 ss.

ne in funzione di uno scopo, vale a dire che segue, piuttosto che precedere, l'enucleazione del principio stesso²⁹⁶.

Un esempio di quanto affermato è offerto dalla decisione 2011-157 QPC del 5 agosto 2011, concernente la compatibilità con i principi costituzionali di eguaglianza e di libertà d'impresa della norma, vigente nei tre dipartimenti orientali, che vieta il lavoro domenicale. Il Conseil rigetta il ricorso affermando l'esistenza di un principio fondamentale riconosciuto dalle leggi della Repubblica, in virtù del quale il diritto locale alsaziano-mosellano rimane in vigore fintantoché il legislatore non abbia provveduto a sostituirlo o armonizzarlo con le disposizioni del diritto comune (cons. 4). Tale principio viene, in effetti, ancorato alle norme di legge, emanate nel primo e nel secondo dopoguerra, che conservavano provvisoriamente il diritto proprio a questi territori: tuttavia, il giudice costituzionale esercita qui una considerevole libertà interpretativa, attribuendo valore di principio generale a disposizioni a carattere evidentemente transitorio²⁹⁷.

Sebbene tale pronuncia non riguardi la disciplina del fenomeno religioso, essa possiede un rilievo indiretto per la materia, in quanto fornisce la base implicita della decisione 2012-297 QPC del 21 febbraio 2013: qui il Conseil constitutionnel è chiamato a pronunciarsi sulla conformità a Costituzione del regime dei culti in vigore nei medesimi dipartimenti. Tale regime, come è noto, per ragioni di opportunità politica è rimasto quello, di origine concordataria, anteriore alla legge di separazione del 1905, basato su un sistema di riconoscimento pubblico di determinate confessioni religiose²⁹⁸. Più precisamente, il ricorso contestava la compatibilità con il principio costituzionale di laicità della norma, di epoca bonapartista, che imputa allo Stato il trattamento economico dei pastori protestanti (art. VII legge 18 germinale dell'anno X). Tale norma sarebbe stata, infatti, contraria alle regole di non sovvenzione e di non riconoscimento pubblico dei culti che discendono dal principio di laicità (cons. 2). La motivazione con cui il Conseil respinge la pretesa dei ricorrenti si basa su due punti: in primo luogo, l'esistenza di una

²⁹⁶Cfr. V. CHAMPEIL-DESPLATS, *op. cit.*, pp. 128 ss.

²⁹⁷C. GUEYDAN, *Dispositions particulières en Alsace Moselle : un nouveau principe fondamental reconnu par les lois de la République à portée limitée*, «Revue française de droit constitutionnel», 1, 2012, p. 160; A. ROBLLOT-TROIZIER, *Question prioritaire de constitutionnalité et principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ou la constitutionnalisation d'un particularisme transitoire*, «Revue française de droit administratif», 6, 2011, p. 1210. Il principio in questione viene riaffermato nella decisione QPC 2012-274 del 28 settembre 2012.

²⁹⁸Per una ricognizione dei tratti caratterizzanti di tale regime si vedano J. BONNET, *Les relations entre les communes et les cultes en Alsace-Moselle*, «Revue de droit canonique», 2004, pp. 259-272; G. DESOS, *L'administration publique des cultes reconnus en Alsace Moselle*, *ivi*, pp. 273-289; F. MESSNER, P.-H. PRELOT, J.-M. WOEHLING, *op. cit.*, pp. 1269 ss.

legislazione repubblicana anteriore al 1946 che mantiene temporaneamente in vita il diritto locale, compresa la disciplina normativa delle confessioni religiose (cons. 3); in secondo luogo, l'assenza di un'intenzione dei costituenti, documentata dai lavori preparatori della Costituzione, di rimettere in causa il regime locale dei culti attraverso la proclamazione del carattere laico della Repubblica (cons. 6). Il giudice costituzionale non invoca espressamente il principio repubblicano fondamentale estrapolato nella sentenza del 2011, ciò che ha indotto la dottrina a ritenere che non abbia voluto farne applicazione nel caso di specie²⁹⁹. E tuttavia, tale principio può leggersi in filigrana nel percorso argomentativo seguito dalla corte: questa, infatti, dapprima accerta che la normativa contestata non è stata esplicitamente abrogata dal legislatore ordinario; quindi constata che il principio costituzionale di laicità impone alla Repubblica di non salariare alcun culto (cons. 5), vale a dire stabilisce una regola frontalmente contraria alla norma locale; infine, esclude che tale principio possa aver tacitamente abrogato la normativa in questione, dal momento che il legislatore costituente non ha manifestato una volontà in tal senso. Essa fa dunque applicazione implicita del principio per cui, in mancanza di una norma chiaramente abrogativa, il diritto locale alsaziano-mosellano deve ritenersi validamente vigente³⁰⁰. La scelta di non richiamarsi *expressis verbis* alla *ratio decidendi* della sentenza 2011-157 può spiegarsi con la consapevolezza, da parte del Conseil, della debolezza intrinseca di questo P.F.R.L.R.³⁰¹ rispetto ad un valore costituzionale forte-

²⁹⁹J.-F. AMEDRO, *Le Conseil constitutionnel et la laïcité. A propos de la décision Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité (APPEL) du Conseil constitutionnel*, «La semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales», 12-13, 2013, p. 2; E. FOREY, *Le Conseil constitutionnel au secours du droit local des cultes*, «Actualité juridique de droit administratif», 19, 2013, p. 1111; G. GONZALEZ, *Décision antinomique du Conseil constitutionnel sur le droit local alsacien-mosellan des cultes*, «Revue française de droit constitutionnel», 3, 2013, p. 711; A. MACAYA – M. VERPEAUX, *La laïcité, le droit local et le constituant*, «La semaine juridique», 15, 2013, p. 426; A. ROBLLOT-TROIZIER, *Le principe constitutionnel de laïcité et la prétendue volonté du pouvoir constituant*, «Revue française de droit administratif», 3, 2013, p. 666.

³⁰⁰ Cfr. in questo senso S. DEGIRMENCI, *Principe de laïcité: quand le Conseil constitutionnel veut éviter toute discorde sur le front alsacien-mosellan*, in *Lettre Actualités Droits-Libertés du CREDOF*, 29 mars 2013, p. 5, consultabile al sito <https://revdh.files.wordpress.com/2013/03/lettre-adl-du-credof-29-mars-2013.pdf>, visitato il 29/8/2016.

³⁰¹ La debolezza del principio in questione emerge non soltanto dal carattere transitorio delle norme a partire dalle quali viene ricavato, ma anche dalla duplice limitazione apposta dal Conseil alla sua portata. Per un verso, infatti, la formulazione del principio implica che esso protegge il diritto locale soltanto finché il legislatore non decida diversamente; per altro verso, il giudice costituzionale precisa che il diritto locale non può essere modificato in modo da accrescere le differenze di trattamento rispetto al resto del territorio e da ampliarne il campo

mente simbolico quale è la laicità della Repubblica; o anche, come si è ipotizzato da alcune parti, con la volontà del Conseil di assicurare preventivamente altresì la salvaguardia del diritto speciale dei culti operante in alcuni territori francesi d'oltremare, per il quale non è possibile invocare in appoggio una analoga conferma legislativa reiterata³⁰².

Da entrambe le decisioni si ricava dunque l'impressione che il giudice delle leggi abbia creato e applicato un principio fondamentale repubblicano per giustificare in maniera esplicita una norma generale di *favor* verso alcuni settori culturalmente sensibili del diritto locale alsaziano-mosellano³⁰³, che fino ad allora aveva operato a livello implicito e inferenziale nella prassi dell'ordinamento e nella vita del corpo sociale³⁰⁴, e che viene ora messa in

d'applicazione (cons. 4). Cfr. sul punto C. GUEYDAN, *op. cit.*, pp. 160 ss.; A. JENNEQUIN, *Le control du droit local alsacien-mosellan au regard des droits et libertés constitutionnellement garantis*, «Actualité juridique de droit administratif», 6, 2012, pp. 331 ss.; A. MACAYA – M. VERPEAUX, *op. e loc. cit.*; A. ROBLOT-TROIZIER, *Question prioritaire de constitutionnalité et principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*, cit., pp. 1211 ss.; M. VERPEAUX, *Repos dominical en Alsace Moselle et principe fondamental reconnu par les lois de la République*, «La semaine juridique», 47, 2011, pp. 1290 ss.; J.-M. WOEHLING, *La décision du Conseil constitutionnel sur le droit local alsacien-mosellan : consécration ou restriction ? Les difficultés d'élaboration d'un cadre constitutionnel pour une territorialisation du droit*, «Revue française de droit administratif», 1, 2012, pp. 136 ss. Secondo H. PORTELLI, il Conseil non ha avuto bisogno di fare appello al principio fondamentale enunciato nella decisione del 2011, perché la sua posizione trovava già un appoggio più solido nei lavori preparatori della Costituzione (*Le droit des cultes d'Alsace-Moselle et la Constitution*, «La semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales», 16, 2013, p. 2109).

³⁰²J.-F. AMEDRO, *op. cit.*, p. 4; A. ROBLOT-TROIZIER, *Le principe constitutionnel de laïcité*, cit., p. 667.

³⁰³ Si tratta di ambiti, come appunto quello della disciplina del fenomeno religioso, che rivestono un carattere fortemente 'identitario' e che sono profondamente radicati nel sentire comune della popolazione locale, come attesta il grande numero di interventi ed osservazioni presentati nel corso della procedura davanti al Conseil (J.-M. WOEHLING, *Le droit local alsacien-mosellan des cultes après les récentes décisions du Conseil constitutionnel*, «Revue du droit public», 3, 2013, pp. 333 ss. - p. 8 versione elettronica, in www.lextenso.fr, consultato il 29/8/2016; G. GONZALEZ, *op. cit.*, p. 708).

³⁰⁴ L'esistenza di un principio generale implicito di tal fatta si ricava anche dal fatto che, prima della decisione del Conseil constitutionnel del 2011, la giurisprudenza di merito ha sempre escluso l'abrogazione tacita del diritto alsaziano-mosellano da parte di norme costituzionali ad esso contrarie. Lo stesso Conseil constitutionnel, pur avendo avuto in diverse occasioni la possibilità di rilevare d'ufficio un'incompatibilità fra norme costituzionali e norme del diritto locale, non ha mai ritenuto di farlo. Cfr. sul punto A. JENNEQUIN, *op. cit.*, p. 331; J.-M. WOEHLING, *op. ult. cit.*, p. 7 v.e. P. SÉGUR parla di presunzione dell'esistenza di una "convention à la Constitution", insita nella pratica effettiva e regolare dei poteri pubblici, che, combinata con il carattere indeterminato della nozione di laicità, renderebbe il diritto locale dei culti compatibile con essa (*Observations sur la notion de laïcité en droit constitutionnel*, 8 luglio 2006, testo consultabile al sito www.droitconstitutionnel.com, visitato il 29/8/2016).

crisi. Tale risultato viene raggiunto, appunto, sfruttando la libertà interpretativa di cui gode il giudice. Questa viene così impiegata, nella decisione del 2011, per costruire un principio fondamentale a partire da disposizioni transitorie; nella decisione del 2012, per consentire l'applicazione indiretta del principio così elaborato, interpretando il silenzio dei costituenti sul punto come volontà di conservazione e di non abrogazione della normativa locale dei culti³⁰⁵. In tal modo, il Conseil può neutralizzare gli effetti della regola, da esso stesso ascritta ai contenuti del principio di laicità, che impone alla Repubblica di non salariare i culti, scartando contestualmente la lettura più rigorosa datane dai ricorrenti³⁰⁶.

Ma se la categoria dei principi fondamentali riconosciuti dalle leggi della Repubblica risulta comunque meno malleabile alla normatività implicita, in quanto, almeno formalmente, dipende per la sua esistenza dal diritto positivo, il giudice costituzionale si avvale di ulteriori formule vaghe di sua creazione – quali gli *objectifs de valeur constitutionnelle* o il concetto di *identité constitutionnelle* –, che rispondono a criteri più flessibili di elaborazione e di impiego; attraverso di esse rimane pertanto possibile il rinvio ai parametri normativi latenti nella tradizione politica, culturale e sociale³⁰⁷.

2.1.4. (Segue) La Corte costituzionale italiana e i principi supremi dell'ordinamento

Anche nell'esperienza giuridica italiana, i punti conflittuali della disciplina del fenomeno religioso, 'neutralizzati' mediante l'impiego di formule costituzionali vaghe, riemergono nella giurisprudenza costituzionale, insieme ai criteri normativi impliciti a cui tali formule rinviano.

³⁰⁵ Peraltro, nella pronuncia i lavori preparatori della Costituzione sono citati in maniera generica, e trovano una precisa indicazione soltanto nel commentario ufficiale della sentenza (*Commentaire*, pp. 20 ss., testo disponibile al sito www.conseilconstitutionnel.fr, visitato il 29/8/2016). In senso critico su questa "imperatoria brevitats" cfr. J.-F. AMEDRO, *op. e loc. cit.*; F. LAFFAILLE, *La neutralisation du principe de laïcité au profit du droit culturel alsacien mosellan. A propos d'une décision...dénuée de fondements juridiques pertinents* (« Vu la Constitution et notamment Raymond Janot »), «La semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales», 16, 2013, pp. 2108 ss.; A. ROBLLOT-TROIZIER, *op. ult. cit.*, p. 666. Sui passaggi del dibattito costituente relativi alla questione si veda *supra*, nt. 149.

³⁰⁶ J.-F. AMEDRO, *op. cit.*, p. 3; F. DE LA MORENA, *Laïcité de la République et droit local, une construction constitutionnellement fragile. A propos de la décision 2012-297 QPC du 21 février 2013*, «Droit administratif», 8-9, 2013, pp. 16 ss.; F. LAFFAILLE, *op. e loc. cit.*; J.-M. WOEHLING, *op. ult. cit.*, pp. 9 ss. v.e.

³⁰⁷ In particolare, la formula dell'obiettivo di valore costituzionale è stata impiegata per fornire un 'aggancio' costituzionale alla clausola di ordine pubblico, ossia ad un concetto tipicamente aperto a contenuti impliciti e inferenziali. V. *infra*, § 2. 1. 2.

Ciò risulta in maniera particolarmente evidente, con riguardo al criterio della religione tradizionale o prevalente, dalle pronunce del primo ventennio repubblicano che riguardano, direttamente o indirettamente, la posizione giuridica degli appartenenti alle confessioni di minoranza rispetto a quella dei cittadini di religione cattolica.

La Corte, infatti, si mostra fin da subito particolarmente attenta a garantire i gruppi religiosi minoritari contro le residue forme di giurisdizionalismo ancora consentite dalla non abrogata regolamentazione fascista sui culti ammessi – ossia là dove si tratta di applicare il principio della separazione istituzionale tra ordine statale e ordini confessionali, oggetto di generale accordo in sede costituente e chiaramente statuito negli art. 7, c. 1 e 8, c. 2 cost.³⁰⁸. Là dove, invece, viene in gioco il profilo della neutralità assiologica dello Stato – oggetto di disaccordo in sede costituente e, pertanto, non chiaramente definito nel testo costituzionale – essa interpreta la formula (vaga) dell’“eguale libertà” delle confessioni alla luce del principio dell’orientamento religioso prevalentemente cattolico della società italiana. Tale è il caso della giurisprudenza relativa alla legittimità costituzionale delle norme del codice penale che predisponavano una tutela differenziata per le offese al sentimento religioso dei cattolici e dei non cattolici; normativa che, non a caso, era già stata additata da taluni dei costituenti come segno del carattere sostanzialmente confessionale dello Stato, e da altri difesa, appunto, in ragione del contenuto preminentemente cattolico della coscienza collettiva³⁰⁹.

La Corte, infatti, com’è noto, conferma la compatibilità della normativa in questione con i principi dell’ordinamento costituzionale, in quanto questa “ha fondamento nella rilevanza che ha avuto ed ha la Chiesa cattolica in ragione della antica ininterrotta tradizione del popolo italiano, la quasi totalità del quale ad essa sempre appartiene”, e nel particolare statuto giuridico

³⁰⁸ Si vedano in tal senso le sent. n. 45 dell’8 marzo 1957 e 59 del 18 novembre 1958. Per un’analisi generale della giurisprudenza costituzionale in materia di libertà religiosa e confessionale, nella sua evoluzione storica, si vedano A. ALBISETTI, *Il diritto ecclesiastico nella giurisprudenza costituzionale*, Milano 2010⁴; M. CANONICO, *Il ruolo della giurisprudenza costituzionale nell’evoluzione del diritto ecclesiastico*, Torino 2005; S. DOMIANELLO, *Giurisprudenza costituzionale e fattore religioso: le pronunzie della Corte costituzionale in materia ecclesiastica, 1957-1986*, Milano 1987; ID., *Giurisprudenza costituzionale e fattore religioso: le pronunzie della Corte costituzionale in materia ecclesiastica, 1987-1998*, Milano 1999.

³⁰⁹ Si vedano, in senso critico rispetto a tale normativa, gli interventi di Cevolotto (Comm., seduta del 21 novembre 1946, *Resoconto*, cit., p. 418), Ruggiero (Ass., seduta del 20 marzo 1947, cit., p. 2275), Della Seta (seduta del 25 marzo 1947, cit., p. 2442); a difesa di essa, gli interventi citati *supra*, nt. 242.

(conseguentemente) riconosciuto alla Chiesa cattolica³¹⁰; tale fondamento non si pone in contrasto con il principio della eguale libertà delle confessioni religiose, poiché “il Costituente ha dettato negli artt. 7 e 8 della Costituzione, rispettivamente per la Chiesa cattolica e le altre confessioni religiose, norme esplicite, le quali non ne stabiliscono la “parità”, ma ne differenziano invece la situazione giuridica che è, sì, di eguale libertà (come dice l'art. 8, primo comma), ma non di identità di regolamento dei rapporti con lo Stato”³¹¹. Il medesimo criterio viene applicato nelle successive sentenze sul tema, sia con riferimento al suo profilo qualitativo (l’“universalità di tradizioni e di sentimenti cattolici nella vita del popolo italiano...rimasta (...) immutata con l'avvento della Costituzione”)³¹², che a quello più strettamente quantitativo (la “maggiore ampiezza e intensità delle reazioni sociali” alle offese rivolte alla religione cattolica, in quanto “professata dalla maggior parte degli italiani”)³¹³.

La Corte, quindi, non si basa su una qualificazione formalmente laica o confessionale dell'ordinamento repubblicano per valutare la compatibilità costituzionale della normativa penale pregressa – in ciò discostandosi

³¹⁰ Sent. n. 125 del 30 novembre 1957, al. 4 cons. dir.

³¹¹ *Ivi*, al. 9 cons. dir.

³¹² Sent. n. 79 del 17 dicembre 1958, cons. dir.

³¹³ Sent. n. 39 del 13 maggio 1965, pt. 2 cons. dir. Sui criteri applicati dalla prima giurisprudenza costituzionale in tema di tutela penale del sentimento religioso si vedano A. ALBISETTI, *op. cit.*, pp. 9-10; R. BOTTA, *La tutela penale del sentimento religioso nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in R. Botta (a cura di), *Diritto ecclesiastico e Corte costituzionale*, Napoli 2006, pp. 30 ss.; P. CAVANA, v. *Sentimento religioso (tutela penale del)*, «Enciclopedia giuridica Treccani», Roma 2002, vol. XXXII, pp. 3-4; R. COPPOLA, *I principi della Corte costituzionale in materia ecclesiastica (venticinque anni di attività)*, in R. Coppola (a cura di), *Gli strumenti costituzionali per l'esercizio della libertà religiosa*, Milano 1982, pp. 188 ss.; ID., *Libertà religiosa e principio pluralistico nella giurisprudenza costituzionale italiana in materia ecclesiastica*, «Il diritto ecclesiastico», 1989, I, pp. 8 ss.; E. DI SALVATORE, *Il sentimento religioso nella giurisprudenza costituzionale*, «Giurisprudenza costituzionale», 6, 2000, pp. 4420 ss.; F. FINOCCHIARO, *La giurisprudenza costituzionale in materia ecclesiastica*, in S. Berlingò, G. Casuscelli (a cura di), *Stato democratico e regime pattizio*, Milano 1977, pp. 99 ss.; N. MARCHEI, “*Sentimento religioso*” e bene giuridico tra giurisprudenza costituzionale e novella legislativa, Milano 2006, pp. 94 ss.; S. NINATTI, *Il rilievo dell'original intent nell'interpretazione dell'art. 7 cost.*, in F. Giuffrè, I. A. Nicotra (a cura di), *Lavori preparatori ed original intent nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino 2008, pp. 204-205; V. PACILLO, *I delitti contro le confessioni religiose dopo la legge 24 febbraio 2006, n. 85. Problemi e prospettive di comparazione*, Milano 2007, pp. 29 ss.; A. TALAMANCA, *Decisioni e orientamenti interpretativi della Corte costituzionale in materia ecclesiastica*, in *Atti del Congresso celebrativo delle leggi amministrative di unificazione*, cit., vol. I, t. 2, pp. 575 ss. e 588 ss.

dall'impostazione seguita dalla magistratura ordinaria³¹⁴; ma determina il significato concreto degli enunciati normativi espressi contenuti negli articoli 7 e 8 cost. mediante il richiamo ad un principio, sino ad allora operante in forma perlopiù inespressa nella prassi giuridica e sociale.

Tale principio si ritrova, peraltro, sebbene in forma più sfumata, anche in alcune pronunce relative al contrasto tra le libertà tutelate dagli artt. 19 e 21 cost., e la formula del giuramento dei testimoni previsto sia nel processo penale che nel processo civile – la quale, all'epoca, conteneva un riferimento alla responsabilità che il giurante assumeva “davanti a Dio e agli uomini”. In tali pronunce si legge che la formula “risponde alla coscienza del popolo italiano, costituito nella quasi totalità di credenti e, quindi, presupponendo nel giurante la credenza in Dio, è adeguata a qualsiasi confessione, anche acattolica”, mentre la libertà dell'ateo è garantita dal fatto che il riferimento a Dio è logicamente rivolto ai soli credenti³¹⁵.

La ripetuta esplicitazione del criterio della religione tradizionale o prevalente, sollecitata dalle reiterate ordinanze di rimessione, è però anche sintomatica, in questo caso, di una sua crisi incipiente. E infatti, a partire dagli anni Settanta, se tale criterio viene ancora evocato attraverso il riferimento alla “ampiezza delle reazioni sociali determinate dalle offese contro il sentimento religioso della maggior parte della popolazione italiana” – in forza della quale la normativa impugnata può ritenersi “non...irrazionale e illegittima” – la sua operatività per il futuro risulta temperata dalla considerazione che “per una piena attuazione del principio costituzionale della libertà di

³¹⁴ L'orientamento prevalente nella giurisprudenza ordinaria si fondava infatti sul rinvio operato dall'art. 7 cost. ai Patti lateranensi, e dunque, all'art. 1 del Trattato del Laterano, per affermare la perdurante vigenza del principio della religione cattolica come religione dello Stato italiano, che costituiva il presupposto della normativa penale sul sentimento religioso. A loro volta, le ordinanze di rimessione alla Corte, delineando un contrasto tra norme costituzionali e norme (penali e pattizie) basate sul principio della religione di Stato, sembravano propendere per una qualificazione in senso formalmente non confessionale dell'ordinamento repubblicano. Per questi orientamenti giurisprudenziali si veda L. GOVERNATORI RENZONI, *Gli artt. 7 ed 8 della Costituzione nella valutazione della giurisprudenza (1948-72)*, in *Individuo, gruppi, confessioni religiose nello Stato democratico*, Milano 1973, pp. 347 ss. Si veda anche A. TALAMANCA, secondo la quale la Corte ha voluto così eludere “sia il problema generale dei contrasti tra Costituzione e Concordato”, sia quello “del valore da attribuirsi all'art. 1 del Trattato, nonché quello riguardante le questioni connesse a tale interpretazione e relative ad una qualifica confessionistica dello Stato italiano e alle conseguenze derivanti da tale qualifica”, in quanto affrontare direttamente tale questione avrebbe obbligato la Corte a spostarsi sul piano delle valutazioni politiche (*op. cit.*, pp. 576-577).

³¹⁵ Sent. n. 58 del 6 luglio 1960, al. 7 cons. dir.; conformi (anche se non contengono più un riferimento esplicito ai valori religiosi prevalenti della coscienza sociale) ord. n. 15 del 17 marzo 1961 e sent. n. 85 del 25 maggio 1963.

religione, il legislatore debba provvedere a una revisione della norma, nel senso di estendere la tutela penale contro le offese del sentimento religioso di individui appartenenti a confessioni diverse da quella cattolica³¹⁶.

Nello stesso periodo si collocano, non a caso, le prime pronunce interpretative dell'art. 7 cost., occasionate dal nodo problematico, già evidenziatosi nel dibattito costituente, del rapporto tra norme costituzionali e norme dei Patti lateranensi, principalmente con riguardo alla materia matrimoniale³¹⁷. Proprio in quegli anni, infatti, prendono avvio processi giuridici e politici – come l'approvazione della legge sul divorzio e, più tardi, della legge di riforma del diritto di famiglia; la revisione del Concordato lateranense – che traducono fermenti socioculturali inevitabilmente destinati ad incidere sui presupposti taciti e sui criteri normativi impliciti, cui avevano inteso rinviare i costituenti nell'elaborazione delle formule costituzionali relative al fatto religioso³¹⁸. Il fenomeno riguarda, perciò, anche il problema – di cui, come si è detto, la concreta questione al vaglio della Corte costituisce un aspetto specifico – della definizione dei confini fra ordine statale e ordine ecclesiale, e della conseguente qualificazione dello Stato rispetto alla dimensione religiosa e confessionale. Nelle numerose pronunce sul punto, la Corte fissa un criterio ermeneutico particolarmente rilevante per il tema delle norme implicite.

³¹⁶ Sent. n. 14 del 14 febbraio 1973, pt. 3 cons. dir. Si noti che in questa sentenza la Corte precisa che la legittimità della norma impugnata non dipende “dalla posizione attribuita alla Chiesa cattolica negli artt. 7 e 8 cost.”; aprendo così la strada all'abbandono della linea argomentativa, da essa seguita sino a questo momento, che giustificava l'utilizzo del criterio della religione tradizionale o maggioritaria in funzione ermeneutica della formula vaga dell'art. 8, 1 c. a salvaguardia della normativa penale impugnata. Il criterio della religione socialmente dominante tende a scomparire anche dalle pronunce in materia di giuramento processuale: così sent. n. 117 del 2 ottobre 1979.

³¹⁷ Per la verità il problema era già stato sollevato una prima volta, con riferimento all'art. 5 del Concordato, in un caso concernente la legittimità dell'elezione a sindaco di un ex-prete, ma la Corte aveva dichiarato inammissibile la questione in quanto non era stata ritualmente sollevata nel corso di un giudizio davanti ad un'autorità giurisdizionale, bensì da un organo amministrativo (consiglio comunale) al di fuori di un procedimento contenzioso (sent. n. 52 del 5 giugno 1962). Tale decisione è stata da alcuni giudicata alla stregua di una tattica elusiva di una questione politicamente spinosa (così R. COPPOLA, *I principi della Corte costituzionale in materia ecclesiastica*, cit., p. 159; F. FINOCCHIARO, *op. ult. cit.*, p. 105; S. NINATTI, *op. cit.*, pp. 205-206).

³¹⁸ Per un'analisi di questi fenomeni si vedano S. BORDONALI, *Stato e Chiesa in Italia negli ultimi venticinque anni*, «Il diritto ecclesiastico», 1989, I, pp. 217 ss.; C. CARDIA, *La politica ecclesiastica della Prima Repubblica*, «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica», I, 1995, pp. 41-43; G. CASUSCELLI, *Post-confessionismo e transizione*, Milano 1984, pp. 105 ss.; F. FINOCCHIARO, *op. ult. cit.*, pp. 105 ss.; S. LARICCIA, *Laicità e politica nella vicenda dello Stato italiano contemporaneo*, «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica», I, 1995, pp. 30 ss.

Infatti, nella nota sentenza n. 30 del 1 marzo 1971, essa afferma che l'art. 7 cost., pur offrendo una speciale copertura costituzionale al contenuto normativo dei Patti lateranensi³¹⁹, “giacché...riconosce allo Stato e alla Chiesa cattolica una posizione reciproca di indipendenza e di sovranità, non può avere forza di negare i principi supremi dell'ordinamento costituzionale dello Stato”³²⁰. Benché la Corte non faccia qui esplicito riferimento alla formula dell'ordine proprio, questa non pare logicamente separabile dall'evocazione dell'indipendenza e della sovranità dello Stato e della Chiesa, di cui costituisce il termine di riferimento (lo Stato e la Chiesa sono infatti definiti indipendenti e sovrani nell'ordine proprio di ciascuno). Sicché il criterio enunciato dalla Corte vale come interpretazione ed applicazione del concetto di ‘ordine proprio’. Più precisamente, la Corte dichiara l'esistenza di un nucleo indefettibile e indisponibile di principi³²¹, che forniscono i connotati qualificanti della comunità statale³²², e definiscono perciò l'ordine dello Stato, nel quale rientrano obbligatoriamente le norme che sono espressione di tali principi³²³.

La Corte, dunque, interpreta la formula (vaga) dell'indipendenza e della sovranità dello Stato e della Chiesa “ciascuno nel proprio ordine” in un senso che circoscrive la portata del richiamo fatto alla normativa pattizia nel secondo comma dell'art. 7³²⁴, in quanto introduce una clausola implicita di compatibilità costituzionale dei Patti³²⁵. Secondo questa interpretazione, i principi supremi dell'ordinamento costituzionale segnano il confine invalicabile dell'ordine proprio dello Stato rispetto alle norme o agli atti confes-

³¹⁹ La dottrina maggioritaria ha interpretato in questo senso l'affermazione della Corte, di per sé non del tutto chiara, per cui l'art. 7 “contiene...un preciso riferimento al Concordato in vigore e, in relazione al contenuto di questo, ha prodotto diritto” (pt. 3 cons. dir.). Sul punto G. CASUSCELLI, *op. ult. cit.*, pp. 167-168; G. CATALANO, *Sovranità dello Stato e autonomia della Chiesa nella Costituzione Repubblicana*, cit., p. 112; F. FINOCCHIARO, *op. ult. cit.*, pp. 106-107.

³²⁰ Pt. 3 cons. dir. Il principio risulta costantemente ribadito nelle successive sentenze n. 31 del 1 marzo 1971, 12 del 27 gennaio 1972, 195 del 29 dicembre 1972, 175 dell'11 dicembre 1973, 16 del 7 febbraio 1978, 18 del 2 febbraio 1982, 1146 del 15-29 dicembre 1988.

³²¹ J. PASQUALI CERIOLO, *L'indipendenza dello Stato e delle confessioni religiose*, cit., p. 49.

³²² R. NANIA, *Concordato e “principi supremi” della Costituzione*, «Giurisprudenza costituzionale», 1, 1977, p. 255.

³²³ T. MARTINES, *Ordine dello Stato e “principi supremi” della Costituzione*, in *Stato democratico e regime pattizio*, cit., p. 86.

³²⁴ P. BELLINI, *Sul sindacato di costituzionalità delle norme di derivazione concordataria*, «Il diritto ecclesiastico», 1971, I, p. 315.

³²⁵ G. CASUSCELLI, *op. ult. cit.*, p. 168.

sionali diretti a produrre effetti nell'ordinamento civile³²⁶. Si tratta di un punto che i costituenti avevano volutamente lasciato in sospeso – avendo respinto gli emendamenti tesi a inserire una clausola espressa in tal senso³²⁷ –, rinviando così ai criteri di coordinamento emergenti dalla prassi; e che, di fatto, nell'orientamento prevalente aveva significato l'integrale sopravvivenza delle norme pattizie, nel quadro di una interpretazione complessiva dell'art. 7 maggiormente incentrata sulla garanzia dell'indipendenza e della sovranità dell'ordine ecclesiale³²⁸. Il diverso criterio stabilito dal giudice delle leggi riflette, verosimilmente, la progressiva penetrazione dei nuovi valori costituzionali nella coscienza del corpo sociale³²⁹. Allo stesso tempo, l'operazione di 'aggiustamento' del contenuto semantico della formula costituzionale viene compiuta introducendo un parametro di valutazione, quello dei principi supremi, che è a sua volta inespresso e indeterminato nel suo contenuto e nella sua estensione³³⁰. Questo permette alla Corte di mantenere la definizione del confine fra gli ordini sostanzialmente aperta a principi e criteri normativi impliciti e inferenziali.

È vero, infatti, che, secondo quanto precisa la Corte stessa, tali principi dovrebbero essere “desumibili dai parametri costituzionali indicati dal giudice *a quo*”³³¹; il che significa che dovrebbero essere comunque riconducibili alle disposizioni esplicite e formulate della costituzione formale³³², caratterizzandosi come principi rigorosamente positivi – analogamente ai *principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* nella teorizzazione del Conseil constitutionnel. Ma, come già nel caso francese dei PFRLR, il rigore dell'assunto viene corretto da riflessioni ulteriori.

Innanzitutto, va tenuto conto del nesso esistente fra principi e valori. La letteratura costituzionalistica ha, infatti, da tempo evidenziato come i principi rappresentino “le ‘forme’ privilegiate dei valori”³³³ o il “punto di me-

³²⁶ P. LILLO, *I confini dell'ordine confessionale nella giurisprudenza costituzionale*, in G. Dalla Torre, P. Lillo (a cura di), *Sovranità della Chiesa e giurisdizione dello Stato*, Torino 2008, p. 498.

³²⁷ Cfr. *supra*, § 2.1.2.

³²⁸ Cfr. G. CATALANO, *op. cit.*, pp. 97 ss.; L. GOVERNATORI RENZONI, *op. cit.*, pp. 400 ss.; J. PASQUALI CERIOLI, *loc. ult. cit.*

³²⁹ Osservazioni in tal senso in E. CHELI, *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, Bologna 1996, p. 41.

³³⁰ F. FINOCCHIARO, *op. ult. cit.*, p. 107; R. NANIA, *op. cit.*, p. 253 ss.; G. RAZZANO, *Il parametro delle norme non scritte nella giurisprudenza costituzionale*, Milano 2002, p. 30.

³³¹ Sent. n. 18 del 1982, pt. 4 cons. dir.

³³² Così R. PASCALI, *Patti lateranensi e custodia costituzionale*, Napoli 1984, pp. 178 e 309 ss.

³³³ A. RUGGERI, *Giurisprudenza costituzionale e valori*, «Diritto pubblico», 1, 1998, pp. 3-4.

diazione tra i valori e le norme³³⁴, ciò è vero specialmente per i principi supremi dell'ordinamento costituzionale, che si trovano nella posizione di maggiore prossimità ai valori fondamentali di questo³³⁵. Tant'è vero che si è potuto annotare che, “nel caso del rapporto con la Chiesa cattolica più che di principi positivamente individuati sembra trattarsi di «valori», che, mediante un'opera di progressiva astrazione è possibile enucleare dai vari precetti costituzionali³³⁶. Ora, i valori presentano una ineliminabile dimensione culturale: “Per via dei valori, il sistema deve riconoscere che tanto i contenuti etici universali e i paradigmi culturali cosmopoliti di questa società, quanto la storia, il costume e la tradizione che ne conformano l'attuazione secondo le particolarità nazionali e locali, sono parte di esso e dei processi diretti a concretizzare e realizzare quei valori³³⁷. Mediante l'aggancio ai valori, dunque, la categoria dei principi supremi viene posta in collegamento con il ‘serbatoio’ socioculturale delle norme latenti. Una dimostrazione pregnante del collegamento fra principi supremi e norme implicite è offerta, in questo senso, dalla qualificazione di principio supremo attribuita dal giudice costituzionale alla tutela dell'ordine pubblico, definito come l'insieme “delle regole fondamentali poste dalla Costituzione e dalle leggi a base degli istituti giuridici in cui si articola l'ordinamento positivo *nel suo perenne adeguarsi all'evoluzione della società*” (sent. n. 18 del 1982, pt. 5 cons. dir.; sott. mia). L'ordine pubblico, infatti, è proprio uno degli *standard* valutativi che, nell'elaborazione macdonaldiana, costituiscono referenti normativi a contenuto implicito e inferenziale; come dimostra il fatto che la Corte, pur ancorando tale concetto agli enunciati formali del diritto positivo, intende questi ultimi in relazione al loro substrato socioculturale.

In secondo luogo, analogamente a quanto osservato circa il *modus operandi* del Conseil constitutionnel in relazione ai PFRLR, l'operazione di ricostruzione dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale involge un significativo, sebbene non illimitato, margine di libertà del giudice costitu-

³³⁴ A. LONGO, *Valori, principi e costituzione. Qualche spunto sui meccanismi di positivizzazione delle istanze assiologiche di base*, «Diritto e società», 1, 2002, p. 131. In questo senso va la sent. n. 1146 del 1988, che definisce come principi supremi quelli che “appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana” (pt. 2.1. cons. dir.).

³³⁵ *Ivi*, p. 147.

³³⁶ R. NANIA, *op. cit.*, p. 256.

³³⁷ A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, «Politica del diritto», 4, 1991, p. 656. Cfr. anche G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino 1992, p. 169; F. PEDRINI, *Le “clausole generali”*, cit., pp. 230 ss.

zionale rispetto alle disposizioni espresse del testo costituzionale³³⁸. Questa libertà si manifesta, *in primis*, nell'identificazione dei principi appartenenti ai supremi valori costituzionali: così, ad esempio, il principio supremo della tutela dell'ordine pubblico viene liberamente ricavato dal principio (esplicito) della sovranità dello Stato³³⁹ – senza, peraltro, che la sovranità dello Stato venga, a sua volta, espressamente qualificata come principio supremo³⁴⁰; mentre la Corte non ha ritenuto di definire quale principio supremo il principio di eguaglianza, pur espressamente annoverato dal testo costituzionale fra i “principi fondamentali” dell'ordinamento³⁴¹.

La libertà d'azione del giudice costituzionale si esercita poi nella individuazione del contenuto dei principi così identificati, destinato ad operare quale concreto sbarramento nei confronti delle manifestazioni della sovranità ecclesiale nell'ordine civile: così la Corte, nel qualificare come principio supremo il diritto alla tutela giurisdizionale, ha limitato però tale riconoscimento al “nucleo più ristretto ed essenziale” di tale diritto, costituito dalla garanzia “a tutti e sempre, per qualsiasi controversia” di “un giudice e un giudizio”³⁴².

Vi è poi l'ambito delle valutazioni che, pur non concorrendo alla definizione dei principi supremi, risultano determinanti per l'esito dell'*actio finium regundorum* fra l'ordine statale e l'ordine confessionale: come la scelta del significato da attribuire alla norma pattizia in contestazione, da cui dipende l'esistenza o meno di un conflitto con i valori essenziali della Costituzione³⁴³; la qualificazione della norma contestata come esecutiva dei Patti – e perciò soggetta al solo parametro dei principi supremi – oppure di mera attuazione – sottoponibile, dunque, al vaglio integrale delle norme costituzionali³⁴⁴; infine, il bilanciamento fra “la garanzia costituzionale della specialità del regime concordatario e i valori sottesi ai principi previamente identificati”³⁴⁵.

³³⁸ In questo senso, S. BARTOLE, v. *Principi del diritto (diritto costituzionale)*, cit., p. 510; F. FINOCCHIARO, *op. ult. cit.*, p. 107; ID., *Il matrimonio “concordatario” nelle sentenze della Corte costituzionale*, «Il diritto ecclesiastico», 1971, I, p. 299; R. NANIA, *op. cit.*, pp. 256-257.

³³⁹ Sent. n. 18 del 1982, cit.

³⁴⁰ Sent. n. 175 del 1973.

³⁴¹ Sent. In dottrina, criticamente, N. COLAIANNI, *Eguaglianza, non discriminazione, ragionevolezza*, in *Diritto ecclesiastico e Corte costituzionale*, cit., p. 63; F. FINOCCHIARO, *La giurisprudenza costituzionale in materia ecclesiastica*, cit., p. 109.

³⁴² Sent. n. 18 del 1982, pt. 4 cons. dir.

³⁴³ F. FINOCCHIARO, *op. ult. cit.*, p. 107.

³⁴⁴ P. BELLINI, *op. cit.*, pp. 312 ss.; C. LAVAGNA, *Prime decisioni della Corte sul Concordato*, «Giurisprudenza italiana», 1971, I, I, pp. 629-630.

³⁴⁵ S. BARTOLE, *loc. ult. cit.*; P. BELLINI, *op. cit.*, pp. 319 ss.; T. MARTINES, *op. cit.*, p. 86.

Queste considerazioni rafforzano l'impressione che la Corte, come già il Conseil constitutionnel con i PFRLR, faccia uso della categoria concettuale dei principi supremi in maniera funzionale alla tutela dei valori che intende di volta in volta privilegiare; vale a dire, selezionando dapprima il principio-valore da difendere, e solo in seguito, ricostruendone la base testuale³⁴⁶.

In tal modo la Corte può, attraverso l'elaborazione dei principi supremi e le operazioni interpretative e di bilanciamento ad essi connesse, ridefinire di volta in volta il confine fra gli ordini, nella 'zona grigia' delle competenze miste, anche in rapporto alle valutazioni normative latenti nella coscienza e nella prassi sociali. In particolare, ciò avviene là dove l'evoluzione dell'*ethos* sociale testimonia di un maggiore indebolimento del presupposto tacito – assunto in Costituente a base del concreto assetto di rapporti stabilito nei Patti lateranensi – della coincidenza fra contenuti della religione cattolica e contenuti della coscienza collettiva³⁴⁷. Qui – in specie, relativamente ad alcuni aspetti del vincolo matrimoniale – la Corte utilizza la categoria dei principi supremi, e le altre tecniche argomentative connesse, per riespandere l'ordine proprio dello Stato.

Se ne può considerare un esempio la sentenza n. 18 del 1982, nella quale la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale, tramite la relativa norma di esecuzione, dell'art. 34, commi 4, 5, 6 del Concordato, nella parte in cui tali norme consentono l'ingresso, nell'ordinamento civile, di atti ecclesiastici (le sentenze di nullità matrimoniale e le dispense *super rato*) potenzialmente adottati in lesione del principio supremo del diritto alla tutela giurisdizionale, o contrari all'ordine pubblico italiano, la cui tutela è ulteriore principio supremo dell'ordinamento costituzionale; ordine pubblico che, come si è visto *supra*, viene definito in riferimento non soltanto al diritto positivo, ma anche alle indicazioni provenienti dal corpo sociale. Un'indicazione di questo tipo emerge dall'argomentazione dei giudici rimettenti: per i quali le norme pattizie, "imponendo al giudice dello Stato di rendere esecutive le sentenze ecclesiastiche fondate su cause di nullità non previste dalla legge dello Stato, senza possibilità di rilevarne il conflitto con l'ordine pubblico italiano - introdurrebbero nell'ordinamento dello Stato un tipo di matrimonio contrastante con quello previsto dalla Costituzione, in violazione dei canoni relativi all'uguaglianza dei cittadini senza distinzione di religione, ed

³⁴⁶ Come sembrano suggerire F. FINOCCHIARO, *Il matrimonio "concordatario" nelle sentenze della Corte costituzionale*, cit., p. 295; C. LAVAGNA, *op. cit.*, p. 628; spunti in tal senso anche in G. RAZZANO, *op. cit.*, p. 27. In senso contrario sembrerebbero orientarsi T. MARTINES, *op. cit.*, p. 86; R. PASCALI, *op. cit.*, pp. 178 e 290 ss.

³⁴⁷ Si vedano in proposito le considerazioni di S. LARICCIA, *Laicità e politica nella vicenda dello Stato italiano contemporaneo*, cit., p. 30.

al concetto medesimo di matrimonio accolto dalla Costituzione” (pt. 1, b), cons. dir.). Questo argomento si fonda sull’assunto implicito che il modello di matrimonio espresso dalla coscienza sociale non corrisponda più, tendenzialmente, al modello sacramentale canonico, cosicché non sia più possibile leggere il concetto costituzionale di matrimonio in maniera armonica con tale ultimo modello; ne consegue che il matrimonio canonico non può più trovare accoglimento nell’ordinamento statale, a meno che non si conformi, sostanzialmente, al modello civile³⁴⁸.

Nella pronuncia in esame la Corte non si è basata su questo nuovo principio, per ragioni, peraltro, formali e non di sostanza³⁴⁹. Ma esso appare già in trasparenza nella precedente sentenza n. 16 del 2 febbraio 1982, che dichiara l’illegittimità costituzionale della legge di attuazione delle norme concordatarie in materia matrimoniale nella parte in cui non prevedono la minore età dei nubenti fra gli impedimenti alla trascrizione del matrimonio canonico. Qui, infatti, la Corte delinea un modello costituzionale di matrimonio, che per la sua “rilevanza giuridica e morale” esige un’età più elevata per la sua formazione, come garanzia di una scelta veramente consapevole e responsabile; questo modello, assunto dal legislatore a base della riforma del diritto di famiglia, introduce una “sostanziale divergenza tra ordinamen-

³⁴⁸ Questo principio tende ad affermarsi nella giurisprudenza di legittimità più recente in tema di delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale. Si vedano in proposito, *ex plurimis*, M. CANONICO, *Delibazione di sentenze ecclesiastiche, ovvero il cammello per la cruna dell’ago*, «Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica (www.statoechiese.it)», 25, 2015, pp. 1 ss.; G. CASUSCELLI, *Delibazione e ordine pubblico: le violazioni dell’Accordo “che apporta modificazioni al Concordato lateranense”*, *ivi*, 28, 2014, pp. 1 ss.; N. COLAIANNI, *Delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale: la (limitata) ostatività della convivenza coniugale*, *ivi*, 26, 2014, pp. 1 ss.; G. DALLA TORRE, *“Specificità dell’ordinamento canonico” e delibazione delle sentenze matrimoniali ecclesiastiche*, *ivi*, 34, 2013, pp. 1 ss.; O. FUMAGALLI CARULLI, *Matrimonio ed enti tra libertà religiosa ed intervento dello Stato*, Cinisello Balsamo 2012, pp. 87 ss.; N. MARCHEI, *Delibazione delle sentenze ecclesiastiche e (prolungata) convivenza dei coniugi*, «Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica (www.statoechiese.it)», 2012, pp. 1 ss.; J. PASQUALI CERIOLO, *La «maggiore disponibilità» nei confronti del diritto canonico matrimoniale: una formula «ellittica» al vaglio dell’evoluzione dell’ordine pubblico*, «Diritto e religioni», 1, 2008, pp. 344 ss.; *Id.*, *Ordine pubblico e sovranità della Repubblica nel proprio ordine (matrimoniale): le Sezioni unite e la convivenza coniugale triennale come limite alla “delibazione” delle sentenze ecclesiastiche*, «Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica (www.statoechiese.it)», 27, 2014, pp. 1 ss.

³⁴⁹ In particolare, la Corte ha ritenuto che l’argomentazione in questione, proposta in riferimento alla specifica questione dell’esecutività delle sentenze ecclesiastiche fondate su cause di nullità diverse da quelle previste dal diritto civile, non richiedesse un’autonoma trattazione, essendo già stata dichiarata l’illegittimità costituzionale delle norme pattizie per un motivo più comprensivo (cfr. pt. 5 cons. dir.).

to statale e ordinamento canonico” su di un punto qualificante della disciplina dell’istituto matrimoniale, che giustifica, implicitamente³⁵⁰, la prevalenza del diritto dello Stato sulla normativa di origine concordataria (pt. 6 e 7 cons. dir.). L’ampio spazio dato dalla Corte nella propria argomentazione all’evoluzione della disciplina civilistica rispetto all’originaria convergenza con quella canonica, e alle esigenze nuove e sempre più avvertite che ne hanno giustificato la modifica, evidenzia il collegamento di questa argomentazione con l’evoluzione concomitante dei paradigmi sociali impliciti di riferimento³⁵¹.

³⁵⁰ L’argomento esplicito impiegato dalla Corte a sostegno della declaratoria di incostituzionalità è quello, già enunciato nella sent. n. 32 del 1 marzo 1971 in tema di trascrivibilità del matrimonio canonico concluso da incapace naturale, per cui la mancanza della piena capacità d’agire – mancanza che si presume per il minore infrasedicenne o per il minore ultrasedicenne non autorizzato – preclude la scelta libera e cosciente tra matrimonio religioso trascrivibile e matrimonio civile, che sola giustifica la differenziazione di trattamento giuridico che ne consegue alla luce dell’art. 3 cost. (pt. 7 cons. dir.). La scelta di questa base argomentativa spiega anche perché in questa pronuncia la Corte non abbia avuto bisogno di ricorrere alla categoria dei principi supremi: la capacità di scelta in ordine all’uno o all’altro tipo di matrimonio esulerebbe, infatti, dai termini della disciplina concordata fra Stato e Chiesa (si veda il pt. 3 cons. dir. sent. 32/1971). Ma se questo argomento fosse stato l’unico determinante, non si vede, allora, perché la Corte avrebbe dovuto insistere sulla divergenza tra modello matrimoniale costituzionale e civile, e modello matrimoniale canonico, in contrapposizione alla sostanziale convergenza che aveva caratterizzato il regime pre-costituzionale, in luogo di un semplice richiamo alla *ratio* della sua precedente giurisprudenza.

³⁵¹ La divergenza tra concezione socialmente prevalente di matrimonio e matrimonio canonico è probabilmente alla base della sent. n. 169 del 5 luglio 1971, che si pone nella prospettiva inversa del contrasto fra norme di legge ordinaria (in specie, della legge sul divorzio) e norme costituzionali (l’art. 7 cost., per interposizione delle norme concordatarie): le norme denunciate, ammettendo la cessazione degli effetti civili del matrimonio canonico trascritto, avrebbero innovato la disciplina concordataria al di fuori del procedimento costituzionalmente obbligato di previo accordo fra le parti o, in mancanza, di revisione costituzionale. In questa pronuncia la Corte argomenta la legittimità costituzionale della legge divorzista sulla base del principio che l’ordinamento italiano non ha recepito, con il Concordato, il modello canonico di matrimonio (indissolubile); pertanto, “poiché l’art. 7 della Costituzione afferma tanto per lo Stato quanto per la Chiesa i principi di indipendenza e sovranità di ciascuno nel proprio ordine, una limitazione della competenza statale su questo punto doveva risultare da norma espressa e, in mancanza di questa, non è desumibile da incerti argomenti interpretativi: tanto più che, in materia di accordi internazionali, vale il criterio della interpretazione restrittiva degli impegni che comportino per uno dei contraenti l’accettazione di limiti alla propria sovranità” (pt. 3 cons. dir.). L’affermarsi di un nuovo principio nelle relazioni sociali, che, diversamente dal diritto canonico, fa dipendere la stabilità del vincolo matrimoniale dalla volontà delle parti, e che viene assunto a base della nuova legislazione civile sul matrimonio, permette alla Corte di interpretare restrittivamente la normativa pattizia in favore della affermazione integrale della sovranità statale sul matrimonio rapporto. L’ipotesi trae sostegno dalla considerazione che l’interpretazione della normativa concordataria adottata dal giudice costituzionale non era affatto obbligata: sul

Viceversa, là dove l'originario presupposto tacito dell'orientamento prevalentemente cattolico della coscienza sociale 'tiene' ancora a sufficienza; oppure, là dove vengono in gioco questioni più strettamente tecniche, che presentano quindi un nesso molto più tenue con i principi latenti della coscienza collettiva, la Corte applica il criterio della non contrarietà ai principi supremi dell'ordinamento costituzionale in favore dell'ordine proprio della Chiesa. Questo è il caso con riguardo all'impedimento di affinità di primo grado fra i nubenti, dispensabile per il diritto canonico, ma non per quello civile³⁵², o con riguardo alla disciplina più favorevole prevista dall'ordinamento per le collette religiose rispetto a quelle 'laiche'³⁵³, o, sul piano tecnico, con riguardo alla legittimità di una riserva di giurisdizione ecclesiastica sulle cause di nullità dei matrimoni canonici trascritti³⁵⁴.

È proprio attraverso la categoria dei principi supremi che la Corte è pervenuta infine ad una qualificazione esplicita dell'ordinamento italiano in rapporto al fenomeno religioso: allorché, come è noto, ha enunciato l'esistenza di un principio supremo di laicità dello Stato, quale profilo caratterizzante della forma di Stato delineata nella Costituzione, ricavabile in via interpretativa dagli artt. 2, 3, 7, 8, 19 e 20 cost.³⁵⁵. Il principio non è apparso di punto in bianco nella giurisprudenza della Corte: può, ad esempio, ritenersi già discernibile *in nuce* nella sent. n. 925 dell'8-28 luglio 1988, che, pur rigettando ancora la questione di legittimità della norma incriminante della bestemmia, riconosce non potersi più giustificare una tutela penale differenziata sulla base della connotazione prevalentemente cattolica del sentimento religioso degli italiani; e ciò, in quanto la caduta del principio della religione di Stato sancita nella nuova normativa concordataria "renderebbe...ormai inaccettabile ogni tipo di discriminazione che si basasse soltanto sul maggiore o minore numero degli appartenenti alle varie confessioni religiose" (pt. 10 cons. dir.). Tuttavia, fino alla pronuncia del 1989 la Corte aveva, come si è visto, evitato di esprimersi direttamente e apertamente sul carattere laico o confessionale dello Stato, permettendo così il raccordo ai criteri impliciti ricavabili dalla prassi sociale. Il mutamento di strategia è evidentemente collegato all'abrogazione formale, intervenuta con il Protocollo addizionale all'Accordo di modifica del Concordato del 1984, della formula lateranense della religione cattolica come sola religione dello Stato

punto si vedano le osservazioni di R. COPPOLA, *I principi della Corte costituzionale in materia ecclesiastica*, cit., pp. 172 ss.

³⁵² Sent. n. 31 del 24 febbraio 1971.

³⁵³ Sent. n. 12 del 27 gennaio 1972.

³⁵⁴ Sent. n. 175 del 6 dicembre 1973.

³⁵⁵ Sent. n. 203 dell'11-12 aprile 1989, pt. 4 cons. dir.

italiano, come evocata nella sentenza in esame. Se ne ricava l'impressione che la Corte abbia atteso, e poi interpretato, tale abrogazione espressa come conferma di un mutamento intervenuto, prima ancora che a livello politico-istituzionale e normativo, a livello sociale e pre-positivo, in forza del quale non è più possibile l'equazione semplice tra coscienza sociale italiana e coscienza cattolica, implicitamente assunta in sede di Costituente.

A questo proposito, è indubbio che il principio di laicità enunciato dalla Corte sia il frutto di una elaborazione concettuale del diritto 'culto', e sia stato dalla Corte esplicitato a partire da disposizioni normative espresse. Ma, come è stato osservato, l'enucleazione di prescrizioni inesprese a partire dalle formule costituzionali esplicite non è il semplice effetto di una operazione di 'scoperta' di concetti e significati 'depositati' nelle parole della Costituzione, bensì di un vero e proprio processo di trasformazione del significato, nel quale un ruolo fondamentale è svolto dagli elementi "meta-linguistici" desumibili dall'insieme delle "convinzioni morali, prassi sociali ed evoluzioni politiche" che formano la "cultura diffusa" o il "«sentire» collettivo" dominanti in un dato momento storico³⁵⁶. In particolare, la posizione della Corte sopravanza l'impostazione prescelta dai costituenti, che avevano inteso scartare "le due posizioni ritenute «estreme», corrispondenti allo Stato confessionale e allo Stato laico, a favore dello Stato aconfessionale"³⁵⁷, all'interno del quale veniva riconosciuto un pluriconfessionismo moderato. Per un verso, infatti, essa definisce in maniera inequivoca la laicità come "l'unico atteggiamento consentito allo Stato in materia religiosa", assumendolo nel nucleo fondamentale dell'ordinamento repubblicano, e, dunque, facendone il criterio interpretativo di tutta la normativa, anche concordataria, in materia religiosa³⁵⁸. Per altro verso, l'interpretazione della Corte integra il significato minimo della distinzione istituzionale fra ordine statale e ordine confessionale, immediatamente ricavabile dalle formule costituzionali relative al fattore religioso. In questa interpretazione, infatti, la laicità dello Stato viene definita in stretta connessione al pluralismo religioso e culturale della società civile, quale termine di riferimento della disciplina

³⁵⁶ G. SILVESTRI, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, «Quaderni costituzionali», 2, 1989, pp. 252 e 247 ss.

³⁵⁷ A. PITINO, *Costituzione italiana e principio supremo di laicità dello Stato: dall'Assemblea costituente alla Corte costituzionale*, in G. Rolla (a cura di), *Libertà religiosa e laicità. Profili di diritto costituzionale*, Napoli 2009, p. 124.

³⁵⁸ G. FLORIDIA, S. SICARDI, *Dall'eguaglianza dei cittadini alla laicità dello Stato. L'insegnamento confessionale nella scuola pubblica tra libertà di coscienza, pluralismo religioso e pluralità delle fonti*, «Giurisprudenza costituzionale», 1989, II, p. 1128.

dei rapporti fra i due ordini³⁵⁹: per tale via, la laicità può comprendere sia il favore dello Stato nei confronti delle “concrete istanze della coscienza civile e religiosa dei cittadini”³⁶⁰, sia la neutralità dello Stato nei confronti delle diverse opzioni assiologiche dei suoi cittadini³⁶¹. L’evoluzione della coscienza collettiva, quindi, rende possibile interpretare le formule costituzionali vaghe in un senso ulteriore e parzialmente nuovo rispetto all’originario disegno del legislatore costituente. In altre parole, il principio di laicità dello Stato è un principio emergente che, nel momento in cui la Corte decide la concreta problematica oggetto della sentenza n. 203/1989, ha assunto una base sufficiente di consenso sociale per poter essere enunciato e sviluppato nelle sue implicazioni pratiche. Lo dimostrano le successive pronunce che rileggono alla luce di tale principio la formula della eguale libertà delle confessioni, giungendo alla declaratoria di incostituzionalità della normativa penale posta a tutela del sentimento religioso in quanto “si impone ormai la pari protezione della coscienza di ciascuna persona che si riconosce in una fede, quale che sia la confessione religiosa di appartenenza”³⁶²; e rigettando, contestualmente, il criterio dell’orientamento religioso prevalente della coscienza sociale che aveva ispirato la giurisprudenza più risalente della Corte in materia³⁶³.

³⁵⁹ Sent. n. 203 del 1989, pt. 3 e 7 cons. dir. Per un commento a questa sentenza si vedano S. BORDONALI, *Sulla “laicità” dell’ora di religione*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1989, pp. 444 ss.; N. COLAIANNI, *Il principio supremo di laicità dello Stato e l’insegnamento della religione cattolica*, in *Foro italiano*, 1989, I, pp. 1333 ss.; L. MUSSELLI, *Insegnamento della religione cattolica e tutela della libertà religiosa*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1989, I, pp. 909 ss.

³⁶⁰ Sent. n. 203 del 1989, pt. 7 cons. dir.

³⁶¹ Questo aspetto della laicità viene sviluppato meglio in sentenze successive (si veda, per tutte, la sent. n. 329 del 10-14 novembre 1997), ma può già rinvenirsi *in nuce* nell’affermazione secondo la quale “l’attitudine laica dello Stato-comunità...risponde non a postulati ideologizzati ed astratti di estraneità, ostilità o confessione dello Stato-persona o dei suoi gruppi dirigenti, rispetto alla religione o ad un particolare credo” (*ibidem*).

³⁶² Sent. n. 440 del 1995, pt. 3.2. cons. dir. Si vedano anche le successive 329 del 10-14 novembre 1997, 508 del 13-20 novembre 2000, 327 dell’1-9 luglio 2002, e 168 del 18 aprile 2005. Analogamente, il principio di laicità orienta una rilettura della formula della eguale libertà in rafforzamento della dimensione dell’eguaglianza in materia di edilizia di culto, nelle sent. n. 195 del 19-27 aprile 1993, 346 dell’8-16 luglio 2002, 63 del 23 febbraio 2016.

³⁶³ Su questa evoluzione giurisprudenziale, si vedano R. BOTTA, *op. cit.*, pp. 33 ss.; G. CASUSCELLI, *«L’evoluzione della giurisprudenza costituzionale» in materia di vilipendio di religione*, «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica», 3, 2001, pp. 1120 ss.; N. COLAIANNI, *Tutela della personalità e diritti della coscienza*, Bari, Cacucci, 2000, pp. 61 ss.; P. CAVANA, *La caducazione del delitto di vilipendio della religione dello Stato. Luci e ombre di un’incostituzionalità annunciata*, «Giurisprudenza costituzionale», 6, 2000, pp. 3990 ss.; A. GIANFREDA, *Diritto penale e religioni tra modelli nazionali e giurisprudenza di Strasburgo (Italia, Regno Unito, Francia)*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 19 ss.; N. MARCHEI, “Sentimento

Sebbene esplicitamente formulato dalla Corte, il principio di laicità rimane tuttavia aperto all'integrazione di componenti implicite e inferenziali. Invero, in dottrina si è individuato un "nucleo duro" del concetto giuridico di laicità desumibile dal sistema costituzionale: esso si articolerebbe intorno alla salvaguardia della libertà religiosa in regime di pluralismo, alla equidistanza e imparzialità dello Stato nei confronti di tutte le confessioni, alla pari protezione della coscienza dei singoli e alla distinzione tra ordine delle questioni civili e ordine delle questioni religiose³⁶⁴. Ciò non impedisce, tuttavia, che tali contenuti vengano rielaborati e diversamente declinati in funzione della varietà dei settori e delle problematiche di attuazione; dunque, anche in funzione delle diverse norme latenti all'opera nei distinti ambiti applicativi³⁶⁵. Così, in questioni relative all'applicazione della normativa concordataria, come l'insegnamento religioso o la giurisdizione sui matrimoni trascritti, il principio di laicità viene declinato principalmente nel suo significato di riconoscimento e garanzia della rilevanza sociale del fattore religioso, a maggior tutela della *libertas Ecclesiae*³⁶⁶. In materie non concordatarie – la tutela penale del sentimento religioso o il giuramento – il concetto di laicità assunto dalla Corte tende, invece, a coincidere maggiormente con la nozione di neutralità dello Stato in materia religiosa, cara alla

religioso" e bene giuridico tra giurisprudenza costituzionale e novella legislativa, cit., pp.159 ss. ; M. OLIVETTI, *Incostituzionalità del vilipendio della religione di Stato, uguaglianza senza distinzioni di religione e laicità dello Stato*, «Giurisprudenza costituzionale», 6, 2000, pp. 3972 ss.; V. PACILLO, *op. ult. cit.*, pp. 34 ss.; B. RANDAZZO, *Vilipendio della religione: una dichiarazione di incostituzionalità 'obbligata'?*, «Giurisprudenza costituzionale», 6, 2000, pp. 3979 ss.; E. DI SALVATORE, *op. cit.*, pp. 4436 ss.

³⁶⁴V. PACILLO, *Laicità necessaria*, in P. Picozza, G. Rivetti (a cura di), *Religione, cultura e diritto tra globale e locale*, Milano 2007, pp. 126 ss.

³⁶⁵Sui diversi filoni della laicità, in particolare nel confronto tra giurisprudenza costituzionale e giurisprudenza di merito, cfr. S. SICARDI, *Il principio di laicità nella giurisprudenza della Corte costituzionale (e rispetto alle posizioni dei giudici comuni)*, «Diritto pubblico», 2, 2007, spec. pp. 538 ss. Mette in guardia contro i rischi della rimodulazione ermeneutica del concetto di laicità V. PACILLO, *op. ult. cit.*, pp. 124 ss. Sul punto più approfonditamente *infra*, § 2. 2. 1.

³⁶⁶Si vedano la già citata sent. 203 del 1989, e la sent. 421 del 29 novembre-1 dicembre 1993. Nella prima il principio di laicità risulta compatibile con l'insegnamento di una religione determinata nella scuola pubblica, in quanto assume in sé "il valore formativo della cultura religiosa", nella specie dei principi del cattolicesimo iscritti nel patrimonio storico della civiltà italiana (pt. 5 cons. dir.). Nella seconda la riserva di giurisdizione sui matrimoni canonici trascritti viene considerata logicamente desumibile dal sistema complessivo di riconoscimento di effetti civili a matrimoni sorti nell'ordinamento ecclesiale, pur in assenza di una norma che la contempli espressamente, "coerentemente al principio di laicità" (pt. 4 cons. dir.). In senso critico, su tale impostazione, A. GUAZZAROTTI, *Giudici e minoranze religiose*, cit., pp. 28-30. Si vedano anche P. BELLINI, *Della idea di laicità nelle relazioni fra privati* in M. Tedeschi (a cura di), *Il principio di laicità nello Stato democratico*, Soveria Mannelli 1996, pp. 17-18; A. VITALE, *Laicità e modelli di Stato*, ivi, pp. 242 ss.

tradizione repubblicana francese, privilegiando il momento dell'autodeterminazione della coscienza individuale³⁶⁷.

Questa dinamica permette di osservare conclusivamente che le categorie concettuali preferenzialmente impiegate dalla giurisprudenza costituzionale – quella francese come quella italiana – per interpretare le formule costituzionali vaghe in materia religiosa non soltanto consentono al giudice delle leggi di ridefinire il significato di tali formule in aggancio a criteri normativi socialmente impliciti; ma rendono anche possibile il ricorso al medesimo *modus operandi* da parte del legislatore ordinario, degli amministratori e dei giudici del merito.

2.2. Il ruolo dell'implicito nell'attuazione dell'*acquis* costituzionale in materia di libertà religiosa. Gli effetti dell'impiego di formule indeterminate in alcuni ambiti 'sensibili'

Le formule 'vaghe' impiegate dal legislatore costituente in materia di libertà religiosa e confessionale possono essere interpretate ed applicate nella prassi giuridica infracostituzionale alla luce di criteri normativi impliciti, si tratti degli stessi, originariamente sottesi al discorso costituzionale esplicito, o di altri ed ulteriori. Possono, inoltre, comporsi con formule e concetti indeterminati autonomamente elaborati dal legislatore ordinario, o applicati dall'amministratore o dal giudice, in quanto facenti parte della pratica e dei principi seguiti generalmente, che richiamano, a loro volta, norme sociali implicite.

Dalla combinazione di questi fattori dipendono i significati e le conseguenze giuridiche ascrivibili concretamente alle enunciazioni costituzionali relative ai diritti di libertà dei singoli nella sfera della coscienza e delle convinzioni personali, e ai rapporti dello Stato con le formazioni sociali religiose. Le stesse formule possono, quindi, esprimere contenuti semantici ed operativi diversi a seconda delle norme implicite che entrano in interazione con esse; e ciò, sia nel passaggio da un ordinamento giuridico all'altro, sia nel passaggio da un settore di disciplina ad un altro del medesimo ordinamento.

Ognuno dei due ordinamenti, che qui si esaminano, presenta, evidentemente, problematiche proprie e peculiari per quanto riguarda la gestione del

³⁶⁷ Si vedano in proposito le sent. n. 149 del 4-5 maggio 1995 e 334 del 30 settembre-8 ottobre 1996. Critica questa concezione della laicità S. MANGIAMELI, *La «laicità» dello Stato tra neutralizzazione del fattore religioso e «pluralismo confessionale e culturale» (a proposito della sentenza che segna la fine del giuramento del teste nel processo civile)*, «Diritto e società», 1, 1997, pp. 41 ss.

fatto religioso; ma anche, prevedibilmente, alcune problematiche comuni. A questo riguardo, possono individuarsi due macro-aree 'sensibili': l'ambito delle manifestazioni della coscienza individuale nella sfera pubblica, nel quale sono potenzialmente all'opera norme implicite che determinano se e quali forme di espressione religiosa sono ammissibili nello spazio condiviso dai *convinces*; l'ambito dell'autonomia di organizzazione e di azione dei gruppi confessionali, nel quale intervengono norme implicite relative a quali forme di esperienza spirituale possono trovare riconoscimento ed operare legittimamente come tali nell'ordinamento giuridico. Si tratta allora di verificare, a partire da alcuni casi emblematici, se e in che modo norme 'latenti' in tali ambiti orientano l'attuazione dei principi costituzionali in tema di libertà religiosa individuale e collettiva, agendo, in particolare, negli 'spazi liberi' consentiti dalla 'vaghezza' delle formulazioni giuridiche positive.

L'analisi così condotta tende a confermare l'ipotesi, che si è avanzata in chiusura del primo capitolo, che le norme implicite e inferenziali 'affiorino' nel discorso giuridico esplicito e formulato allorché vengano messe in crisi dall'affermazione di principi e di pratiche concorrenti. Più precisamente, si può osservare una progressione nell'esplicitazione della norma a misura che la moltiplicazione dei comportamenti 'contestatari' acuisce la consapevolezza che di tale norma hanno il corpo sociale e i suoi esponenti istituzionali: essa tende così a venire, dapprima, integrata nelle argomentazioni delle decisioni giudiziarie e amministrative, mediante il ricorso a clausole generali o a concetti indeterminati, per poi essere traghettata, in forma più o meno espressa, in disposizioni legislative. Quanto più forte è lo 'stress' cui viene sottoposta la norma implicita, e più profondo il suo radicamento nella coscienza collettiva, tanto più evidente e compiuta è la parabola descritta (come nel caso francese del *foulard* islamico o del *burqa*). Possono così darsi casi in cui tale processo rimane, invece, parziale, perché il dissenso sulla norma implicita è (ancora) relativamente circoscritto, o perché, al contrario, tale norma non riveste (più) un valore simbolico e identitario così rilevante da impedire l'integrazione di modelli deontici di segno diverso. In questi casi essa emerge momentaneamente in relazione a gruppi episodici di controversie, manifestandosi a livello giurisprudenziale o amministrativo, ma in seguito torna ad operare, se ancora socialmente valida, in forma implicita e inferenziale (come nel caso italiano del crocefisso); o, altrimenti, viene 'neutralizzata' dai modelli normativi concorrenti (come forse sta avvenendo nell'ordinamento italiano per lo *standard* tradizionale di confessione religiosa, perlomeno sotto certi profili e rispetto a certi movimenti religiosi).

2. 2. 1. Le manifestazioni della coscienza nella sfera pubblica

2.2.1.1. La laicità e i suoi avatar

Come è emerso dal dibattito in seno alla prima e alla seconda assemblea costituente francese, il principio costituzionale di *laïcité*, non espressamente definito a livello testuale, è stato principalmente inteso in riferimento al concetto di neutralità dello Stato in materia religiosa. La posizione dei costituenti risulta confermata dalle successive interpretazioni giurisprudenziali: in esse la neutralità viene evocata ora come componente della laicità³⁶⁸, ora in parallelo alla laicità, come principio di organizzazione del servizio pubblico, ma sempre in stretta connessione con essa³⁶⁹.

Peraltro, alla stregua del concetto di laicità di cui si fa veicolo, anche la nozione di neutralità manca di una delimitazione semantica precisa nel diritto positivo e formulato. È infatti possibile individuare un contenuto minimo della neutralità nella non confessionalità dello Stato, ossia nella sua non identificazione con una determinata opzione religiosa e nella estraneità dei suoi fini e dei suoi criteri d'azione a considerazioni d'ordine religioso; da

³⁶⁸ Così Conseil d'État, 16 maggio 2005, *Min. Outre-Mer*, «Actualité juridique de droit administratif», 17, 2005, p. 964: “Considérant (...) que le principe constitutionnel de laïcité (...) implique neutralité de l'État et des collectivités territoriales de la République [...]”. Si veda anche il Rapporto pubblico del Conseil d'État *Réflexions sur la laïcité*, nel quale si individua la neutralità come uno dei principi in cui si declina la laicità («Études et documents du Conseil d'État», 2004, p. 272). Da ultimo, Conseil constitutionnel, dec. 2012-297 QPC del 21 febbraio 2013, nella quale si afferma che dal principio costituzionale di laicità “résulte la neutralité de l'État” (cons. 5).

³⁶⁹ Così Conseil d'État, parere del 27 novembre 1989, n. 346893: “[...] le principe de laïcité de l'enseignement public, qui est un des éléments de la laïcité de l'État et de la neutralité de l'ensemble des services publics” («Actualité juridique de droit administratif», 1, 1990, p. 39); con formulazione leggermente differente, tendente a riunire laicità e neutralità in un unico principio (“le principe (...) de la laïcité de l'Etat et de neutralité des services publics [...]”), parere del 3 maggio 2000, *Dlle Marteaux*, «Actualité juridique de droit administratif», 7-8, 2000, p. 673. Nella dottrina amministrativa classica, il principio di neutralità è stato inizialmente descritto come corollario del principio di eguaglianza degli amministrati di fronte all'amministrazione, piuttosto che come conseguenza o componente del principio di laicità dello Stato (F. MESSNER, P.-H. PRÉLOT, J.-M. WOEHLING, *Droit français des religions*, cit., p. 706; J.-F. LACHAUME, C. BOITEAU, H. PAULIAT, *Droit des services publics*, Paris 2004³, pp. 433-434), anche perché la neutralità sarebbe più ampia della laicità, non riguardando soltanto il campo delle convinzioni religiose, ma anche quello delle opinioni politiche, filosofiche etc. (cfr. G. DURAND PRINBORGNE, *La laïcité*, Paris, 1996, p. 47; G. KOUBI, *Le principe de neutralité des services public, un principe corollaire à la modernisation de l'Etat ?*, «La revue administrative», 270, 1992, p. 492). La stessa dottrina ha peraltro riconosciuto la sua progressiva autonomia rispetto al principio di eguaglianza, il quale, d'altro canto, può a sua volta essere considerato come una delle sfaccettature del principio di laicità (F. MESSNER, P.-H. PRÉLOT, J.-M. WOEHLING, *Droit français des religions*, cit., p. 610).

cui deriva una attitudine di *self-restraint* dello Stato circa l'apprezzamento del valore intrinseco delle differenti concezioni religiose, e di imparzialità nei confronti dei diversi gruppi religiosi³⁷⁰. Ma attorno a questo nucleo concettuale minimo permane un'area di significato fluttuante, segnatamente per quanto riguarda la concreta portata deontica e applicativa del principio, nella quale possono agevolmente inserirsi criteri normativi 'latenti' nel corpo sociale.

Il ruolo svolto in tal senso dalle norme implicite e inferenziali si rende particolarmente evidente nella determinazione del significato della neutralità rispetto alle manifestazioni di convinzioni religiose nello spazio pubblico. Più precisamente, esse possono orientare il contenuto della nozione di neutralità nel senso di un obbligo rigorosamente imposto all'azione delle istituzioni statali e dei soggetti che concretamente le incarnano, o, viceversa, nel senso di un principio che regge il complesso delle relazioni interpersonali che si svolgono nell'*agorà*.

In effetti, la neutralità è anzitutto un principio di organizzazione dello Stato laico e delle sue articolazioni³⁷¹: è, cioè, l'istituzione pubblica e statale a dover essere neutrale. Ciò si traduce nella neutralità del servizio pubblico, puntualmente esplicita nelle norme – formulate ed espresse – che fanno divieto agli agenti pubblici di esternare le proprie convinzioni religiose in servizio³⁷², o che espungono l'elemento religioso dai programmi dell'insegnamento pubblico³⁷³. Ma questa particolare accezione della neu-

³⁷⁰ F. MESSNER, P.-H. PRELOT, J.-M. WOEHRLING, *op. cit.*, pp. 614 ss. e 708 ss.; v. anche J. MORANGE, *Le régime constitutionnel des cultes en France*, in *Le statut constitutionnel des cultes dans les pays de l'Union européenne*, Milano 1995, p. 125; T. RAMBAUD, *Le principe de séparation des cultes et de l'État en droit public comparé: analyse comparative des régimes allemand et français*, Paris 2004, pp. 386 e 405; J. RIVERO, *La notion juridique de laïcité*, «Recueil Dalloz», 1949, Chron. p. 137; J.-M. WOEHRLING, *Réflexions sur le principe de neutralité de l'État en matière religieuse et sa mise en œuvre en droit français*, «Archive des sciences sociales des religions», 101, 1998, pp. 31-32.

³⁷¹ F. MESSNER, P.-H. PRELOT, J.-M. WOEHRLING, *Droit français des religions*, cit., pp. 606 e 706.

³⁷² Cfr., fra i tanti contributi sul tema, J.-M. AUBY, J.-B. AUBY, D. JEAN-PIERRE, A. TAILLEFAIT, *Droit de la fonction publique*, Paris 2012⁷, pp. 393 ss.; J. BERTHOUD, *La neutralité religieuse du fonctionnaire*, «La semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales», 12, 2005, p. 558; D. JEAN-PIERRE, *L'éthique du fonctionnaire civil. Son contrôle dans les jurisprudences administratives et constitutionnelles françaises*, Paris 1999, p. 186; G. KOUBI, *À la recherche d'une définition spécifique de "l'obligation de neutralité" des fonctionnaires et agents publics*, «Les petites affiches», 76, 26 giugno 1991, p. 23; J.-F. LACHAUME, C. BOITEAU, H. PAULIAT, *op. cit.*, pp. 438-439; A. ONDOUA, *Le service public à l'épreuve de la laïcité: à propos de la neutralité religieuse dans les services publics*, «Droit administratif», 12, 2008, p. 14; C. VIGOUROUX, *Déontologie des fonctions publiques*, Paris 2012², pp. 283 ss.

³⁷³ F. MESSNER, P.-H. PRÉLOT, J.-M. WOEHRLING, *op. cit.*, pp. 1756 ss.

tralità si iscrive nel quadro di un consenso, progressivamente raggiunto nella prassi e nella coscienza sociali, circa gli ambiti di legittima presenza della religione nello spazio comune; più precisamente, esiste una valutazione sociale condivisa e praticata in relazione ai limiti di accettabilità dell'espressione pubblica di convinzioni religiose personali. Questo consenso è reso possibile dalla tendenziale secolarizzazione dei costumi, cui si accompagna la perdita di rilevanza sociale della religione e il relegamento della pratica religiosa nella sfera degli atti di culto individuali o strettamente interni alle comunità di credenti³⁷⁴. Ma esso ha potuto formarsi anche in forza di una certa omogeneità della pratica religiosa prevalente, perlopiù ispirata al paradigma religioso cristiano-cattolico, il quale, tra l'altro, ammette già, in misura maggiore rispetto ad altri modelli di religiosità, una certa distinzione tra l'ambito della vita spirituale e quello delle relazioni pubblico-sociali.

In questo contesto socioculturale, in cui le manifestazioni di religiosità tendono ad essere circoscritte e a ricalcare un modello comune, può affermarsi un principio di separabilità fra comportamento pubblico e pratica religiosa personale. Quest'ultima si esplica essenzialmente nella vita privata dell'individuo, all'interno del suo domicilio personale o dei luoghi deputati al culto. Le eventuali manifestazioni pubbliche di religiosità sono accettate in quanto fanno parte della tradizione socialmente prevalente³⁷⁵.

Esiste dunque un principio normativo, che potremmo definire come il principio della neutralità religiosa preferenziale dello spazio pubblico, in base al quale viene effettuata la ripartizione fra manifestazioni religiose ammesse nella vita pubblica di relazione e manifestazioni non ammesse³⁷⁶. Questo principio è implicito, perché non trova enunciazione espressa in al-

³⁷⁴ Cfr. J. BAUBEROT, *Histoire de la laïcité française*, Paris 2000, pp. 93 ss.; F. MESSNER, P.-H. PRELOT, J.-M. WOEHRLING, *op. cit.*, pp. 293 ss.; T. RAMBAUD, *op. cit.*, pp. 311 ss.

³⁷⁵ Un caso emblematico è quello delle c.d. processioni religiose tradizionali, che a differenza delle altre tipologie di riunioni pubbliche, anche religiose, possono svolgersi liberamente senza necessità di una dichiarazione preventiva all'autorità municipale, e godono di una presunzione di non pericolosità per l'ordine pubblico. Cfr. sul punto G. LE BRAS, *Le Conseil d'État, régulateur de la vie paroissiale*, «Études et documents du Conseil d'État», 4, 1950, pp. 72 ss.; F. MESSNER, P.-H. PRELOT, J.-M. WOEHRLING, *op. cit.*, pp. 844 ss.; J. MORANGE, *Droits de l'homme et libertés publiques*, Paris 1995, p. 357; J. RIVERO, *Les libertés publiques*, Paris 1996, II, p. 211.

³⁷⁶ Sulla progressiva neutralizzazione religiosa di uno spazio pubblico indefinitamente concepito cfr. F. DIEU, *Laïcité et espace public*, «Revue du droit public», 3, 2013, pp. 566 ss. V. anche O. BUI XUAN, *L'espace public: l'émergence d'une nouvelle catégorie juridique? Réflexions sur la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, «Revue française de droit administratif», 3, 2011, pp. 551 ss.; P. CAVANA, *I segni della discordia. Laicità e simboli religiosi in Francia*, Torino 2004, pp. 3 ss.

cuna norma positiva; ed è inferenziale, perché il suo contenuto – e più precisamente, lo *standard* di ammissibilità delle espressioni pubbliche della religiosità personale – non è sintetizzabile in una formula definitiva, ma è rimesso alla determinazione variabile delle concezioni e delle prassi sociali.

Tale principio, fino in tempi recenti acquisito al consenso sociale, è messo in crisi dal consolidarsi di paradigmi religiosi – principalmente, anche se non esclusivamente, quello islamico – che non si riconoscono in questo modello deontico, e le cui manifestazioni, d'altra parte, non sono socialmente percepite come parte di una tradizione condivisa³⁷⁷. La messa in tensione del principio e dei suoi criteri valutativi ne determina quindi la riaffermazione in chiave difensiva, mediante il ricorso ad esso come criterio orientativo dell'interpretazione e dell'applicazione del principio di laicità delle istituzioni repubblicane e di neutralità del servizio pubblico.

Ciò avviene in maniera emblematica nell'ambito del servizio pubblico scolastico, oggetto di un'applicazione particolarmente rigorosa del principio di laicità-neutralità dell'apparato statale. La neutralità del servizio scolastico statale è declinata esplicitamente, come si è detto, in riferimento ai programmi dell'insegnamento, ai locali scolastici, cui si applica il generale divieto di esporre simboli religiosi nei luoghi pubblici³⁷⁸, e agli insegnanti, che nella loro attività pedagogica debbono astenersi dall'esprimere le proprie opinioni o manifestare le proprie convinzioni in materia politica e religiosa³⁷⁹. Sebbene le norme espresse che disciplinano la funzione educativa non prevedano un analogo obbligo in capo agli studenti, che sarebbero quindi in via generale liberi di esprimere le proprie convinzioni religiose all'interno della scuola³⁸⁰, la garanzia di uno spazio scolastico neutro appare essere stata intesa, già prima della legge del 2004 relativa ai simboli religiosi, nel senso di un obbligo implicito di discrezione gravante altresì sugli

³⁷⁷ Spunti di riflessione in tal senso in D. PELLETIER, *L'école, l'Europe, les corps, la laïcité et le voile*, «Vingtième siècle. Revue d'histoire», 87, juillet-septembre 2005, pp. 159 ss.; J. SAYAH, *La laïcité réaffirmée: la loi du 15 mars 2004*, «Revue du droit public», 4, 2006, pp. 915 ss. L'idoneità di un paradigma religioso non tradizionale, come è quello islamico, a far reagire principi e modelli normativi ascrivibili fra i presupposti taciti dell'ordine sociale e giuridico francese (i contenuti della tradizione repubblicana) è ben evidenziata da A. FERRARI, *La lutte des symboles et l'espoir du droit. Laïcité et voile islamique en France au début du nouveau millénaire*, «Migrations Société», 96, 2004, pp. 63 ss. In particolare, l'autore osserva che le manifestazioni simboliche delle "religioni straniere" sono subordinate "aux grilles d'admissibilité...modélées sur une tradition[...]" (p. 70).

³⁷⁸ Art. 28 l. 9 dicembre 1905.

³⁷⁹ F. MESSNER, P.-H. PRÉLOT, J.-M. WOEHRLING, *op. cit.*, pp. 1760 ss.

³⁸⁰ Si veda l'art. L. 511-2 Code de l'éducation, in forza del quale gli studenti delle scuole secondarie dispongono della libertà di espressione "dans le respect du pluralisme et du principe de neutralité".

studenti nella manifestazione delle proprie convinzioni ideali³⁸¹. La tacita estensione del principio di neutralità alla totalità della comunità educativa risponde all'ideale repubblicano della scuola come “sanctuaire laïque”³⁸², ossia come spazio libero da influenze ideologiche, non soltanto in funzione protettiva della libertà di coscienza e di pensiero degli studenti, ma anche quale condizione necessaria per la formazione dei futuri cittadini secondo il modello repubblicano di cittadinanza, basato sul principio della ragione critica e sulla prevalenza dell'adesione ai valori universali rispetto alle appartenenze personali³⁸³.

Questa regola implicita di *self-restraint* degli studenti nella espressione delle proprie convinzioni religiose viene rimessa in questione dall'*affaire* del velo islamico delle studentesse di scuola superiore. Coerentemente allo schema che si è cercato di delineare nelle pagine precedenti, la riattivazione del criterio normativo implicito in funzione di sbarramento dei comportamenti difformi viene rivelata dall'impiego di *standard* e concetti in buona parte vaghi e indeterminati. In questo caso specifico, la riaffermazione del principio implicito e inferenziale della neutralità di tutti i membri della comunità educativa, studenti compresi, avviene mediante il ricorso al concetto indeterminato del carattere '*ostentatoire*' o '*ostensible*' dell'espressione simbolica di convinzioni religiose.

Il concetto fa la sua comparsa nel celebre parere del Conseil d'État n. 346893 del 27 novembre 1989 relativo alla compatibilità dell'esibizione, da parte degli studenti, di segni di appartenenza ad una comunità religiosa con il principio di laicità dell'insegnamento pubblico, definito come uno degli elementi della laicità dello Stato e della neutralità dei servizi pubblici³⁸⁴. Nell'esprimersi in senso favorevole alla compatibilità, il Conseil pone un'eccezione per i segni di appartenenza religiosa che per loro natura, per le condizioni in cui sono portati, “ou par leur caractère ostentatoire ou reven-

³⁸¹ Prima della legge del 2004, tale obbligo ha ricevuto un'esplicitazione nella circolare del Ministero dell'Educazione nazionale del 1 luglio 1936, con la quale si vieta da parte degli studenti l'esibizione di simboli politici, definiti come “tout objet dont le port constitue une manifestation susceptible de provoquer une manifestation en sens contraire”, e nelle successive circolari del 31 dicembre 1936 e del 15 maggio 1937, con le quali si vieta negli istituti scolastici qualsiasi forma di propaganda politica e confessionale da parte degli studenti. Si veda anche la sentenza del Conseil d'État dell'8 novembre 1985, *Rudent* («Recueil Lebon», 1985, p. 316), in cui il principio di neutralità è considerato incompatibile con l'organizzazione in un istituto scolastico di riunioni politiche.

³⁸² F. DIEU, *L'école, sanctuaire laïque*, «Revue du droit public», 3, 2009, pp. 685 ss.

³⁸³ Sull'ideale repubblicano di cittadinanza si veda C. NICOLET, *L'idée républicaine en France (1789-1924)*. *Essai d'histoire critique*, Paris 1982, spec. 445 ss.

³⁸⁴ V. nt. 364.

dicatif”, determinerebbero una serie di conseguenze materialmente contrarie alla pacifica convivenza dei diversi componenti della comunità scolastica³⁸⁵, ma idealmente pregiudizievoli alla missione propria del servizio educativo pubblico, il quale deve “outre permettre l’acquisition par l’enfant d’une culture et sa préparation à la vie professionnelle et à ses responsabilités d’homme et de citoyen, contribuer au développement de sa personnalité, lui inculquer le respect de l’individu, de ses origines et de ses différences, garantir et favoriser l’égalité entre les hommes et les femmes”³⁸⁶. La pronuncia non definisce gli elementi costitutivi del carattere ostentativo del simbolo³⁸⁷: la formula rimanda pertanto ad uno *standard* socioculturale di contenuto implicito e inferenziale. In questa prospettiva, dunque, è *ostentatoire* il simbolo di appartenenza religiosa che, in base ai criteri di valutazione impliciti nella prassi del corpo sociale francese nel momento storico di riferimento, appare incompatibile con l’obbligo di riserva dello studente nella manifestazione delle proprie convinzioni personali, e determina, perciò, una rottura della neutralità complessivamente imposta allo spazio pubblico scolastico³⁸⁸.

Il velo islamico può quindi, in funzione di tali indici impliciti di valutazione, essere considerato come un segno a “*caractère ostentatoire*”. Questa

³⁸⁵ Nell’elencazione del Conseil: “constitueraient un acte de pression, de provocation, de prosélytisme ou de propagande, porteraient atteinte à la dignité ou à la liberté de l’élève ou d’autres membres de la communauté éducative, compromettraient leur santé ou leur sécurité, perturberaient le déroulement des activités d’enseignement et le rôle éducatif des enseignants, enfin troubleraient l’ordre dans l’établissement ou le fonctionnement normal du service public”.

³⁸⁶ Il riferimento all’eguaglianza fra i sessi sembra chiamare in causa un’ulteriore norma implicita, quella per cui il velo islamico, interpretato come segno destinato a marcare una differenza di trattamento fra i sessi, in particolare nel senso della inferiorità del sesso femminile, sarebbe di per sé contrario alla dignità della persona, e perciò non ammissibile nel contesto educativo. In questo senso, il commissario del governo Kessler, nelle sue conclusioni a Conseil d’État 2 novembre 1992 (cfr. *infra*, nt. 389), osserva che nel caso oggetto di giudizio (espulsione di una studentessa che portava il velo) i responsabili scolastici sembrano aver visto nel *foulard* islamico un segno per natura pregiudizievole alla dignità della studentessa, interpretazione che appare legittimata proprio da questo riferimento nel parere del 1989. In dottrina, si vedano le osservazioni di J. REDOR-FICHET, *Laïcité et principe de non-discrimination*, «Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux», 4, 2005, pp. 93 ss.

³⁸⁷ Si vedano le osservazioni di J. RIVERO, *L’avis de l’Assemblée générale du Conseil d’État en date du 27 novembre 1989*, «Revue française de droit administratif», 1, 1990, p.5.

³⁸⁸ Nella circolare del 12 dicembre 1989 destinata a fare applicazione dei criteri indicati dal Conseil, si precisa che il carattere ostentativo dei simboli esibiti può apprezzarsi “notamment” (dunque, non esclusivamente) in funzione del comportamento e delle esternazioni degli studenti e dei genitori interessati. Nella stessa circolare si esplicita il dovere di riserva personale incombente sugli studenti (p. 2). Per un commento a questa circolare si veda C. DURAND-PRINBORGNE, *La “circulaire Jospin” du 12 décembre 1989*, «Revue française de droit administratif», 1, 1990, pp. 10 ss.

interpretazione, elusa dal parere del Conseil d'État attraverso la non determinazione del concetto di ostentazione, emerge nella redazione e nella applicazione di alcuni regolamenti scolastici successivi alla pronuncia esaminata, nei quali viene introdotto il divieto di segni 'distintivi' di ordine religioso, politico o filosofico³⁸⁹, o in base ai quali il *foulard* islamico viene giudicato "per natura incompatibile con il principio di laicità"³⁹⁰, o "avente per sua natura un carattere ostentativo o rivendicativo"³⁹¹.

La medesima interpretazione è leggibile in filigrana nella circolare del Ministero dell'Educazione nazionale n. 1649 del 20 settembre 1994. La circolare evoca dapprima l'ideale repubblicano di cittadinanza perseguito nella scuola pubblica, che si fonda sull'appartenenza ad un'unica comunità nazionale, costruita sull'osservanza di regole comuni, a prescindere dalla diversità di convinzioni e tradizioni³⁹², sottintende quindi il principio di laicità-neutralità del servizio scolastico pubblico³⁹³. A partire da questa premessa, il testo conclude per l'impossibilità di accettare nella scuola "la présence et la multiplication de signes si ostentatoires que leur signification est précisément de séparer certains élèves des règles de vie commune de l'école. Ce signes sont, en eux-mêmes, des éléments de prosélytisme [...]"³⁹⁴. Sebbene la circolare eviti di definire esplicitamente il *foulard* islamico come segno di

³⁸⁹ Regolamento definitivamente annullato da Cons. Ét. 2 novembre 1992, *Kherouaa*, «Revue française de droit administratif», 1, 1993, p. 112. Nelle sue conclusioni il commissario del governo Kessler aveva osservato che dagli atti di causa emergeva "une volonté partagée très largement par les membres adultes de la communauté éducative de ne pas voir à l'école de foulard islamique qu'ils considèrent *comme étant par nature provocant*" (*ibidem*).

³⁹⁰ Cfr. Cons. Ét. 20 maggio 1996, *Ministre de l'Éducation nationale, de l'Enseignement supérieur et de la Recherche c. Ali*, «Actualité juridique de droit administratif», 9, 1996, p. 709, in annullamento del provvedimento disciplinare adottato su tale base.

³⁹¹ Cfr. Cons. Ét. 27 novembre 1996, *Jeouit*, inedita, che annulla la decisione d'espulsione della studentessa presa sulla base di tale argomento.

³⁹² "En France, le projet national et le projet républicain se sont confondus autour d'une certaine idée de la citoyenneté. Cette idée française de la nation et de la république [...] exclut l'éclatement de la nation en communautés séparées, indifférentes les unes aux autres, ne considérant que leurs propres règles et leurs propres lois, engagées dans une simple coexistence. La nation n'est pas seulement un ensemble de citoyens détenteurs de droits individuels. Elle est une communauté de destin" (p. 1).

³⁹³ "Cet idéal se construit d'abord à l'école. L'école est, par excellence, le lieu d'éducation et d'intégration, où tous les enfants [...] apprennent à vivre ensemble [...] La présence, dans cette école, de signes et de comportements, qui montreraient qu'ils ne pourraient pas se conformer aux mêmes obligations (...) serait une négation de cette mission. [...] Cet idéal laïque et national est la substance même de l'école de la République et le fondement du devoir d'éducation civique qui est le sien" (*ibidem*). La concezione della laicità come principio che impone l'osservanza di regole comuni indipendentemente dalle convinzioni religiose personali si ritrova nella sentenza del Conseil constitutionnel n. 2004-505 DC del 19 novembre 2004, cons. 18.

³⁹⁴ *Ibidem*.

per sé ostentativo nel senso indicato, tale identificazione vi viene suggerita implicitamente³⁹⁵.

Benché il criterio implicito, per cui determinati simboli religiosi (di fatto, il velo islamico) sono intrinsecamente incompatibili con la neutralità dello spazio scolastico, non venga accolto dal supremo giudice amministrativo³⁹⁶, esso finisce per riaffermarsi nella legge n. 228 del 15 marzo 2004, che insieme alla circolare del 18 maggio 2004 regola definitivamente la questione dell'esibizione di simboli religiosi nella scuola pubblica di grado primario e secondario. Più precisamente, il criterio opera attraverso l'indeterminatezza conservata dalla formula legislativa del divieto, la quale fa riferimento ai segni e alle tenute "manifestant ostensiblement une appartenance religieuse". Il ruolo giocato dalla normatività implicita nella scelta di questa formulazione, diversa dal concetto di "carattere ostentativo" impiegato dal Conseil d'État, emerge dai lavori preparatori della legge. Come è noto, l'adozione di questa formula normativa è stata preparata dalla pubblicazione

³⁹⁵ Come osserva il commissario del governo Schwartz nelle sue conclusioni relativamente alla richiesta di annullamento della circolare («Actualité juridique de droit administratif», 9, 1995, p. 647). Il Conseil d'État rigetta il ricorso, non però sulla base della legalità sostanziale della circolare, ma in forza dell'argomento formale per cui in tale circolare il Ministro dell'Educazione nazionale si è limitato, dopo aver dato la propria interpretazione della laicità, a invitare i dirigenti scolastici a proporre ai rispettivi consigli d'amministrazione l'adozione di regolamenti interni conformi a tale interpretazione; così formulata, l'istruzione non detta disposizioni direttamente opponibili agli amministrati, che possano pertanto costituire oggetto di ricorso (10 luglio 1995, *Association Un Sysiphe*, *ibidem*). Con tale argomento ha, però, neutralizzato di fatto l'eventuale portata normativa dell'interpretazione del concetto di simbolo ostentativo adottata nel documento amministrativo. Cfr. A. ASHWORTH, *Légalité de la circulaire "Bayrou" du 20 septembre 2004 relative au port de signes ostentatoires dans les établissements scolaires*, «La semaine juridique», 43, 1995, II, pp. 22519 ss.

³⁹⁶ In particolare, il Conseil d'État tende a spostare la valutazione della qualità ostentativa dal simbolo in sé considerato al modo in cui è portato, annullando le decisioni disciplinari che non si basino sulla dimostrazione pertinente dell'atteggiamento provocatorio dello studente o del pregiudizio arrecato all'attività di insegnamento e alle regole fondamentali ad esso preposte (assiduità, igiene, sicurezza...) (sent. 27 novembre 1996, *Ligue islamique du Nord et époux Chabou et autres*, «Recueil Lebon», 1996, p. 461; sent. 27 novembre 1996, *Wissaadane et Chedouane*, «Recueil Lebon», 1996, p. 463). Di fatto, il criterio del carattere ostentativo del simbolo non viene mai applicato, in favore del criterio relativo alle condizioni dell'esibizione. Su questa giurisprudenza C. DURAND-PRINBORGNE, *Le port des signes extérieurs de convictions religieuses à l'école : une jurisprudence affirmée... une jurisprudence contestée*, «Revue française de droit administratif», 1, 1997, pp. 151 ss.; G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI, *Le port du foulard et le principe de sécurité*, «La semaine juridique», 19, 2000, II, pp. 10306 ss.; C. MAUGÛE, R. SCHWARTZ, *Principe de laïcité et port de signes religieux dans les locaux scolaires*, «Actualité juridique de droit administratif», 12, 1992, pp. 790 ss.; B. SEILLER, *Sécurité, tranquillité, continuité, assiduité: les limites contentieuses du port de signes religieux à l'école*, «La semaine juridique», 12, 1997, II, pp. 22808 ss.

di due rapporti, l'uno frutto di un'indagine promossa dall'Assemblée Nationale³⁹⁷, l'altro di un'iniziativa presidenziale³⁹⁸, nei quali si evidenziano alcuni profili rilevanti per il tema qui in esame.

In primo luogo, vi si trova l'idea che la laicità è un valore fondante ed indissociabile del patto e dell'identità repubblicani³⁹⁹, acquisito progressivamente fra le evidenze che impregnano la cultura nazionale⁴⁰⁰. Questo principio viene presentato come il veicolo dell'integrazione dei cittadini in una comunità nazionale unitaria e coesa intorno a regole, valori e fini comuni⁴⁰¹. La laicità – qui intesa non come concetto giuridico, ma come concezione etica dei rapporti fra individuo e comunità nazionale⁴⁰² – viene così ascritta nel novero dei 'presupposti impliciti' del corpo politico e sociale, il cui indebolimento induce la necessità – nella quale, al contempo, si rivela – di una sua più esplicita (ri)formulazione⁴⁰³.

In secondo luogo, nei documenti in esame la laicità viene tradotta nel principio deontico della neutralità. Nella descrizione che viene fatta di tale principio, l'obbligo (esplicito e formulato) di neutralità dello Stato appare inseparabile dal dovere (implicito e inferenziale) di riserva dei cittadini nella manifestazione delle proprie convinzioni personali al di fuori della sfera privata o strettamente culturale. Più precisamente, la garanzia di uno spazio pubblico neutro, assicurata in prima battuta dall'assenza di *favor* statale per una determinata opzione in materia religiosa, richiede il rispetto, da parte dei cittadini, dello spazio pubblico condiviso; in questo senso, la neutralità della sfera pubblica non è conciliabile con un proselitismo aggressivo, e impone un adattamento e una auto-limitazione nell'espressione pubblica delle proprie particolarità confessionali⁴⁰⁴. Nell'ambito della scuola, luogo di ap-

³⁹⁷ *Rapport fait au nom de la mission sur la question du port des signes religieux à l'école*, 4 dicembre 2003 (d'ora in avanti *Rapport Debré*).

³⁹⁸ Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République, *Rapport au Président de la République*, 11 dicembre 2003 (d'ora in avanti *Rapport Stasi*).

³⁹⁹ *Rapport Debré*, t. 1, pt. I, pp. 11 e 28; *Rapport Stasi*, p. 36.

⁴⁰⁰ *Rapport Debré*, cit., p. 11 e specialmente p. 48, dove una delle personalità interpellate nel corso dell'indagine si esprime in questi termini: "au fil du temps, la référence à la laïcité de la société française s'est estompée, devenant plus discrète, voire complètement ignorée. Inconsciemment, sans doute, nous avons pensé collectivement qu'elle imprégnait naturellement tous les citoyens de notre pays". Si ritrovano qui le caratteristiche, proprie delle norme implicite e inferenziali, di operatività 'silente' e consensuale a livello di coscienza e di prassi sociale.

⁴⁰¹ *Rapport Debré*, cit., pp. 13 e 44; *Rapport Stasi*, pp. 15, 18, 36.

⁴⁰² Per la distinzione tra concetto e concezione cfr. R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, cit., p. 244. Sul valore etico della laicità cfr. C. BENELBAZ, *Le principe de laïcité en droit public français*, Paris 2011, p. 333.

⁴⁰³ *Rapport Debré*, cit., p. 45; t. 1, pt. II, pp. 35-36; *Rapport Stasi*, p. 18.

⁴⁰⁴ *Rapport Stasi*, p. 16. Cfr. P. CAVANA, *op. ult. cit.*, pp. 28 ss.

prendimento della cittadinanza e del “vivre ensemble”, ciò comporta un obbligo di neutralità in capo allo studente⁴⁰⁵. La neutralizzazione religiosa dei comportamenti individuali pubblici, componente implicita e inferenziale del principio di laicità, viene dunque ‘rivelata’ dalla crisi cui è soggetta⁴⁰⁶. È da notare, inoltre, che in entrambi i rapporti si assume il principio di eguaglianza fra i sessi come elemento consustanziale alla laicità e alla concezione repubblicana della società, e si istituisce un collegamento espresso – rimasto in sospenso nel parere del Conseil d’État del 1989 – tra tale principio e il significato discriminatorio del velo islamico⁴⁰⁷; viene così alla luce un ulteriore criterio normativo implicito e inferenziale, quello della tendenziale illegittimità di pratiche religiose istitutive di una differenza di trattamento fra i sessi⁴⁰⁸, in quanto contrarie alla dignità personale del sesso discriminato.

Coerentemente, entrambi i rapporti concludono per la necessità di interdire le manifestazioni simboliche di convinzioni religiose o politiche in ambito scolastico. Mentre nel rapporto parlamentare, la norma implicita e inferenziale si manifesta più chiaramente nella proposta di vietare ogni manifestazione religiosa *visibile*⁴⁰⁹, nel rapporto al Presidente della Repubblica si introduce una nuova formula vaga, quella di segno religioso ‘*ostensible*’. Il concetto non viene definito, se non per esemplificazione e opposizione: sono segni ostensivi grandi croci, veli o kippa, mentre non lo sono i segni ‘discreti’, quali piccoli croci, stelle di Davide, mani di Fatima o piccoli Corani⁴¹⁰.

⁴⁰⁵ *Rapport Debré*, t. 1, pt. II, pp. 30-31.

⁴⁰⁶ Una prova particolarmente pregnante di questo assunto è offerta dalla seguente affermazione del magistrato amministrativo Bouleau, ascoltato nel quadro della missione parlamentare: “[l’ecole] s’inscrit dans un ordre public qui est celui de la République, et dans lequel certaines valeurs ont un caractère plus prégnant que dans la plupart des services publics. Cela peut justifier, à mon sens, que l’on donne, y compris s’agissant des élèves, une portée beaucoup plus contraignante au principe de laïcité, allant jusqu’à lui donner la signification d’une obligation absolue de cacher son appartenance religieuse, et pour les enseignants de faire l’effort de méconnaître l’appartenance religieuse des élèves. C’est cette approche qui suppose que l’appartenance religieuse des élèves ne soit pas immédiatement apparente” (*Rapport Debré*, cit., p. 31).

⁴⁰⁷ *Rapport Debré*, cit., p. 13; *Rapport Stasi*, pp. 15, 52 e 57.

⁴⁰⁸ Ove tale differenza sia, per gli standard della società di riferimento, ingiustificata e perciò discriminatoria.

⁴⁰⁹ *Rapport Debré*, cit., p. 37 e t. 1, pt. I, p. 63.

⁴¹⁰ *Rapport Stasi*, p. 58. Sull’evoluzione della qualificazione del segno nei rapporti in esame rispetto alla giurisprudenza del Conseil d’État v. A. GARAY, E. TAWIL, *Tumulte autour de la laïcité*, «Recueil Dalloz», 4, 2004, pp. 225 ss. (pp. 3-4 della versione elettronica, disponibile al sito www.dalloz.fr, visitato il 6/3/2017).

È questa formula a prevalere nella norma esplicita e formulata introdotta dalla l. 228 del 2004⁴¹¹. Nei lavori parlamentari il termine viene inteso in riferimento alla immediata riconoscibilità dell'appartenenza religiosa significata dal simbolo esibito⁴¹²: è ostensivo il segno che in se stesso denota una volontà di esteriorizzazione pubblica di convinzioni religiose⁴¹³. Il concetto di 'ostensività', come già quello del carattere ostentativo, rimanda ad uno *standard* di valutazione socioculturale, dal momento che la riconoscibilità immediata del simbolo come esternazione della volontà di distinguersi per le proprie credenze religiose dipende, in ultima analisi, da una percezione sociale di ciò che, per costume, possiede tale qualità⁴¹⁴. Se ne ha conferma

⁴¹¹ Sottolinea il carattere intenzionalmente indeterminato della formula legislativa F. BUSSY, *Le débat sur la laïcité et la loi*, «Recueil Dalloz», 37, 2004, pp. 2666 ss. (pp. 8 ss. della versione elettronica, disponibile al sito www.dalloz.fr, visitato il 5/3/2017). Parla di una opzione del legislatore per una "imprécision limitée" A. FERRARI, *op. ult. cit.*, p. 123.

⁴¹² *Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n. 1378) relatif à l'application du principe de la laïcité dans les écoles, collèges et lycées publics* (d'ora in avanti *Rapport Clément*), 28 gennaio 2004, p. 21.

⁴¹³ *Rapport fait au nom de la Commission des affaires culturelles sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale, encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics* (d'ora in avanti *Rapport Valade*), 25 febbraio 2004: riprendendo la circolare del 1936 relativa all'interdizione di segni politici, definisce 'ostensibles' i segni "dont « le port constitue une manifestation susceptible de provoquer une manifestation en sens contraire ». Ce sont les signes qui s'affichent comme des emblèmes, et, dès lors, suscitent soit l'adhésion soit la réprobation. Par ailleurs, l'usage du verbe « manifester », de même que le recours à la forme adverbiale « ostensiblement », traduisent une intention de l'élève, une volonté d'être remarqué et distingué pour ses croyances religieuses" (p. 31). Nel commento dell'articolato, il Rapporto spiega che "Le terme « ostensible » se réfère à ce qui est fait sans se cacher, ou avec l'intention d'être remarqué. Il traduit ainsi, a fortiori en étant adossé au verbe « manifester », une volonté d'extériorisation, de revendication publique d'une appartenance religieuse. Le signe arboré prend dès lors valeur d'emblème, d'étendard, de symbole, destiné à permettre la distinction et la reconnaissance immédiate. Il s'affiche ouvertement, avec évidence, sans se cantonner à la dimension d'indice discret. Ce terme est moins susceptible d'interprétation que l'adjectif « ostentatoire », lequel témoigne de la mise en valeur excessive et indiscreète d'un avantage, et renvoie ainsi à un comportement proche de la provocation, dont on sait combien il est difficile à apprécier pour les équipes éducatives" (p. 42).

⁴¹⁴ Cfr. in tal senso F. DIEU, *Le Conseil d'Etat et la laïcité négative*, «La semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales», 13, 2008, pp. 2070 ss. Sul problema dell'apprezzamento della qualità del segno v. anche C. DURAND-PRINBORGNE, *La loi sur la laïcité, une volonté politique au centre de débats de société*, «Actualité juridique de droit administratif», 13, 2004, pp. 704 ss. (pp. 5 ss. della versione elettronica, disponibile al sito www.dalloz.fr, visitato il 5/3/2017); V. FABRE-ALIBERT, *La loi française du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, les collèges et les lycées publics : vers un pacte sociale laïque ?*, «Revue trimestrielle des droits de l'homme», 59, 2004, pp. 591-592; G. KOUBI,

nella scelta del legislatore di utilizzare tale concetto nella sua forma avverbiale, vale a dire, in riferimento ai segni e alle tenute che manifestano “*ostensiblement*” un’appartenenza religiosa: come chiaramente affermato negli atti preparatori, infatti, la forma avverbiale permette di includere nel divieto anche i segni che di per sé non hanno un significato religioso, ma che lo acquisiscono in base all’intenzione con cui sono portati, così come percepita dagli altri soggetti⁴¹⁵. Al contempo, la formula prescelta sancisce il dovere implicito di riserva degli studenti in maniera più netta e rigorosa rispetto alla formula del carattere ostentativo, così come concretamente interpretata dalla giurisprudenza amministrativa: in effetti, l’operatività del divieto viene svincolata dall’esistenza di comportamenti rivendicativi o provocatori che connotano in senso ostentativo l’esibizione del simbolo⁴¹⁶.

Attraverso questa redazione, la norma implicita e inferenziale della neutralità religiosa degli studenti⁴¹⁷ rimane, dunque, parzialmente ‘latente’ nella formula legislativa vaga. La preferenza per una formula più indeterminata rispetto al divieto di segni e tenute ‘visibili’ viene giustificata in diversi modi: la possibilità di contestazioni circa la visibilità del segno generatrici di tensioni in seno alla comunità scolastica, l’inopportunità di un divieto generale ed assoluto che potrebbe incorrere in una censura di incostituzionalità o di violazione della Convenzione europea dei diritti dell’uomo⁴¹⁸. Questi argomenti rafforzano l’impressione che il legislatore abbia volutamente evitato una compiuta esplicitazione della regola di neutralità del comportamento scolastico, che avrebbe richiesto un maggiore sforzo di giustificazione ra-

Une précision tenue pour insigne. À propos de la loi n. 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, les collèges et les lycées publics, «La semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales», 13, 2004, p. 408.

⁴¹⁵ *Rapport Clément*, cit., p. 30. Su questo aspetto, in dottrina, si vedano F. DIEU, *op. e loc. ult. cit.*; O. DORD, *Laïcité à l'école: l'obscur clarté de la circulaire «Fillon» du 18 mai 2004*, «Actualité juridique de droit administratif», 28, 2004, pp. 1523 ss.

⁴¹⁶ *Rapport Clément*, pp. 29-30; *Rapport Valade*, p. 42. Sull’evoluzione della formula nel processo di formazione della legge, v. P. CAVANA, *op. ult. cit.*, pp. 122 ss.

⁴¹⁷ L’esistenza di una norma implicita e inferenziale di tal fatta emerge dal discorso del Presidente della Repubblica del 17 dicembre 2003, ripreso dal *Rapport Valade*: “*Jusqu'à récemment, en vertu d'usages raisonnables et spontanément respectés, il n'avait jamais fait de doute pour personne que les élèves, naturellement libres de vivre leur foi, ne devaient pas pour autant venir à l'école, au collège ou au lycée en habit de religion. Il ne s'agit pas d'inventer de nouvelles règles ni de déplacer les frontières de la laïcité. Il s'agit d'énoncer avec respect mais clairement et fermement une règle qui est dans nos usages et dans nos pratiques depuis très très longtemps*” (p. 30). L’ultima affermazione viene ripresa altresì nell’*exposé des motifs* della legge.

⁴¹⁸ *Rapport Clément*, p. 21; *Rapport Valade*, pp. 41-42.

zionale, evidenziando l'indebolimento della sua base sociale e consensuale e, dunque, della sua efficacia; attraverso la formula della ostensività, invece, essa può continuare a operare in una forma più implicita ed elastica, conservando la sua forza normativa⁴¹⁹.

L'azione degli elementi normativi rimasti a livello implicito e inferenziale attraverso la formula della manifestazione ostensiva dell'appartenenza religiosa si ritrova nella circolare applicativa della legge, che riprende la distinzione esemplificativa tra segni, anche non intrinsecamente religiosi, ma che comunque rendono la persona immediatamente riconoscibile per la sua appartenenza religiosa, e segni discreti⁴²⁰. Il rinvio che viene in tal modo effettuato agli *standard* sociali di valutazione della religiosità e della discrezione del segno ha condotto la giurisprudenza amministrativa a censurare l'esibizione di un segno (il sotto-turbante sikh) evidentemente nuovo rispetto ai simboli problematici ipotizzati dal legislatore⁴²¹.

L'evoluzione del diritto positivo in materia di manifestazione di convinzioni religiose nell'ambito della scuola evidenzia dunque come il principio generale della laicità dell'ordinamento repubblicano integri una norma implicita e inferenziale di tendenziale neutralizzazione religiosa dei comportamenti che possono legittimamente tenersi nello spazio pubblico (e in particolare, di riserva religiosa degli studenti nello spazio scolastico). Tale norma si manifesta, in un primo momento, in forma inespressa e indefinita, in quanto si situa a livello della prassi sociale condivisa; in un secondo momento, diviene oggetto di un processo di 'rivelazione' progressiva, innescato dalla crisi del velo islamico. La norma in questione passa così attraverso livelli progressivi di esplicitazione e definizione, corrispondenti alla ripetizione dei comportamenti 'di rottura' del consenso sociale su di essa: questi sono segnati dal riferimento, prima, al carattere ostentativo della manifesta-

⁴¹⁹ Evidenzia il nesso tra il carattere simbolico della legge (che, nella prospettiva qui adottata, segnala il legame di questa con le norme 'latenti' nel corpo sociale) e la sua natura parzialmente 'misteriosa' (atta, dunque, a veicolare norme implicite), P. MALAURIE, *Laïcité, voile islamique et réforme législative. Loi n. 2004-228 du 15 mars 2004*, «La semaine juridique», 14, 2004, pp. 1124 ss. (p. 5 della versione elettronica, disponibile al sito www.lexis360.fr, visitato il 6/3/2017).

⁴²⁰ Ministère de l'Éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche, n. 2004-084 del 18 maggio 2004, pt. 2.1. La legalità della circolare, in quanto meramente interpretativa della legge, è stata confermata da Conseil d'État 8 ottobre 2004, *Union française pour la cohésion nationale*, «Actualité juridique du droit administratif», 35, 2004, p. 1901. Per un commento a questa decisione, v. F. ROLIN, *Le Conseil d'État abandonne la doctrine de l'avis de 1989 sur la laïcité*, «Actualité juridique du droit administratif», 1, 2005, pp. 43 ss.

⁴²¹ Cons. Ét. 5 dicembre 2007, *Ghazal* e 5 dicembre 2007, *M. Singh et autres*, concl. Keller, «Revue française de droit administratif», 3, 2008, pp. 529 ss.

zione simbolica di convinzioni religiose (giurisprudenza del Conseil d'État); successivamente, alla qualità ostensiva del segno, e da ultimo, all'ostensività dell'uso del segno, indipendentemente dalla religiosità intrinseca di questo. Tale esplicitazione, peraltro, rimane incompiuta, permettendo alla norma di conservare la sua malleabilità in funzione delle valutazioni espresse dal corpo sociale⁴²².

A differenza della laicità francese, incentrata prevalentemente (pur se non esclusivamente) sul principio di neutralità religiosa della sfera pubblica e statale, il concetto di laicità sotteso all'ordinamento costituzionale italiano appare connotato da una più ampia oscillazione di significato e di contenuto, che si può ascrivere sostanzialmente alle circostanze peculiari della sua genesi: *in primis*, la mancanza di una tradizione sufficientemente 'rodato' di laicità costituzionale, in cui le diverse forze politiche e ideologiche potesse-

⁴²² La tendenza ad una riaffermazione della norma implicita di neutralizzazione religiosa dello spazio pubblico in reazione a comportamenti percepiti come contrari appare confermata dal processo attualmente osservabile di progressiva estensione dell'obbligo di neutralità al di fuori del suo ambito tradizionale di applicazione. In questo senso si orienta la giurisprudenza che ha legittimato un regolamento scolastico che imponeva ai genitori degli alunni, nella loro qualità di accompagnatori volontari delle gite scolastiche, di non manifestare, verbalmente o mediante determinate tenute, le proprie convinzioni religiose, in quanto essi, nello svolgere tale funzione, partecipano al servizio pubblico scolastico al quale si applicano i principi di laicità e neutralità (TA Montreuil, 22 novembre 2011, n. req. 1012015, con nota di S. HENNETTE-VAUCHEZ, *Discrimination indirecte, genre et liberté religieuse: encore un rebondissement dans les affaires du voile*, «Actualité juridique de droit administratif», 3, 2012, pp. 163 ss.). Nella stessa direzione va la pronuncia della Corte d'appello di Parigi (confermata da Cass. ass. plén., 25 giugno 2014, n. 13-28369, «La semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales», 26, 2014, act. 543) che ha ritenuto legittimo il licenziamento di una dipendente di un asilo privato, per aver rifiutato di togliere il velo nonostante l'obbligo di neutralità prescritto dal regolamento (CAA Paris, 27 novembre 2013, n. 13/02981, «La semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales», 15, 2014, pp. 2114 ss.; in dottrina, cfr. M. CIRAVEGNA, *Il velo islamico «sferra un nuovo attacco» alla laicità francese: i casi «Mme X c. Caisse primaire d'assurance maladie de Seine-Saint-Denis» e «Mme Fatima X c. Association Baby Loup»*, «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica», 2, 2014, pp. 361 ss.; F. DIEU, *Quand le règlement intérieur de l'entreprise protège la liberté de conscience et de religion de ses clients*, «La semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales», 46, 2014, pp. 2322 ss.; ID., *L'affaire Baby-Loup: quelles conséquences sur le principe de laïcité et l'obligation de neutralité religieuse*, «La semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales», 15, 2014, pp. 2114 ss.). Questa tendenza potrebbe trovare appoggio nella concomitante affermazione della laicità non più soltanto come principio normativo dell'attitudine dell'istituzione statale verso il fenomeno religioso, ma anche come libertà o diritto fondamentale, che si trova nella già citata sentenza del Conseil constitutionnel n. 2012-297 QPC (cons. 5). Tale qualificazione della laicità potrebbe, infatti, essere assunta a fondamento di un diritto dei cittadini a beneficiare non solo di istituzioni e servizi pubblici religiosamente neutrali, ma anche di uno spazio pubblico libero da manifestazioni religiose evidenti.

ro consensualmente riconoscersi; in secondo luogo, la matrice giurisprudenziale e interpretativa della sua elaborazione.

In particolare, come si è evidenziato *supra*, il ‘pendolo’ semantico e contenutistico della laicità italiana appare ora maggiormente attratto dal polo rappresentato dai principi di equidistanza e imparzialità statali di fronte al fenomeno religioso, e dalla loro possibile concretizzazione nella rigorosa neutralità assiologica dello Stato; ora più sbilanciato verso la dimensione di servizio nei confronti delle “concrete istanze della coscienza civile e religiosa dei cittadini” (sent. 203/1989), e quindi, anche, verso l’attribuzione di una maggiore rilevanza alle forme di religiosità più diffuse nel contesto storico-sociale di riferimento.

La valenza accentuatamente polisemica del concetto italiano di laicità conferma la sua vocazione ad agire come formula (almeno in parte) ‘vaga’, in grado di immettere nell’ordinamento positivo valutazioni implicite e inferenziali, destinate ad orientarne l’interpretazione e l’applicazione in rapporto ai presupposti culturali taciti prevalenti nel momento storico di riferimento. Da questo punto di vista, risulta particolarmente eloquente la produzione giurisprudenziale in tema di simbologia religiosa nelle strutture pubbliche, specialmente scolastiche.

Come è noto, la questione nasce dall’obbligo di esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche e negli uffici pubblici, in particolare nelle aule di giustizia, ripetutamente prescritto da una serie di regolamenti e circolari ministeriali del ventennio fascista⁴²³. Queste disposizioni si collocano in un quadro costituzionale che contempla espressamente il principio del cattolicesimo come religione dello Stato, e si radicano nel medesimo presupposto culturale tacito sotteso a tale qualificazione formale, ossia nell’identificazione della tradizione e del sentimento religioso dominanti con i principi della religione cattolica⁴²⁴; a tale presupposto le disposizioni in questione attribuiscono un effetto normativo, utilizzandolo per leggere in chiave prescrittiva, e non solamente descrittiva, la disciplina di epoca libera-

⁴²³ Per una lista completa di tali disposizioni si veda L. ZANNOTTI, *Il crocifisso nelle aule scolastiche*, «Il diritto ecclesiastico», 1990, I, pp. 325-326.

⁴²⁴ Come emerge specialmente dalle circolari del Ministro dell’Interno del 16 dicembre 1922 e del Ministro della Pubblica Istruzione del 26 maggio 1926: nella prima si condanna la rimozione dei crocifissi dalle scuole come offesa della religione dominante, e se ne ordina

la restituzione, insieme all’effigie del Re, come “simboli sacri alla fede e al sentimento nazionale”; nella seconda si stabilisce “il ritorno del Crocifisso in ogni aula scolastica, secondo l’antica tradizione”, ribadendo il suo carattere di simbolo sacro alla fede e al sentimento nazionale (cfr. L. ZANNOTTI, *loc. cit.*).

le in materia di arredi scolastici, largamente disapplicata⁴²⁵. Tale normativa, e il correlato presupposto implicito, vengono traghettati nel nuovo quadro costituzionale repubblicano, senza che ciò venga percepito come una rottura della legalità repubblicana. Difatti, la loro validità non viene posta in discussione prima della modifica del Concordato lateranense, ossia prima dell'abrogazione espressa del principio del cattolicesimo come religione di Stato e della modifica della disciplina relativa all'insegnamento di tale religione nella scuola pubblica; e anche allora, a parte una pronuncia del Pretore di Roma⁴²⁶, non si registra una casistica sintomatica di una problematicità di fondo, oltre al parere richiesto dal Ministro della Pubblica Istruzione al Consiglio di Stato circa la permanente vigenza della normativa in questione dopo l'entrata in vigore del nuovo Concordato.

Nel parere in questione⁴²⁷, il Consiglio di Stato, attenendosi alla formulazione del quesito proposta dal Ministro, non fa riferimento alla statuizione del n. 1 del Protocollo addizionale all'Accordo modificativo del Concordato; né al principio di laicità, che al momento della pronuncia non ha ancora ricevuto una enunciazione espressa. Il parere si iscrive pertanto nell'ambiguità interpretativa delle formule costituzionali anteriore alla sentenza n. 203 del 1989, che, come si è visto, permetteva l'operare di un principio implicito e inferenziale incentrato sulla considerazione dell'orientamento religioso prevalente nel corpo sociale. In questo caso sussistono forti indizi che il Consiglio di Stato si sia lasciato guidare da un simile principio nella lettura che dà delle norme costituzionali in raffronto alla problematica trattata. Infatti, per il Consiglio il principio costituzionale della pari libertà di tutte le confessioni religiose non implica il divieto di esporre nei pubblici uffici un determinato simbolo religioso, quando tale simbolo esprima una identità culturale e storica comune a tutti i cittadini, a prescindere dalle loro convinzioni personali. In maniera parallela all'argomentazione sviluppata dalla Corte costituzionale nelle prime sentenze in materia di tutela penale del sentimento religioso, il parere impiega la formula costituzionale (indeterminata) dell'eguale libertà come clausola di rinvio al criterio (implicito e inferenziale) dell'appartenenza della tradizione cristiano-cattolica – evocata dal simbolo del crocifisso – al patrimonio as-

⁴²⁵ N. MARCHEI, *Il simbolo religioso e il suo regime giuridico nell'ordinamento italiano*, in E. Dieni, A. Ferrari, V. Pacillo (a cura di), *Symbolon/Diabolon. Simboli, religioni, diritti nell'Europa multiculturale*, Bologna 2005, p. 264.

⁴²⁶ Ord. 28 aprile 1986, «Il diritto ecclesiastico», 1986, II, pp. 419 ss., la quale respinge una istanza di rimozione del crocifisso dall'aula scolastica, ritenendo che esso non abbia effetti pregiudizievoli sulla formazione dell'alunno.

⁴²⁷ N. 63/88 del 27 aprile 1988.

siologico nazionale: ciò emerge dall'affermazione secondo la quale il simbolo rappresenta la cultura cristiana come "valore universale". Il presupposto inespresso dell'universalità simbolica del crocefisso è, infatti, che la generalità degli italiani continui a riconoscersi nel repertorio di valori e significati della tradizione religiosa incarnata dall'immagine simbolica; che, cioè, la società italiana rimanga – nei suoi abiti etici e culturali – prevalentemente cristiana e cattolica. Tale principio implicito e inferenziale condiziona la scelta dell'argomentazione formale, con cui il Consiglio esclude l'abrogazione implicita della normativa in esame ad opera della nuova disciplina concordataria, in quanto tale disciplina non potrebbe incidere su norme unilaterali preesistenti, e su una materia non contemplata dal Concordato stesso; tale argomentazione, infatti, fornisce un appoggio, giustificabile secondo canoni di razionalità logica e giuridica, al criterio normativo 'latente'.

Il criterio riemerge, in forma più o meno esplicita, nelle pronunce originate, molto più tardivamente, dai ricorsi contenziosi in materia. Tali pronunce, tutte successive alla sentenza n. 203/1989, impiegano il concetto di laicità nel suo margine di vaghezza semantica come 'tramite' argomentativo del principio implicito e inferenziale prescelto.

Ciò emerge in maniera particolarmente evidente nelle due note sentenze, relative alla medesima richiesta di rimozione del crocefisso da un'aula scolastica pubblica, rispettivamente emanate dal T.A.R. Veneto⁴²⁸ e dal Consiglio di Stato⁴²⁹. Nella prima, il giudice pone una duplice equazione, fra va-

⁴²⁸ N. 1110 del 17 marzo 2005, testo disponibile al sito www.olir.it, consultato il 1/2/2017. La pronuncia segue alla declaratoria di inammissibilità della questione di legittimità costituzionale della normativa in questione, sollevata dal T.A.R. stesso, pronunciata dalla Corte costituzionale sulla base del carattere regolamentare, e perciò, non assoggettabile al sindacato della Corte, delle norme contestate (ord. n. 389 del 13 dicembre 2004); ordinanza da taluno definita 'pilatesca' (così A. PUGIOTTO, *Sul crocefisso la Corte costituzionale pronuncia un'ordinanza pilatesca*, in www.forumcostituzionale.it, visitato il 20/2/2017) per la sua volontà di eludere il merito della questione (forse ispirata dalla considerazione dell'esistenza, appunto, di una norma implicita e inferenziale, difficile da 'maneggiare'?). Sul problema del sindacato della Corte nella materia *de qua* e, in generale, sulla conformità a Costituzione della presenza del crocefisso nelle aule scolastiche, si vedano i contributi raccolti in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La laicità crocifissa? Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici*, Torino 2004. In particolare, con riguardo al rapporto fra simbolo e uso sociale prevalente, si veda A. MORELLI, *Il contenuto semantico "inesauribile" del simbolo religioso nel controllo di legittimità costituzionale*, ivi, pp. 214 ss.

⁴²⁹ N. 556 del 13 febbraio 2006. Per un commento a questa giurisprudenza, cfr., *ex plurimis*, P. CAVANA, *Modelli di laicità nelle società pluraliste. La questione dei simboli religiosi nello spazio pubblico*, in M. Parisi (a cura di), *Simboli e comportamenti religiosi nella società plurale*, Napoli 2006, pp. 49 ss.; E. DIENI, *Simboli, religioni, regole e paradossi*, ivi, pp. 106 ss.; N. FIORITA, *La questione del crocefisso nella giurisprudenza del terzo millennio (dalla sentenza*

lori cristiani, sintetizzati in forma simbolica nel crocefisso, e tradizione nazionale, da un lato⁴³⁰; e fra i medesimi valori, e il contenuto fondamentale della laicità, dall'altro⁴³¹. Viene dunque individuata una relazione di continuità fra il patrimonio assiologico del cristianesimo, che conforma l'identità e la coscienza collettive del popolo italiano, e il principio di laicità assunto nell'ordinamento costituzionale di questa società: il contenuto concreto della laicità è, in altri termini, integrato *in nuce* da quello stesso orientamento etico e spirituale che costituisce il presupposto culturale implicito della società italiana.

Nella seconda pronuncia, riappare la medesima equazione, sebbene in forma meno evidente. Il Consiglio di Stato, infatti, dapprima stabilisce l'esistenza di un nesso fra la "tradizione culturale" e i "costumi di vita" di un popolo e le "condizioni d'uso" – ossia il contenuto concreto – del principio di laicità, pur precisando che tali tradizioni e costumi, per poter essere assunti quali criteri di concretizzazione del principio, debbono essersi riversati nell'ordinamento giuridico. Quindi, argomenta che il crocefisso riassume ed esprime un fascio di valori, "che hanno impregnato di sé tradizioni, modo di vivere, cultura del popolo italiano", e che sono alla base delle norme costituzionali che delineano il principio di laicità. Anche alla base di questa pronuncia, dunque, si rinviene una norma implicita e inferenziale – e cioè, il presupposto tacito della connotazione in senso cristiano e cattolico della coscienza sociale italiana – operante attraverso l'indeterminazione semantica del concetto di laicità, benché in qualche modo 'filtrata' dal richiamo obbligato a norme che traducano nell'ordinamento positivo gli orientamenti di valore costitutivi di una determinata tradizione culturale e sociale.

Il meccanismo che permette l'operare della norma implicita e inferenziale è, del resto, messo bene in evidenza dal pronunciamento del T.A.R. Lombardia sulla controversia che aveva opposto un docente, contrario all'esposizione del crocefisso in aula, al resto della comunità educativa, favorevole alla presenza del simbolo⁴³². In questa sentenza, infatti, il giudice

della Corte di Cassazione n. 439/2000 alla sentenza n. 1110/2005 del Tar Veneto, ivi, pp. 119 ss.; ID., *Il crocefisso: da simbolo confessionale a simbolo neo-confessionista*, in E. Dieni, A. Ferrari, V. Pacillo (a cura di), *I simboli religiosi tra diritto e culture*, Milano 2006, pp. 179 ss.; J. PASQUALI CERIOLI, *Il crocefisso "afferma" la laicità, ma il giudice la nega. Commento critico a Tar Veneto, sent. 22 marzo 2005, n. 1110*, in *Simboli e comportamenti religiosi*, cit., pp. 219 ss.; ID., *Laicità dello Stato ed esposizione del crocefisso nelle strutture pubbliche*, in *I simboli religiosi*, cit., pp. 125 ss. Si vedano anche i numerosi contributi pubblicati sul sito dell'Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose, www.olir.it, visitato il 20/2/2017.

⁴³⁰ § 8.

⁴³¹ § 11.

⁴³² N. 603 del 22 maggio 2006, testo disponibile al sito www.olir.it, consultato il 1/2/2017.

amministrativo applica la *ratio*, riconosciuta dall'art. 9 dell'Accordo del 1984 per l'insegnamento della religione cattolica nella scuola pubblica – l'appartenenza dei principi del cattolicesimo al patrimonio storico del popolo italiano – alla situazione in cui “la visibilità dei simboli religiosi all'interno degli edifici scolastici (e pubblici in genere) fa parte di consuetudini radicate”. Fintantoché tale consuetudine è condivisa da quanti, funzionari e cittadini, utilizzano le strutture pubbliche, essa dispiega un preciso valore normativo nei confronti dell'interpretazione pratica del principio di laicità, escludendo, segnatamente, che il concetto di laicità possa involvere l'assenza del simbolo religioso dalla struttura pubblica interessata⁴³³. Ciò significa che, là dove il presupposto tacito della tendenziale coincidenza fra tradizione cristiano-cattolica e contenuti della coscienza sociale viene implicitamente inteso ed accettato dalla comunità interessata come criterio normativo – attraverso una consuetudine conforme –, esso determina il significato del principio espresso di laicità, agendo mediante l'elemento di vaghezza intrinseco a tale nozione⁴³⁴.

Ciò risulta con evidenza ancora maggiore nella pronuncia che fa riferimento al crocefisso come “simbolo nel quale notoriamente si identifica ancora oggi, sotto il profilo spirituale, la larga maggioranza dei cittadini italiani, sicché, in assenza di qualsivoglia divieto normativo, la presenza dello stesso nelle aule scolastiche, anche ove siano adibite a seggi elettorali, costituisce semplicemente la testimonianza di tale diffuso sentimento [...]” e della “radicata...tradizione religiosa e culturale del Paese”⁴³⁵.

⁴³³ “Di fronte alla sensibilità manifestata da un'ampia maggioranza della comunità scolastica a difesa di valori che sono in origine religiosi ma hanno anche un rilievo storico (nel senso chiarito dall'art. 9 punto 2 dell'accordo tra la Repubblica italiana e la Santa Sede) il principio di laicità invocato dal ricorrente non può conseguire l'obiettivo di modificare unilateralmente la situazione” (§ 3.4).

⁴³⁴ È interessante notare che il Consiglio di Stato, in un parere del 15 febbraio 2006 (originato dal ricorso straordinario al Capo dello Stato presentato dall'U.A.A.R. contro la nota n. 2667 e la direttiva n. 2666 del 3 ottobre 2002 emanate dal Ministro dell'Istruzione e aventi ad oggetto l'esposizione obbligatoria del crocefisso nelle aule scolastiche), ricalca questa sentenza del T.A.R. Lombardia sia con riferimento all'argomento della consuetudine, sia con riferimento all'argomento tratto dalla *ratio* dell'art. 9 dell'Accordo modificativo del Concordato; proprio in riferimento a tale norma, il parere afferma che “la *ratio* evidenzia un dato storico e sociologico assunto a criterio giuridico”, confermando l'operatività del principio implicito e inferenziale dell'orientamento religioso prevalente nella coscienza sociale italiana (testo disponibile al sito www.olir.it, consultato il 1/2/2017).

⁴³⁵ Trib. Napoli, ord. 26 marzo 2005, di rigetto dell'istanza di rimozione del crocefisso dalle aule scolastiche sede di seggi elettorali (testo disponibile al sito www.olir.it, consultato il 1/2/2017). Il giudice non fa espressamente riferimento al principio di laicità, ma poiché l'istanza si fonda essenzialmente sulla violazione di tale principio causata dall'esposizione del simbolo religioso, si può ragionevolmente ritenere che l'argomentazione del Tribunale valga

L'esposizione del crocefisso, dunque, appare collegata a una norma implicita e inferenziale di sostanziale identificazione, o comunque sintonia, fra i valori della tradizione cristiano-cattolica e i contenuti della coscienza sociale italiana, che viene messa in luce dalla sollecitazione a cui la sottopone il dissenso di una parte del corpo sociale. Questa tensione induce, infatti, la giurisprudenza, almeno per ora, maggioritaria, a servirsi della valenza polisemica del concetto di laicità per riaffermare tale norma 'latente'; talora formulandola in maniera esplicita⁴³⁶, ma più spesso assumendola a presupposto dell'argomento relativo alla valenza identitaria e culturale del crocefisso, o dell'argomento relativo alla sua universalità simbolica⁴³⁷.

La rottura del consenso sociale intorno al presupposto implicito si manifesta, dal canto suo, nell'affermazione di un principio normativo concorrente, che interpreta il concetto di laicità, nella sua accezione di equidistanza e imparzialità dello Stato rispetto a tutte le posizioni religiose e ideologiche, come comprensivo di una regola di neutralità delle strutture pubbliche, resa visibile dall'assenza di qualsivoglia simbolo religioso. Questo principio risulta in forma esplicita nell'ordinanza monocratica del Tribunale di L'Aquila del 23 ottobre 2010 (poi censurata dallo stesso organo giudicante

come interpretazione di tale principio in funzione del presupposto tacito dell'orientamento religioso prevalente della società italiana. Si veda anche, in forma più sfumata, Trib. L'Aquila, ord. 31 marzo 2005: qui si fa riferimento sia al principio di laicità, nella sua accezione promozionale delle istanze religiose dei cittadini, per escludere una sua interpretazione in senso esclusivo della presenza di simboli religiosi nella sfera pubblica; sia al valore culturale del crocefisso, in quanto esso esprime la tradizione nazionale di "antica cristianità" della società italiana (testo disponibile al sito www.olir.it, consultato il 1/2/2017). Su queste sentenze cfr. N. FIORITA, *op. ult. cit.*, pp. 189 ss.

⁴³⁶ Come è il caso nell'ordinanza del Tribunale di Napoli citata in nt. 435.

⁴³⁷ Accanto alla fonte giurisprudenziale, anche l'autorità legislativa ed amministrativa, soprattutto a livello locale, mostra di reagire alla contestazione del presupposto implicito in questione riaffermando l'obbligo di esposizione del crocefisso in ragione della sua appartenenza alla cultura e alla tradizione della società italiana: si veda, in tal senso, la legge regionale lombarda n. 18 del 21 novembre 2011, che all'art. 1 riconosce "i valori storico-culturali e sociali delle sue radici giudaico-cristiane", ponendo tale principio a fondamento di un obbligo di esposizione del crocefisso negli immobili istituzionali della Regione (art. 2); come pure alcune delibere e ordinanze comunali (ordinanza del Comune di Scarlino del 5 novembre 2009, n. 174, e delibera del Comune di Osimo del 16 dicembre 2009, n. 98, riportate sul sito www.olir.it, consultato il 1/2/2017). Si segnalano anche alcune proposte di legge in tal senso, a proposito delle quali si è, significativamente, affermato che tendono a esplicitare la motivazione dell'obbligo di esposizione del crocefisso (e cioè, il relativo presupposto tacito) (A. MORELLI, *Simboli, religioni e valori negli ordinamenti democratici*, in *I simboli religiosi*, cit., pp. 111 ss.; cfr. anche F. LA CAMERA, *Il diritto ad esporre simboli religiosi nello spazio pubblico*, in S. Domianello (a cura di), *Diritto e religione in Italia. Rapporto nazionale sulla salvaguardia della libertà religiosa in regime di pluralismo confessionale e culturale*, Bologna 2012, pp. 229 ss.).

riunito in composizione collegiale)⁴³⁸, dove viene opposto, come contenuto obbligato della laicità, e dunque non condizionabile dal consenso della comunità educativa⁴³⁹, al criterio della “rilevanza sociale e culturale della religione cattolica in quanto religione della maggioranza dei cittadini”. Secondo tale impostazione, l'imparzialità dell'istituzione scolastica pubblica si realizza necessariamente attraverso la mancata esposizione tanto di un unico simbolo religioso, quanto di una pluralità di simboli, che non potrebbe essere esaustiva e comunque lederebbe la libertà di coloro che non hanno alcun credo; essa si avvicina così al modello francese della laicità-neutralità (degli spazi comuni)⁴⁴⁰.

Altrove, il medesimo principio appare ‘in filigrana’ nella motivazione espressa della sentenza: come nella pronuncia di cassazione sull'appartenenza delle controversie relative all'esposizione del crocefisso nelle aule scolastiche alla giurisdizione amministrativa, nella parte in cui si fa riferimento al “contesto esistente in questo momento storico” e al “rapporto che ne consegue tra il principio di laicità dello Stato, il potere organizzatorio dell'amministrazione scolastica e la posizione soggettiva dei singoli fruitori del servizio – certamente suscettibile di evoluzione sul piano legislativo in ragione delle sempre più pressanti esigenze di tutela delle minoranze religiose, etniche e culturali in un ordinamento ispirato ai valori della tolleranza, della solidarietà, della non discriminazione e del rispetto

⁴³⁸ Trib. L'Aquila, ord. del 29 novembre 2003. La censura non si fondava sul merito, bensì sulla mancanza di competenza del giudice ordinario su questo tipo di controversia. Entrambe le pronunce sono reperibili al sito www.olir.it, consultato il 1/2/2017).

⁴³⁹ “Proprio perché è in questione non solo la libertà di religione degli alunni, ma anche la neutralità di un'istituzione pubblica, non è possibile prospettare una realizzazione del principio di laicità dello Stato e, quindi, della libertà di religione dei consociati “a richiesta”, ma piuttosto deve essere connotato all'operare stesso dell'amministrazione pubblica” (ord. cit.).

⁴⁴⁰ Precedentemente a questa sentenza, Cass. 1 marzo 2000, n. 439, aveva fatto riferimento alla neutralità come a uno degli aspetti della laicità, ma in termini più circoscritti, e cioè limitatamente alla necessaria correlazione esistente fra imparzialità della funzione di pubblico ufficiale e neutralità dei luoghi deputati alla formazione del processo decisionale nelle competizioni elettorali: la controversia riguardava infatti il rifiuto di uno scrutatore di adempiere al suo ufficio in un'aula scolastica adibita a seggio elettorale in cui era presente il crocefisso. Anche in questa pronuncia si evoca la norma implicita e inferenziale della corrispondenza del crocefisso ai contenuti della coscienza etica collettiva, che viene considerata “priv(a) di fondamento positivo”. Un riferimento all'opportunità che il seggio elettorale sia uno spazio “assolutamente neutrale” si ritrova nel decreto del Presidente della Corte d'appello di Perugia del 10 aprile 2006, che respinge l'istanza prefettizia diretta alla revoca di un presidente di seggio dal suo ufficio, per aver questi rimosso il crocefisso presente nell'aula durante lo svolgimento delle elezioni (testo reperibile al sito www.olir.it, consultato il 1/2/2017). Su queste sentenze, v. A. DE OTO, *Simboli religiosi nella Pubblica Amministrazione: l'inesauribile vicenda del crocefisso*, in *Simboli e comportamenti religiosi*, cit., pp. 199 ss.

del pluralismo [...]”⁴⁴¹. Qui la Corte sembra suggerire che l’interpretazione attualmente data al principio di laicità (e basata su un determinato presupposto culturale implicito) possa e debba evolvere in senso diverso – dunque, nel senso della neutralità – in rapporto ai mutamenti intervenuti nel corpo sociale, e alle nuove esigenze di giustizia che ne originano; in quest’ottica, il principio di neutralità delle strutture pubbliche potrebbe, dunque, corrispondere a nuovi giudizi di valore normativamente efficaci espressi dalla mutata coscienza sociale.

Analogamente, il principio di neutralità delle strutture pubbliche come componente necessaria del concetto di laicità sembra orientare implicitamente la pronuncia di non manifesta infondatezza della pretesa di rimuovere il crocefisso dalle aule giudiziarie, adottata dal Consiglio superiore della magistratura nel quadro di un procedimento disciplinare a carico del magistrato, che si era rifiutato di tenere udienza per la presenza in aula del simbolo religioso⁴⁴². Secondo tale organo, infatti, l’obbligo di esposizione del crocefisso previsto nella circolare del Ministro di Grazia e Giustizia contrasta con il principio di laicità dello Stato, che quindi sembrerebbe essere inteso secondo l’anzidetto significato ‘neutralizzante’, implicando che non si possa esporre quantomeno un determinato simbolo religioso⁴⁴³ all’interno di un’istituzione pubblica quale è un tribunale dello Stato.

Una dialettica analoga si può riscontrare relativamente allo svolgimento di atti di culto nella scuola pubblica. Tale possibilità è espressamente contemplata soltanto in una circolare del Ministro della Pubblica Istruzione⁴⁴⁴,

⁴⁴¹ Cass. SS. UU., ord. n. 15614 del 10 luglio 2006.

⁴⁴² Ord. del 23 novembre 2006, reperibile al sito www.olir.it, consultato il 1/2/2017.

⁴⁴³ Nel respingere come infondata la pretesa del magistrato di poter apporre un altro simbolo religioso accanto al crocefisso, il CSM ritiene “che sul piano teorico il principio di laicità è compatibile sia con un modello di equiparazione verso l’alto (laicità per addizione), che consenta a ogni soggetto di vedere rappresentati nei luoghi pubblici i simboli della propria religione, sia con un modello di equiparazione verso il basso (laicità per sottrazione) che prevede l’assenza di qualsiasi simbolo”, ma che tale scelta può spettare solo al legislatore, in quanto “esige che siano valutati una pluralità di profili, primo fra tutti quello della concreta praticabilità, ma anche quelli più delicati del bilanciamento tra l’esercizio della libertà religiosa da parte di alcuni utenti del luogo pubblico con l’analogo esercizio della libertà negativa da parte dell’ateo o del non credente (conflitto che, come si è osservato, non può essere risolto ricorrendo al dato quantitativo o statistico) e l’ulteriore bilanciamento tra garanzia del pluralismo e possibili conflitti tra una pluralità di identità religiose tra loro incompatibili”. L’argomentazione è ripresa in Cass. SS. UU., sent. n. 5924 del 14 marzo 2011, sul medesimo caso.

⁴⁴⁴ Se si eccettua il riferimento indiretto dell’art. 311 d.lgs. n. 274 del 1994 (Testo unico delle disposizioni legislative in materia di istruzione), che mira a garantire la libertà di non avvalersi di insegnamenti religiosi prevedendo, tra l’altro, che eventuali pratiche religiose non abbiano

che interpreta l'art. 6 del D.P.R. 31 maggio 1974, n. 416, in materia di attribuzioni degli organi collegiali decisionali dell'istituto scolastico⁴⁴⁵; secondo questa interpretazione, i riti e le cerimonie religiose (messe e benedizioni pasquali), come pure le visite pastorali del vescovo diocesano, possono essere programmate e deliberate dagli organi di istituto a titolo di attività extrascolastiche ai sensi della lett. d) della norma regolamentare di riferimento; ciò a condizione che la partecipazione degli alunni e dei docenti rimanga libera. L'interpretazione offerta dalla circolare ministeriale apre, dunque, al riconoscimento di prassi che possano essersi formate in tal senso in corrispondenza al sentire comune della comunità scolastica, pur esigendo che tale prassi si traduca in una deliberazione democraticamente assunta dalla comunità stessa attraverso gli organi collegiali scolastici. Più precisamente, attraverso il concetto indeterminato di "attività extrascolastiche"⁴⁴⁶ si rende operante un principio, implicito e inferenziale, di normalità e di accettabilità, all'interno della struttura pubblica scolastica, delle manifestazioni espressive del sentimento religioso condiviso quantomeno dalla maggioranza dei membri della comunità educativa; ferma restando, sul modello della disciplina pattizia dell'insegnamento della religione, la libertà di *opt-out*. Questo principio, quindi, ridonda, implicitamente, a determinazione del contenuto della laicità scolastica, la quale non viene considerata incompatibile con il compimento di riti religiosi liberamente stabiliti e partecipati.

Tale sembra essere l'orientamento del Consiglio di Stato, il quale, pur ritenendo che la circolare in questione abbia carattere meramente interpretativo, nella sostanza ne ricalca l'impostazione concettuale, allorché ritiene legittima la delibera d'istituto che prevede "di utilizzare una delle giornate a disposizione per le attività educative per consentire l'eventuale partecipazione ad una cerimonia religiosa [...]", nella misura in cui non viene fatto obbligo agli alunni non cattolici di partecipare all'attività religiosa in questione⁴⁴⁷. In questo caso, infatti, la scelta argomentativa del Consiglio –

luogo in occasione di insegnamenti di altre materie o comunque in orari che abbiano effetti discriminanti per tali alunni.

⁴⁴⁵ N. 13377/544 del 13 febbraio 1992. Il testo integrale è riportato in P. CAVANA, *Atti di culto nella scuola pubblica e principio di laicità*, «Il diritto ecclesiastico», 1992, II, pp. 160-161.

⁴⁴⁶ Non definito dalla norma regolamentare, se non con riferimento ad alcune ipotesi esemplificative: "[...] con particolare riguardo ai corsi di recupero e di sostegno, alle libere attività complementari, alle visite guidate e ai viaggi di istruzione".

⁴⁴⁷ Ord. 26 marzo 1993, n. 392; *a contrario*, il Consiglio ritiene sussistere la lesione della libertà religiosa degli alunni non cattolici nel caso di una delibera che li obbliga a rimanere in classe a svolgere attività didattica durante lo svolgimento della cerimonia religiosa cui non partecipano (ord. 26 marzo 1993, n. 391). Entrambe le pronunce sono pubblicate in «Il diritto ecclesia-

molto sintetica e incentrata sull'assenza di pregiudizio per la libertà religiosa degli alunni – può sottendere il principio implicito, dianzi descritto, dell'accettabilità delle pratiche religiose volute dalla comunità educativa, e la particolare interpretazione del concetto di laicità della scuola pubblica che ne discende.

La concezione opposta, già evidenziata in tema di esposizione del crocifisso, emerge invece dalla sentenza del T.A.R. Emilia Romagna, che interpreta, contrariamente alla circolare ministeriale, l'elenco contenuto nell'art. 6, lett. d) del D.P.R. 416/1974 alla stregua di una indicazione tassativa delle attività extrascolastiche che possono venire deliberate dagli organi di istituto, desumendone l'“evidente” esclusione delle pratiche religiose⁴⁴⁸. Proprio l'argomento, impiegato dal giudice romagnolo, della chiarezza e dell'evidenza semantiche della norma regolamentare⁴⁴⁹, che sono, in realtà, il frutto di una scelta ermeneutica già compiuta a monte⁴⁵⁰, suggerisce l'operare, in forma inespressa, di un principio di rigorosa neutralità religiosa delle strutture pubbliche, quale contenuto del principio di laicità. È significativo, a questo proposito, che la sentenza in esame, a differenza della pronuncia del Consiglio di Stato, individui come ‘chiave di volta’ della propria interpretazione della legge non più la libertà religiosa, bensì, appunto, la laicità dello Stato, identificata con il principio di distinzione degli ordini di cui al primo comma dell'art. 7 cost.

La contrapposizione leggibile fra le righe di questa prima giurisprudenza in materia, sembra ripetersi, in forma più esplicita, in due sentenze più recenti, rispettivamente del T.A.R. Umbria e del T.A.R. Emilia Romagna, in tema di benedizione pasquale negli istituti scolastici pubblici. Nella decisio-

stico», 1992, II, pp. 215-216, con nota critica di L. ZANNOTTI, *Le cerimonie religiose nella scuola pubblica*, ivi, pp. 216 ss.

⁴⁴⁸ Sent. 17 giugno 1993, n. 250 (reperibile al sito www.olir.it, consultato il 1/2/2017). La sentenza decide nel merito il caso su cui il medesimo tribunale si era già espresso con un'ordinanza sospensiva (n. 470 del 1 agosto 1992, contemporanea ad una n. 471 su altra delibera dello stesso tenore), poi censurata dalla citata ordinanza 392/1993 del Consiglio di Stato. Il testo, sostanzialmente identico, di queste ordinanze è pubblicato in «Il diritto ecclesiastico», 1992, II, pp. 393-394, con commento critico di A. BETTETINI, *Osservazioni in tema di libertà religiosa e atti di culto*, ivi, pp. 395 ss.

⁴⁴⁹ “Non è necessario alcun altro commento, tanto sono chiari la significazione lessicale delle attività menzionate dalla legge e il concetto di atto di culto o di pratica religiosa”.

⁴⁵⁰ In dottrina si è evidenziato il carattere forzato di questa interpretazione della norma regolamentare: così A. BETTETINI, *op. cit.*, p. 396; P. CAVANA, *Ancora sugli atti di culto nella scuola: osservazioni alla luce di una recente sentenza*, «Il diritto ecclesiastico», 1993, pp. 933 ss.; F. DI PRIMA, *Giudice amministrativo e interessi religiosi collettivi. Istanze confessionali, conflitti e soluzioni giurisprudenziali*, Tricase (LE), 2013, p. 192.

ne del giudice umbro⁴⁵¹, la legittimità della relativa delibera d'istituto viene fondata, come già nella precedente sentenza del Consiglio di Stato, sulla libertà religiosa degli studenti, intesa però non più soltanto, come libertà negativa degli studenti non cattolici (non pregiudicata dalla libertà della partecipazione al rito); ma altresì, come libertà degli studenti cattolici di manifestare le proprie convinzioni, che sarebbe violata dal divieto di adottare iniziative a carattere religioso. In questa pronuncia, il principio implicito che si è evocato con riguardo alla circolare ministeriale del 1992 emerge con una modalità triplice. Anzitutto, esso può rintracciarsi nella scelta stessa del diritto di libertà religiosa come fondamento di principio della decisione di legittimità, con la correlativa omissione di ogni riferimento al principio di laicità⁴⁵². In secondo luogo, tale principio viene 'rivelato' a *contrario* là dove il giudice enuncia, per poi contestare, la tesi ad esso opposta: la tesi, cioè, della inaccettabilità di manifestazioni di religiosità all'interno della scuola pubblica⁴⁵³. Infine, pare significativo che il giudice amministrativo faccia rinvio al criterio delle "comuni conoscenze ed esperienze", in particolare in due occasioni: in una prima, per affermare il carattere notorio del rito della benedizione pasquale, "trattandosi di pratica tradizionale diffusa presso la grande maggioranza della popolazione"; in una seconda occasione, "per affermare che l'art. 6 del d.lgs. n. 416/1974 è applicato, nella prassi "vivente", in senso non certo restrittivo bensì estensivo o comunque elastico e flessibile, quanto alla tipologia delle attività "parascolastiche", "extrascolastiche", "complementari", etc., che gli organi scolastici possono autonomamente programmare o autorizzare". Sembrerebbe quindi appartenere alla comune conoscenza ed esperienza che determinate manifestazioni religiose siano normalmente praticabili nelle strutture scolastiche come attività a vario titolo complementari all'attività didattica.

⁴⁵¹ Sent. n. 667 del 30 dicembre 2005, consultabile al sito www.lexitalia.it, visitato il 5/2/2017.

⁴⁵² Questa omissione viene messa in evidenza da P. CAVANA, *Libertà religiosa e scuola pubblica. La piccola querelle delle benedizioni pasquali*, «Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica (www.statoechiese.it)», 2, 2017, p. 7.

⁴⁵³ Ci si riferisce al passaggio della sentenza in cui il T.A.R. formula la questione "se una (minima) sottrazione di tempo all'insegnamento ordinario, che sarebbe pienamente legittima o tollerabile se finalizzata a permettere la partecipazione degli alunni (o di parte di essi) ad una qualsivoglia attività, ad es., culturale, o sportiva, o anche semplicemente ludica e ricreativa, divenga, invece, illegittima o intollerabile se finalizzata a permettere la partecipazione degli alunni (o di parte di essi) ad una iniziativa di carattere religioso"; per poi concludere: "sembra inevitabile rispondere che il nostro ordinamento costituzionale non consente di assumere il carattere religioso di una attività, o comportamento, o manifestazione del pensiero, quale discriminante negativa – di tal che un atto possa diventare vietato o intollerabile solo perché espressione di una fede religiosa, laddove, se non avesse carattere religioso, a parità di ogni altra condizione sarebbe giudicato ammissibile e legittimo".

Viceversa, nella sentenza del T.A.R. Emilia Romagna⁴⁵⁴, l'argomentazione prescelta per negare legittimità alla delibera contestata nel ricorso si fonda, appunto, sul principio di laicità, che per il tramite dei concetti di equidistanza e imparzialità dello Stato rispetto a tutte le confessioni religiose viene sostanzialmente ricondotto alla neutralità religiosa dello spazio pubblico scolastico. Infatti, nell'argomentazione del giudice romagnolo, la laicità della scuola esclude la celebrazione di riti religiosi, in quanto "attinenti unicamente alla sfera individuale di ciascuno", secondo scelte private, e quindi "estranei ad un ambito pubblico che deve di per sé evitare discriminazioni"; ciò in quanto gli atti di culto non posseggono il carattere culturale che giustificerebbe la loro presenza in ambito scolastico, e che invece il Tribunale riconosce indirettamente alle visite pastorali, in quanto cita, a suffragare la propria posizione, la sentenza del Consiglio di Stato n. 1191 del 6 aprile 2010, che aveva appunto qualificato tali visite a titolo di "testimonianza culturale".

Peraltro, il criterio del carattere culturale di un'iniziativa a sfondo religioso può rimandare, a sua volta, a *standard* impliciti e inferenziali sia per quanto riguarda la linea di demarcazione fra culturale e culturale⁴⁵⁵, sia per quanto riguarda il valore formativo dell'iniziativa medesima. In particolare, su quest'ultimo punto, sia la sentenza del T.A.R. emiliano, sia il parere del Consiglio di Stato n. 335 del 2009⁴⁵⁶ condizionano la legittimità delle iniziative di cultura religiosa all'interno della scuola alla riconoscibilità, in esse, di valori "non in contrasto con i principi fondanti del nostro ordinamento e non incoerenti con le comuni regole del vivere civile" o "coerenti con i principi di tolleranza e rispetto delle libertà, individuali e collettive, garantite dalla nostra Carta costituzionale democratica e dal nostro ordinamento giuridico positivo". Il riferimento ai principi fondamentali dell'ordinamento, e soprattutto alle regole comuni della convivenza sociale, rinvia ad un fascio di valutazioni necessariamente radicate nei presupposti culturali taciti e nei canoni etici assunti dalla coscienza collettiva, che con-

⁴⁵⁴ N. 166 del 9 febbraio 2016, reperibile al sito www.olir.it, consultato il 1/2/2017. Per un commento critico cfr. P. CAVANA, *op. ult. cit.*, pp. 1 ss.; F. DI PRIMA, M. DALL'OGGIO, *Le attività di culto nella scuola pubblica, tra laicità, "libertas Ecclesiae" e libertà religiosa collettiva*, «Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica (www.statoechiese.it)», 38, 2016, pp. 14 ss.

⁴⁵⁵ La sentenza del Consiglio di Stato del 2011 fa riferimento al criterio della destinazione alla cura d'anime indicato dall'art. 16 della l. n. 222 del 1985, che però è modellato sul paradigma culturale cristiano-cattolico, e quindi potrebbe non essere utilmente invocabile in riferimento ad esperienze religiose lontane da questo modello.

⁴⁵⁶ Ad. 21 aprile 2010, poi raccolto nel decreto del Capo di Stato 6 maggio 2011.

corrono così a definire uno *standard* sociale di ‘validità culturale’ dell’esperienza religiosa⁴⁵⁷.

Pur con dinamiche parzialmente diverse, sia la vicenda giudiziaria relativa all’esposizione del crocefisso in pubbliche strutture, che quella riguardante gli atti di culto in ambito scolastico, evidenziano come il concetto costituzionale di laicità sia ancorato a determinati presupposti etici e sociali tacitamente assunti, che affiorano nel discorso giuridico, in maniera più o meno esplicita, attraverso la dimensione di vaghezza propria del concetto, quando vengono sottoposti a tensione dalla competizione con nuovi e diversi giudizi di valore e principi.

Vale la pena, a questo proposito, richiamare l’attenzione sugli aspetti di affinità che legano la problematica italiana a quella, recentemente affrontata dal Conseil d’État francese, della legittimità dell’esposizione natalizia di presepi in siti pubblici. Nelle due pronunce sulla questione⁴⁵⁸, il giudice amministrativo ha, infatti, asserito che la rappresentazione del presepe riveste, secondo i casi, un carattere non solo religioso, ma anche culturale, artistico e festivo, in quanto “*faisant partie des décorations et illustrations qui accompagnent traditionnellement (...) les fêtes de fin d’année*”; ne consegue che, se tale carattere è comprovato, fra l’altro, dall’esistenza di particolari usi locali, l’installazione è legittima anche all’interno di un edificio pubblico⁴⁵⁹. L’argomentazione delle decisioni in esame sembra fare spazio a “*une norme non écrite mais respectée de longue date et socialement acceptée*

⁴⁵⁷ Dato che per il momento la casistica riguarda esclusivamente iniziative provenienti dalla Chiesa cattolica, non è possibile valutare il grado di ‘esigenza’ di un simile *standard* nei confronti di esperienze religiose altre, più o meno familiari alla società italiana.

⁴⁵⁸ Cons. Ét. 9 novembre 2016, *Fédération des libres penseurs de Seine-et-Marne*, n. req. 395122, e *Fédération de la libre pensée de Vendée*, n. req. 395223, «*Actualité juridique de droit administratif*», 42, 2016, pp. 2375 e 2315.

⁴⁵⁹ Il Conseil distingue due ipotesi: quella in cui l’installazione avviene sulla pubblica via, nel quadro delle installazioni legate alle feste di fine anno, nel qual caso, in assenza di atti di proselitismo o di rivendicazione di un’opinione religiosa, l’installazione si presume assunta nel suo carattere culturale, artistico o festivo; e quella in cui il presepe compare in un edificio pubblico, sede di un’istituzione o di un servizio pubblici, nel qual caso occorre dimostrare l’esistenza di circostanze particolari – come, appunto, gli usi locali – che permettano di riconoscerne il carattere culturale, artistico o festivo. Nel primo dei due casi decisi (che rientravano ambedue nella seconda ipotesi), il Conseil, pronunciandosi sul merito della controversia, ha ritenuto che la dimostrazione del carattere non religioso dell’installazione fosse mancata, e l’ha quindi censurata in quanto contraria al principio di neutralità del servizio pubblico; nel secondo caso (in cui l’esposizione del presepe corrispondeva a una prassi radicata), ha, invece, preferito rinviare al giudice d’appello il compito di definire l’esistenza delle circostanze particolari giustificanti l’installazione. A quanto consta, il giudice del rinvio non si è ancora pronunciato.

comme telle⁴⁶⁰, che orienta l'applicazione del principio generale positivo di neutralità delle pubbliche istituzioni.

2.2.1.2. *L'ordine pubblico*

Nell'ordinamento costituzionale francese, il concetto di ordine pubblico appare esplicitamente in relazione alla libertà di espressione pubblica delle proprie convinzioni religiose, dal momento che l'art. 10 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, richiamata nel preambolo della Costituzione vigente, enuncia che "Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la Loi". La tutela dell'ordine pubblico quale limite all'esercizio di tale libertà risulta così elevata, a sua volta, al rango di esigenza fondamentale dell'ordinamento costituzionale; lo si ricava, del resto, dalla giurisprudenza del Conseil constitutionnel, che ha consacrato l'ordine pubblico quale "objectif de valeur constitutionnelle"⁴⁶¹, ossia, quale obiettivo che traduce una volontà del costituente perseguita dal legislatore⁴⁶², e

⁴⁶⁰ L. DUTHEILLET DE LAMOTHE, G. ODINET, *La crèche entre dans les Tables*, «Actualité juridique de droit administratif», 42, 2016, p. 2379. Cfr. anche D. MAUS, *Une crèche est-elle un objet culturel ou culturel ? (à propos des arrêts du Conseil d'État du 9 novembre 2016)*, «Recueil Dalloz», 41, 2016, p. 2456. È difficile dire se qui ci trova in presenza di una consuetudine in senso proprio (dunque, una norma implicita ma formulata: "è lecito esporre il presepe natalizio in un edificio pubblico"), o di una norma implicita e inferenziale (dato che l'uso in questione non risulta verbalizzato e, fino alla controversia in atto, neppure oggetto di una coscienza veramente riflessa). Probabilmente rappresenta un crittotipo, che, anche ove verbalizzato, mantiene una dimensione implicita e inferenziale nei presupposti socioculturali taciti su cui esso si fonda. Sulla distinzione tra segno religioso e segno culturale cfr. J.-M. WOEHLING, *Qu'est-ce qu'un signe religieux?*, «Société, droit et religion», 2, 2012, pp. 20-22.

⁴⁶¹ Déc. 82-141 DC del 27 luglio 1982.

⁴⁶² J.-M. LARRALDE, *La constitutionnalisation de l'ordre public*, in J.-M. Redor (dir.), *L'ordre public: ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruxelles 2001, p. 222. Sulla costituzionalizzazione dell'ordine pubblico, cfr. anche A. ROBLOT-TROIZIER, *L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, in C. Dubreuil (dir.), *L'ordre public. Actes du colloque organisé le 15 et 16 décembre 2011 par le Centre Michel de l'Hospital de l'Université d'Auvergne (Clermont I)*, Paris 2011, pp. 309 ss. Sul concetto di obiettivo di valore costituzionale, in particolare sul suo carattere 'flou', si vedano B. FAURE, *Les objectifs de valeur constitutionnelle: une nouvelle catégorie juridique*, «Revue française de droit constitutionnel», 21, 1995, pp. 47 ss.; P. DE MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Paris 2006, spec. pp. 270 ss.; A. LEVADE, *L'objectif de valeur constitutionnelle, vingt ans après. Réflexions sur une catégorie juridique introuvable*, in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris 2003, pp. 687 ss.

che entra necessariamente in bilanciamento con le libertà pubbliche del cittadino⁴⁶³.

La previsione costituzionale di un limite di ordine pubblico all'esercizio della libertà di manifestazione religiosa costituisce una via d'accesso all'azione di eventuali norme implicite e inferenziali. In effetti, quella di ordine pubblico è una nozione vaga⁴⁶⁴, il cui contenuto semantico non è pre-determinabile in astratto e in maniera unitaria, ma si definisce in base alla funzione del concetto di ordine pubblico⁴⁶⁵, che è quella di garantire l'esistenza e la stabilità dell'organizzazione statale e sociale⁴⁶⁶, e più ampiamente, delle condizioni minimali per un accomodamento armonico e pacifico dei rapporti sociali in una determinata collettività⁴⁶⁷. Esso esprime, cioè, un fascio di valori comunemente apprezzati come essenziali all'ordine sociale dato⁴⁶⁸, in forza dei quali l'autorità viene consensualmente e implicitamente abilitata dai consociati ad agire a limitazione di talune manifestazioni di libertà⁴⁶⁹. L'ordine pubblico, quindi, opera essenzialmente come uno *standard*, ossia come misura della conformità o della devianza di un determinato comportamento rispetto ai valori dominanti nel contesto socio-culturale di riferimento⁴⁷⁰. Ciò significa che tra le sue fonti principali vi sono, inevitabilmente, concezioni, principi e regole non formalmente integrate nel diritto positivo, ma tacitamente accettate e soggiacenti nella coscienza collettiva, che impregnano l'ordinamento giuridico e vi si rendono 'incidentalmente' manifeste in rapporto a situazioni particolari di pregiudizio; quanto a dire, norme implicite e inferenziali⁴⁷¹.

Il collegamento fra ordine pubblico e normatività latente è reso particolarmente evidente dalla constatazione che, accanto a una nozione stretta di

⁴⁶³ Déc. 85-187 DC del 25 gennaio 1985.

⁴⁶⁴ P. BERNARD, *La notion d'ordre public en droit administratif*, Paris 1962, p. 162; E. PICARD, *La notion de police administrative*, Paris 1984, p. 214; A. PLANTEY, *Définition et principes de l'ordre public*, in R. Polin (dir.), *L'ordre public*, Paris 1996, p. 27.

⁴⁶⁵ B. LEPINEUX, *Approche institutionnelle de l'ordre public : les fondements idéalistes de la notion à l'épreuve de son contenu réaliste*, Paris 2007, p. 7. Cfr. anche E. PICARD, *op. cit.*, pp. 213 ss.

⁴⁶⁶ P. BERNARD, *op. cit.*, pp. 70 ss.; T. RAMBAUD, *Le principe de séparation des cultes et de l'Etat en droit public comparé*, cit., p. 268.

⁴⁶⁷ P. BERNARD, *op. cit.*, pp. 48 ss.

⁴⁶⁸ B. LEPINEUX, *op. cit.*, p. 51. P. BERNARD, *op. cit.*, p. 75; F. MESSNER, P.-H. PRELOT, J.-M. WOEHRLING, *Droit français des religions*, cit., pp. 703-704.

⁴⁶⁹ E. PICARD, *op. cit.*, pp. 563-564.

⁴⁷⁰ P. BERNARD, *op. cit.*, p. 246; B. LEPINEUX, *op. cit.*, p. 14; S. LETURCQ, *Standards et droit fondamentaux*, cit., pp. 88 ss.; C. PERELMAN, *Ethique et droit*, cit., p. 508; S. RIALS, *La technique du standard*, cit., pp. 105-106.

⁴⁷¹ P. BERNARD, *op. cit.*, pp. 257-258.

ordine pubblico, riferita alle sue componenti materiali⁴⁷², sussiste altresì una nozione estesa, che sintetizza gli elementi immateriali o ideali dell'ordine pubblico, e che ha progressivamente guadagnato spazio nell'esperienza giuridica più recente. La nozione più ristretta di ordine pubblico fa essenzialmente riferimento alla preservazione della tranquillità, della sicurezza e della salubrità pubbliche⁴⁷³. Questa nozione si ritrova, ad esempio, alla base dei criteri indicati dal Conseil d'État per regolare l'esibizione di segni religiosi in ambito scolastico prima dell'adozione della relativa disciplina legale⁴⁷⁴; come pure nelle pronunce che giustificano l'imposizione di togliere copricapi religiosamente connotati per le foto destinate a comparire sui documenti d'identità⁴⁷⁵ o per consentire controlli di sicurezza in luoghi 'sensibili'⁴⁷⁶. A questi elementi più propriamente materiali, la giurisprudenza amministrativa in materia di intrattenimenti e di spettacoli cinematografici ha rapidamente affiancato la protezione della moralità pubblica o del buon ordine morale, intendendo con ciò la sensibilità morale media della popolazione, in determinate circostanze di tempo e di luogo⁴⁷⁷. In questa accezione, la moralità pubblica tende a coincidere con il concetto di buon costume (*bonnes mœurs*), che del resto viene abitualmente considerato un corollario o una sfaccettatura dell'ordine pubblico⁴⁷⁸. In dottrina si tende a ritenere che l'ordine morale, così inteso, acquisti rilievo giuridico in quanto viene di fatto a coincidere con l'ordine materiale ed esterno: il disordine delle coscienze riguarderebbe, cioè, l'autorità di polizia soltanto se e nella misura in cui si traducesse in un turbamento per la vita pubblica di una determinata comunità⁴⁷⁹. Ciononostante, è indubbio che la componente della moralità pub-

⁴⁷² La cui oggettività è comunque messa in dubbio da una parte della dottrina. Cfr. B. BONNET, *L'ordre public en France: de l'ordre matériel et extérieur à l'ordre public immatériel. Tentative de définition d'une notion insaisissable*, in *L'ordre public. Actes*, cit., pp. 121 ss.

⁴⁷³ Cfr. art. L2212-2 Code général des collectivités territoriales. In dottrina, v. P. BERNARD, *op. cit.*, p. 13; R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Paris 2001¹⁵, t. 1, p. 702; C. DEBBASCH, *Droit administratif*, Paris 2001⁶, p. 371; E. PICARD, *op. cit.*, p. 215.

⁴⁷⁴ Nel parere del 27 novembre 1989 si fa riferimento, come si è visto, alla salute e alla sicurezza dei membri della comunità educativa e all'ordine nell'istituto scolastico.

⁴⁷⁵ Cons. Ét. 27 luglio 2001, *Fonds de défense des musulmans en justice*, «Recueil Lebon», 2002, p. 400; Cons. Ét. 15 dicembre 2006, *United Sikhs (Assoc.)*, concl. Olson, «Actualité juridique de droit administratif», 6, 2007, p. 313.

⁴⁷⁶ Cons. Ét. 7 dicembre 2005, *El Morsli*, «Recueil Lebon», 2005, p. 556.

⁴⁷⁷ R. CHAPUS, *op. cit.*, pp. 707-708. P. BERNARD, *op. cit.*, pp. 31 ss; J.-F. ROMAIN, *L'ordre public: concept et applications*, Bruxelles 1995, pp. 11 ss.

⁴⁷⁸ P. BERNARD, *op. cit.*, p. 263; J. HAUSER, J.-J. LEMOULAND, *Ordre public et bonnes mœurs*, «Encyclopédie Dalloz. Répertoire de droit civil», Paris 2015, §§ 37 ss.

⁴⁷⁹ C. DEBBASCH, *op. e loc. cit.*

blica crei un primo collegamento tra la nozione materiale di ordine pubblico, e la sua concezione in senso ideale.

Questo collegamento è ulteriormente sviluppato dall'integrazione giurisprudenziale della dignità umana quale elemento costitutivo dell'ordine pubblico⁴⁸⁰. La violazione della dignità personale, infatti, non incide sullo svolgimento materialmente pacifico e ordinato della vita sociale, ma si rivolge direttamente contro una determinata concezione filosofica ed etica dell'individuo, assunta dallo Stato a fondamento della propria organizzazione politica e giuridica. Il carattere immateriale e ideale di questa componente dell'ordine pubblico è comprovato dal fatto che, a differenza dell'ordine materiale e anche della moralità pubblica, la contrarietà di un atto o di un comportamento al rispetto della dignità personale viene considerato intrinsecamente turbativo dell'ordine pubblico, a prescindere dalla valutazione, normalmente richiesta, dell'impatto concreto che esso dispiega sulle condizioni di vita della collettività⁴⁸¹. Attraverso il principio della dignità umana, allora, è una "norme éthique implicite" che viene ad acquistare portata giuridica⁴⁸².

L'integrazione della dignità umana nel contenuto dell'ordine pubblico segnala lo slittamento verso una nozione ideale di ordine pubblico repubblicano, cioè comprensivo dell'insieme dei valori, che hanno preso corpo nella tradizione filosofica, politica e giuridica della Repubblica, e che esprimono i fondamenti etici e culturali della società e della civiltà francese⁴⁸³. In tal modo, la normatività latente nel corpo sociale è posta nella condizione di operare in maniera più incisiva – pur rimanendo 'silente' nel linguaggio legale – sulla delimitazione delle manifestazioni pubbliche di religiosità, escludendo quelle che non appaiono conformi ai principi e ai presupposti impliciti dell'ordine sociale dato. Una simile concezione di ordine pubblico permette, ad esempio, di negare l'acquisto della cittadinanza a un soggetto

⁴⁸⁰ Cons. Ét. 27 ottobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, «Recueil Lebon», 1995, p. 372; Cons. Ét. ord. n. 374508 del 9 gennaio 2014, *Ministre de l'Intérieur c/Société Les productions de la plume, Dieudonné M'Bala M'Bala*, «Actualité juridique de droit administratif», 15, 2014, p. 866. Sulla dignità umana come componente dell'ordine pubblico cfr. B. BONNET, *op. cit.*, pp. 134 ss.; B. EDELMAN, *La dignité de la personne humaine, un concept nouveau*, «Recueil Dalloz», 23, 1997, pp. 185 ss.; G. LEBRETON, *Ordre public et dignité de la personne, un problème de frontière*, in *L'ordre public: ordre public ou ordres publics ?*, cit., pp. 353 ss.

⁴⁸¹ Così Cons. Ét. 27 ottobre 1995, cit.

⁴⁸² C. VIMBERT, *La jurisprudence française et la «tradition républicaine»*, Paris 2013, pp. 233-234.

⁴⁸³ C. VIMBERT, *op. cit.*, pp. 92 ss.; P. BERNARD, *op. cit.*, p. 43; B. BONNET, *op. cit.*, pp. 136 ss.; F. DIEU, *L'ordre public et les religions: ordre public, ordre laïc?*, in *L'ordre public. Actes*, cit., pp. 277 ss.

la cui pratica radicale della religione risulta “incompatible avec les valeurs essentielles de la communauté française”⁴⁸⁴.

Questo meccanismo si rende particolarmente evidente in rapporto alla peculiare espressione pubblica di appartenenza religiosa che è veicolata da forme di abbigliamento occultanti, in tutto o in parte, il volto della persona. A questo riguardo, risultano illuminanti i documenti preparatori della relativa disciplina legale, che vieta tale pratica “nello spazio pubblico”⁴⁸⁵. In particolare, il rapporto della ‘missione d’informazione’ promossa dall’Assemblée Nationale dichiara questa pratica contraria ai valori iscritti nel trittico repubblicano della libertà, dell’eguaglianza e della fraternità⁴⁸⁶.

⁴⁸⁴ Cons. Ét. 27 giugno 2008, *Mme Mabchour*, «Actualité juridique de droit administratif», 36, 2008, p. 2013 (rifiuto della nazionalità francese per difetto d’assimilazione, a motivo del fatto che la richiedente porta il burqa, e che tale pratica è contraria ai valori essenziali della comunità francese, in particolare all’eguaglianza fra i sessi). Cfr. C. VIMBERT, *op. cit.*, p. 100. V. anche C.A.A Nantes 6 maggio 2005, n. 04NT01247, «Actualité juridique de droit administratif», 34, 2005, p. 1918 (rigetto dell’istanza di naturalizzazione avanzata da uno dei dirigenti francesi di un movimento religioso “apocalittico”, a motivo che la dottrina professata da tale movimento induce i suoi adepti “au repli sur la seule communauté de ses fidèles, à la rupture de toute relation familiale, professionnelle ou amicale, tout en maintenant les intéressés dans une situation d’angoisse permanente” e interdice loro il ricorso alla medicina; tale dottrina, infatti, “qui est notamment en contradiction avec l’idéal de fraternité proclamé par la devise de la République française et qui est susceptible de mettre en danger la santé des adeptes et de leur proches, conduit au rejet des valeurs essentielles de la société française”, e pertanto la sua propagazione è incompatibile con l’acquisto della nazionalità francese).

⁴⁸⁵ Legge n. 2010-1192 dell’11 ottobre 2010, art. 1. L’art. 2 della legge definisce come “spazio pubblico”, la pubblica via, i luoghi aperti al pubblico e i luoghi destinati a un servizio pubblico. La circolare applicativa del 2 marzo 2011 sottrae da tale ambito i luoghi di culto aperti al pubblico. Rimane peraltro in vigore il decreto n. 2009-724 del 19 giugno 2009 che incrimina l’occultamento del volto in occasione di manifestazioni sulla pubblica via fatto al fine di impedire l’identificazione personale in circostanze di rischio per l’ordine pubblico, salvo in presenza di un giustificato motivo; la legalità di tale decreto è stata confermata da Cons. Ét. 23 febbraio 2011, *Syndicat national des enseignants de second degré*, disponibile al sito <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/ArianeWeb>, visitato il 5/3/2017. Per una riflessione di sintesi sul percorso che ha condotto all’adozione della legge, si veda A. FORNEROD, *Les «affaires de burqa» en France*, «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica», 1, 2012, pp. 63 ss.

⁴⁸⁶ *Rapport d’information fait au nom de la mission d’information sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire nationale* (d’ora in avanti, *Rapport Raoult*), 26 gennaio 2010, pp. 87, 94-95. Nel rapporto si fa riferimento anche al principio di laicità, che implicherebbe un dovere di discrezione dei cittadini nell’esteriorizzazione delle loro convinzioni religiose, a dire di una delle personalità ascoltate, “dans les limites culturelles de la communauté nationale à une période donnée” (p. 89); ma si riconosce che la pratica del velo integrale costituisce un attacco alla laicità nel senso filosofico del termine, piuttosto che alla nozione giuridica di laicità (p. 93). Peraltro, il fatto che si sia sentito il bisogno di menzionare ampiamente tale principio, “en lisière du débat” (p. 87), può far legittimamente pensare che anch’esso operi nella questione del velo integrale come componente implicita e inferenziale di un ordine pubblico im-

Essa, infatti, costituisce una limitazione della libertà personale tanto meno volontaria quanto frutto di una violenza sociale diffusa⁴⁸⁷; nega l'eguaglianza fra i sessi, “soubassement d'une autre valeur tout aussi fondamentale, bien qu'elle n'apparaisse pas dans la législation en tant que telle, (...) la mixité”⁴⁸⁸, nonché la dignità umana, quale fondamento filosofico e antropologico dell'eguaglianza repubblicana⁴⁸⁹; infine, rappresenta una rottura del “lien social” tra i cittadini, in quanto esprime un rifiuto di socializzazione⁴⁹⁰. La pratica religiosa del velo integrale arreca dunque pregiudizio al “vivre ensemble”⁴⁹¹; più precisamente, essa attenta all'“ordre public social”, definito in riferimento a un consenso sociale, “reposant sur un socle de valeurs implicites”, di cui fa parte la regola di comportamento in forza della quale le relazioni nello spazio pubblico debbono avvenire a viso scoperto⁴⁹². È dunque ipotizzabile un divieto della pratica in questione, sulla base di una nozione di ordine pubblico “qui se rapprocherait des notions de bonnes moeurs ou de code social”⁴⁹³, e che troverebbe un fondamento costituzionale nelle norme della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino che prevedono la possibilità di sanzionare i comportamenti nocivi per gli altri e per la società nel suo complesso⁴⁹⁴.

Attraverso la nozione ideale dell'ordine pubblico, quale “socle minimal des exigences réciproques et de garanties essentielles de la vie en société

materiale che esclude il fatto religioso e le sue manifestazioni dallo spazio pubblico, il quale incarna così il luogo dei valori comuni propri a garantire la pace e l'unità sociali (C. VIMBERT, *op. cit.*, p. 99; cfr. anche F. DIEU, *op. ult. cit.*, p. 262). Per un commento del Rapporto, v. A. LEVADE, «*Le refus de la République*», *prologue d'un débat national? À propos du rapport de la mission d'information sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national*, «*La semaine juridique*», 6, 2010, pp. 142 ss.

⁴⁸⁷ *Rapport Raoult*, pp. 95 ss.

⁴⁸⁸ *Ivi*, p. 108.

⁴⁸⁹ *Ivi*, p. 113.

⁴⁹⁰ *Ivi*, pp. 116 ss.

⁴⁹¹ *Ivi*, p. 87.

⁴⁹² *Ivi*, p. 120. Così si esprime una delle personalità ascoltate nel corso dell'indagine: “Pourquoi parler d'ordre public? Les codes sociaux font qu'il y a des éléments de notre corps que l'on cache, d'autres que l'on montre. Peut-être dans mille ans exposerait-on son sexe et dissimulerait-on son visage, pour le moment, c'est l'inverse qui est unanimement admis. Nous sommes en droit de considérer que ce qui nuit à autrui, aux termes de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, est le fait qu'on lui cache son propre visage, lui signifiant ainsi qu'il n'est pas assez digne, pur ou respectable pour pouvoir le regarder” (*ibidem*).

⁴⁹³ *Ivi*, p. 179. È interessante notare che questa concezione dell'ordine pubblico viene accostata a quella sottesa alla norma che punisce il delitto di esibizione sessuale imposta alla vista altrui in un luogo accessibile agli sguardi del pubblico (*ibidem*). Ciò che accomunerebbe le due ipotesi sarebbe allora uno *standard* sociale implicito di “decenza” o “decoro”.

⁴⁹⁴ *Ivi*, p. 180.

[...] fondamentales du contrat social, implicites et permanentes”⁴⁹⁵, viene così resa operante una norma, originariamente di costume, che è stata assunta a presupposto implicito della concezione francese della società, e in forza della quale “dès lors qu’un individu est dans un lieu public au sens large, c’est-à-dire dans lequel il est susceptible de croiser autrui de manière fortuite, il ne peut ni renier son appartenance à la société, ni se la voir déniée, en dissimulant son visage au regard d’autrui, au point d’empêcher toute reconnaissance”⁴⁹⁶. Tale norma si combina con quella, derivante dalle medesime esigenze fondamentali, che vieta “des marques de différenciation inégalitaire et reconnues comme telles”⁴⁹⁷.

Questa ricostruzione riceve ulteriore conferma dall’argomentazione impiegata nei lavori parlamentari per giustificare la norma legale di interdizione della pratica. Tale argomentazione è, infatti, incentrata sull’esistenza di un ordine pubblico repubblicano e sociale che, pur non trovando necessa-

⁴⁹⁵ Conseil d’État, *Étude relative aux possibilités juridiques d’interdiction du port du voile intégral*, 25 marzo 2010, pp. 26-27. Peraltro, nell’enunciare questa nozione di ordine pubblico, il Conseil manifesta la propria perplessità circa quello che considera un “changement aussi profond de notre ordre normatif, dont les contours sont difficiles à cerner par avance au regard de l’ensemble de ses applications potentielles” (p. 28). Per un commento a tale documento, v. D. DE BECHILLON, *Voile intégral : éloge du Conseil d’État en théoricien des droits fondamentaux*, «Revue française de droit administratif», 3, 2010, pp. 467 ss.; R. HANICOTTE, *Belphegor ou le fantôme du Palais-Royal. L’avis du Conseil d’État sur le voile intégral*, «La semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales», 16, 2010, pp. 2142 ss. Dello stesso autore v. anche le perplessità espresse in *Visage caché, œil policier. La dissimulation du visage au regard de l’ordre public*, «Actualité juridique de droit administratif», 8, 2010, pp. 417 ss. Cfr. anche A. LEVADE, *Le Conseil d’État aux prises avec le voile intégral. Les enjeux d’un refus du risque juridique*, «La semaine juridique», 15, 2010, pp. 406 ss.

⁴⁹⁶ *Étude relative aux possibilités juridiques d’interdiction du port du voile intégral*, p. 28. Cfr. le riflessioni di F. DIEU, *Le droit de dévisager et l’obligation d’être dévisagé: vers une moralisation de l’espace public ?*, «La semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales», 48, 2010, pp. 2355 ss. Il collegamento con i presupposti taciti della società francese è bene messo in evidenza dal confronto tra l’attuale divieto della pratica del velo integrale e i tentativi passati di interdire talune manifestazioni della fede cattolica (l’uso in pubblico dell’abito talare o religioso, la claustrazione), in quanto percepite come contrarie ad una determinata concezione normativa del vincolo di cittadinanza. L’appartenenza di queste manifestazioni di devozione alla forma di religiosità tradizionalmente conosciuta e praticata nel contesto socioculturale francese, alla quale attingono gli stessi presupposti taciti di questa società, ha determinato il rigetto o il superamento dei relativi divieti; laddove l’estraneità culturale della pratica del burqa non lo permette (ancora). Si vedano le riflessioni di F. SAINT-BONNET, *La citoyenneté, fondement démocratique pour la loi anti-burqa. Réflexions sur la mort au monde et l’incarcération volontaire*, «Jus politicum», 7, 2012, pp. 1 ss.; P.-H. PRELOT, *Les signes religieux et la loi du 1905. Essai d’interprétation de la loi portant interdiction de la dissimulation du visage dans l’espace public à la lumière du droit français des activités religieuses*, «Société, droit et religion», 2, 2012, pp. 26 ss.

⁴⁹⁷ *Étude relative aux possibilités juridiques d’interdiction du port du voile intégral*, p. 28.

riamente una trascrizione esplicita nel diritto positivo e costituzionale, irriga in profondità la tradizione giuridica francese⁴⁹⁸, incarnandosi di volta in volta nelle nozioni fondamentali di società⁴⁹⁹, fraternità⁵⁰⁰, moralità pubblica⁵⁰¹, interesse generale o pubblico⁵⁰², dignità umana⁵⁰³; questo ordine pubblico comprende la regola della visibilità pubblica del volto, regola che “auparavant implicite doit donc, au vu des violations de plus en plus important dont elle fait l’objet être désormais explicitée par notre droit”⁵⁰⁴.

Il riferimento all’*ordre public républicain et sociétal* non appare, al di fuori dell’*exposé des motifs*⁵⁰⁵, nella formulazione definitiva della legge, ma riemerge nella decisione con la quale il Conseil constitutionnel è chiamato dallo stesso legislatore a pronunciarsi in via preventiva sulla legittimità co-

⁴⁹⁸ *Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l’administration générale de la République sur le projet de loi (n. 2520), interdisant la dissimulation du visage dans l’espace public* (d’ora in avanti *Rapport Garraud*), 23 giugno 2010, p. 17; *Rapport n. 699 (2009-2010) fait au nom de la Commission des lois* (d’ora in avanti *Rapport Buffet*), 8 settembre 2010, pt. B.2.

⁴⁹⁹ *Rapport Garraud*, loc. cit., con riferimento all’art. 5 della Dichiarazione del 1789.

⁵⁰⁰ *Rapport Garraud*, loc. cit., con riferimento al trittico repubblicano, cui riconosce rango costituzionale.

⁵⁰¹ *Rapport Garraud*, loc. cit., con riferimento alla prevenzione degli scandali pubblici, “c’est-à-dire, les atteintes publiques au minimum d’idées morales naturellement admise, à une époque donnée, par la moyenne des individus”; ciò sembra suggerire la ‘scandalosità’ dell’occultamento del volto rispetto al codice etico implicito dell’odierna società francese.

⁵⁰² *Rapport Garraud*, p. 18; *Rapport Buffet*, loc. cit. Entrambi i rapporti interpretano come confermativa di una nozione ideale di ordine pubblico la giurisprudenza del Conseil constitutionnel che ha qualificato come obiettivo di interesse generale il rifiuto del permesso di soggiorno allo straniero che vive in stato di poligamia (déc. 97-389 DC del 22 dicembre 1997) o la nullità del patto di convivenza incestuoso (déc. 99-419 DC del 9 novembre 1999), a riprova del nesso esistente fra il concetto di ordine pubblico ideale e i presupposti etico-culturali impliciti nel costume e nella coscienza sociali, quali sono le concezioni relative alla struttura del matrimonio e alla regolamentazione della sessualità.

⁵⁰³ *Rapport Buffet*, loc. cit., ove in particolare si legge: “Sans doute le respect de la dignité peut-il inclure la protection de libre arbitre comme élément consubstantiel de la personne humaine. Mais il peut aussi correspondre à une exigence morale collective fut-ce aux dépens de la liberté de choix de la personne”; e, citando le conclusioni del commissario Frydman nel ricorso deciso da CE 27 ottobre 1995 (cfr. nt. 480): “Il ne paraît pas abusif de transposer le raisonnement juridique à la dissimulation du visage dans la mesure où il existe un large consensus dans notre société pour reconnaître dans le visage un élément essentiel de l’identité de la personne laquelle est une composante de sa dignité”.

⁵⁰⁴ *Rapport Garraud*, p. 18.

⁵⁰⁵ “La défense de l’ordre public ne se limite pas à la préservation de la tranquillité, de la salubrité ou de la sécurité. Elle permet également de prohiber des comportements qui iraient directement à l’encontre de règles essentielles au contrat social républicain, qui fonde notre société”.

stituzionale dell'interdizione legale⁵⁰⁶. Nel rispondere positivamente al quesito, infatti, il giudice costituzionale ha ritenuto che le disposizioni in questione assicurano una conciliazione non manifestamente sproporzionata tra le libertà costituzionalmente protette e la salvaguardia dell'ordine pubblico (cons. 5). Ora, il concetto di ordine pubblico assunto dal Conseil constitutionnel viene inteso in senso prevalentemente immateriale, facendo riferimento, oltre al pericolo per la sicurezza pubblica, al misconoscimento delle "exigences minimales de la vie en société", nonché alla manifesta incompatibilità con i principi costituzionali di libertà e di eguaglianza derivante da una pratica che pone la donna in una situazione di esclusione e di inferiorità (cons. 4).

Questo concetto di ordine pubblico viene dedotto, attraverso una connessione logica non del tutto espressa⁵⁰⁷, dagli artt. 4 e 5 della Dichiarazione del 1789, in base ai quali la legge può interdire i comportamenti di esercizio della libertà personale che siano nocivi alla società, cui si aggiunge il principio di eguaglianza dei sessi consacrato nel Preambolo costituzionale del 1946 (cons. 3). Viene così confermata la generale operatività dello *standard* dell'ordine pubblico repubblicano e sociale nei confronti delle manifestazioni di convinzioni interiori nello spazio pubblico e, per esso, delle norme implicite e inferenziali sottese alle relazioni fra i consociati; nel caso di specie, si tratta della norma, ora esplicitata nella legge, della visibilità pubblica del volto, integrata dal principio, rimasto invece silente nel disposto legale, del trattamento egualitario dovuto alla donna⁵⁰⁸.

⁵⁰⁶ Déc. 2010-613 DC del 7 ottobre 2010. Su questa decisione cfr. G. CARCASSONNE, O. CAYLA, J.-L. HALPERIN, S. HENNETTE-VAUCHEZ, A. LEVADE, E. MILLARD, D. ROUSSEAU, *Débat autour de la décision du Conseil constitutionnel n. 2010-613 DC del 7 octobre 2010 «loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public»*, «Recueil Dalloz», 17, 2011, pp. 1166 ss. (pubblicato nella sola versione elettronica della rivista, in www.dalloz.fr, visitato il 5/3/2017); A. GAILLET, *La loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public et les limites du contrôle pratiqué par le Conseil constitutionnel*, «Société, droit et religion», 2, 2012, spec. pp. 58 ss.; B. MATHIEU, *La validation par le Conseil constitutionnel de la loi sur le 'voile intégral'. La reconnaissance implicite d'un ordre public 'immatériel'*, «La semaine juridique», 42, 2010, pp. 1018 ss.; F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Marianne dévoilée (libre propos sur la décision du Conseil constitutionnel du 7 octobre 2010 validant la loi interdisant la dissimulation intégrale du visage dans l'espace public)*, «Société, droit et religion», 2, 2012, pp. 73 ss.; M. VERPEAUX, *Dissimulation du visage, la délicate conciliation entre la liberté et un nouvel ordre public*, «Actualité juridique de droit administratif», 42, 2010, pp. 2373 ss.

⁵⁰⁷ Più precisamente, secondo lo stile ellittico della giurisprudenza francese, attraverso il semplice accostamento del considerando in cui si richiamano gli artt. 4, 5 e 10 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, e il Preambolo del 1946, al considerando in cui si dichiara la pratica vietata dalla legge contraria alle esigenze minime della vita in società.

⁵⁰⁸ Tale principio era stato espressamente escluso come possibile fondamento dell'interdizione nel rapporto del Conseil d'État, ma viene evocato dal Rapporto Buffet (loc. cit.) e dall'*exposé*

La pratica religiosa del velo integrale rivela dunque, obbligandola ad esplicitarsi, una componente implicita e inferenziale dell'ordine pubblico, inteso in senso ideale. Un processo analogo è constatabile con riferimento alle recenti ordinanze sindacali che hanno vietato l'uso del *burkini* sulle spiagge pubbliche⁵⁰⁹. In questo caso, lo *standard* dell'ordine pubblico ideale opera attraverso il riferimento al concetto di "tenue correcte, respectueuse des bonnes moeurs et du principe de laïcité"⁵¹⁰. Come risulta dall'argomentazione sviluppata dal Tribunal administratif di Nizza, investito del ricorso contro un provvedimento comunale di tale specie⁵¹¹, l'uso del *burkini* è legittimamente limitato in vista della protezione dell'ordine pubblico, in quanto costituisce una manifestazione "ostentatoire" di convinzioni religiose radicali, incompatibili con i valori repubblicani essenziali della laicità e dell'eguaglianza dei sessi (cons. 15)⁵¹²; essa rappresenta pertanto

des motifs. La necessità di redigere il divieto in termini generali, senza un riferimento espresso al velo integrale, che avrebbe posto un problema di eguaglianza formale dei cittadini davanti alla legge, ha impedito di esplicitare tale principio nel testo legale. Si vedano al riguardo le osservazioni di O. CAYLA, *Dissimulation du visage dans l'espace public: l'hypocrisie du juge constitutionnel trahie par la sincérité des circulaires ?*, « Recueil Dalloz », 17, 2011, pp. 1166 ss., il quale fa notare che la circolare applicativa del Primo Ministro del 2 marzo 2011 evoca l'incompatibilità della pratica col principio della dignità umana (argomento che sia il Conseil constitutionnel che il Parlamento avevano inteso evitare), facendo emergere il nesso tra la pratica in questione e l'esigenza di eguaglianza fra i sessi legata alla dignità personale, che sarebbe rimessa in causa dall'assoggettamento della donna simboleggiato dal burqa. V. anche F. DIEU, *Dissimulation du visage: la confirmation d'une interdiction de large portée. À propos des circulaires du 2 mars 2011 et du 31 mars 2011*, « La semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales », 15, 2011, pp. 2144 ss. Il principio dell'eguaglianza fra i sessi come limite all'abbigliamento religioso delle donne musulmane riappare nel divieto municipale di una sfilata di moda per donne (non integralmente) velate, censurato da T. A. Cergy Pontoise, 21 luglio 2005, n. 0409171, « Actualité juridique de droit administratif », 8, 2006, p. 439.

⁵⁰⁹ A commento di questa giurisprudenza si vedano D. FERRARI, *I sindaci francesi contro il "burkini": la laicità a ferragosto? A prima lettura di alcuni recenti orientamenti giurisprudenziali*, in « Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica (statoechiese.it) », 31, 2016, pp. 1 ss.; P. GERVIER, *Concilier l'ordre public et les libertés, un combat continu*, « Actualité juridique de droit administratif », 37, 2016, pp. 2122 ss.; G. LE CHATELIER, *Ordre public, pouvoirs de police des maires et libertés publiques: quelle articulation?*, « Actualité juridique collectivités territoriales », 11, 2016, pp. 536 ss.

⁵¹⁰ Comune di Villeneuve-Loubet, ord. 2016-42 del 5 agosto 2016, art. 4.3, la cui formula è sostanzialmente ripetuta nelle altre ordinanze in tema.

⁵¹¹ Ord. 22 agosto 2016, n. req. 1603508 e 1603523, pubblicata sul sito nice.tribunal-administratif.fr, visitato il 18/1/2017.

⁵¹² "Considérant d'une part, que, comme l'illustre notamment l'assassinat d'un prêtre catholique dans son église à Saint Etienne du Rouvray, le 26 juillet 2016, quelques jours avant l'arrêt municipal du 5 août 2016 qui est en litige, la coexistence des religions, qui est un élément constitutif du principe de laïcité, est combattue par le fondamentalisme religieux islamiste qui prône une pratique radicale de la religion, incompatible avec les valeurs essentielles

un'espressione di religiosità di per sé "inappropriée", e inoltre idonea, nel contesto di tensione alimentato dal terrorismo islamico, a turbare l'ordine e la sicurezza materiali sulle spiagge (cons. 16)⁵¹³. Qui la violazione dell'ordine pubblico materiale, tradizionale oggetto di salvaguardia da parte della polizia amministrativa municipale, viene fondata sulla contrarietà della pratica vietata al contenuto repubblicano e sociale dell'ordine pubblico.

de la communauté française, et le principe d'égalité des sexes; que dans ce contexte, le port d'un vêtement sur les plages pour y afficher, de façon ostentatoire, des convictions religieuses susceptibles d'être interprétées comme relevant de ce fondamentalisme religieux, est d'une part, non seulement de nature à porter atteinte aux convictions ou à l'absence de convictions religieuses des autres usagers de la plage, mais d'être ressenti par certains comme une défiance ou une provocation exacerbant les tensions ressenties par la population à la suite de la succession d'attentats islamistes subis en France, dont celui de Nice le 14 juillet 2016 et le dernier du 26 juillet 2016 qui a directement visé la religion chrétienne; que ce port vestimentaire sur les plages peut également être perçu comme étant l'expression d'une revendication identitaire; que, même si certaines femmes de confession musulmane déclarent porter, selon leur bon gré, le vêtement dit « burkini », pour afficher simplement leur religiosité, ce dernier, qui a pour objet de ne pas exposer le corps de la femme comme il a été dit à l'audience, peut toutefois être également analysé comme l'expression d'un effacement de celle-ci et un abaissement de sa place qui n'est pas conforme à son statut dans une société démocratique; qu'enfin, quelle que soit la religion ou la croyance concernée, les plages ne constituent pas un lieu adéquat pour exprimer de façon ostentatoire ses convictions religieuses; que dans un Etat laïc, elles n'ont pas vocation à être érigées en lieux de culte, et doivent rester au contraire un lieu de neutralité religieuse ; que dans ces conditions, le port du vêtement dit « burkini » sur les plages de la commune de Villeneuve-Loubet ne peut être regardé comme constituant une expression appropriée des convictions religieuses [...]"

⁵¹³ "Considérant d'autre part, que les risques de troubles à l'ordre public procédant de la situation décrite au point précédent à savoir l'amalgamé qui pourrait être fait par certains entre l'extrémisme religieux et le vêtement dénommé « burkini » ou ceux qui estimeraient que cette tenue vestimentaire sur les plages dans le contexte des attentats et de l'état d'urgence est une forme de provocation de nature communautariste ou identitaire; que le retentissement, parmi la population nationale et locale, notamment à la suite de l'attentat de Nice, de la polémique créée par le port de cette tenue vestimentaire sur les plages, dont la presse écrite et audiovisuelle fait un large écho, ne saurait être nié; que ce retentissement, facteur de tensions supplémentaires au sein de la société française, requiert de prévenir, pendant une période limitée, (...) des troubles à l'ordre public sur les plages enregistrant « une forte affluence », constituée d'usagers de toutes confessions et croyances; que si les requérants font valoir qu'il incombe au maire de concilier l'exercice de ses pouvoirs de police avec le respect des libertés fondamentales, en estimant qu'il doit mobiliser des forces de police à cette fin, ces dernières ont été, et sont encore, particulièrement sollicitées dans le contexte de l'état d'urgence mis en place pour faire face aux attentats suscités par l'extrémisme religieux islamique et il n'apparaît pas envisageable de les mobiliser encore davantage, notamment pour une police municipale aux effectifs qui sont limités, afin de protéger l'expression de convictions religieuses qui, en l'espèce, ne peuvent être regardées comme revêtant une forme appropriée ; que dans ces circonstances, l'interdiction du port de la tenue vestimentaire dite « burkini » sur les plages de Villeneuve-Loubet est, en l'état de l'instruction, nécessaire, adaptée et proportionnée au but poursuivi en matière de protection de l'ordre et de la sécurité publics [...]"

Tale contenuto viene individuato – in forma più vaga nell’ordinanza impugnata, più esplicitamente nella decisione confermativa del giudice nizzardo – nel criterio, implicito e inferenziale, della inappropriatezza delle espressioni pubbliche di religiosità eccessivamente marcate, in quanto percepite come un affrancamento dalle regole comuni che devono reggere la vita collettiva⁵¹⁴.

A differenza dell’ordinamento francese, l’ordine costituzionale italiano non contempla un limite di ordine pubblico all’esercizio della libertà religiosa. Come si è potuto vedere *supra*⁵¹⁵, i costituenti hanno espressamente inteso scartare il riferimento a tale clausola nella formulazione dell’art. 19; mentre l’impiego, nella redazione dell’art. 8, della diversa formula dell’“ordinamento giuridico”, per individuare il limite dell’autonomia statutaria delle confessioni acattoliche, è stato prevalentemente interpretato nel senso della non riferibilità di questo all’ordine pubblico⁵¹⁶. Benché, poi, tale clausola appaia ancora formalmente nell’art. 1 della l. n. 1159 del 1929, in dottrina si ritiene ormai pacifica la sua inapplicabilità per sopravvenuta incostituzionalità alla luce degli articoli succitati⁵¹⁷. Questa interpretazione troverebbe conferma nella più ampia impostazione, correntemente seguita

⁵¹⁴ La sentenza è stata peraltro cassata dal Conseil d’État sulla base della concezione tradizionale e materiale dell’ordine pubblico, cui si limiterebbero i poteri di polizia del sindaco: nel caso di specie, non risultavano “risques avérés d’atteinte à l’ordre public” (Cons. Ét. 26 agosto 2016, ord. n. 402742, «Actualité juridique de droit administratif», 29, 2016, p. 1599). V. anche Cons. Ét. 26 settembre 2016, ord. n. 403578, disponibile al sito <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/ArianeWeb>, visitato il 20/1/2017. Cfr. P. BON, *Le «burkini» au Conseil d’État*, «Revue française de droit administratif», 6, 2016, pp. 1227 ss.; G. LE CHATELIER, *Annulation par le Conseil d’État des arrêtés «anti-burkini». La réaffirmation de l’ordre public matériel dans l’exercice de ses pouvoirs de police administrative par le maire*, «Actualité juridique collectivités territoriales», 10, 2016, pp. 508 ss.

⁵¹⁵ § 1.2.

⁵¹⁶ Cfr. R. MAZZOLA, *Ordine pubblico procedurale e libertà religiosa*, «Il diritto ecclesiastico», 1992, I, p. 306. Questa interpretazione si appoggia, fra l’altro, alle sent. della Corte costituzionale n. 45 dell’8 marzo 1957 e n. 59 del 21 novembre 1958, nelle quali si afferma l’insussistenza, nell’ordinamento giuridico, di una regola per cui ad ogni limitazione di una libertà costituzionale corrisponda implicitamente un potere di controllo preventivo dell’autorità di pubblica sicurezza (ossia un controllo di ordine pubblico; cfr. in tal senso P. FLORIS, *Autonomia confessionale. Principi-limite fondamentali e ordine pubblico*, Napoli 1992, pp. 170-171). Sui rapporti tra ordine pubblico e libertà religiosa cfr. anche A. FABBRI, *Ordine pubblico e azione giurisdizionale. Il modello di ordine pubblico proposto in sede giurisdizionale anche a proposito delle modalità di esercizio della libertà religiosa*, «Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica (www.statoe chiese.it)», 30, 2016, pp. 1-24.

⁵¹⁷ Valgano per tutti le considerazioni di F. FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, Bologna 2007², p. 127.

nella pubblicistica, secondo la quale l'assenza, nel testo costituzionale, di un richiamo espresso alla clausola di ordine pubblico, sostituito dalla menzione di alcune sue componenti materiali in relazione a determinati diritti di libertà, varrebbe ad escludere il principio, proprio invece dell'ordinamento fascista, per cui l'ordine pubblico "funge da limite immanente di ciascuna libertà civile"⁵¹⁸. In altre parole, secondo questa ricostruzione l'ordine pubblico opererebbe come limite specifico delle sole libertà costituzionali corredate di un riferimento ad esigenze di sicurezza, incolumità o salute pubbliche⁵¹⁹; ne resterebbe quindi esclusa, fra le altre, la libertà religiosa, unicamente soggetta al diverso limite del buon costume.

Sembrerebbe, quindi, che nell'ordinamento italiano il concetto di ordine pubblico non possa mai intersecare la traiettoria del diritto di libertà religiosa. In realtà, questa conclusione non è così scontata. Al di là del riconoscimento di un principio supremo di tutela dell'ordine pubblico, destinato ad operare proprio nei confronti delle norme di origine confessionale che aspirano ad esplicare i propri effetti anche nell'ordinamento civile, la giurisprudenza costituzionale ha, infatti, ritenuto che l'ordine pubblico, inteso come "ordine legale su cui poggia la convivenza sociale"⁵²⁰, è un bene collettivo garantito dalla Costituzione ed una finalità immanente del sistema costituzionale⁵²¹; esso opera, pertanto, come limite "di tutte le libertà, comprese quelle per cui non è previsto un interesse pubblico antagonistico (sicurezza, sanità, incolumità) riconducibile" al concetto di ordine pubblico⁵²². In questo senso, la Corte costituzionale ha recentemente affermato che "tra gli interessi costituzionali da tenere in adeguata considerazione nel modulare la tutela della libertà di culto [...] sono senz'altro da annoverare quelli relativi alla sicurezza, all'ordine pubblico e alla pacifica convivenza"⁵²³.

Inoltre, l'ordine pubblico, specie nella sua componente ideale, può venire ad incidere sulla libertà religiosa attraverso l'interpretazione data al limite espresso del buon costume; tant'è vero che una parte della dottrina ha considerato – in maniera simile a quanto si è riscontrato per l'ordinamento

⁵¹⁸ Così G. CORSO, v. *Ordine pubblico nel diritto amministrativo*, «Digesto delle discipline pubblicistiche», Torino 1995, vol. X, p. 439.

⁵¹⁹ G. CORSO, *op. e loc. cit.*; ID., v. *Ordine pubblico (diritto pubblico)*, «Enciclopedia del diritto», Milano 1980, vol. XXX, pp. 1062-1063.

⁵²⁰ Sent. n. 19 dell'8 marzo 1962, pt. 4 cons. dir.

⁵²¹ *Loc. cit.*; così anche sent. n. 15 del 14 febbraio 1973, pt. 3 cons. dir.

⁵²² G. CORSO, v. *Ordine pubblico nel diritto amministrativo*, cit., p. 440. La Corte ha così potuto ritenere legittimamente applicabile il limite dell'ordine pubblico alla libertà di manifestazione del pensiero, che, pur con i debiti distinguo, pare particolarmente vicina, come struttura e contenuto, alla libertà religiosa.

⁵²³ N. 63 del 23 febbraio 2016, pt. 8 cons. dir.

francese – il buon costume come un elemento dell'ordine pubblico⁵²⁴. In particolare, i contenuti ideali dell'ordine pubblico presentano tratti in comune con l'accezione più ampia del buon costume, quale emerge da alcune sentenze della Corte di Cassazione in materia di libertà delle confessioni religiose, definito come “attività conforme ai principi etici che costituiscono la morale sociale, in quanto ad essi uniforma il suo comportamento la generalità delle persone oneste, corrette, di buona fede e di sani principi, in un determinato ambiente ed in una determinata epoca”⁵²⁵; o anche come “la risultante dell'osservanza, libera od obbligata di un complesso di leggi, quelle di rilevanza penale in particolare, e in generale di regole di condotta atte ad assicurare la libera e pacifica convivenza”⁵²⁶.

Infine, l'ordine pubblico costituisce la *ratio* ispiratrice di settori della legislazione ordinaria, come le norme di pubblica sicurezza di epoca fascista non abrogate, o la legislazione emergenziale coniata per far fronte ai fenomeni di eversione dell'ordine democratico, che hanno ricevuto nuovo impulso dall'attuale ‘crisi di sicurezza’ ingenerata dall'immigrazione clandestina e dal terrorismo di matrice religiosa; attraverso l'applicazione di tali norme – fintantoché non viene censurata dagli organi giudicanti – il criterio dell'ordine pubblico può, come si vedrà, esplicitare i propri effetti normativi in ambiti religiosamente sensibili.

È quindi ben possibile che la clausola dell'ordine pubblico, e conseguentemente, gli *standard* impliciti e inferenziali cui tale concetto rinvia, vengano ad operare nel campo delle manifestazioni pubbliche della coscienza individuale.

Ciò è tanto più vero, se si considera che anche nel diritto vivente italiano è osservabile il processo, già riscontrato nell'esperienza giuridica francese, per cui alla tradizionale concezione materiale dell'ordine pubblico, inteso come condizione di tranquillità e di pace sociale⁵²⁷, si affianca e si sovrappone una concezione ideale, che fa riferimento ai valori e ai principi fondamentali su cui poggia la convivenza civile, e che l'ordinamento considera

⁵²⁴ G. CORSO, *op. ult. cit.*, p. 438.

⁵²⁵ Cass. pen., sent. n. 5838, 22 maggio 1995.

⁵²⁶ Cass. pen., sent. n. 1329, 22 ottobre 1997.

⁵²⁷ R. MAZZOLA, *La convivenza delle regole. Diritto, sicurezza e organizzazioni religiose*, Milano 2005, p. 30; cfr. anche A. CERRI, v. *Ordine pubblico (diritto costituzionale)*, «Enciclopedia giuridica Treccani», Roma 1990, vol. XXII, pp. 3 ss.; G. CORSO, v. *Ordine pubblico (diritto pubblico)*, cit., p. 1061; C. FIORE, v. *Ordine pubblico (diritto penale)*, «Enciclopedia del diritto», cit., vol. XXX, pp. 1084 e 1093; S. MOCCIA, v. *Ordine pubblico (disposizioni a tutela dell')*, «Enciclopedia giuridica Treccani», cit., vol. XXII, pp. 2 ss.; A. PACE, *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, «Archivio giuridico», 1-2, 1963, p. 119; L. PALADIN, v. *Ordine pubblico*, «Novissimo digesto italiano», Torino 1965, vol. XII, p. 131.

indispensabili alla propria sopravvivenza, e perciò inderogabili⁵²⁸. In questa direzione sembra già muovere quella giurisprudenza costituzionale, che ha ricondotto al concetto di sicurezza, integrativo dell'ordine pubblico, la pubblica moralità, con riferimento al diritto dei cittadini "di non essere turbati ed offesi da manifestazioni immorali"⁵²⁹. Inoltre, la medesima Corte ha individuato il contenuto dell'ordine pubblico in "quei beni giuridici fondamentali o...quegli interessi pubblici primari sui quali, in base alla Costituzione e alle leggi ordinarie, si regge l'ordinata e civile convivenza dei consociati nella comunità nazionale"⁵³⁰. Questa definizione permette dunque, in linea di principio, di integrare nel concetto di ordine pubblico anche beni e interessi giuridici immateriali, in quanto possano qualificarsi come fondamentali per la vita della *polis*: tale potrebbe essere, ad esempio, il bene, espressamente qualificato dalla Corte come fondamentale, della dignità umana⁵³¹.

Più recentemente, la nozione ideale dell'ordine pubblico ha potuto ancorarsi al nuovo concetto di 'sicurezza urbana', introdotta nell'art. 54 del Testo Unico degli Enti Locali dalla novella legislativa del 2008⁵³², e individuata, accanto all'incolumità pubblica, come finalità perseguibile dal sindaco mediante l'adozione di provvedimenti contingibili ed urgenti. Il concetto di sicurezza urbana è stato contestualmente definito con decreto del Ministero dell'Interno come "un bene pubblico da tutelare attraverso attività poste a difesa, nell'ambito delle comunità locali, del rispetto delle norme che regolano la vita civile, per migliorare le condizioni di vivibilità nei centri urbani,

⁵²⁸ A. CERRI, *op. e loc. cit.*; S. MOCCIA, *op. e loc. cit.*; anche G. CORSO, *loc. ult. cit.*; C. FIORE, *op. cit.*, p. 1085; L. PALADIN, *op. cit.*, p. 130.

⁵²⁹ Pur con la precisazione che deve trattarsi di manifestazioni pregiudizievoli anche alla sanità, o che creino situazioni ambientali favorevoli allo sviluppo della delinquenza comune (sent. n. 2 del 23 giugno 1956, pt. 5 cons. dir.). Questo concetto di moralità pubblica si avvicina a quello delineato dalla dottrina amministrativa francese, che lega la violazione dello *standard* morale di riferimento al disordine materiale che ne deriva nella comunità interessata.

⁵³⁰ Sent. n. 218 dell'11-25 febbraio 1988, pt. 4 cons. dir.

⁵³¹ Sent. n. 293 dell'11-17 luglio 2000, pt. 3 cons. dir. In questa pronuncia, la Corte ha considerato come attuazione del limite costituzionale del buon costume, in tema di libertà di manifestazione del pensiero, la norma penale che sanziona gli stampati idonei a turbare il "comune sentimento della morale", il cui contenuto minimo viene individuato appunto nel valore costituzionale della dignità della persona umana.

⁵³² Art. 6 decreto legge 23 maggio 2008, n. 92, recante misure urgenti in materia di sicurezza pubblica, convertito con legge 24 luglio 2008, n. 125. Il nuovo art. 54, c. 4 T.U.E.L. così recita: "Il sindaco, quale ufficiale del Governo, adotta con atto motivato provvedimenti, anche contingibili ed urgenti nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana [...]".

la convivenza civile e la coesione sociale”⁵³³. La formulazione della sicurezza urbana come nozione distinta da quella di incolumità pubblica, componente dell’ordine pubblico materiale⁵³⁴, e, soprattutto, il richiamo effettuato alla tutela della convivenza civile e della coesione sociale, lascerebbero pensare che il concetto in questione rivesta una dimensione più ampia della semplice “garanzia dell’integrità della persona e dei suoi beni, data dall’eliminazione o riduzione degli attentati alla persona o al patrimonio”⁵³⁵. In particolare, la sicurezza urbana ricomprendrebbe, accanto ad aspetti materiali quali la prevenzione della criminalità e la preservazione del decoro e della tranquillità dell’ambiente urbano, anche la tutela di regole etico-sociali sottoposte a ‘stress culturale’ dalla presenza di persone immigrate, portatrici di *habitus* e di riferimenti assiologici ‘alieni’⁵³⁶. Tale nozione sottintenderebbe, dunque, una concezione ideale dell’ordine pubblico⁵³⁷, rinviante a principi, *standard* di normalità sociale e presupposti culturali impliciti e inferenziali. Sebbene la Corte costituzionale sia intervenuta a restringere l’ambito di discrezionalità esercitabile dall’autorità municipale in applicazione delle norme in esame⁵³⁸, esse rimangono indicative della tendenza, a

⁵³³ Art. 1 D.M. 5 agosto 2008 “Incolumità pubblica e sicurezza urbana: definizione e ambiti di applicazione”.

⁵³⁴ Definita, nel medesimo decreto, in termini di “integrità fisica della popolazione”.

⁵³⁵ S. FRANCHIONI, *Potere di ordinanza, sicurezza urbana e Costituzione*, in A. Lorenzetti, S. Rossi (a cura di), *Le ordinanze sindacali in materia di incolumità pubblica e sicurezza urbana. Origini, contenuti, limiti*, Napoli 2009, p. 32.

⁵³⁶ *Ivi*, pp. 32-33. Sul concetto di sicurezza urbana cfr. anche R. MAZZOLA, *Libertà di culto e “sicurezza urbana” nella “Direttiva del Ministro dell’Interno per le manifestazioni nei centri urbani e nelle aree sensibili”*, «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica», 2, 2009, pp. 403 ss.

⁵³⁷ Così M. PIAZZA, *Ordinanza anti-prostituzione per il «buon costume» o scostumatamente anti-Costituzione?*, «Giurisprudenza costituzionale», 5, 2008, pp. 4025 ss.

⁵³⁸ Una prima volta, con sent. n. 196 del 24 giugno 2009, nel senso di circoscrivere l’oggetto del decreto ministeriale del 2008 alla tutela della sicurezza pubblica, intesa come attività di prevenzione e di repressione dei reati, per cui i poteri esercitabili dai sindaci ai sensi del comma 4 dell’art. 54 T.U.E.L. “non possono che essere finalizzati” a tale specifica attività (pt. 10.2 cons. dir.). Peraltro, in questa sentenza la Corte precisa che “il presente giudizio prescinde da una valutazione del merito del decreto impugnato ed in particolare dal profilo concernente l’ampiezza della definizione del concetto di «sicurezza urbana» in relazione ai suoi potenziali riflessi sulla sfera di libertà delle persone”, essendo limitato al profilo della ripartizione di competenze fra lo Stato e la Provincia autonoma di Bolzano, che nel ricorso si assumeva violato dall’attribuzione di nuove competenze ai sindaci. In una seconda occasione, con la sent. n. 115 del 4 aprile 2011, la Corte censura l’art. 54, c. 4 T.U.E.L. nella parte in cui prevede che il sindaco possa adottare provvedimenti “anche” contingibili e urgenti, in quanto tale formulazione, conferendo al sindaco un generale potere di ordinanza, “viola la riserva di legge relativa, di cui all’art. 23 Cost., in quanto non prevede una qualunque delimitazione della discrezionalità amministrativa in un ambito, quello della imposizione di comportamenti, che rientra nella generale sfera di libertà dei consociati” (pt. 6 cons. dir.).

fronte di mutamenti della composizione della compagine sociale generatori di crisi per l'identità collettiva, a valorizzare il criterio concettualmente 'vago' dell'ordine pubblico in funzione di determinati principi e valori tacitamente assunti a fondamento delle relazioni sociali. Siffatta tendenza è osservabile proprio in riferimento alla gestione dei profili problematici connessi alla presenza di minoranze religiose e alla correlativa manifestazione pubblica di forme di religiosità non familiari alla tradizione socioculturale italiana⁵³⁹.

A tale proposito, sembra che si possa riscontrare l'operare di una nozione 'immateriale' di ordine pubblico, che veicola norme 'latenti' nella prassi e nella coscienza sociali, nelle ordinanze comunali volte ad interdire determinate forme di abbigliamento religioso, analogamente a quanto si è osservato per l'ordinamento francese⁵⁴⁰. Nel caso italiano, i criteri normativi impliciti sollecitati dalla pratica religiosa 'estranea' non si traducono nella formulazione di una disposizione legislativa appositamente concepita in funzione della loro riaffermazione, ma orientano l'interpretazione di una normativa legale espressa già esistente, seppure destinata a proteggere essenzialmente l'ordine pubblico materiale: segnatamente, il duplice disposto dell'art. 85 T.U.L.P.S., che proibisce l'uso di maschere in luogo pubblico, e dell'art. 5 della legge n. 152 del 22 maggio 1975, che vieta l'uso di mezzi atti a rendere difficoltoso il riconoscimento personale in luoghi pubblici o aperti al pubblico, senza giustificato motivo.

Il velo integrale viene dunque vietato, formalmente, in quanto mezzo atto a rendere difficoltoso il riconoscimento della persona, e perciò a prote-

⁵³⁹ Cfr. R. MAZZOLA, *Laicità e spazi urbani. Il fenomeno religioso tra governo municipale e giustizia amministrativa*, «Stato, chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica (www.statoechiese.it)», marzo 2010, p. 11.

⁵⁴⁰ In questo senso S. ANGELETTI, *La questione del burqa/niqab in Italia, tra divieti amministrativi e aperture giurisprudenziali*, «Revista general de derecho canónico y eclesiástico del Estado», 42, 2016, p. 11. Sulle ordinanze anti-burqa si vedano anche G. BASSETTI, *Interculturalità, libertà religiosa, abbigliamento. La questione del burqa*, «Stato, chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica (www.statoechiese.it)», 25, 2012, pp. 40 ss.; G. CAVAGGION, *Gli enti locali e le limitazioni del diritto alla libertà religiosa: il divieto di indossare il velo integrale*, «Stato, chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica (www.statoechiese.it)», 28, 2016, pp. 1 ss.; M. CIRAVEGNA, *Abbigliamento religioso, tutela dell'identità ed ordine pubblico*, «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica», 1, 2010, pp. 285 ss.; A. FERRARI, *La lotta dei simboli e la speranza del diritto (parte seconda): la «guerra» italiana al «burqa» e al «niqab»*, «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica», 1, 2012, pp. 39 ss.; V. GRECO, *Il divieto di indossare il velo islamico: tutela della sicurezza o strumento di lotta politica? Quando il sindaco eccede i suoi poteri*, «Giurisprudenza di merito», II, 2007, pp. 2426 ss.; A. LORENZETTI, *Il difficile equilibrio fra diritti di libertà e diritto alla sicurezza, in Le ordinanze sindacali in materia di incolumità pubblica e sicurezza urbana*, cit., pp. 205 ss.

zione di esigenze riconducibili alla sicurezza materiale. Tuttavia, se si guarda alla motivazione di alcune delle ordinanze in questione, può cogliersi una concezione ampia di sicurezza, il cui contenuto include un modello normativo di convivenza sociale ricalcato sui parametri comportamentali tradizionalmente condivisi dalla collettività locale: come nell'argomentazione secondo la quale gli indumenti che coprono il volto "generano...nei cittadini un senso di paura, che ostacola il senso di identità e di appartenenza alla propria comunità nei canoni storicamente consolidati [...] danneggia...la qualità della convivenza urbana, svilendo i fini insiti nel contratto sociale che lega l'individuo ai gruppi e allo stato [sic]"⁵⁴¹. In questo caso, la nozione ideale di ordine pubblico sottesa alla particolare interpretazione che viene data del divieto contenuto nelle citate leggi di pubblica sicurezza – e rafforzata, nelle ordinanze successive al 2008, dal riferimento al concetto di sicurezza urbana – consente l'operare di uno *standard* implicito e inferenziale di normalità delle relazioni sociali, che esclude pratiche religiosamente ispirate di occultamento del volto.

Considerazioni analoghe sono suggerite dalle due ordinanze emanate dal Comune di Varallo⁵⁴², che vietavano, l'una, l'uso del *burkini* nelle strutture di balneazione del territorio comunale, per motivi igienico-sanitari, di decoro e di tutela della serenità dei bagnanti; l'altra, l'uso di abbigliamento occultante il volto⁵⁴³, sia sulla base del citato art. 5 della l. 152/1975, sia sulla base del decreto del Ministero dell'Interno 23 aprile 2007, di adozione della Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione, la quale, al par. 26,

⁵⁴¹ Comune di Azzano Decimo, ordinanza n. 03/2009 del 5 febbraio 2009 (consultabile al sito http://www.olir.it/ricerca/getdocumentopdf.php?lang=ita&Form_object_id=5157, visitato il 10/2/2017), che non a caso si appoggia al concetto di 'sicurezza urbana' introdotto nel 2008. Da notare che questa ordinanza non fa che reiterare, sfruttando l'attribuzione di poteri effettuata dalla novella legislativa, un precedente provvedimento del 2004, che era incorso nella censura del prefetto e del giudice amministrativo. In particolare, il T.A.R. Friuli Venezia Giulia aveva ritenuto che il sindaco avesse oltrepassato le proprie competenze, coniando una norma del tutto nuova rispetto all'oggetto originario della normativa richiamata nell'ordinanza (sent. n. 645 del 16 ottobre 2006, reperibile al sito www.olir.it, visitato il 10/2/2017). A sua volta, il Consiglio di Stato, investito del ricorso del comune contro la pronuncia del T.A.R., oltre a riprendere tale argomentazione, aveva precisato che l'interpretazione della normativa di pubblica sicurezza effettuata nell'ordinanza comunale era erronea, in quanto il velo integrale non poteva qualificarsi né come forma di mascheramento, né come mezzo destinato a rendere difficoltoso il riconoscimento, essendo al contrario una forma di abbigliamento tradizionale che può essere indossata per ragioni religiose (sent. n. 3076 del 19 giugno 2008).

⁵⁴² Nn. 99 e 100 del 19 e 21 agosto 2009. I riferimenti al contenuto delle ordinanze sono tratti da G. CAVAGGION, *op. cit.*, pp. 21 ss.

⁵⁴³ Nel testo dell'ordinanza non si fa riferimento ai capi di abbigliamento ispirato religiosamente, ma essi sono presi esplicitamente in considerazione (nella forma del *burqa* e del *niqab*) nei cartelloni affissi contestualmente all'emanazione del provvedimento.

qualifica come inaccettabili le forme di vestiario che coprono il volto, in quanto impediscono il riconoscimento della persona e la ostacolano “nell’entrare in rapporto con gli altri”⁵⁴⁴. Nel primo caso, il divieto viene argomentato in riferimento a elementi che possono considerarsi compositivi di un ordine esteriore e sensibile, ma che, al contempo, paiono ricollegarsi a regole implicite di convivenza sociale, evocate dai concetti di ‘decoro’ e di ‘serenità dei bagnanti’. Nel secondo caso, lo *standard* implicito emerge dal ricorso, accanto al criterio (di ordine pubblico materiale) della riconoscibilità della persona, al criterio aggiuntivo, enunciato nella Carta dei valori richiamata in ordinanza, della ‘relazionalità’, che potrebbe ricondursi ad un ordine pubblico ‘sociale’, comprensivo di una regola tacita di ‘accessibilità’ del volto della persona. Che una norma implicita stia alla base del divieto è comprovato, del resto, dal fatto che l’ordinanza sia stata formulata in termini ‘neutri’, senza fare esplicito riferimento a determinati capi d’abbigliamento religioso, e rinviando tale specifica individuazione alla forma simbolica del pannello espositivo⁵⁴⁵.

L’operare di *standard* impliciti e inferenziali di comportamento, integrativi di un ordine pubblico ideale o sociale, che emergono in reazione alla pratica del velo integrale, si può desumere anche da documenti non normativi: oltre alla già citata Carta dei valori, sono significative, in tal senso, talune delle proposte di legge avanzate allo scopo di modificare l’art. 5 della l. 152/1975 in modo da ricomprendere espressamente nel divieto di travisamento del volto anche le diverse forme di velo occultante, sul modello accolto dal legislatore francese⁵⁴⁶. In esse, infatti, la necessità del divieto viene fondata non solo su esigenze di sicurezza materiale, connesse alla riconoscibilità delle persone, ma anche in relazione a principi qualificati come fondamentali per la convivenza civile e la coesione sociale⁵⁴⁷. Sebbene

⁵⁴⁴ La Carta dei valori non è strumento giuridicamente vincolante, ma fornisce alcune linee-guida per i rapporti fra pubbliche istituzioni e soggetti immigrati. Cfr. S. ANGELETTI, *op. cit.*, pp. 7-8.

⁵⁴⁵ Il carattere neutro della formulazione dell’ordinanza è assunto dal Tribunale di Torino, investito di un ricorso fondato sul carattere discriminatorio del provvedimento comunale, a base del rigetto delle allegazioni del ricorrente, nella misura in cui, in pendenza di causa, il Comune ha provveduto a rimuovere i cartelloni che vietavano esplicitamente il velo integrale, sostituendoli con altri che si limitavano a vietare il volto coperto, salvo giustificato motivo (ord. 14 aprile 2014, consultabile al sito www.olir.it, visitato il 10/2/2017). Per quanto attiene all’ordinanza anti-burkini, questa è stata integralmente ritirata nel corso del medesimo giudizio.

⁵⁴⁶ Per un articolato commento critico di tali proposte, cfr. in particolare A. FERRARI, *La lotta dei simboli e la speranza del diritto*, cit., pp. 49 ss.

⁵⁴⁷ V. ad esempio la proposta di legge n. 3715 del 17 settembre 2010 (Reguzzoni et al.) (consultabile al sito nuovo.camera.it, visitato il 12/2/2017); n. 3183 dell’8 febbraio 2010 (Lanzillotta) (consultabile al sito leg16.camera.it, visitato il 12/2/2017); parere della XII Commissione

le proposte in questione non ricorrano alla formula dell'ordine pubblico per designare il complesso di tali principi, il modo in cui essi vengono qualificati coincide, di fatto, con la definizione dell'ordine pubblico ideale; ne è conferma, del resto, il ricorrere, in alcune proposte, di espressioni, quali l'"interesse generale" o gli "interessi della collettività", che sono prossime al concetto di ordine pubblico, in quanto fanno similmente riferimento a un fascio di esigenze particolarmente rilevanti per la vita della comunità politica e sociale⁵⁴⁸. Il collegamento fra l'ordine pubblico ideale, concretamente individuato dai principi fondamentali invocati a base del divieto, e le norme sociali implicite, emerge in particolare là dove si sottolinea il contrasto delle pratiche religiose in questione con la "cultura" o il "patrimonio culturale" della società italiana⁵⁴⁹, o con "le regole di convivenza della società civile"⁵⁵⁰; ossia, con presupposti e criteri deontici tacitamente accettati e praticati dalla generalità dei consociati, che vengono rimessi in causa da tali pratiche⁵⁵¹.

permanente (Affari sociali) sul testo unificato delle proposte di legge (consultabile al sito leg16.camera.it, visitato il 12/2/2017).

⁵⁴⁸ Proposta di legge n. 3020 del 4 dicembre 2009 (Amici et al.), che "intende regolamentare l'impiego di indumenti indossati in conseguenza di una libera scelta di carattere religioso, etnico o culturale a fronte della tutela di interessi generali, quali la possibilità di identificare un individuo sia per ragioni di ordine pubblico sia a salvaguardia della sua stessa dignità" (consultabile al sito leg16.camera.it, visitato il 12/2/2017); proposta di legge n. 3760 dell'11 ottobre 2010 (Bertolini), nella quale si afferma che "I limiti all'espressione delle libertà individuali possono essere solo l'interesse generale, la tutela del bene comune e la sicurezza. È quindi possibile e legittimo limitare l'espressione della libertà individuale quando questa si pone in diretta contraddizione con gli interessi della collettività" (*ibidem*).

⁵⁴⁹ Proposta di legge n. 3760, cit., la quale tra l'altro si apre con un'affermazione che sembra chiamare direttamente in causa le norme implicite: "La libertà è, infatti, il diritto di fare ciò che le leggi permettono e, dunque, è necessario che la legge sia quanto più possibile condivisa e sentita come patrimonio comune: le istituzioni e le leggi dei vari popoli non sono casuali o arbitrarie, ma sono strettamente condizionate dalla natura dei popoli stessi. La legge, dunque, nel regolare i rapporti civili può, in quanto espressione della cultura e della natura del popolo che rappresenta, limitare le singole libertà individuali. La legge non è neutra e il legislatore esprime le esigenze e lo spirito dei cittadini". Cfr. anche la proposta di legge n. 3175, cit., che fa riferimento alle "regole comportamentali e culturali del nostro Paese", e la proposta di legge n. 1571 dell'11 settembre 2013 (Molteni et al.) (consultabile al sito www.camera.it, visitato il 12/2/2017).

⁵⁵⁰ Così il parere della II Commissione permanente (Giustizia) sul testo unificato delle proposte di legge, che ritiene che "il travisamento del volto in luogo pubblico o aperto al pubblico sia una condotta che violi le regole di convivenza della società civile creando situazioni di grave pericolo per l'ordine pubblico" (consultabile al sito leg16.camera.it, visitato il 12/2/2017).

⁵⁵¹ È interessante notare che, a differenza di quanto emerge dai lavori preparatori della legge francese sull'occultamento del volto, le proposte in esame evocano perlopiù il principio della dignità della donna, come principio fondamentale incompatibile con la pratica del velo integrale. Al netto delle resistenze che l'applicazione di questo principio incontra talvolta nella prassi,

Un nesso di rinvio tra la clausola dell'ordine pubblico e i criteri normativi 'latenti' nel corpo sociale può forse individuarsi anche nella più recente giurisprudenza di cassazione relativa alla pratica del porto del pugnale da parte degli appartenenti alla religione sikh⁵⁵². Questa, rovesciando l'impostazione tollerante seguita da alcuni giudici del merito⁵⁵³, individua l'ordine pubblico – specificato nella sua componente materiale di pacifica convivenza e di rispetto delle norme di pubblica sicurezza – come limite invalicabile alla libertà di culto e di fede; ad esso sarebbe contrario il porto pubblico del pugnale, in quanto oggetto atto ad offendere, che non potrebbe trovare un "giustificato motivo", ai sensi della legge penale, nella sua motivazione simbolica e religiosa. Infatti, per poter integrare un giustificato motivo, "le particolari esigenze che inducono a portare l'arma fuori dall'abitazione (...) devono corrispondere (...) «a regole comportamentali lecite relazionate alla natura dell'oggetto, alle modalità di verifica del fatto, alle condizioni soggettive del portatore, ai luoghi dell'accadimento, alla normale funzione dell'oggetto»"⁵⁵⁴. Ora, come è stato osservato, ciò significa che può assumersi come giustificato motivo non un qualsiasi impiego non offensivo dell'oggetto, ma soltanto quello "più appropriato o naturale", in quanto conforme alla sua normale funzione⁵⁵⁵. In questo caso, quindi, sembrerebbe operare, attraverso le formule dell'ordine pubblico e del giustificato motivo, uno *standard* di normalità dell'uso dell'oggetto, il quale, sebbene abbia una propria oggettività, non va completamente avulso da un riferimento a valutazioni sociali implicite, legate al costume e alla tradizione culturale propri della società italiana, circa il carattere accettabile, o, al contrario, 'bizzarro' e 'inusuale' di un determinato uso⁵⁵⁶.

si potrebbe ipotizzare una concezione sociale implicita della dignità femminile, che escluda, nel contesto storico sociale di riferimento, la manifestazione visibile e simbolica di una disuguaglianza di status legata al genere. Ma, a mio parere, è più probabile che, attraverso il richiamo espresso alla dignità della donna, operi una norma implicita di visibilità pubblica del volto analoga a quella che emerge, più chiaramente, dai documenti del Parlamento francese.

⁵⁵² Sent. nn. 24739 del 14 giugno 2016 e 25163 del 16 giugno 2016. Per un commento, cfr. A. LICASTRO, *Il motivo religioso non giustifica il porto fuori dell'abitazione del kirpan da parte del fedele sikh (considerazioni in margine alle sentenze n. 24739 e n. 25163 del 2016 della Cassazione penale)*, «Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica (www.statoechiese.it)», 1, 2017, pp. 1 ss.

⁵⁵³ Oltre alle pronunce oggetto del giudizio di cassazione, v. anche Trib. Cremona, 19 febbraio 2009, e Trib. Vicenza (Gip), decr. 23 gennaio 2009, consultabili al sito www.olir.it, visitato il 12/2/2017.

⁵⁵⁴ Sent. 24739/2016, cit.

⁵⁵⁵ A. LICASTRO, *op. cit.*, p. 11.

⁵⁵⁶ Considerazioni simili in A. LICASTRO, *op. cit.*, pp. 12-13. Peraltro, l'Autore ritiene che, anche a non voler considerare 'bizzarro' o 'stravagante' il porto di un pugnale in funzione di sim-

Peraltro, mentre nel caso del velo integrale o del *burkini* la norma implicita va soggetta al processo di riaffermazione e di progressiva verbalizzazione, pur incompleta, che si è potuto osservare nell'esperienza giuridica francese relativamente alla medesima problematica, nel caso del pugnale sikh essa sembra operare ad un livello ancora 'silente', e, per così dire, parzialmente inconsapevole.

2. 2. 2. *L'autonomia confessionale. I concetti di culto, setta, confessione religiosa*

La concezione di laicità assunta nell'ordinamento costituzionale francese ha integrato il principio di separazione dell'istituzione statale rispetto alle organizzazioni confessionali nella forma fondamentale data a tale principio dalla legge del 9 dicembre 1905, ossia come 'non-riconoscimento' di alcun culto⁵⁵⁷. Tuttavia, la genesi storica del principio è avvenuta in un contesto nel quale la dimensione collettiva e sociale strutturalmente intrinseca al fatto religioso si imponeva come una evidenza ineludibile. Ne è risultato un sistema di separazione parziale o limitata⁵⁵⁸, in cui, dietro una 'finzione di ignoranza legale'⁵⁵⁹ – la Repubblica non attribuisce uno statuto giuridico speciale alle confessioni religiose in quanto tali – opera una presa in conto della specificità delle formazioni sociali a carattere religioso, attraverso la predisposizione di una disciplina giuridica peculiare riservata alle articolazioni interne dei gruppi confessionali che presentano determinate caratteristiche di struttura e di scopo.

Più precisamente, le confessioni religiose possono costituire associazioni culturali, destinate a sovvenire alle spese, alla gestione e all'esercizio pubbli-

bolo religioso, l'esimente del 'giustificato motivo' sarebbe comunque inapplicabile, in quanto "ha riguardo a casi in cui l'utilizzo (secondo la funzione propria) dello strumento si realizza attraverso una attività materialmente distinguibile dal porto in sé del medesimo, in ambiti spaziali e temporali circoscritti e con un sacrificio quindi limitato delle esigenze di sicurezza che la disposizione intende salvaguardare", mentre tale non è il caso del porto del pugnale sikh (*op. cit.*, p. 13).

⁵⁵⁷ Art. 1 l. 1905. Il principio di non riconoscimento statale dei culti è stato espressamente consacrato quale contenuto della nozione costituzionale di laicità nella già citata decisione del Conseil constitutionnel n. 2012-297 QPC (cons. 5). Questo principio sembra, peraltro, soffrire un'eccezione importante nei territori dell'Alsazia-Mosella, oltretutto nelle collettività territoriali d'oltremare; rinvio, al riguardo, alle considerazioni svolte e alla bibliografia citata *supra*, § 2.1.3. La particolarità di questi regimi non permette uno svolgimento esaustivo nella sede di questa trattazione, e sarà pertanto omessa.

⁵⁵⁸ Così M. BARBIER, *Esquisse d'une théorie de la laïcité*, «Le Débat», 77, 1993, pp. 79-80; É. POULAT, *Scruter la loi du 1905: la République française et la religion*, Paris 2010, p. 255.

⁵⁵⁹ T. RAMBAUD, *op. cit.*, p. 146.

co di un culto, e che, a differenza delle associazioni di diritto comune⁵⁶⁰, possono godere di determinati vantaggi materiali; segnatamente, la ricezione di donazioni e legati e una serie di esenzioni fiscali⁵⁶¹.

La particolarità del sistema risiede nel fatto che un soggetto confessionale può costituirsi liberamente in associazione culturale, solo che effettui la relativa dichiarazione all'autorità prefettizia competente, la quale si limita a prenderne atto mediante la produzione di un *récépissé*, in base al quale la costituzione dell'associazione viene resa pubblica nel *Journal Officiel de la République*. A partire da questo momento, l'associazione gode già della personalità giuridica disciplinata dal diritto comune delle associazioni⁵⁶². Tuttavia, l'accesso ai singoli benefici derivanti dallo statuto di associazione culturale è condizionato ad un controllo *a posteriori* da parte della pubblica amministrazione circa la fondatezza della pretesa del soggetto istante ad accedere al particolare regime giuridico connesso allo statuto di associazione culturale.

Se, quindi, da un punto di vista formale l'autorità statale rifiuta di conoscere la natura di 'culto' inerente ad una formazione sociale, nei fatti opera una distinzione fra gruppi religiosi ai quali è effettivamente riconosciuto, mediante l'applicazione del relativo regime giuridico, lo statuto di associazione culturale, e gruppi ai quali tale riconoscimento è negato⁵⁶³. Poiché lo Stato si preclude di dare una definizione giuridica di culto⁵⁶⁴, ma, al con-

⁵⁶⁰ Con l'eccezione delle associazioni dichiarate di utilità pubblica (l. 1 luglio 1901, art. 11).

⁵⁶¹ Sul regime delle associazioni culturali si vedano F. MESSNER, P.-H. PRÉLOT, J.-M. WOEHRLING, *Droit français des religions*, cit., pp. 1236 ss.; T. RAMBAUD, *op. cit.*, pp. 276 ss. Accanto alle associazioni culturali, l'ordinamento francese contempla anche le congregazioni religiose, definite come raggruppamenti di persone soggette a voti e facenti vita comune secondo la regola approvata da un'autorità religiosa (Conseil d'État, parere n. 346040 del 14 novembre 1989, in J. DUFAUX, P. DUPUY, J.-P. DURAND (ed.), *Liberté religieuse et régime des cultes en droit français. Textes, pratiques administrative, jurisprudence*, Paris 2005², p. 410), che, una volta riconosciute con decreto del Ministero dell'Interno su parere conforme del Conseil d'État, godono di una capacità giuridica analoga a quella delle associazioni culturali, specialmente per quanto riguarda il regime delle liberalità (v. F. MESSNER, P.-H. PRÉLOT, J.-M. WOEHRLING, *op. cit.*, pp. 1373 ss.).

⁵⁶² Le congregazioni religiose non riconosciute sono lecite, ma non godono di alcuna personalità giuridica.

⁵⁶³ F. MESSNER, P.-H. PRÉLOT, J.-M. WOEHRLING, *Droit français des religions*, cit., pp. 627-628; T. RAMBAUD, *op. cit.*, p. 297.

⁵⁶⁴ Un tentativo di definizione è stato fatto dalla Corte d'appello di Lione nella pronuncia del 28 luglio 1997 concernente la qualificazione penale a titolo di truffa delle attività svolte dalla Chiesa di Scientology, per le quali veniva invocata la protezione del diritto costituzionale di libertà religiosa. In questa pronuncia la Corte afferma l'irrelevanza della definizione di Scientology come setta o come religione, in quanto, da un lato, la libertà di credenza è assoluta e totale, dall'altro, tale libertà non impedisce che taluni utilizzino una dottrina religiosa, in sé lecita,

tempo, valuta il carattere cultuale di un'associazione, esso deve potersi valere di qualche paradigma religioso, dal quale trarre i criteri di distinzione fra ciò che è identificabile come cultuale e ciò che non lo è. Questo significa che la definizione del regime giuridico applicabile ad un'organizzazione confessionale dipende da criteri normativi che rimangono, in larga misura, impliciti e inferenziali, o perché il diritto positivo fa riferimento a parametri espliciti formulati in termini vaghi, o perché, semplicemente, non li enuncia, se non nel momento in cui una controversia lo obbliga ad una loro esplicitazione, più o meno completa.

In particolare, sia per il motivo contingente della sua adozione – il problema della gestione degli edifici di culto nazionalizzati in epoca rivoluzionaria – sia per il suo contesto storico-sociale, connotato da un paesaggio religioso sostanzialmente omogeneo, dominato dalle confessioni del ceppo giudaico-cristiano; la disciplina legale delle associazioni cultuali presuppone un paradigma confessionale corrispondente a determinate caratteristiche di struttura, e a un tipo determinato di religiosità, destinato a condizionare i criteri di riconoscimento del carattere cultuale di un'associazione⁵⁶⁵.

per fini illeciti (come giudica di fatto avvenuto nel caso di specie). Tuttavia, essa ritiene che Scientology possa rivendicare il titolo di religione e svolgere liberamente le relative attività missionarie e di proselitismo “dans la mesure où une religion peut se définir par la coïncidence de deux éléments, un élément objectif, l'existence d'une communauté même réduite et un élément subjectif, une foi commune” («Quaderni di diritto e politica ecclesiastica», 3, 1997, p. 1012; v. il commento di M.-R. RENARD, *Le régime juridique de la liberté religieuse*, «La semaine juridique», 8, 1998, II, pp. 10025 ss.). La Corte di Cassazione ha però ‘neutralizzato’ tale definizione, dichiarando l'argomento relativo alla qualità religiosa di Scientology “un motif inopérant mais surabondant, dépourvue en l'espèce de toute portée juridique” (Cass. crim. 30 luglio 1999, n. 98-80501, consultabile al sito www.legifrance.it, visitato il 7/3/2017; v. il commento di B. GIARD, *Le juge français ne peut baptiser un mouvement de religion*, «Recueil Dalloz», 31, 2000, pp. 655 ss.). Il problema dello scarto fra la logica giuridica della separazione e la realtà sociologica soggiacente è evidenziato da P. ROLLAND, *Qu'est-ce qu'un culte aux yeux de la République ?*, «Archive de sciences sociales des religions», 129, janvier-mars 2005, pp. 51 ss (consultato il 7/3/2017 in versione elettronica sul sito revues.org). In particolare, l'autore ricollega il silenzio del legislatore del 1905 all'evidenza sociologica dell'epoca, dalla quale emerge, in realtà, una nozione (implicita) di culto implicante la credenza in Dio o in un riferimento trascendente (pp. 5 e 7 della versione elettronica).

⁵⁶⁵ Le stesse considerazioni valgono, a maggior ragione, per lo statuto di congregazione religiosa, il quale, sebbene sia stato attribuito anche a culti diversi da quello cattolico, è chiaramente plasmato sulle caratteristiche proprie della tradizione cristiano-cattolica. A questo proposito, appare significativo che fra i requisiti prescritti per il riconoscimento dello statuto di congregazione religiosa vi sia quello della soggezione della congregazione alla giurisdizione dell'ordinario del luogo (comprovata dalla dichiarazione del vescovo diocesano) (artt. 19-20 decreto 16 agosto 1901). Il Conseil d'État ha interpretato questo requisito nel senso che esso impone il collegamento della comunità richiedente ad una autorità religiosa riconosciuta, come garanzia che la comunità funziona secondo le regole della religione cui dichiara di riferirsi (pa-

Dal punto di vista della struttura, la formula legale dell'associazione culturale assume come modalità normale e preponderante di espressione collettiva delle convinzioni religiose la pratica rituale e culturale⁵⁶⁶; essa privilegia pertanto l'accesso delle confessioni religiose che conoscono una certa distinzione concettuale e pratica tra sfera del culto e attività religiose non culturali, e nelle quali l'esercizio del culto rappresenta il momento centrale della vita di fede. Ciò avviene mediante l'applicazione del criterio, stabilito nell'art. 19 della l. 1905, per cui le associazioni culturali debbono avere per oggetto esclusivo l'esercizio di un culto. Tale criterio, pur se esplicito, implica una nozione socialmente condivisa (non espressa né formulata nella norma legale) di culto, dalla quale dipende anche la definizione delle attività che possono considerarsi strettamente accessorie all'esercizio del culto, e quindi rientranti nel parametro dell'esclusività.

Questa nozione, implicita e inferenziale, emerge nel momento in cui l'applicazione del regime giuridico proprio delle associazioni culturali viene sollecitata da gruppi religiosi diversi rispetto a quelli su cui tale regime è stato originariamente modellato. In una prima fase, la nozione opera senza essere espressamente enunciata, con l'effetto di precludere l'accesso allo statuto di associazione culturale alle organizzazioni che non si inseriscono nel panorama storico delle confessioni presenti nella società francese: così, il giudice amministrativo può negare la qualità culturale ad una congregazione di Testimoni di Geova, sulla base della motivazione generica che le attività dell'associazione “ne confèrent pas dans leur ensemble, à l'association, en

rere n. 342574 del 27 ottobre 1987, riportato nella risposta del Ministro dell'Interno all'interrogazione scritta n. 09532 di M. Charles de Cuttoli, «Journal officiel Sénat», 24 marzo 1988, p. 412, e consultabile sul sito www.senat.fr, visitato il 7/3/2017). La permanenza di uno *standard* implicito e inferenziale modellato sulle religioni tradizionali emerge però dal rifiuto opposto dal Ministero dell'Interno di riconoscere lo statuto di congregazione religiosa ad una comunità interna ad un nuovo movimento religioso sulla base, fra l'altro, dell'assenza del requisito in questione, in quanto tale requisito imporrebbe il collegamento “à une institution qui, du fait de sa durée historique, de son développement et de son enseignement, est communément classée parmi les religions universelles” (riportato nelle conclusioni del commissario del governo Folscheid sul ricorso presentato davanti alla Corte d'appello di Parigi, che si è poi pronunciata censurando tale motivazione, e accogliendo invece quella basata sulla contrarietà all'ordine pubblico: C.A.A Paris, 9 giugno 2006, n. 04PA01642, concl. Folscheid, «Actualité juridique de droit administratif», 37, 2006, pp. 2067 ss.). Sulle difficoltà di accesso dei nuovi movimenti religiosi al regime delle associazioni culturali e delle congregazioni religiose si veda N. GUILLEN, *Liberté de religion et mouvements à caractère sectaire*, Paris 2003, pp. 85 ss. In particolare, l'autore osserva significativamente che “l'accès au régime des cultes confère une légitimité sociale mais à l'inverse, seule une acceptation sociale permet d'y accéder” (p. 121), e porta a questo proposito il caso del buddismo, che si riscontra egualmente nel contesto italiano (v. *infra* in questo paragrafo).

⁵⁶⁶ T. RAMBAUD, *op. cit.*, p. 281.

raison de l'objet ou de la nature de certaines d'entre elles, le caractère d'une association culturelle au sens de la loi du 9 décembre 1905⁵⁶⁷. In un secondo tempo, la ripetizione delle istanze di riconoscimento obbliga il giudice ad una progressiva esplicitazione della nozione, dapprima qualificando le attività svolte dall'associazione richiedente alla stregua dell'esercizio di un culto⁵⁶⁸; poi elaborando una definizione espressa di culto, cui raffrontare le attività concretamente svolte dal soggetto istante. Questo viene descritto come "la célébration de cérémonies organisées en vue de l'accomplissement, par des personnes réunies par une même croyance religieuse, de certains rites ou de certaines pratiques", cui possono affiancarsi attività direttamente collegate e strettamente accessorie, "telles que l'acquisition, la location, la construction, l'aménagement et l'entretien des édifices servant au culte ainsi que l'entretien et la formation des ministres et autres personnes concourant à l'exercice du culte"⁵⁶⁹. L'esplicitazione della nozione di culto dispiega un duplice effetto: da un lato, permette alle confessioni religiose che aspirano al regime giuridico delle associazioni culturali di conoscere, almeno sommariamente, i criteri di decisione dell'autorità amministrativa, e di conseguenza, di adattarvisi, se la loro organizzazione interna lo consente⁵⁷⁰; dall'altro

⁵⁶⁷ Cons. Ét., 1 febbraio 1985, *Association chrétienne Les Témoins de Jéhovah de France*, concl. Delon, «Revue du droit public», 2, 1985, p. 483.

⁵⁶⁸ In Cons. Ét., 13 gennaio 1993, *Congrégation chrétienne des témoins de Jéhovah du Puy* («Actualité juridique de droit administratif», 4, 1993, p. 307), il commissario del governo Arrighi de Casanova, dopo aver affermato che non si trova, nella giurisprudenza del Conseil, una definizione esplicita della nozione di culto, ne propone una tratta dal Duguit: "le culte est l'accomplissement de certains rites, de certaines pratiques qui, aux yeux des croyants, les mettent en communication avec une puissance surnaturelle". La decisione del Conseil non riprende tale definizione, ma si limita a considerare che il giudice d'appello, "en estimant que « des enseignements et des débats sur des thèmes bibliques ainsi que des cérémonies qui revêtent un caractère religieux » [...] étaient constitutives de l'exercice public d'un culte", non ha commesso un errore nella qualificazione giuridica dei fatti.

⁵⁶⁹ Cons. Ét., parere del 24 ottobre 1997, *Association locale pour le culte des témoins de Jéhovah de Riom*, «Revue française du droit administratif», 1, 1998, p. 61. Va notato che non vengono indicati i criteri in base ai quali stabilire l'accessorietà di un'attività non culturale rispetto al culto in senso stretto, dal momento che la lista fornita dal Conseil appare puramente esemplificativa, ma non esaustiva. Nelle conclusioni del commissario Arrighi de Casanova si fa riferimento, oltre al criterio del collegamento diretto con l'esercizio del culto, al criterio del carattere secondario rispetto all'attività culturale vera e propria (*ibidem*). L'esempio proposto dal commissario (la semplice diffusione di un bollettino di informazioni parrocchiali in opposizione alla diffusione e alla vendita permanente di brochures), avalla un'interpretazione particolarmente restrittiva dei criteri in esame.

⁵⁷⁰ In particolare, mentre i Testimoni di Geova hanno potuto costituire associazioni distinte per l'esercizio del culto e per la stampa e la diffusione di pubblicazioni di propaganda religiosa, la rigorosa distinzione fra attività culturali e non culturali non ha sinora consentito alle associazioni islamiche, che non conoscono tale separazione, di accedere al regime delle associazioni culturali

lato, data l'essenzialità dei connotati individuanti del culto – in sostanza, una credenza e una pratica rituale comunitaria – rende meno agevole il rifiuto della qualità culturale di un soggetto sulla base del mancato rispetto del criterio di esercizio esclusivo di un culto⁵⁷¹, e pertanto sposta la giustificazione di un eventuale diniego sul terreno, più fluttuante rispetto ad eventuali *standard* normativi impliciti e inferenziali, della compatibilità con l'ordine pubblico delle attività esercitate dal gruppo religioso istante.

In particolare, per quanto riguarda l'accesso al diritto speciale dei culti, la clausola dell'ordine pubblico concorre, in maniera più o meno esplicita, nella determinazione del carattere culturale di un'associazione, o nella qualificazione di una comunità alla stregua di congregazione religiosa. A questo proposito, la dottrina ha potuto vedere, nella già citata decisione del Conseil d'État che nel 1985 aveva negato lo statuto di associazione culturale ad un'associazione di Testimoni di Geova, e in particolare là dove essa faceva riferimento alla natura delle attività dell'associazione, un rimando implicito all'ordine pubblico⁵⁷². In effetti, nelle conclusioni del commissario del governo si legge che il rifiuto opposto dai Testimoni di Geova alla pratica delle trasfusioni sanguigne, anche nei confronti di bambini, "heurte directement notre conception de la protection de la santé et tout simplement du droit à la vie des enfants. Elle méconnaît dès lors...un élément de notre ordre public social [...]"⁵⁷³.

(come già osservava S. PIERRÉ-CAPS, *Les «nouveaux cultes» et le droit public*, «Revue du droit public», 4, 1990, p. 1097). Sulla rigidità di questo modello rispetto alle peculiarità di struttura dei diversi culti v. anche P.-H. PRÉLOT, *Les religions et l'égalité en droit français*, «Revue du droit public», 3, 2001, pp. 749 ss.

⁵⁷¹ Salvo nel caso delle associazioni atee, che non possono dirsi serventi all'esercizio di un culto inteso in questa accezione: in tal senso, già Cons. Ét. 17 giugno 1988, *Union des athées*, «Recueil Lebon», 1988, p. 247.

⁵⁷² Cfr. F. DIEU, *L'ordre public et les religions*, cit., pp. 266-268; M. FOUQUET-ARMAND, *Sectes et ordre public*, in *L'ordre public: ordre public ou ordres publics ?*, cit., pp. 375 ss.; M. GUYOMAR, P. COLLIN, *Critères permettant de reconnaître à une association un caractère culturel*, «Actualité juridique de droit administratif», 7-8, 2000, pp. 597 ss.; P.-H. PRÉLOT, *op. cit.*, pp. 753 ss.; ID., *La secte en droit administratif*, in F. Messner (dir.), *Les «sectes» et le droit en France*, Paris 1999, pp. 173-174; S. PIERRE-CAPS, *op. cit.*, pp. 1085 ss. In tema v. anche J.-B. D'ONORIO, *Les sectes en droit public français*, «La semaine juridique», 20, 1988, I, p. 3336.

⁵⁷³ Concl. Delon, cit., p. 496. In questo senso sembra orientarsi anche la decisione del Conseil d'État del 24 aprile 1992, *Département du Doubs c/Epoux Frisetti* («Recueil Lebon», 1992, p. 195), che convalida il rifiuto dell'amministrazione di autorizzare all'adozione di bambini una coppia di testimoni di Geova a causa della loro opposizione dichiarata alle trasfusioni di sangue. Sull'integrazione della protezione della vita nell'ordine pubblico, v. G. PELLISSIER, *La vie privée entre volonté individuelle et ordre public: le paradigme des refus de soins*, «Recueil Dalloz», 19, 1999, pp. 277 ss. Lo sviluppo di tecniche alternative alla trasfusione, e

Il criterio dell'ordine pubblico viene successivamente esplicitato nel medesimo parere in cui il Conseil d'État precisa il significato di 'culto' quale oggetto esclusivo delle associazioni che intendono beneficiare del regime previsto dalla legge del 1905: seguendo le conclusioni del commissario del governo, il Conseil afferma che "La liberté des cultes étant assurée par la République, en vertu de l'article 1^{er} de la loi du 9 décembre 1905 sous les seules restrictions imposées dans l'intérêt de l'ordre public, le fait que certaines des activités de l'association pourraient porter atteinte à l'ordre public s'oppose à ce que ladite association bénéficie du statut d'association culturelle"⁵⁷⁴.

Nella pronuncia del 1985 il carattere inespresso della clausola di ordine pubblico ne aveva consentito l'applicazione in funzione esclusiva della qualità culturale dell'associazione richiedente, con il vantaggio di eludere la difficoltà di giustificare una decisione fondata sul valore intrinseco di una pratica religiosa; al contempo, lasciava sussistere un'ambiguità sulla sussistenza e sull'applicabilità della clausola, che ne indeboliva il fondamento. L'esplicitazione del criterio nel parere del 1997 risponde, in questo caso, all'esigenza di rafforzarne la base giuridica, senza peraltro renderne meno duttile l'applicazione da parte del giudice del merito. Infatti, il Conseil, nel quadro della sua funzione consultiva, si ritiene incompetente ad apprezzare se nel caso di specie ricorrano i criteri enunciati, e cioè, con riguardo al criterio dell'ordine pubblico, se le attività dell'associazione geovista sono o meno contrarie ad esso; in tal modo, lascia al giudice del merito un ampio

l'evoluzione del diritto nel senso di una crescente valorizzazione della volontà del paziente, hanno contribuito a modificare parzialmente questo quadro. Cfr. F. MESSNER, P.-H. PRELOT, J.-M. WOEHRLING, *Droit français des religions*, cit., pp. 747 ss.

⁵⁷⁴ Parere del 24 ottobre 1997, cit. Nelle sue conclusioni, il commissario Arrighi de Casanova ritiene che la decisione del Conseil d'État del 1985 abbia implicitamente suggerito che la non contrarietà all'ordine pubblico è parte integrante della qualificazione di associazione culturale, e che, pertanto, "la réserve de l'ordre public est inhérente à la définition légale" (*ibidem*). Il collegamento che si crea, in tal modo, con gli *standard* sociali impliciti di normalità religiosa è evidenziato da G. GONZALEZ, là dove osserva che, essendo difficile concepire che le attività strettamente inerenti all'esercizio del culto possano essere contrarie all'ordine pubblico, il relativo giudizio finisce per cadere sulle attività 'extraculturali' dell'associazione, con il rischio che la clausola dell'ordine pubblico venga a coincidere, in tal caso, con il contenuto dell'opinione pubblica su un determinato movimento religioso (*Les Témoins de Jéhovah peuvent-ils constituer des associations culturelles? La notion de «question de droit» dans la saisine consultative du Conseil d'État. Note sous Conseil d'État, Assemblée, 24 octobre 1997 (avis), Association locale pour le culte des témoins de Jéhovah de Riom*, «Revue française de droit administratif», 1, 1998, pp. 69 ss.). Sui criteri fissati nel parere del 1997 v. anche B. TARDIVEL, *Mouvement spirituel et association culturelle. Avis du Conseil d'État du 24 octobre 1997*, «La revue administrative», 306, 1998, pp. 731 ss.

margine di discrezionalità quanto ai parametri cui riferirsi per valutare tale contrarietà.

Ciò consente, pertanto, al giudice che ha sollecitato il parere di negare all'associazione ricorrente l'esonero dall'imposta comune sui beni immobili, previsto in favore degli edifici gestiti dalle associazioni culturali, con la motivazione che "il est de notoriété publique que les adeptes des témoins de Jéhovah refusent le principe de la défense de la nation par les armes en cas de nécessité, refusent de participer aux opérations de vote et s'opposent à la transfusion sanguine, notamment pour leurs enfants mineurs (...); qu'en outre, les témoins de Jéhovah ont été classés parmi les sectes de nature à causer des troubles à l'ordre public dans le rapport n° 2468 de la commission d'enquête parlementaire édité par l'Assemblée nationale"⁵⁷⁵. Qui è evidente che l'ordine pubblico viene a coincidere con uno *standard*, implicito e inferenziale, di normalità religiosa e sociale⁵⁷⁶.

Questo concetto di 'ordine pubblico sociale' viene, peraltro, sconfessato dal giudice d'appello della medesima causa e, implicitamente, dal Conseil d'État in qualità di giudice di cassazione, nella misura in cui la suprema istanza amministrativa ritiene che "après avoir souverainement relevé, par une appréciation qui n'est pas susceptible d'être discutée devant le juge de cassation, qu'il ne résultait de l'instruction, ni que ladite association ait fait l'objet de poursuites ou d'une dissolution de la part des autorités administratives ou judiciaires, ni qu'elle ait incité ses membres à commettre des délits, en particulier celui de non-assistance à personne en danger, la cour a pu, sans entacher son arrêt d'erreur de qualification juridique, juger dans les circonstances de l'espèce (...) que l'activité de l'Association (...) ne menaçait pas l'ordre public"⁵⁷⁷.

Ciò non impedisce il ricorso ad una nozione di ordine pubblico estesa a comprendere valutazioni sociali ed altri principi impliciti e inferenziali in casi riguardanti movimenti religiosi per i quali non ha operato un processo di 'normalizzazione sociale' analogo a quello che ha interessato il culto geovista nell'ultimo ventennio. Così, il giudice amministrativo ha confermato

⁵⁷⁵ T.A. Clermont-Ferrand, 16 dicembre 1997, n. 96443, citato da G. GONZALEZ, *op. e loc. ult. cit.*

⁵⁷⁶ Cfr. P. SEGUR, *La «secte» en droit constitutionnel*, in *Les «sectes» et le droit en France*, cit., pp. 129 ss.

⁵⁷⁷ Cons. Ét. 23 giugno 2000, *Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie c/Association locale pour le culte des témoins de Jéhovah de Riom*, «Actualité juridique de droit administratif», 7-8, 2000, p. 671; v. anche Cons. Ét. 23 giugno 2000, *Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie c/Association locale pour le culte des témoins de Jéhovah de Clamecy*, *ibidem*. Cfr. a commento N. GUILLEN, *op. cit.*, pp. 111 ss.; P.-H. PRELOT, *op. cit.*, pp. 754-755.

il silenzio-diniego della qualità di associazione culturale opposto dalla prefettura al movimento religioso aumista, sulla base del turbamento dell'ordine pubblico derivante dalle attività dell'associazione; in particolare, da infrazioni gravi e reiterate alla legislazione urbanistica⁵⁷⁸. In questo caso, come si può leggere nelle conclusioni del commissario del governo⁵⁷⁹, la nozione di ordine pubblico impiegata per valutare le attività dell'associazione è stata estesa a ricomprendere, accanto alle componenti tradizionali della sicurezza, della tranquillità, della salute e della moralità pubbliche, la prevenzione delle attività penalmente sanzionate. Peraltro, lo stesso commissario riconosce che, anche accettando un'interpretazione estesa del concetto di ordine pubblico, non è evidente che le infrazioni alla normativa urbanistica possano, di per sé sole, integrare una minaccia per l'ordine pubblico tale da giustificare il rifiuto dello statuto di associazione culturale; anche se egli finisca per ritenere che il dubbio possa essere risolto in senso positivo, considerando la stretta connessione esistente fra le infrazioni perpetrate e l'oggetto dell'associazione, e la gravità delle infrazioni stesse⁵⁸⁰.

Si può quindi pensare che la nozione di ordine pubblico applicata nella fattispecie in esame abbia incluso anche uno *standard* implicito e inferenziale quanto all'accettabilità sociale di una determinata pratica culturale. Questa ipotesi trova possibile conferma nella decisione, di poco successiva, della Corte d'appello di Parigi, relativa alla richiesta avanzata dalla medesima associazione in ordine al riconoscimento, questa volta, dello statuto di congregazione religiosa⁵⁸¹. Fra le motivazioni assunte dalla Corte per confermare la legittimità del rigetto della richiesta, vi è anche il turbamento dell'ordine pubblico riconducibile alle medesime infrazioni depò-òuàlla legislazione urbanistica⁵⁸². Nelle conclusioni del commissario del governo,

⁵⁷⁸ Cons. Ét. 28 aprile 2004, *Association cultuelle du Vajra Triomphant*, concl. Boissard, «Actualité juridique de droit administratif», 25, 2004, p. 1367. Nel caso di specie, si trattava dell'edificazione di statue ed edifici di culto di dimensioni particolarmente importanti in prossimità di un sito soggetto a vincoli paesaggistici. Si veda il commento di E. TAWIL, *Quand les exigences de l'ordre public font obstacle à la reconnaissance du statut d'association cultuelle*, «La semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales», 25, 2004, pp. 838 ss.

⁵⁷⁹ *Ibidem*.

⁵⁸⁰ In particolare, il fatto che le costruzioni in esame fossero destinate allo svolgimento del culto promosso dall'associazione, e che fossero di grandi dimensioni.

⁵⁸¹ C.A.A Paris, 9 giugno 2006, n. 04PA01642, citata in nt. 560. Si veda il commento di E. TAWIL, *L'impossibile reconnaissance légale de la congrégation du Mandarom*, «La semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales», 48, 2006, pp. 1293 ss.

⁵⁸² In questo caso, il rispetto dell'ordine pubblico come condizione per il riconoscimento dello statuto di congregazione religiosa appare di per sé come un criterio normativo eminentemente

su questo punto si fa riferimento alle proteste elevate dalla popolazione locale nei confronti delle costruzioni in questione, che sarebbero state giustificate da “une forme d’indignation pour ce qui apparaissait comme une provocation, à savoir notamment l’érection de la statue, pour le moins ostentatoire, non pas d’un dieu, ou même d’un sage tel que Bouddha, mais d’un homme encore vivant, dont la vue s’imposait à tous”⁵⁸³. In questo caso, “Ce n’est pas tant le caractère esthétique ou non qui est en cause ici que l’atteinte aux valeurs communément admises dans notre société pour qui l’hommage ainsi rendu au fondateur d’un mouvement, statufié de son vivant, ne saurait dépasser la seule sphère de la dévotion privée [...] Dans ces conditions, la statue de Gilbert Bourdin de 33 mètres n’était-elle pas une forme d’atteinte à la liberté d’autrui, et ne portait-elle pas ainsi atteinte à la « tranquillité publique » ou à « l’ordre public *social* » ? On objectera que les flèches des cathédrales ou les statues de saints dans nos villes ou les calvaires érigés aux carrefours des routes peuvent paraître tout aussi agressifs pour un non-croyant. Mais il s’agit là d’une fausse fenêtre : toutes ces œuvres s’inscrivent dans notre histoire et notre culture. Elles font partie d’un patrimoine qui nous est transmis de génération en génération. Si une religion est une secte qui a réussi,(...) il incombe aux «nouvelles religions» de faire leurs preuves d’intégration paisible dans notre histoire et notre culture”⁵⁸⁴. All’argomentazione, basata sul concetto di ‘ordine pubblico sociale’, il commissario del governo, riconoscendo la difficoltà di ammettere tale nozione, affianca un ulteriore indice di contrarietà all’ordine pubblico, costituito dal rifiuto dei membri della comunità di dare esecuzione alle decisioni giudiziarie che avevano ingiunto la distruzione delle opere illegali: questo rifiuto integrerebbe “(non) seulement un risque de troubles à l’ordre public, ni même des infractions anciennes aux règles d’urbanisme mais un comportement clairement antisocial intolérable dans un Etat de droit”⁵⁸⁵.

L’analisi che precede conduce ad una ulteriore considerazione: dal punto di vista del tipo di religiosità manifestata, il sistema delle associazioni culturali, specialmente in quanto opera una forma ‘nascosta’ di riconoscimento delle confessioni religiose, favorisce la distinzione fra le organizzazioni confessionali in base al loro radicamento nella tradizione nazionale o alla loro rappresentatività sociale. Il controllo esercitato dall’autorità pubblica circa la qualità culturale di un’associazione, infatti, sarà inevitabilmente

implicito, in quanto non è stabilito espressamente in una norma di legge, ma si ricava dalla prassi seguita dall’amministrazione in materia (cfr. N. GUILLEN, *op. cit.*, p. 89).

⁵⁸³ Si trattava della statua del fondatore del movimento.

⁵⁸⁴ Concl. Folscheid, citate in nt. 560.

⁵⁸⁵ *Ibidem*.

connotato da un maggiore automatismo rispetto ai soggetti che si rifanno ad una tradizione religiosa ‘familiare’ all’amministrazione statale, in forza della durata e/o della diffusione della sua presenza nella società francese; giacché, per questi soggetti, opera un giudizio di corrispondenza ‘intuitivo’ alla concezione di religione socialmente prevalente e condivisa, che costituisce il presupposto tacito del diritto speciale dei culti. Viceversa, tale controllo tenderà a un maggior rigore nei confronti di culti di più recente insediamento o di minore diffusione, in quanto si distanziano dal referente normativo implicito nella prassi e nella coscienza sociali⁵⁸⁶.

In questo caso, potrà allora divenire operante la nozione di ‘setta’⁵⁸⁷. Come già la nozione di culto, anche il concetto di setta non trova una definizione giuridica esplicita, ma rimanda a *standard* sociali di ‘normalità’ religiosa; essa tende quindi ad operare come criterio normativo implicito e inferenziale del diritto positivo.

Ciò avviene specialmente in virtù dell’esistenza di rapporti parlamentari, che evocano la nozione di setta, pur senza darne una definizione precisa, e che qualificano espressamente determinate denominazioni confessionali alla stregua di sette⁵⁸⁸. Il collegamento della nozione di setta assunta a base delle

⁵⁸⁶ Questa impostazione emergeva, ad esempio, nella circolare del Ministro dell’Interno n. 82-115 del 27 luglio 1982 (abrogata soltanto nel 2004), la quale confermava la prassi abituale di accordare rapidamente e senza formalismi le autorizzazioni a ricevere donazioni e legati sollecitate dalle associazioni dei culti “tradizionali” (individuati nel cattolicesimo, nel protestantesimo, nell’ebraismo, nel cristianesimo ortodosso e nell’islam), mentre invitava i prefetti a svolgere un esame approfondito nei confronti delle domande avanzate da associazioni che presentassero “un caractère inhabituel à quelque point de vue que ce soit”, e a far luogo a un’indagine di polizia in caso di dubbio “soit sur la réalité des activités prétendument culturelles de l’association, soit sur la conformité avec l’intérêt public des agissements de ses administrateurs, membres ou adeptes” (riportata in N. GUILLEN, *op. cit.*, p. 111). V. sul punto le osservazioni di S. ANGELETTI, “Nuovi movimenti religiosi”: il pluralismo delle credenze fra libertà e sicurezza, in F. Dal Canto, P. Consorti, S. Panizza (a cura di), *Libertà di espressione e libertà religiosa in tempi di crisi economica e di rischi per la sicurezza*, Pisa 2016, pp. 182-183; G. BEDOUELLE, J.-P. COSTA, *Les laïcités à la française*, Paris 1998, pp. 240-241.

⁵⁸⁷ Cfr. C. GOYARD, *Les dispositions spécifiques de protection contre les dérives sectaires*, in P. Amselek (ed.), *Liberté, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles 2004, vol. II, pp. 867 ss.; N. GUILLEN, *op. cit.*, pp. 515-516; v. anche M. HUYETTE, *Les sectes et le droit*, «Recueil Dalloz», 36, 1999, pp. 383 ss.

⁵⁸⁸ *Les sectes en France. Expression de la liberté morale ou facteur de manipulation? Rapport au Premier Ministre*, febbraio 1983, Paris 1985, pp. 1 ss (d’ora in avanti *Rapport Vivien*); *Rapport fait au nom de la Commission d’enquête sur les sectes*, 22 dicembre 1995 (d’ora in avanti *Rapport Gest-Guyard*); *Rapport fait au nom de la Commission d’enquête sur la situation financière, patrimoniale et fiscale des sectes, ainsi que sur leurs activités économiques et leurs relations avec les milieux économiques et financiers*, 10 giugno 1999 (d’ora in avanti *Rapport Guyard-Brard*). Si veda il commento al Rapporto Gest-Guyard di P. GAST, *Le rapport Guyard et les principes d’égalité et de légalité en matière de sectes*, «Les petites affiches», 17, 7 feb-

considerazioni e delle proposte di azione giuridica contenute in tali rapporti con criteri normativi socialmente ‘latenti’ di valutazione delle manifestazioni di religiosità emerge in particolare là dove si fa riferimento a determinate “scelte etiche”⁵⁸⁹ e al “senso comune” ritenuto dall’opinione pubblica⁵⁹⁰ come base del contenuto semantico attribuito alla nozione; e si individua un fascio di indici qualificatori del carattere settario di un movimento, fra i quali, accanto a criteri oggettivamente verificabili – come il pregiudizio arrecato all’integrità fisica degli adepti – altri appaiono più strettamente dipendenti da valutazioni e presupposti sociali impliciti (il turbamento dell’ordine pubblico, il discorso anti-sociale)⁵⁹¹.

Tali rapporti non hanno valore normativo in senso stretto⁵⁹²; e tuttavia, i criteri qualificatori in essi indicati – e, per loro tramite, gli *standard* impliciti e inferenziali di normalità religiosa socialmente accolti – tendono ad essere adoperati alla stregua di ‘codificazioni’⁵⁹³ implicite ai differenti livelli di disciplina delle manifestazioni collettive del fatto religioso⁵⁹⁴.

A livello legislativo, ad esempio, la legge n. 2001-504 del 12 giugno 2001, “tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l’homme et aux libertés fondamentales” evita, nel proprio articolato, riferimenti espliciti alla nozione di setta o alla definizione di movimento settario, limitandosi a individuare le persone giuridiche che svolgono “activités ayant pour but ou pour effet de créer, de maintenir ou d’exploiter la sujétion psychologique ou physique des person-

braio 1996, pp. 13 ss., che pone particolarmente l’accento sull’esistenza di una definizione ‘sottintesa’ e inespressa di setta e sul carattere indefinito dei criteri qualificatori enunciati nel Rapporto.

⁵⁸⁹ *Rapport Gest-Guyard*, p. 9.

⁵⁹⁰ *Ivi*, p. 10.

⁵⁹¹ *Ivi*, pp. 9-10. Cfr. in tal senso le osservazioni di A. DORSNER-DOLIVET, *Loi sur les sectes*, «Recueil Dalloz», 13, 2002, pp. 1086 ss.

⁵⁹² Come risulta dalla decisione del Conseil d’État 18 maggio 2005, *Association spirituelle de l’église de scientologie d’Ile-de-France*, concl. Donnat («Actualité juridique de droit administratif», 27, 2005, p. 1506), con cui è rigettata la domanda di annullamento di due circolari del Guardasigilli, rivolte ai procuratori e relative alla lotta alle infrazioni commesse dai movimenti a carattere settario, alle quali era stata annessa una lista di movimenti qualificabili come tali sulla base del rapporto Gest-Guyard; secondo il giudice amministrativo, la trasmissione della lista riveste un carattere puramente informativo e non assume, pertanto, valore di disposizione imperativa.

⁵⁹³ Cfr. R. LIOGIER, *Relation*, in D. Koukou (ed.), *Les nouvelles formes du sentiment religieux: un défi pour la laïcité moderne ?*, Paris 2003, p. 107.

⁵⁹⁴ Ciò è tanto più vero se si considera che i rapporti parlamentari non indicano, per ciascun movimento qualificato come setta, le ragioni di tale classificazione, ovverosia quale o quali degli indici qualificatori descritti sono stati riscontrati in rapporto a un determinato movimento religioso. Cfr. P.-H. PRÉLOT, *op. cit.*, p. 752.

nes” come possibile oggetto di un procedimento di dissoluzione forzata, o di responsabilità penale per determinati reati compiuti dalle persone fisiche operanti al loro interno, o di un divieto di messaggi promozionali⁵⁹⁵. Il concetto di induzione in stato di soggezione psichica o fisica⁵⁹⁶ appare ricalcato su quello di destabilizzazione mentale impiegato nel Rapporto Gest-Guyard come indice del carattere settario di un’organizzazione⁵⁹⁷ e, come si è osservato, riposa su nozioni di senso variabile in funzione delle valutazioni sociali circa il “religiosamente corretto”⁵⁹⁸.

A livello amministrativo, i criteri e le liste contenuti nei rapporti parlamentari vengono richiamati in alcune circolari ministeriali relative alla lotta contro le sette⁵⁹⁹; ma soprattutto fondano implicitamente talune decisioni dell’autorità amministrativa locale di rigetto di istanze avanzate da movimenti religiosi non tradizionali. Così, il giudice amministrativo ha censurato, a titolo di “atteinte grave et manifestement illégale” alla libertà fondamentale di riunione, il rifiuto opposto dal comune di Lione ad un’associazione di Testimoni di Geova per l’affitto di una sala di proprietà municipale, in quanto tale rifiuto era fondato soltanto su “considérations

⁵⁹⁵ Cfr. le osservazioni di M.C. IVALDI, *Alcune considerazioni sulla regolamentazione dei movimenti a carattere settario nell’ordinamento francese*, «Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica (www.statoechiese.it)», 29, 2012, p. 8.

⁵⁹⁶ Utilizzato dalla legge anche per integrare la fattispecie del reato di abuso fraudolento dello stato di debolezza di una persona con riferimento a una persona “en état de sujétion psychologique ou physique résultant de l’exercice de pressions graves ou répétées ou de techniques propres à altérer son jugement” (art. 223-15-2 c.p.). Sulle difficoltà di apprezzamento della ‘lucidità’ dell’adepto cfr. F. LONGERE, *Le droit criminel français et les convictions religieuses, philosophiques ou morales*, Lyon 2001, pp. 278 ss.; v. anche, sul carattere ‘vago’ di tale nozione, F.-J. PANSIER, C. CHARBONNIER, *La loi du 12 juin 2001 tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l’homme et aux libertés fondamentales*, «Les petites affiches», 125, 25 giugno 2001, p. 7.

⁵⁹⁷ Come risulta dal richiamo agli indici stilati in tale Rapporto emergente dai lavori preparatori della legge (*Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d’administration générale sur la proposition de loi tendant à renforcer le dispositif pénal à l’encontre des associations ou groupements à caractère sectaire qui constituent, par leurs agissements délictueux, un trouble à l’ordre public ou un péril majeur pour la personne humaine ou la sûreté de l’Etat*, 14 dicembre 1999, p. 8).

⁵⁹⁸ A. DORSNER-DOLIVET, *op. e loc. cit.*; cfr. anche B. KARL, *La loi n. 2001-504 du 12 juin 2001, tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l’homme et aux libertés fondamentales*, in *Les nouvelles formes du sentiment religieux*, cit., pp. 288-290.

⁵⁹⁹ Circ. DGAS/SDI n. 2000-501 del 3 ottobre 2000; v. anche la circolare del Primo Ministro del 27 maggio 2005, PRMX0508471C, relativa alla lotta contro le derive settarie, nella parte in cui richiama il criterio dello stato di soggezione indotto negli adepti, ripreso e specificato nella circolare del Ministero della Giustizia del 19 settembre 2011 relativa alla vigilanza e alla lotta contro le derive settarie, JUSD1125511C.

générales relatives au caractère sectaire de l'association⁶⁰⁰; dove la qualificazione in senso settario dell'associazione richiedente è verosimilmente ricavata dai documenti parlamentari succitati. L'ipotesi trova conferma in un caso, in cui la qualificazione in senso settario di un movimento religioso contenuta in un documento 'extrapositivo' (nella specie, un rapporto della Missione interministeriale di vigilanza e di lotta contro le derive settarie) è stata esplicitamente posta alla base della decisione del direttore di un penitenziario di rifiutare ad un ministro del culto geovista il permesso di visitare un detenuto nell'esercizio del suo ministero; su tale presupposto, la visita in questione è stata ritenuta non rispondente al fine di favorire l'inserimento sociale del detenuto, esigito dall'art. D. 404 c.p.p. come giustificazione alle visite di soggetti esterni alla cerchia familiare⁶⁰¹.

A livello giurisprudenziale, infine, il carattere settario attribuito dai rapporti parlamentari a determinate organizzazioni religiose sembra alla base dell'avallo dato dal giudice di cassazione a un'interpretazione particolarmente restrittiva sviluppata dall'amministrazione fiscale in materia di doni manuali alle associazioni religiose non riconosciute come associazioni culturali ai termini della legge del 1905⁶⁰². In base all'art. 757 del *Code général des impôts*, i doni manuali non sono soggetti all'imposizione fiscale normalmente prevista per le donazioni, se non nel caso in cui siano oggetto di dichiarazione del donatario, riconoscimento giudiziale o rivelazione all'amministrazione fiscale da parte del donatario. Il concetto di rivelazione è stato inteso dall'amministrazione fiscale, con riguardo ad un'associazione

⁶⁰⁰ Cons. Ét. 30 marzo 2007, ord. n. 304053, «Actualité juridique de droit administratif», 23, 2007, p. 1242, con nota di S. DAMAREY, *La location par une commune d'une salle à une association religieuse*, *ibidem*. Analogamente T.A. Paris, 13 maggio 2004, *Association culturelle des Témoins de Jéhovah de France et autres*, «Actualité juridique de droit administratif», 29, 2004, p. 1597, con nota di G. GONZALEZ, *Le refus de location d'un stade à une association culturelle et la liberté de réunion*, *ibidem*. La qualifica settaria di determinati movimenti religiosi sembrerebbe aver implicitamente motivato anche alcuni provvedimenti comunali, poi censurati dal giudice, di esercizio del diritto di prelazione sulla vendita di immobili o di rifiuto del permesso di costruire, rivolti contro associazioni locali di Testimoni di Geova (per una rassegna v. I. ROUVIÈRE-PERRIER, *Le droit de l'urbanisme: une arme contre les sectes?*, «Les petites affiches», 77, 29 giugno 1994, pp. 30-35).

⁶⁰¹ La decisione è stata annullata da C.A.A. Bordeaux, 20 ottobre 2009, n. 08BX03245, «Actualité juridique de droit administratif», 5, 2010, p. 272.

⁶⁰² Su cui R. DE BELLESCIZE, *Le régime fiscal des dons manuels effectués au profit des groupements religieux (association culturelle, association diocésaine, association déclarée, organisme d'intérêt général)*, «Revue de la recherche juridique», 2, 2008, pp. 1122 ss. Cfr. anche M.-C. BERGERES, *Quelle arme fiscale contre les sectes? (À propos du jugement TGI Nanterre, 4 juillet 2000; n. 99-14939, Association «Les Témoins de Jéhovah»)*, «Droit fiscal», 25, 2001, pp. 934 ss.; A. GARAY, P. GONI, *Taxation de dons manuels: risque fiscal pour les associations*, «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica», 3, 2000, pp. 739 ss.

di Testimoni di Geova, come comprensivo non solo della rivelazione spontanea da parte del donatario, ma altresì della rivelazione, per così dire, ‘incidentale’, risultante dalla presentazione della documentazione contabile su richiesta dell’amministrazione stessa in occasione di un controllo fiscale. Sebbene nella pronuncia che conferma questa interpretazione della legge non si trovi alcun riferimento esplicito al carattere settario generalmente attribuito all’associazione⁶⁰³, il fatto che tale soluzione ermeneutica sia stata elaborata e, a quanto consta, applicata soltanto alle organizzazioni religiose qualificate come sette nei rapporti parlamentari⁶⁰⁴ rende verosimile l’ipotesi dell’operare implicito delle classificazioni contenute in tali rapporti. Ciò appare tanto più probabile, in quanto, da un lato, le altre associazioni di diritto comune sono state assicurate contro tale interpretazione della legge da una modifica dell’art. 757 CGI, intervenuta nel 2003, che esonera dall’ambito di applicazione della norma i doni manuali consentiti alle associazioni riconosciute di utilità pubblica; dall’altro lato, l’interpretazione in questione veniva espressamente assunta nel Rapporto Guyard-Brard come base dell’azione dei servizi fiscali contro l’accumulo di denaro da parte delle sette⁶⁰⁵.

Analogamente, la qualificazione in senso settario di un’organizzazione confessionale, assunta entro una concezione ‘estesa’ di ordine pubblico, po-

⁶⁰³ Cass. comm. 5 ottobre 2004, n. 03-15709, disponibile al sito www.legifrance.gouv.fr, visitato il 10/3/2017. La questione della qualità culturale dell’associazione, sollevata dai ricorrenti, viene elusa mediante l’argomento formale secondo il quale “la cour d’appel ayant relevé, par un motif non critiqué, que l’association ne justifiait pas d’une autorisation ministérielle ou préfectorale contemporaine du fait générateur de l’imposition, est inopérant le moyen pris de ce que le refus de reconnaître à l’association la qualité d’association culturelle ne pouvait être décidé par la cour d’appel sans que soit préalablement ordonnée la production des pièces de nature à établir cette qualité”.

⁶⁰⁴ F. MESSNER, P.-H. PRELOT, J.-M. WOEHLING, *Droit français des religions*, cit., p. 1440. Cfr. Cass. comm., 15 maggio 2007, nn. 06-11844 e 06-11845, disponibili al sito www.legifrance.gouv.fr, visitato il 10/3/2017. *Contra*, Cass. comm., 15 gennaio 2013, n. 12-11642, disponibile al sito www.courdecassation.fr, visitato il 10/3/2017, che però interviene dopo la censura dell’interpretazione in questione da parte della Corte europea dei diritti dell’uomo (sent. *Association Les Témoins de Jéhovah c. France*, 30 giugno 2011), basata sul mancato soddisfacimento del criterio della previsione legale della restrizione così apportata alla libertà religiosa dell’associazione, nella misura in cui l’imprecisione della nozione di ‘rivelazione’ della donazione non permette di prevedere ragionevolmente le conseguenze derivanti dalla presentazione all’amministrazione fiscale della contabilità delle offerte percepite (il medesimo principio fonda le sentenze della Francia *Association culturelle du Temple Pyramide c. France*, *Association des Chevaliers du Lotus d’Or c. France* e *Église évangélique missionnaire et Salaün c. France* del 31 gennaio 2013). Cfr. F. BIN, *Droit fiscal*, «Société, droit et religion», 1, 2010, pp. 157 ss; F. DIEU, *L’imprévisibilité de l’application de la loi fiscale sanctionnée par la Cour EDH. La fin d’une politique fiscale «antisetes»?*, «Droit fiscal», 44, 2011, comm. 577.

⁶⁰⁵ *Rapport Guyard-Brard*, pp. 222-223.

trebbe aver fornito la base implicita di un'ordinanza del Conseil d'État, adito da un'associazione di scientologia per la sospensione di un divieto municipale avente ad oggetto la diffusione di pubblicazioni informative relative al movimento nell'area del demanio pubblico comunale⁶⁰⁶. L'associazione contestava, fra l'altro, la mancata dimostrazione della contrarietà all'ordine pubblico delle proprie attività, suggerendo così un nesso di presupposizione fra tale criterio e la misura limitativa cui era stata assoggettata. Il Conseil non ha deciso nel merito, ritenendo non sussistente il presupposto necessario dell'urgenza; tuttavia, il motivo di ordine pubblico implicitamente opposto dal comune all'attività di propaganda dell'associazione emerge là dove la pronuncia fa riferimento alla motivazione dell'interdetto (“motifs tirés de la confusion que la présentation d'un ouvrage émanant de l'église de scientologie pourrait entretenir avec des documents publiés par la ville”), per concludere che esso non arreca un pregiudizio tale alla libertà di espressione da giustificare la sospensione. Ne risulta, infatti, l'esistenza di un interesse sociale alla conoscenza dell'origine 'settaria' dei documenti diffusi nello spazio pubblico comunale, che può giustificare, come l'ordine pubblico, la limitazione di una libertà fondamentale⁶⁰⁷. In questo caso, quindi, il fine di ordine pubblico assegnato ai poteri di polizia delle collettività locali si arricchisce di un principio implicito e inferenziale di precauzione nei confronti della diffusione di messaggi provenienti da confessioni religiose socialmente percepite come 'religiosamente scorrette'.

Sebbene, dunque, il diritto positivo francese pretenda, in ragione del principio di laicità-separazione, di non conoscere il fatto religioso – se non attraverso la particolare dimensione, sociale ed esteriore, della pratica culturale – esso sottintende, in realtà, un determinato paradigma di religione, che si è modellato nella prassi e nella coscienza sociali, secondo le caratteristiche proprie delle confessioni storicamente presenti nel paese, le modalità della loro socializzazione e le forme con cui si sono adattate alla controparte statale. Questo paradigma, implicito e inferenziale, che dispiega i propri effetti normativi nel diritto esplicito mediante concetti indeterminati quali sono il 'culto' o la 'setta', tende a relegare l'espressione del sentimento religioso nell'ambito del rito, e ad escludere esperienze religiose totalizzanti; per questa ragione riesce difficilmente a integrare forme di religiosità, anche autentiche, che divergono dal modello. Il rifiuto di una definizione precisa

⁶⁰⁶ Cons. Ét., ord. n. 312779 del 6 febbraio 2008, «Actualité juridique de droit administratif», 23, 2008, p. 1284.

⁶⁰⁷ Cfr. F. DIEU, *Les Témoins de Jéhovah et l'Eglise de scientologie: situation au 16 octobre 2013*, «Recueil Dalloz», 1, 2014, che parla di diritto dell'amministrazione a “préserver le domaine public de toute expression et de toute influence « sectaires »” (p. 46).

dei concetti presupposti dalla disciplina legale dei culti, o dell'esplicitazione dei criteri classificatori impiegati, svolge allora una funzione di salvaguardia di un determinato equilibrio, quale si è storicamente e socialmente consolidato, nei rapporti fra lo Stato e le formazioni sociali intermedie, in quanto soggetti che rivendicano entrambi un diritto a regolare la vita del cittadino-fedele e ad esserne la lealtà.

Anche l'ordinamento costituzionale italiano si fonda su di un principio di separazione istituzionale fra lo Stato e le organizzazioni religiose, che declina come 'distinzione degli ordini' in riferimento alla Chiesa cattolica (art. 7 c. 1), e come 'autonomia statutaria' per i culti acattolici (art. 8 c. 2)⁶⁰⁸. Tale principio, però, non è stato tradotto in un regime di 'non-riconoscimento' delle confessioni religiose; ne mancavano, come si è visto, sia i presupposti ideologici, che le condizioni di realizzabilità nei fatti. Perciò, a fianco dello statuto giuridico speciale concernente la Chiesa cattolica, è previsto, per le altre confessioni religiose, un doppio livello di riconoscimento: al primo livello, si colloca l'acquisto della personalità giuridica di diritto speciale per gli enti esponenziali propri di ciascuna confessione religiosa, ex artt. 2 l. n. 1159 del 1929 e 10 r.d. n. 289 del 1930. Questa si discosta dal modello francese delle associazioni culturali in due punti qualificanti: il carattere generale del riconoscimento – che non è limitato a singole articolazioni interne ad una confessione religiosa costituite per la funzione circoscritta dell'esercizio del culto, ma tende a investire l'organizzazione confessionale nel suo complesso, per il tramite del proprio ente esponenziale⁶⁰⁹; il carattere preventivo del controllo esercitato dall'autorità statale – nella specie, il Ministero dell'Interno – che si manifesta in un momento anteriore a quello

⁶⁰⁸ Sulla possibilità di applicare il concetto di "ordine proprio", *mutatis mutandis*, a tutte le confessioni religiose indistintamente, cfr. G. CASUSCELLI, *Concordato, intese e pluralismo confessionale*, cit., pp. 174 ss.; ID., *Pluralismo confessionale e organizzazione dei culti acattolici. Contributo all'interpretazione sistematica del primo e del secondo comma dell'articolo 8 della Costituzione*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, Milano 1978, vol. III, pp. 271 ss.; N. COLAIANNI, *Confessioni religiose e intese*, cit., pp. 131-132.

⁶⁰⁹ In realtà, come si è evidenziato in dottrina, la normativa fascista non prevede il riconoscimento delle confessioni religiose *tout court*, ma soltanto degli "istituti" dei culti acattolici, ossia degli enti attraverso i quali essi operano: tuttavia, la prassi amministrativa si è orientata nel senso di intendere il riconoscimento predisposto dalla legge come esteso ai culti stessi, esercitando così un vaglio 'mediato' sulla "ammissibilità di un credo, mediante le valutazioni compiute nell'immediato sul relativo ente confessionale" (F. DI PRIMA, *Le Confessioni religiose «del terzo tipo» nell'arena pubblica nazionale: problemi, dinamiche e tendenze operative*, «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica», 1, 2014, p. 128). Sul punto v. anche V. TOZZI, *Le confessioni prive di intesa non esistono*, «Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica (www.statoechiese.it)», gennaio 2011, pp. 1-14.

della richiesta di beneficiare dei privilegi riconnessi dall'ordinamento alla personalità giuridica 'culturale'. Al secondo livello vi è, invece, la conclusione dell'intesa con lo Stato italiano, contemplata dall'art. 8 c. 3 cost., che non ha corrispettivo nell'ordinamento francese.

Si potrebbe pensare che, mentre il sistema delle associazioni culturali delineato dalla legge francese di separazione rende possibile (ed anzi, obbliga a) applicare una finzione di ignoranza circa la qualità religiosa di un gruppo, il sistema concepito dal legislatore (costituzionale e ordinario) italiano consente (ed anzi, impone) allo Stato di operare esplicitamente una qualificazione del soggetto istante come confessione religiosa o meno, dovendo determinare se tale soggetto possa accedere allo statuto riservato agli enti morali dei culti ammessi, e, successivamente, all'intesa.

In realtà, come è noto, anche nell'ordinamento italiano la qualificazione in senso religioso di una formazione sociale avviene in forma inespressa, e sulla base di criteri di valutazione che non trovano enunciazione in formule normative esplicite⁶¹⁰. Infatti, per quanto attiene al procedimento di attribuzione della personalità giuridica previsto nella legge sui 'culti ammessi', l'unico criterio formulato è quello ricavabile dallo stesso secondo comma dell'art. 8 cost., che fa riferimento alla non contrarietà degli statuti dell'organizzazione confessionale all'ordinamento giuridico dello Stato⁶¹¹; quindi, in base all'interpretazione che di tale clausola ha dato la Corte costituzionale nella sent. n. 43 del 14-21 gennaio 1988, ai principi fondamentali dell'ordinamento. Si tratta, peraltro, di un criterio che, tanto nella formulazione, quanto nel contenuto, così come autoritativamente individuato dal giudice delle leggi, appare ampiamente indeterminato, e quindi, potenzialmente integrabile ad opera di norme e principi impliciti e inferenziali. È pertanto possibile che nell'ambito di tale procedura operino *standard* sociali relativi alle forme concepibili dell'esperienza religiosa, modellati sulle manifestazioni empiriche di religiosità conosciute dalla generalità dei consociati; questi, a loro volta, tendono ad accompagnarsi a giudizi di valore

⁶¹⁰ Sulla discrezionalità di tale procedimento si vedano le osservazioni di F. ALICINO, *La legislazione sulla base di intese. I test delle religioni "altre" e degli ateismi*, Bari 2013, pp. 35 ss.; A. FERRARI, *Libertà religiosa e nuove presenze confessionali (ortodossi e islamici): tra cieca de-regulation e super-specialità, ovvero del difficile spazio per la differenza religiosa*, «Stato, Chiesa e pluralismo confessionale, Rivista telematica (www.statoechiese.it)», luglio 2011, p. 12; S. FERRARI, *La nozione giuridica di confessione religiosa (come sopravvivere senza conoscerla)*, in V. Parlato, G.B. Varnier (a cura di), *Principio pattizio e realtà religiose minoritarie*, Torino 1995, pp. 43 ss.

⁶¹¹ B. RANDAZZO, *Art. 8, cit.*, p. 212.

normativamente efficaci circa l'accettabilità sociale di determinati riti o precetti religiosi.

Un criterio di questo genere emerge, ad esempio, nel parere del Consiglio di Stato relativo al riconoscimento come ente morale dell'Unione Buddhista Italiana, là dove si fa riferimento, per fondare l'esclusione di una contrarietà dello statuto ai principi dell'ordinamento italiano, al carattere "noto, per la sua importanza e la sua diffusione" della professione di fede buddista⁶¹². La 'notorietà' di una determinata forma di religiosità – che rimanda all'esistenza di una percezione sociale condivisa circa il suo carattere di religione 'rispettabile' – assurge quindi a criterio implicito di valutazione della sua 'riconoscibilità giuridica', fondando una presunzione favorevole in tal senso.

Un altro criterio, non espressamente formulato – se si considera, come sembra acclarato, non più in vigore l'art. 1 l. 1159/1929 per la parte che non concerne la contrarietà dei riti al buon costume –, e che può rinviare a *standard* sociali di religiosità, concerne la valutazione dei principi dell'organizzazione istante, che avviene mediante il controllo esercitato dalla pubblica amministrazione sullo statuto di questa, ai sensi dell'art. 10 r.d. 289/1930.

Questo criterio sembra potersi leggere 'fra le righe' dell'istruttoria relativa al riconoscimento della personalità morale della Congregazione dei Testimoni di Geova, quale è ricostruita nel parere del Consiglio di Stato, che si esprime in favore dell'accoglimento dell'istanza⁶¹³. Ne risulta, infatti, la sottoposizione al Consiglio di Stato – a quanto pare, su richiesta del Consiglio stesso⁶¹⁴ – di alcuni comportamenti, conseguenti alla dottrina professata (l'obiezione all'emotrasfusione, al servizio militare e civile, al diritto-dovere di voto), contrastanti con la normativa vigente. Questo nonostante il fatto che tali precetti religiosi non fossero esplicitati nello statuto oggetto di giudizio, ma al limite vi fossero richiamati *per relationem*, nella misura in cui il testo statutario faceva riferimento all'applicazione delle norme morali e di vita cristiana da parte dei fedeli, nell'interpretazione datane dalla con-

⁶¹² Parere 29 novembre 1989, n. 2158, «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica», 1, 1991-92, p. 531.

⁶¹³ Parere 30 luglio 1986, n. 1390, disponibile al sito www.oler.it, visitato il 17/2/2017.

⁶¹⁴ Espressa nella deliberazione interlocutoria n. 785/86 del 2 maggio 1986. Ciò emerge anche dalla nota del Ministero dell'Interno alla Presidenza del Consiglio in relazione alla richiesta di intesa da parte della Congregazione (15 giugno 1993, pubblicata in «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica», 2, 1996, pp. 467-468), là dove si fa riferimento alla "richiesta di conoscere i principi di fede della Confessione, avanzata a suo tempo dal Consiglio di Stato in sede di riconoscimento" (p. 467).

fessione, sia come requisito di appartenenza alla congregazione, sia come parametro di giudizio della condotta individuale in ordine all'irrogazione di sanzioni spirituali⁶¹⁵. Si tratta, all'evidenza, di pratiche che si discostano dal paradigma di 'normalità religiosa' generalmente accolto dalla società italiana dell'epoca (e, in qualche misura, ancora oggi).

Il parere del Consiglio di Stato, peraltro, esclude recisamente che sia possibile fare luogo ad un sindacato della ideologia religiosa professata dalla confessione richiedente, dovendosi prendere in considerazione esclusivamente l'organizzazione e le finalità dell'ente indicate nello statuto, e quindi, in ultima analisi, la "attività operativa che il nuovo ente si prefigge di esercitare"⁶¹⁶; anche se poi ritiene di dover dimostrare, ad esempio, che il divieto di emotrasfusione è compatibile con l'ordinamento italiano, che garantisce la libera scelta in materia sanitaria (salvo, ovviamente, che non coinvolga altre persone).

Rimane, tuttavia, possibile una valutazione dei contenuti della confessione che emergono dalle norme statutarie, e dunque, per tale via, un loro controllo implicito alla luce di eventuali *standard* 'latenti' di religiosità⁶¹⁷. A questo proposito, è significativo che un documento curato dal Ministero dell'Interno, il Vademecum "Religioni, dialogo, integrazione", affermi, in merito al riconoscimento della personalità giuridica degli istituti rappresentativi di una confessione religiosa, che esso è "condizionato al fatto che si tratti di religioni i cui principi e le cui manifestazioni esteriori (riti) non siano in contrasto con l'ordinamento giuridico dello Stato"⁶¹⁸; il perdurante riferimento ai principi rende plausibile l'ipotesi di un raffronto con modelli impliciti e inferenziali di esperienza e di espressione religiose.

Sembra deporre in tal senso il parere negativo recentemente emanato dal Consiglio di Stato in merito al riconoscimento come ente morale dell'Associazione Sikhismo Italia. La motivazione del rifiuto è, infatti, prevalentemente incentrata su "particolari aspetti relativi ai principi religiosi della confessione sikh, enunciati nello statuto e nella relazione sui principi

⁶¹⁵ Il testo dello statuto è consultabile al sito www.olir.it, visitato il 20/2/2017.

⁶¹⁶ Tale posizione corrisponde al parere di autorevole dottrina: si veda, *ex plurimis*, N. COLAIANNI, *op. ult. cit.*, p. 124; S. LARICCIA, v. *Statuti delle confessioni religiose*, «Enciclopedia del diritto», Milano 1990, vol. XLIII, pp. 1074 ss.

⁶¹⁷ Cfr. in tal senso S. FERRARI, *Entités religieuses comme personnes juridiques – Italie*, in L. Friedner (ed.), *Churches and other legal organisations as legal persons*, Leuven 2007, pp. 143 ss.

⁶¹⁸ P. 34 (il documento è consultabile al sito www.interno.gov.it/it/temi/cittadinanza-e-altri-diritti-civili/religioni-e-stato, visitato il 17/2/2017). Conferma questa impostazione del Ministero M. VENTURA, *Religion and law in Italy*, Alphen aan den Rijn 2013, p. 91.

religiosi”⁶¹⁹: in particolare, sono ritenuti contrastanti “con principi fondamentali del nostro ordinamento pubblico interno” il porto del *kirpan* e il divieto di divorzio per le sole donne. In questo caso, lo *standard* sociale implicito è sotteso all’argomento – poi sostanzialmente ripreso dai giudici di cassazione⁶²⁰ – per cui il carattere rituale del pugnale non può farsi rientrare tra i giustificati motivi che scriminano la condotta del porto di armi improprie, “perché, al di là delle possibili difficoltà interpretative oggettive (che si intende per ‘male’, quando si può portare e usare il pugnale), è proprio la finalità religiosa (uso del pugnale) che in questo caso confligge letteralmente con una norma statale che, per quanto considerato, deve avere la prevalenza”⁶²¹. Come si è visto *supra*, infatti, tale argomento si basa sul presupposto (reso esplicito nelle sentenze di Cassazione a questo riguardo) che l’uso di un oggetto atto ad offendere in funzione di simbolo religioso non corrisponde alle “regole comportamentali lecite” in base alle quali si definisce la normalità di un particolare impiego: il carattere ‘inusuale’ e non tradizionale della pratica ne determina dunque la difformità rispetto a uno *standard* implicito di comportamento (anche religioso) socialmente ammissibile. Tale *standard* sembrerebbe quindi operare attraverso l’applicazione (in forma inespressa) di un limite di ordine pubblico materiale.

Il caso della confessione sikh (come anche, benché in forma più sfumata, il caso dei Testimoni di Geova) evidenzia il modo in cui determinati modelli di ‘deontologia religiosa’ inscritti nella prassi e nella coscienza sociali reagiscono rispetto a forme di esperienza religiosa non familiari, ‘stingendo’ sulla qualificazione giuridica di una organizzazione confessionale. I medesimi *standard* impliciti possono operare attraverso l’assenza di normazione del procedimento per la conclusione di un’intesa.

In effetti, l’unico criterio ‘tecnico’ di selezione dei soggetti che possono accedere alle trattative finalizzate alla stipula dell’accordo è quello, presupposto dall’art. 8 cost., della qualificabilità dell’istante come confessione religiosa; qualificazione in merito alla quale, come si è visto, la normativa ordinaria non predispone indici formulati ed espliciti. La stessa genesi costituzionale del concetto di confessione religiosa, il cui inserimento nel progetto di Costituzione avviene quasi *ex abrupto* e in maniera irriflessa⁶²², rivela la presenza di un paradigma sociale implicito del fatto religioso, tacitamente assunto come auto evidente dai costituenti.

⁶¹⁹ Parere 28 ottobre 2010, n. 2387, «Diritto e religioni», 1, 2011, p. 468.

⁶²⁰ V. *supra*, § 2.2.1.2.

⁶²¹ Parere cit., p. 469.

⁶²² V. *supra*, § 2.1.2.

Questo paradigma ha potuto rimanere ‘latente’ sia perché gli aspetti di discrezionalità politica inerenti alla scelta governativa di stipulare un’intesa con una data confessione religiosa hanno lasciato in secondo piano il problema della qualificazione del soggetto richiedente; sia perché tutte le confessioni che fino ad ora hanno chiesto e ottenuto la stipula dell’intesa sono, per la stragrande maggioranza, riconducibili al paradigma religioso – quello giudaico-cristiano – che ha fornito, verosimilmente, il modello di riferimento del concetto costituzionale di confessione religiosa; l’unica eccezione potenzialmente problematica, per l’assenza di una dimensione *stricto sensu* divina e di una vera e propria ritualità, essendo il buddhismo, che però ha potuto contare, per la sua notorietà, su di una percezione sociale diffusa circa il proprio carattere religioso.

In base al processo, che si è evidenziato nella casistica sin qui osservata, per cui i canoni e i criteri normativi socialmente ‘latenti’ vengono esplicitati nel discorso legale in risposta alla sollecitazione proveniente da comportamenti e pretese ‘dirompenti’ rispetto ad essi, il paradigma religioso implicito nel concetto costituzionale di confessione religiosa dovrebbe manifestarsi nel momento in cui la richiesta di intesa provenisse da un soggetto non riconducibile a tale paradigma e non sorretto da una ‘fama sociale’ analoga a quella goduta dal buddhismo. Nella pratica, ciò è avvenuto in relazione all’ipotesi di massima difformità possibile del soggetto istante rispetto allo *standard* implicito di riferimento, trattandosi della richiesta presentata da una organizzazione filosofica non confessionale, l’Unione degli Atei, Agnostici e Razionalisti.

Per respingere la richiesta, il Governo argomenta, infatti, che “per ‘confessione religiosa’ si intende generalmente un fatto di fede rivolto al divino e vissuto in comune fra più persone che lo rendono manifesto nella società tramite una propria particolare struttura istituzionale”⁶²³. Tale definizione viene ritenuta dal T.A.R. Lazio, investito del ricorso contro la deliberazione governativa⁶²⁴, “non...manifestamente inattendibile o implausibile, risul-

⁶²³ Nota della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 5 dicembre 2003, testo disponibile al sito http://www.uaar.it/laicismo_e_legislazione/17e.html, visitato il 19/2/2017.

⁶²⁴ Come è noto, un primo ricorso contro la deliberazione in questione viene respinto dal T.A.R. Lazio sulla base del carattere di ‘atto politico’ non sindacabile della decisione (sent. 5 novembre-31 dicembre 2008, n. 12539, «Rassegna dell’Avvocatura dello Stato», 4, 2008, pp. 324 ss.). A seguito della pronuncia con cui il Consiglio di Stato ha giudicato tale atto soggetto, al contrario, al sindacato del giudice amministrativo, in quanto caratterizzabile come esercizio di discrezionalità tecnica o valutativa come ponderazione di interessi (sent. 4-18 novembre 2011, n. 6083, confermata da Cass. civ., SS. UU., 28 giugno 2013, n. 16305), la causa è stata rinviata al T.A.R., che si è pronunciato una seconda volta, in senso negativo, con la sentenza in esame. Su questa vicenda – che si è conclusa con la sentenza della Corte costituzionale n. 52 del 27

tando invece coerente con il significato che, nell'accezione comune, ha la religione, quale insieme delle credenze e degli atti di culto che legano la vita di un individuo o di una comunità con ciò che ritiene un ordine superiore e divino [...]»⁶²⁵. Si evidenzia cioè un modello normativo di confessione religiosa, ricavato dalla prassi e dalla coscienza sociali, che si caratterizza, nel contenuto, per l'oggetto 'divino' o 'trascendente' delle credenze professate e del culto praticato; nella forma, per la presenza di una strutturazione organizzata e istituzionale della manifestazione collettiva di tali credenze⁶²⁶. Tale *standard*, se vale logicamente ad escludere dal novero delle confessioni religiose soggetti, come l'organizzazione istante, privi di un contenuto religioso positivo, sembrerebbe riflettere maggiormente un 'tipo' tradizionale di esperienza religiosa – tendenzialmente teista e gerarchizzata – idoneo ad operare altresì a 'sbarramento' di movimenti religiosi immanentisti (sul piano dei contenuti di fede) o 'spontaneisti' (sul piano della forma organizzativa), non familiari all'attuale società italiana. La potenziale operatività dello *standard* in tal senso permane anche dopo la conclusione dell'intesa con una confessione, quale quella buddhista, che appare distanziarsene in una certa misura; e ciò perché, non soltanto lo *standard* in questione non è stato messo in discussione, nella sua sostanza, dalla giurisprudenza relativa al 'caso U.A.A.R.'⁶²⁷; ma anche, e soprattutto, perché la definitiva⁶²⁸ afferma-

gennaio 2016, la quale ha sconfessato l'indirizzo seguito dal Consiglio di Stato e dalla Cassazione – si vedano – per limitarsi ai contributi che affrontano il problema della nozione di confessione religiosa – F. ALICINO, *op. cit.*, pp. 185 ss.; M. CROCE, *La nozione di confessione religiosa alla prova dell'ateismo organizzato nel contenzioso U.A.A.R.-Governo in merito alla richiesta di un'intesa ex art. 8, comma 3, Cost. (T.a.r. Lazio, Sezione Prima, sentenza 03 luglio 2014, n. 7068)*, in www.academia.edu, visitato il 20/2/2017; P. FLORIS, *Le intese da conferme e ritocchi della Consulta e prospettive per il futuro*, «Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica (www.statoechiese.it)», 28, 2016, pp. 1-22; M. PARISI, *Associazione ateista e accesso all'Intesa con lo Stato. Riflessioni a margine della sentenza n. 7068 del 2014 del Tar Lazio*, *ivi*, 36, 2014, pp. 1-23; J. PASQUALI CERIOLI, *Accesso alle intese e pluralismo religioso: convergenze apicali di giurisprudenza sulla "uguale libertà" di avviare trattative ex art. 8 Cost., terzo comma*, *ivi*, 26, 2013, pp. 1-29; E. ROSSI, *Le "confessioni religiose" possono essere atee? Alcune considerazioni su un tema antico alla luce di vicende nuove*, *ivi*, 27, 2014, pp. 1-35; V. TOZZI, *Ripartizione delle competenze e limiti costituzionali della previsione delle intese fra confessioni religiose diverse dalla cattolica e Stato italiano*, *ivi*, 18, 2012, pp. 1-23.

⁶²⁵ Sent. 3 luglio 2014, n. 7068, «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica», 3, 2014, p. 745.

⁶²⁶ Questa definizione di confessione religiosa coincide, nel suo nucleo minimo e essenziale, con quella data dalla citata sentenza della Corte d'appello di Lione sulla rilevanza penale delle attività della Chiesa di Scientology (*supra*, nt. 554), ma la supera, in quanto integra l'elemento oggettivo comunitario con il riferimento a una struttura istituzionale, e l'elemento soggettivo della comunanza di fede con il riferimento ad un ordine divino e trascendente.

⁶²⁷ Il Consiglio di Stato si limita ad affermare che "l'avvio delle trattative può addirittura considerarsi obbligatorio sol che si possa pervenire a un giudizio di qualificabilità del soggetto

zione del carattere non controllabile – se non in termini di responsabilità politica – della valutazione effettuata dal Governo circa l’opportunità di avviare le trattative per un’intesa⁶²⁹ consente all’organo politico di continuare ad applicare questo paradigma di confessione religiosa in forma inespressa, modulandolo secondo il grado di accettazione sociale del gruppo religioso richiedente.

Al di là della questione del riconoscimento giuridico delle organizzazioni confessionali, ai suoi vari livelli di realizzazione, uno *standard* sociale implicito e inferenziale di religiosità può manifestarsi ogni volta che dalla qualificazione in senso religioso e confessionale di una formazione sociale possano derivare conseguenze giuridiche particolari (di norma, più favorevoli rispetto al diritto comune).

In questa materia, la Corte costituzionale ha precisato che, non essendo sufficiente un’autoqualificazione del gruppo che si pretende confessione religiosa, occorre fare riferimento ad un fascio di indici esterni, che la stessa Corte individua nella sussistenza di un’intesa con lo Stato, o in mancanza di questa, nell’esistenza di precedenti riconoscimenti pubblici, o di uno statuto che esprima chiaramente i caratteri della confessione religiosa, o nella “comune considerazione”⁶³⁰. Tralasciando i primi due indici – che sono, in real-

istante come confessione religiosa, salva restando (...) la possibilità, nell’esercizio della discrezionalità tecnica (...), di escludere motivatamente che il soggetto interessante presenti le caratteristiche che le consentirebbero di rientrare fra le “confessioni religiose” (ciò che, del resto, è quanto avvenuto proprio nel caso di specie)” (pt. 8 sent. cit.). Quanto alla Corte di Cassazione, essa fa riferimento “all’uso di canoni obiettivi e verificabili” (pt. 7 in diritto), senza porre in discussione la rispondenza della qualificazione governativa a tale duplice requisito. È ben vero che il merito della qualificazione non costituiva l’oggetto del ricorso; sta di fatto che la nozione di confessione religiosa impiegata dal Governo rimane, per ora, incensurata.

⁶²⁸ Almeno, fintantoché sulla questione non interverrà una pronuncia della Corte europea dei diritti dell’uomo.

⁶²⁹ Così la già citata sentenza della Corte costituzionale n. 52 del 2016.

⁶³⁰ Sent. n. 195 del 19-27 aprile 1993, pt. 5 cons. dir. Sull’insufficienza dell’autoqualificazione, anche sent. n. 467 del 5-19 novembre 1992, pt. 7 cons. dir. V. anche sent. n. 346 dell’8 luglio 2002, pt. 3 cons. dir. Per un commento agli indici di confessionalità individuati dalla Corte, v. F. ADAMI, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di confessioni religiose*, in *Principio pattizio e realtà religiose minoritarie*, cit., pp. 183 ss.; L. BARBIERI, *Sul principio di ragionevolezza eguaglianza e libertà delle confessioni religiose*, ivi, pp. 77 ss.; N. COLAIANNI, *Sul concetto di confessione religiosa*, «Foro italiano», 1994, I, pp. 2986 ss.; G. DI COSIMO, *Sostegni pubblici alle confessioni religiose, tra libertà di coscienza ed eguaglianza*, «Giurisprudenza costituzionale», 1993, III, pp. 2174 ss.; L. OLIVIERI, *Nuove religioni, principio di autoreferenziazione e Corte costituzionale*, in R. Bin, C. Pinelli (a cura di), *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, Torino 1998, pp. 195 ss.; in particolare, sul nesso tra il concetto di “comune considerazione” e cultura diffusa nella comunità civile v. L. D’ANDREA, *Eguale libertà e interesse alle intese delle confessioni religiose: brevi note a margine della sent. cost. n. 346/2002*, «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica», 3, 2003, p. 677.

tà, tautologici, dal momento che presuppongono una qualificazione già avvenuta, eventualmente sulla base di criteri normativi socialmente ‘latenti’ – ed il terzo, che costituisce, di fatto, una forma di autoqualificazione⁶³¹, il criterio della ‘comune considerazione’, per come è stato enunciato dalla Corte, sembra rimandare ad uno *standard* sociale implicito del fenomeno religioso.

Un esempio di applicazione di un simile *standard*, attraverso il criterio della comune considerazione, in relazione ad un fatto religioso ‘nuovo’, si può rinvenire nella ormai celebre giurisprudenza sulle attività della Chiesa di Scientology⁶³². All’origine della controversia – concernente la qualificazione penale del comportamento antigiuridico di taluni membri della sede milanese del movimento, e in particolare la configurabilità del reato di associazione per delinquere – sta la peculiarità del metodo della scientologia, che persegue un fine di purificazione spirituale attraverso mezzi che mutano elementi dal campo del sapere scientifico-tecnologico, e che sono messi a disposizione degli adepti dietro pagamento di un corrispettivo. Questa particolare modalità spirituale cozza, evidentemente, con la visione tradizionale delle caratteristiche inerenti all’esperienza religiosa e al metodo proprio di questa, rendendo complessa la distinzione fra le condotte abusive e penalmente perseguibili di singoli membri e il modo complessivo di essere e di agire del movimento.

Nell’ordinamento francese, la qualificazione penale di taluni aspetti del metodo scientologico – segnatamente, in termini di “escroquerie en bande

⁶³¹ N. COLAIANNI, v. *Confessioni religiose*, «Enciclopedia del diritto», Milano 2000, Agg., vol. IV, p. 372.

⁶³² Su tale giurisprudenza si vedano, in dottrina, F. ADAMI, *op. cit.*, pp. 178-183; G. CASUSCELLI, *Ancora sulla nozione di “confessione religiosa”: il caso di Scientology*, «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica», 3, 1998, pp. 809 ss.; N. COLAIANNI, *Caso “Scientology”: associazione religiosa o criminale?*, «Foro italiano», 1995, II, pp. 689 ss.; ID., *La via giudiziaria alla religiosità: la vicenda di “Scientology”*, «Foro italiano», 1998, II, pp. 396 ss.; G. D’ANGELO, *Nuovi movimenti religiosi tra (pretesa) uniformità di qualificazione e (reale) diversificazione dei relativi profili disciplinari: la Chiesa di Scientology nella più significativa giurisprudenza*, «Il diritto ecclesiastico», 2003, I, pp. 710 ss.; G. DODARO, *Interpretazione laica del delitto di associazione per delinquere. Riflessioni a margine del caso Scientology*, «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica», 3, 2001, pp. 837 ss.; F. FINOCCHIARO, *Scientology nell’ordinamento italiano*, «Il diritto ecclesiastico», 1995, I, pp. 603 ss.; M. JASONNI, M.V. GALIZIA, *La legittimazione giudiziaria di una confessione religiosa. Il caso Scientology*, «Sociologia del diritto», 1, 2001, pp. 169 ss.; F. ONIDA, *Nuove problematiche religiose per gli ordinamenti laici contemporanei: il caso Scientology*, «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica», 3, 1997, pp. 987 ss., e *Nuove problematiche religiose per gli ordinamenti laici contemporanei: Scientology e il concetto giuridico di religione*, «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica», 1, 1998, pp. 279 ss.

organisée” – è stata separata dalla questione pregiudiziale dell’identificazione del carattere di confessione religiosa del movimento. Come si è visto *supra*⁶³³, il tentativo di inquadrare tale movimento spirituale entro una definizione ampia di religione – costituita da una comunità e da una fede comune – è stato respinto dalla giurisprudenza di legittimità; e comunque, lo stesso giudice autore della definizione in esame aveva ritenuto che l’esistenza di una Chiesa regolarmente costituita, e l’esercizio o la pratica del relativo culto, non valessero ad escluderne l’eventuale strumentalizzazione a fini fraudolenti ed illeciti. Nelle pronunce più recenti, la questione della qualificazione religiosa dell’ente viene implicitamente considerata come non pertinente, nella misura in cui si afferma che “l’invocation d’une appartenance religieuse et la liberté de manifester ses convictions par des enseignements ou des pratiques ne sauraient légitimer la commission d’infractions pénales”⁶³⁴.

Nell’ordinamento italiano, invece, i giudici di cassazione, sconfessando la posizione, analoga a quella tenuta dalle corti francesi, seguita dalla Corte d’appello di Milano⁶³⁵, hanno ritenuto necessaria la verifica preliminare del carattere confessionale dell’organizzazione, in quanto la presenza di una realtà ascrivibile alla categoria delle confessioni religiose escluderebbe la sua qualificabilità a titolo di associazione per delinquere, dal momento che ciò richiederebbe che tutti i membri della confessione si fossero accordati per cambiare le regole statutarie e dare vita ad un soggetto nuovo e diverso⁶³⁶. Al fine di compiere la qualificazione richiesta, la Corte addita al giudice del rinvio i parametri individuati dalla Corte costituzionale nelle pronunce dianzi citate.

Mentre l’orientamento assunto dal giudice francese permette, dunque, ad un eventuale *standard* sociale implicito di confessione religiosa di continuare ad operare in forma inespressa e ‘latente’, l’impostazione prescelta dal

⁶³³ V. nt. 554.

⁶³⁴ Cass. crim., 16 ottobre 2013, n. 03-83910, che conferma C.A.A Paris, 2 febbraio 2012. Su questa giurisprudenza, cfr. F. DIEU, *Les Témoins de Jéhovah et l’Eglise de scientologie*, cit., pp. 41 ss. Per un confronto tra i diversi percorsi concettuali seguiti dal giudice francese e dal giudice italiano, v. G. CAROBENE, *Problems on the legal status of the Church of Scientology*, «Stato, Chiesa e pluralismo confessionale. Rivista telematica (www.statoechiese.it)», 21, 2014, spec. pp. 12 ss.

⁶³⁵ Sent. 5 novembre 1993, «Il diritto ecclesiastico», 1994, II, pp. 345 ss.

⁶³⁶ Cass. pen., 22 maggio 1995, n. 5838. Peraltro, la Corte precisa che, se una confessione religiosa non può trasformarsi in associazione per delinquere, tranne nel caso estremo evocato in sentenza, rimane possibile il sorgere, nell’ambito dell’attività lecita dell’organizzazione, di una associazione illecita, da questa distinta ed autonoma.

giudice italiano di cassazione obbliga tale *standard* a passare nel discorso giuridico esplicito e formulato. È ciò che avviene, in effetti, nella pronuncia del giudice del rinvio, nella quale si legge che ««confessione religiosa» è una comunità sociale avente una propria concezione del mondo, basata sulla esistenza di un Essere supremo, in rapporto con gli uomini, ed al quale questi devono obbedienza, rispetto e venerazione»⁶³⁷. Tale nozione di confessione religiosa ricalca, all'evidenza, un paradigma religioso determinato, quale si è affermato, in forma implicita e inferenziale, nella prassi e nella coscienza del corpo sociale. Così concepito, lo *standard* assunto dalla Corte d'appello preclude la qualificazione in senso confessionale del movimento scientologico. In particolare, la Corte assume tale *standard* come criterio presupposto per l'interpretazione e l'applicazione degli indici di valutazione avanzati dalla Corte costituzionale: così è, specialmente, del requisito della 'comune considerazione', che viene inteso in riferimento all'opinione pubblica e al "comune sentire" della comunità sociale nazionale, conformati ad un concetto di religione incentrato sulla "salvezza dell'anima, o anche solo della parte immateriale ed eterna dell'uomo, realizzata attraverso un legame fra l'uomo e la divinità o comunque un essere trascendente [...]»⁶³⁸. Lo stesso avviene per il requisito del carattere religioso emergente dallo statuto del gruppo, là dove si afferma che "la previsione statutaria della celebrazione di riti...non conta nulla, occorrendo stabilire se tali celebrazioni abbiano, oppure no, carattere religioso; perché un determinato rito possa essere qualificato religioso occorre che sia sorretto da una concezione religiosa e che sia considerato da coloro che lo praticano come mezzo per porre il fedele in relazione con l'Ente supremo»⁶³⁹; rinviando, cioè, per la valutazione delle disposizioni statutarie, al medesimo *standard* preliminarmente posto.

Peraltro, una volta esplicitato, il modello normativo in questione rivela lo 'stato di crisi' in cui è indotto dall'ingresso di modelli divergenti, tendenti a modificare i presupposti dell'esperienza sociale e culturale su cui esso si fonda. Tant'è vero che il modello in questione incorre nella censura della Corte di Cassazione, per la quale esso è parziale, perché ispirato esclusiva-

⁶³⁷ App. pen. Milano, 14 febbraio 1997, n. 4314, «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica», 3, 1997, p. 1021.

⁶³⁸ Sent. cit., p. 1022. Il giudice stesso riconosce che si tratta di un modello sociale (implicito), quando afferma che "Il contesto storico sociale nel quale il comune sentire si è formato risente inevitabilmente della influenza nella cultura religiosa italiana delle grandi religioni del ceppo giudaico-cristiano e anche islamico. Si potrà forse lamentarne una certa rigidità di pensiero ma non ne si può negare l'influenza determinante sull'idea di religione e su quelli che sono i modelli di cultura religiosa diffusi nella comunità sociale" (*ibidem*).

⁶³⁹ *Ivi*, pp. 1022-1023.

mente alle religioni di ascendenza biblica, ponendosi così in contrasto con la scelta del legislatore costituente di non precludere l'esercizio del culto "ad alcuno, per diverse o strane che siano le sue credenze religiose e le loro ascendenze culturali"⁶⁴⁰; e determina una applicazione 'viziata' degli indici di valutazione elaborati dalla Corte costituzionale, specialmente del requisito della 'comune considerazione', che non può designare la considerazione sociale diffusa, ma piuttosto il parere della comunità degli esperti di scienze religiose⁶⁴¹.

La seconda pronuncia di cassazione sembrerebbe, dunque, sancire il definitivo abbandono dello *standard* sociale implicito di confessione religiosa formalizzato dal giudice del rinvio; in ciò confermata dalla giurisprudenza in materia tributaria, formatasi successivamente a tale sentenza, e prevalentemente orientata ad escludere la tassabilità delle attività di cessione di beni e di prestazione di servizi svolte dal movimento sulla base del carattere religioso della finalità istituzionale dell'ente, cui tali attività sono strumentali⁶⁴².

⁶⁴⁰ Cass. pen. 22 ottobre 1997, n. 1329. Peraltro, si ricordi come nel dibattito costituente si fosse evocata la necessità, relativamente al limite dell'ordinamento giuridico, di evitare l'ingresso nell'ordinamento italiano di culti "strani" e "bizzarri" (v. *supra*, § 2.1.2.).

⁶⁴¹ Sent. cit. In applicazione di tale sentenza, App. pen. Milano, 1 marzo 2001, n. 4780, prende atto della natura di confessione religiosa dell'organizzazione, escludendo la sua qualificabilità come associazione per delinquere («Quaderni di diritto e politica ecclesiastica», 3, 2001, pp. 862 ss.).

⁶⁴² Per un elenco di tale giurisprudenza cfr. B. RANDAZZO, *Diversi ed eguali*, cit. pp. 54-55. La medesima Autrice sottolinea che le pronunce anteriori alla citata sentenza di cassazione, e quivi richiamate come prova dell'esistenza di "precedenti riconoscimenti pubblici" della natura di confessione religiosa di Scientology, sono in realtà poche (fra queste, in materia penale, Trib. Bolzano, 23 gennaio 1989, «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica», 1989, p. 344; App. Trento, 6 aprile 1990, «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica», 1, 1990, p. 796, commentate in S. FERRARI, *Comportamenti «eterodossi» e libertà religiosa. I movimenti religiosi marginali nell'esperienza giuridica più recente*, «Foro italiano», 1991, I, pp. 282 ss.). Dopo la pronuncia di cassazione, in senso contrario, Comm. trib. reg. Bologna, 30 settembre 1998, n. 56/II/98 «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica», 3, 1999, pp. 652 ss.); in questa pronuncia (poi censurata da Cass. trib., n. 1104 del 29 gennaio 2002) lo *standard* sociale implicito si manifesta sia nel riferimento al carattere esclusivo della fede professata (che mancherebbe in Scientology, la quale si ritiene compatibile con la professione di altre credenze religiose), sia nell'esclusione del carattere religioso del tipo di attività svolte, consistenti nella vendita di libri e nello svolgimento di terapie (p. 658). Sulla caratterizzazione 'commerciale' della religiosità di Scientology, può rinvenirsi una posizione analoga nella giurisprudenza tributaria francese, che per questo motivo tende ad escludere la non imponibilità fiscale delle attività principali di Scientology, sottintendendo un modello sociale implicito di religione "facilmente accessibile à tous" (cfr. F. DIEU, *op. ult. cit.*, p. 46; v. anche N. GUILLEN, *op. cit.*, pp. 576 ss.; G. SIAT, *Droit fiscal et sectes. «Le gourou et le fisc»*, in *Sectes et droit*, cit., pp. 210 ss.).

Vi sono, tuttavia, altri ambiti nei quali potrebbe ancora dirsi operante un modello sociale implicito di confessione religiosa, con effetti di preclusione, per l'accesso a determinate discipline di favore, nei confronti dei movimenti religiosi non appartenenti al novero delle organizzazioni confessionali 'tradizionali' o 'note' al contesto socioculturale italiano. Un esempio può rinvenirsi nelle normative regionali che, in materia di edilizia di culto, fissano i criteri per individuare i soggetti religiosi aventi diritto ai contributi pubblici per la costruzione di attrezzature religiose, o anche soltanto all'inserimento di tali attrezzature nella pianificazione urbanistica; materia che, non a caso, ha dato occasione alla Corte costituzionale di enunciare gli anzidetti indici di valutazione della natura di confessione religiosa di una formazione sociale. In tali normative, infatti, ricorrono formule 'vaghe', leggibili in funzione di criteri normativi impliciti modulati sulle esperienze religiose già socialmente radicate: come la formula della "presenza organizzata" del soggetto confessionale istante nel territorio di riferimento⁶⁴³, che rinvia ad un modello 'istituzionalizzato' di confessione religiosa⁶⁴⁴. Particolarmente significativa, da questo punto di vista, appare la formulazione che è stata impiegata nella legge regionale lombarda n. 12 dell'11 marzo 2005, come modificata dalla legge regionale n. 2 del 3 febbraio 2015⁶⁴⁵: in essa, la possibilità di prevedere l'installazione di attrezzature religiose per i culti privi di intesa è

⁶⁴³ Legge regionale Liguria, n. 4 del 24 gennaio 1985, art. 1; legge regionale Basilicata, n. 9 del 17 aprile 1987, art. 3; legge regionale Piemonte, n. 15 del 7 marzo 1989, art. 1; legge regionale Veneto, n. 44 del 20 agosto 1987, art. 1; legge regionale Lazio, n. 27 del 9 marzo 1990, art. 1.

⁶⁴⁴ Cfr. N. PIGNATELLI, *La dimensione fisica della libertà religiosa: il diritto costituzionale ad un edificio di culto*, in *Libertà di espressione e libertà religiosa*, cit., p. 265. Sui criteri della legislazione regionale in materia di accesso all'edilizia di culto v. N. MARCHEI, *Il diritto alla disponibilità dei luoghi di culto*, «Diritto e religione in Italia», cit., pp. 174 ss.; R. MAZZOLA, *La questione dei luoghi di culto alla luce delle proposte di legge in materia di libertà religiosa. Profili problematici*, in V. Tozzi, G. Macri, M. Parisi, *Proposta di riflessione per l'emanazione di una legge generale sulle libertà religiose*, Torino 2010, pp. 198 ss.; V. TOZZI, *Gli edifici di culto tra fedele e istituzione religiosa*, «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica», 1, 2010, pp. 27 ss.

⁶⁴⁵ Su questa legge si vedano le critiche avanzate in dottrina da G. CASUSCELLI, *La nuova legge regionale lombarda sull'edilizia di culto: di male in peggio*, «Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica (www.statoechiese.it)», 14(2015), pp. 1-25; N. MARCHEI, *La legge della Regione Lombardia sull'edilizia di culto alla prova della giurisprudenza amministrativa*, ivi, 12, 2014, pp. 1-16; ID., *La normativa della Regione Lombardia sui servizi religiosi: alcuni profili di incostituzionalità alla luce della recente novella introdotta dalla legge*, «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica», 2, 2015, pp. 411 ss.; A. FOSSATI, *Le nuove norme, asseritamente urbanistiche, della Regione Lombardia sulle attrezzature religiose*, ivi, pp. 425 ss.; F. OLIOSI, *La legge regionale lombarda e la libertà di religione: storia di un culto (non) ammesso e di uno (non?) ammissibile*, «Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica (www.statoechiese.it)», 3, 2016, pp. 1-38.

condizionata, oltre al duplice requisito della “presenza diffusa, organizzata e consistente” e del “significativo insediamento” a livello territoriale e locale, anche all’esistenza di uno statuto espressivo del “carattere religioso” delle finalità istituzionali e del “rispetto dei principi e dei valori della Costituzione”⁶⁴⁶. In questo caso, un determinato *standard* sociale implicito di religiosità può agire attraverso il riferimento combinato alla qualificazione in senso religioso dei fini dell’ente e alla clausola di ordine pubblico ideale⁶⁴⁷ sottesa al requisito del rispetto dei valori costituzionali, nel senso di escludere dal novero delle confessioni religiose ammesse al riparto dei luoghi di culto ‘tipi’ religiosi ‘alieni’ rispetto all’esperienza sociale prevalente⁶⁴⁸. Peraltro, tale norma è stata dichiarata incostituzionale proprio in quanto “impone requisiti differenziati, e più stringenti” per le sole confessioni senza intesa⁶⁴⁹.

2. 3. A modo di conclusione. L’utilità del concetto di norma implicita e le prospettive *de iure condendo*

Giunti a questo punto dell’indagine, è lecito domandarsi quale apporto può offrire la teoria della normatività implicita ad una riflessione generale in tema di libertà religiosa e confessionale.

Indubbiamente, tale teoria consente di tracciare una ‘diagnosi’ abbastanza accurata di taluni fenomeni e processi che si verificano nel campo della disciplina giuridica del fatto religioso. Essa dà conto, così, della genesi e dell’evoluzione di determinati *affaires* problematici, evidenziando come il modo in cui essi si manifestano e sono gestiti non dipende soltanto dalle velleità della politica, o da reazioni irriflesse del corpo sociale, che si pongono in contrasto con il quadro costituzionale dei diritti di libertà; ma trova

⁶⁴⁶ Art. 70.

⁶⁴⁷ Che si possa parlare, in questo caso, di ordine pubblico ideale, lo darebbe a pensare il fatto che il legislatore regionale non si sia limitato a riprodurre il limite della non contrarietà all’ordinamento giuridico italiano contemplato dall’art. 8, c. 2 cost.

⁶⁴⁸ Nel caso di specie, verosimilmente, la confessione religiosa ‘estranea’ implicitamente ‘presa di mira’ è quella islamica, come induce a pensare anche il richiamo fatto, nell’art. 72, c. 4 della medesima legge, alla valutazione dei “profili di sicurezza pubblica” nella predisposizione del piano per le attrezzature religiose, nonché la previsione, nel c. 7 del medesimo articolo, della realizzazione di un impianto di videosorveglianza all’esterno dell’edificio cultuale. Il collegamento con valutazioni normative implicite nella prassi e nella coscienza sociali è rafforzato dalla previsione della consultazione, fra gli altri, di comitati di cittadini in ordine alla predisposizione del piano stesso (art. 72, c. 4).

⁶⁴⁹ Corte cost., sent. n. 63 del 23 febbraio 2016. Su questa sentenza, cfr. F. OLIOSI, *La Corte costituzionale e la legge regionale lombarda: cronaca di una morte annunciata o di una opportunità mancata?*, «Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica (www.statoechiese.it)», 33, 2016, pp. 1-29.

ragione, altresì, nell'esperienza giuridica complessiva della comunità sociale, la quale – come felicemente acquisito in dottrina⁶⁵⁰ – non è riducibile al diritto 'detto' dall'autorità.

In particolare, la teoria delle norme implicite permette di comprendere più chiaramente che fanno parte della vita 'fisiologica' dell'ordinamento giuridico principi, criteri e valutazioni – non esauribili dalla categoria del diritto consuetudinario – che non sono posti per mezzo di una determinazione autoritativa, e che non si esprimono (né devono necessariamente esprimersi) in una formula prescrittiva. Rispetto ad altre elaborazioni concettuali, che postulano egualmente una compenetrazione fra diritto positivo e contenuti deontici pre- o meta-positivi, la teoria delle norme implicite ha il pregio di riconoscere la natura già effettivamente giuridica di tali contenuti, nella misura in cui essi determinano la regola da valere nel singolo caso con forza ed efficacia pari alle norme esplicite e formulate.

Le norme implicite svolgono una duplice funzione. In primo luogo, esse agiscono come fattori di 'decompressione' dell'ordinamento positivo, nel senso che permettono di fare economia di una quantità di enunciati prescrittivi espressi, che si renderebbero altrimenti necessari. Lo si constata facilmente con riguardo all'uso delle clausole generali e dei concetti giuridici indeterminati: la sussistenza di una sufficiente omogeneità di valutazioni e di *standard* sociali evita al diritto di matrice istituzionale di dare una definizione – che potrebbe essere inutile, controproducente, o semplicemente impossibile⁶⁵¹ – di 'culto', di 'confessione religiosa', o dei valori che compendiano la nozione di 'ordine pubblico' o di 'buon costume'. Se fra le funzioni generali del diritto vi è la riduzione della complessità sociale nella sfera delle aspettative interpersonali di comportamento⁶⁵², le norme implicite concorrono a tale funzione, in quanto forniscono una piattaforma comune e condivisa alle '*interational expectancies*' dei consociati, abbassando così il livello di conflittualità potenziale dei rapporti socio-giuridici.

In secondo luogo, le norme implicite fungono da mezzo di collegamento delle istituzioni esplicite e formulate, e delle norme da esse prodotte, con la

⁶⁵⁰ Su questo concetto di esperienza giuridica si vedano le magistrali riflessioni di G. CAPOGRASSI, *Studi sull'esperienza giuridica*, in *Opere*, vol. II, Milano 1959, pp. 213 ss.; ID., *L'incompiutezza dell'esperienza giuridica*, ivi, vol. III, pp. 299 ss.

⁶⁵¹ Come ricorda la celebre affermazione di Giavoleno: "Omnis definitio in iure civili periculosa est" (D. 50, 17, 202).

⁶⁵² Secondo la nota teoria di N. LUHMANN, espressa in particolare nell'opera *Sociologia del diritto*, Roma-Bari 1977 (tit. or. *Rechtssoziologie*, Reinbek bei Hamburg 1972), spec. pp. 40 ss. e 159 ss.

comunità sociale sottostante, e le sue istituzioni implicite e inferenziali⁶⁵³. Tale collegamento è essenziale per l'efficacia delle norme positivamente poste dall'autorità, e, in ultima analisi, per l'esistenza stessa dell'ordinamento giuridico; esiste, infatti, un rapporto di complementarità fra i *'mores'* e il diritto legale: "[...] the stronger the mores, the more effective the laws tend to be"⁶⁵⁴. In quanto espressive dell'insieme di atteggiamenti valutativi e concezioni della realtà che sostanziano l'*ethos* di una società, le norme implicite delineano il contesto di senso e di valore in cui si inseriscono le regole ed i principi, necessariamente dotati di un certo grado di astrazione – come il principio di 'laicità' dello Stato – che sono posti dalle istituzioni autoritative dell'ordinamento. Esse concorrono, quindi, a determinare il modo in cui tali regole e principi passano (o non passano) nel diritto vivente di una collettività.

Le norme implicite diventano problematiche – e perciò, sintomo di uno stato 'patologico' dell'ordinamento – quando si dimostrano (divenute) incapaci di espletare le funzioni in parola; il che accade perché la base su cui riposa la loro forza normativa – l'accettazione diffusa e generalizzata del corpo sociale – si è irrimediabilmente incrinata. Questo non avviene ogniqualvolta una norma implicita viene 'obbligata' a manifestarsi in reazione a comportamenti e rivendicazioni divergenti; singole espressioni di dissenso non valgono a privarla della sua idoneità ad orientare le 'aspettative interazionali' dei consociati, ed in questo caso il suo richiamo nella decisione resa in concreto costituisce semplicemente la conferma puntuale della sua esistenza e della sua operatività attuali. L'indebolimento della norma si verifica, invece, quando la continuità delle sollecitazioni cui è sottoposta diviene indice dell'avvio di una trasformazione delle valutazioni e delle concezioni oggetto del consenso sociale, sia esso ascrivibile a un'evoluzione tutta interna alla società, o all'irruzione di forze culturali 'esogene', o a entrambi i fattori insieme. In questo caso, la norma implicita potrà ancora sopravvivere in forma mutata, cioè come norma esplicita – inferenziale o formulata –, mutuando l'autorità propria delle istituzioni esplicite. Ciò, evidentemente, è possibile ove la norma in questione abbia conservato un minimo di riconoscimento sociale; se, infatti, essa avesse perso ogni connessione con le convinzioni e le prassi dei consociati, la sua enunciazione in forma esplicita si scontrerebbe inevitabilmente con la mancata adesione dei destinatari. I modi e i tempi di questo processo sono certamente influenzati, per una parte, dalle

⁶⁵³ Si rimanda al primo capitolo del presente lavoro per la definizione e la descrizione dei due tipi di istituzione.

⁶⁵⁴ Cfr. R. DAHRENDORF, *Law and order*, cit., p. 79.

scelte intenzionali delle istituzioni esplicite, e dai fini (politici, o di politica del diritto) che esse intendono perseguire. Tuttavia, le strategie consapevolmente messe in opera da tali istituzioni potranno accelerare o ritardare il processo, dissimularlo o renderlo palese, dirigerlo in maniera più o meno stringente, ma non potranno sostituirsi ad esso.

La teoria delle norme implicite presenta i medesimi limiti propri delle elaborazioni tese a mettere in rilievo il ruolo dei fattori non positivizzati nell'esperienza giuridica. Essa ripropone, così, il problema della differenza qualitativa fra norme giuridiche, da un lato, e altre norme sociali (moralì, culturali) di condotta, dall'altro; problema rispetto al quale possono proporsi criteri soltanto parziali di distinzione⁶⁵⁵. Da un punto di vista ideale, poi, affermare che il diritto di una società è in buona parte determinato da norme implicite (e inferenziali), potrebbe veicolare l'idea di un diritto sprovvisto della capacità di dirigere i fenomeni sociali e di realizzare forme di giustizia migliori di quelle che un gruppo sociale è in grado di esprimere in un determinato momento della sua storia. Talchè – per tornare al tema che ci occupa – bisognerebbe, per così dire, 'rassegnarsi' al modo in cui i principi e i diritti di libertà religiosa e confessionale sono attuati nel presente storico e socioculturale di un particolare ordinamento.

Nonostante questi limiti, però, la teoria delle norme implicite può comunque risultare utile, non solo per l'analisi delle situazioni esistenti, ma anche in ordine alla scelta dei metodi e delle strategie di risoluzione delle problematiche che si pongono concretamente sul terreno della libertà di religione. Riconoscere che tali problematiche si inquadrano in un ordine normativo composto tanto da norme esplicite e formulate, quanto da norme implicite e inferenziali, può, così, suggerire un *favor* per le soluzioni di tipo *interlocutorio*, in grado di fissare direttive di sviluppo dell'ordinamento in funzione di determinati obiettivi di garanzia delle libertà fondamentali, senza creare discrasie fra il diritto positivo espresso e le convinzioni normative socialmente prevalenti, che sarebbero nocive per la tenuta e l'efficacia sociale del sistema normativo stesso. Il problema della presenza del crocefisso nelle aule scolastiche si presta bene ad illustrare questo modo di procedere. Se si assume come punto di partenza l'esistenza di un presupposto tacito di

⁶⁵⁵ Come il fatto che le regole socialmente vigenti e vincolanti abbiano una risonanza ed una conferma anche a livello di interpretazioni ufficiali (E. EHRLICH, *I fondamenti della sociologia del diritto*, cit., pp. 240-241); o che i valori affermati nella pratica sociale siano caratterizzati da un certo coefficiente di essenzialità e rilevanza per la costituzione e la conservazione della convivenza sociale (N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, cit., pp. 76 ss.; A. FALZEA, *Sistema culturale e sistema giuridico*, «Rivista di diritto civile», 1988, I, p. 17); o l'intensità di reazione alla trasgressione della regola praticata (E. EHRLICH, *op. cit.*, p. 72).

tendenziale consonanza fra la tradizione cristiano-cattolica e la cultura civile italiana, che appare tuttora corrispondente alla coscienza e alla prassi sociali di larga parte della popolazione italiana, la questione di come conciliare l'esposizione del crocifisso nella scuola pubblica con la laicità dello Stato posta a tutela della libertà religiosa e del pluralismo confessionale e culturale andrà preferenzialmente risolta con l'abrogazione esplicita dell'*obbligo* espositivo, e con l'affermazione contestuale della *liceità* della presenza di questo e di altri simboli religiosi o filosofici, secondo il sentire della comunità scolastica, espresso nella pratica spontanea di questa o nei suoi organismi partecipativi⁶⁵⁶. Il vantaggio di questa soluzione, pur con gli inevitabili limiti che essa presenta⁶⁵⁷, sta nella sua capacità di adeguarsi alla forma reale dell'esperienza giuridica, senza per ciò cristallizzarla nello stato che essa ha assunto nel momento attuale: è ben possibile, infatti, che l'evoluzione dell'*ethos* sociale conduca al progressivo superamento della norma implicita e inferenziale, permettendo, eventualmente, l'applicazione di un modello di laicità-neutralità più simile a quello francese.

Un altro aspetto di metodo che può beneficiare dell'apporto della teoria delle norme implicite riguarda la ricerca e la selezione degli argomenti posti a giustificazione delle decisioni giuridiche (legislative, amministrative, giudiziarie) relative alle singole problematiche. In un ambito, quale è quello della disciplina del fatto religioso, in cui v'è una connessione particolarmente forte con le concezioni ed i valori etici e culturali profondi di un gruppo sociale, l'assunto che le norme esplicite e formulate sono 'prese' in un 'coacervo normativo' connotato da attributi di eterogeneità, fluttuazione e dissonanza orienta verso alcuni criteri di fondo. Anzitutto, tale assunto determina l'ampliamento del campo di ricerca degli argomenti giustificativi, nel senso che essi non possono essere tratti esclusivamente dal novero dei criteri normativi espliciti e formulati. Gli argomenti di questo tipo, che hanno perlopiù carattere formale e dogmatico, sono, ovviamente, indispensabili per integrare la decisione nel quadro dei riferimenti precostituiti in modo

⁶⁵⁶ In questo senso, con sfumature diverse, si orientano, fra gli altri, M. CARTABIA, *Il crocifisso e il calamaio*, in *Laicità crocifissa*, cit., pp. 63 ss.; S. CECCANTI, *E se la Corte andasse in Baviera?*, ivi, pp. 1 ss.; P. CAVANA, *La questione del crocifisso in Italia*, maggio 2004, pp. 9-10, in www.olir.it, visitato il 27/2/2017; N. COLAIANNI, *La "laicità" della croce e "la croce" della laicità*, maggio 2004, p. 3, ivi; A. FUCILLO, *Il crocifisso (e le polemiche) di Ofena tra tutela cautelare e libertà religiosa*, «Diritto e Giustizia», 6 dicembre 2003, 43, p. 90.

⁶⁵⁷ In particolare, la tendenziale imposizione della volontà della maggioranza nei confronti della minoranza in una materia che coinvolge i diritti fondamentali della persona, il problema della tutela della coscienza di colui che non si identifica in alcun simbolo, il problema degli eventuali limiti all'ammissibilità di simboli religiosi o filosofici (*quid* dei nuovi movimenti religiosi socialmente 'sulfurei'?).

vincolante dall'ordinamento positivo dato; ma non sono sufficienti a garantirne l'adequatezza, in termini di pacificazione delle tensioni sociali connesse all'esercizio del diritto di libertà religiosa, nella misura in cui non tengono conto dei giudizi di valore espressi dal corpo sociale nelle norme implicite e inferenziali. L'impostazione descritta valorizza la responsabilità del soggetto decisore – favorendo, quindi, una riflessione più ponderata e consapevole –, dal momento che questi dovrà scegliere non soltanto fra norme e interpretazioni di norme positive, ma anche fra criteri tratti dal diritto positivo formulato e criteri rinvenibili nel diritto spontaneo 'silente'; stabilendo, ad esempio, se avvalersi o meno di *standard* e clausole generali.

Una seconda indicazione, correlata alla prima, concerne l' 'assemblaggio' e la presentazione degli argomenti prescelti. Se la decisione non può fondarsi soltanto su argomenti di tipo formale e dogmatico, esplicito e formulato, allora il modello analitico di argomentazione non è necessariamente più adeguato rispetto al modello discorsivo⁶⁵⁸. In particolare, l'ipotesi del 'cervello di norme' esplicite ed implicite ridimensiona l'ideale positivista dell'enunciazione normativa "brève, simple, claire, le moins possible sujette à interprétation"⁶⁵⁹: l'esperienza francese analizzata nelle pagine precedenti dimostra che tale ideale, oltre ad essere difficile a realizzarsi, non garantisce per forza di cose un ragionamento giuridico più 'trasparente' e lineare, perché non esclude l'intervento di norme implicite, che saranno semplicemente 'dissimulate' dalla concisione della formula prescelta. Viceversa, il modello discorsivo, se sottoposto a un controllo volto a scongiurare gli eccessi di retorica e ad assicurare la coerenza interna dell'argomentazione, può fornire una struttura più idonea a recepire l'insieme di criteri normativi espliciti ed impliciti, formulati razionalmente o intuitivamente appresi, che formano la base giustificativa della decisione.

Infine, la teoria delle norme implicite suggerisce che la ricerca degli argomenti di giustificazione della decisione giuridica avvenga in una logica di comunicazione fra le varie istituzioni, esplicite ed implicite, coinvolte nella produzione dei diversi ordini di norme rilevanti per la disciplina di un rapporto o di una situazione. In particolare, là dove vengono in gioco i diritti

⁶⁵⁸ Secondo P. L. CHIASSONI, il modello analitico si caratterizza per: economia di espressione, linguaggio tecnico, esposizione della struttura logica del ragionamento giustificatorio, razionalità dell'argomentazione in fatto e in diritto, caratteristiche che invece mancherebbero nel modello discorsivo (*Diritti umani, sentenze elusive, clausole ineffabili*, cit., p. 183). Assumo qui il concetto di modello discorsivo, ovviamente, non in riferimento alle qualità negative che gli attribuisce l'autore, ma ad uno schema argomentativo meno rigidamente legato al ragionamento *more geometrico*.

⁶⁵⁹ *Rapport Debré*, cit., p. 37.

della coscienza e dei gruppi religiosi, tale logica comporta che i soggetti, che con le proprie decisioni configurano la politica ecclesiastica di uno Stato, riconoscano di non avere il monopolio della funzione nomopoietica, e ricerchino attivamente il contatto e lo scambio dialogico con le altre istituzioni generatrici di valori normativi per i rapporti sociali: *in primis*, ovviamente, le confessioni religiose, e più latamente, le formazioni sociali che ‘intersecano’ l’ordine spirituale dell’esperienza umana; ma anche la *communitas doctorum*, in quanto la sua *communis opinio* si mostra capace di orientare le decisioni giuridiche. Questo presuppone, peraltro, l’imprescindibilità di una formazione, per tutti i soggetti operanti nel campo della politica e del diritto, che integri una conoscenza migliore dei diversi ‘bacini normativi’ e delle istituzioni corrispondenti.

Da ultimo, mi pare che la teoria delle norme implicite possa contribuire, sul piano del metodo, alla composizione armonica dei rapporti fra le politiche ecclesiastiche interne ai singoli ordinamenti statali e la politica ecclesiastica perseguita a livello di istituzioni sovranazionali europee. Qui sta anche l’interesse della comparazione svolta nelle pagine precedenti.

È stato evidenziato che l’intervento, sempre più pervasivo, delle diverse istituzioni europee in materia di diritti fondamentali della persona solleva il problema della conciliazione di un livello omogeneo di tutela di tali diritti, imposto dagli organismi sovranazionali come *standard* vincolante per gli ordinamenti interni, con il rispetto delle identità peculiari espresse nelle tradizioni costituzionali nazionali⁶⁶⁰. La comparazione fra ordinamenti mostra che le norme implicite e inferenziali possono determinare divergenze profonde quanto al significato e al contenuto concretamente assunti dalle tradizioni costituzionali ‘comuni’ in materia di libertà religiosa e confessionale

⁶⁶⁰ Fra i contributi più recenti su questo tema, A. LICASTRO, *Unione europea e “status” delle confessioni religiose. Fra tutela dei diritti umani fondamentali e salvaguardia delle identità costituzionali*, Milano 2014, spec. pp. 1-50. Si vedano anche D. DURISOTTO, *Istituzioni europee e libertà religiosa. CEDU e UE tra processi di integrazione europea e rispetto delle specificità nazionali*, Napoli 2016, *passim*; A. FABBRI, *Unione europea e fenomeno religioso. Alcune valutazioni di principio*, Torino 2012, pp. 183 ss.; M. VENTURA, *La laicità dell’Unione europea. Diritti, mercato, religione*, Torino 2001, spec. pp. 55 ss. Con specifico riguardo al sistema della Convenzione europea dei diritti dell’uomo si vedano, fra gli altri, S. FERRARI, *La Corte di Strasburgo e l’articolo 9 della Convenzione europea. Un’analisi quantitativa della giurisprudenza*, in R. Mazzola (a cura di), *Diritto e religione in Europa. Rapporto sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo in materia di libertà religiosa*, Bologna 2012, pp. 51-52; R. MAZZOLA, *La dottrina e i giudici di Strasburgo. Dialogo, comparazione e comprensione*, ivi, pp. 20-23; M. VENTURA, *Conclusioni. La virtù della giurisdizione europea sui conflitti religiosi*, ivi, pp. 356 ss.

nel loro momento attuativo; ma anche sorprendenti consonanze (i casi paralleli del crocifisso italiano e del presepe francese *docent*).

Ne deriva l'opportunità che gli organi politici e giurisdizionali, impegnati a definire a livello europeo la disciplina di protezione del diritto fondamentale di libertà religiosa, tengano conto dei principi e dei criteri operanti in forma 'silente' nei singoli ordinamenti nazionali, nel determinare il grado di omologazione – al contempo, degli ordinamenti fra loro e rispetto al modello di tutela predisposto dalle istituzioni europee – ragionevolmente esigibile. In particolare, la considerazione della normatività implicita in azione nei vari diritti statali in questo specifico settore appare funzionale all'accertamento dell'effettività di un consenso europeo circa l'*an* e il *quantum* della protezione che deve essere accordata a una determinata manifestazione, individuale o collettiva, di convinzioni religiose o filosofiche. Più sono forti e radicate le peculiari norme implicite all'opera in un determinato settore di diritto interno, più debole e limitato sarà il consenso attualmente raggiunto e raggiungibile sui criteri normativi che debbono reggere un dato tipo di rapporti o di situazioni; più è probabile, quindi, che un modello uniforme in materia non riesca a integrarsi effettivamente nei circuiti nazionali di produzione giuridica⁶⁶¹, se non, persino, risulti francamente inadeguato in relazione ai tratti caratterizzanti di una determinata tradizione culturale, sociale e giuridica. Viceversa, in settori non (più) condizionati da norme implicite strettamente connesse all'identità culturale e nazionale di ciascuna comunità sociale e politica, è più facile creare un consenso diffuso circa una determinata forma di tutela della libertà religiosa; in que-

⁶⁶¹ Penso ovviamente all'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo (sulle cui problematiche si vedano E. LAMBERT-ABDELGAWAD, *Le suivis de l'exécution des arrêts français depuis 1998*, in P. Tavernier (dir.), *La France et la Cour européenne des droits de l'homme 1998-2008: une décennie d'application du Protocole XI. La jurisprudence en 2007*, Bruxelles 2009, pp. 131 ss.; B. RANDAZZO, *Le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo: effetti ed esecuzione nell'ordinamento italiano*, in N. Zanon (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana. Avvicinamenti, dialoghi, dissonanze*, Napoli 2006, pp. 295 ss.); ma anche, più ampiamente, alla recezione dei parametri e degli argomenti normativi prodotti dalle corti europee nella giurisprudenza interna (cfr. i contributi raccolti in G.F. FERRARI (a cura di), *Corti nazionali e Corti europee*, Napoli 2006; M. PEDRAZZA GORLERO (a cura di), *Corti costituzionali e Corti europee dopo il Trattato di Lisbona*, Napoli 2010; e per un esempio delle resistenze opposte dai giudici nazionali all'integrazione degli *standard* europei divergenti rispetto alla tradizione giuridica interna, B. GENEVOIS, *La Cour européenne des droits de l'homme vue du Palais Royal*, in *La France et la Cour européenne des droits de l'homme 1998-2008*, cit., pp. 165 ss.); nonché all'adeguamento dell'ordinamento interno mediante cambiamenti strutturali, operati a livello di legislazione e di amministrazione, di portata generale ed ulteriore rispetto alle soluzioni puntualmente apportate ai singoli casi.

sto caso, la fissazione di uno *standard* comune, anche innovativo, non realizza una omogeneizzazione ‘forzata’ delle identità nazionali, e ha maggiori *chance* di diventare ‘diritto vivente’ dei singoli ordinamenti.

Analogamente a quanto si è potuto osservare per i processi interni a un medesimo ordinamento, questo modo di procedere appare più idoneo a favorire la recezione spontanea delle norme prodotte dalle organizzazioni europee in tema di libertà religiosa da parte degli ordinamenti nazionali, senza precludere, d’altra parte, la progressione delle tutele previste. Infatti, l’evoluzione diacronica del consenso rende sempre possibile l’adeguamento verso l’alto dello *standard* applicato; tale evoluzione, peraltro, può essere agevolata proprio dalla maggiore recettività, che può svilupparsi negli ordinamenti interni in risposta all’attenzione manifestata dai decisori europei nei confronti delle norme implicite nazionali.

Questa conclusione appare tanto più corretta, se si pone mente al fatto – e anche questo dovrebbe essere oggetto di una considerazione consapevole da parte delle istituzioni europee – che anche le decisioni adottate da tali istituzioni sono soggette, a loro volta, all’influenza di norme implicite e inferenziali; talché un determinato *standard* di tutela proposto (o imposto) alla generale adesione degli Stati membri può, in realtà, riflettere concezioni e valori propri di singole tradizioni e modelli nazionali dominanti⁶⁶², discrasici rispetto ai referenti normativi impliciti di altri ordinamenti.

Ad illustrazione di quanto detto, si possono citare, a titolo d’esempio, le sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo relative, rispettivamente, al caso italiano dell’obbligo di esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche, e al caso francese del divieto di occultamento del volto nello spazio pubblico.

Nel caso italiano, come è noto, la Corte si è pronunciata due volte: la prima volta, in formazione ridotta, ha decretato l’incompatibilità dell’esposizione del crocifisso con la protezione dei diritti di libertà religiosa e di libertà educativa sanciti dagli artt. 9 della Convenzione e 2 del primo Protocollo addizionale⁶⁶³; la seconda volta – su ricorso del Governo italiano – nella formazione della *Grand Chambre*, ha, invece, escluso la violazione dei suddetti diritti⁶⁶⁴. La prima pronuncia incarna un modo di procedere che ignora l’interferenza delle norme implicite e inferenziali: infatti, la Corte lascia cadere nel vuoto l’argomento, avanzato dal Governo, secondo cui

⁶⁶² Cfr. A. LICASTRO, *op. ult. cit.*, pp. 6 e 32; anche M. CARTABIA, *L’ora dei diritti fondamentali nell’Unione europea*, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna 2007, p. 64.

⁶⁶³ *Lautsi c. Italie*, 3 novembre 2009.

⁶⁶⁴ *Lautsi c. Italie*, 18 marzo 2011.

“[les] autorités nationales jouissent d’une grande marge d’appréciation pour des questions aussi complexes et délicates, étroitement liées à la culture et à l’histoire” (§ 38). In particolare, il Governo italiano aveva osservato che “[...] il n’y a pas de consensus européen sur la manière d’interpréter concrètement la notion de laïcité, si bien que les Etats auraient une plus ample marge d’appréciation en la matière. Plus précisément, s’il existe un consensus européen sur le principe de la laïcité de l’Etat, il n’y en aurait pas sur ses implications concrètes et sur sa mise en oeuvre. Le Gouvernement demande à la Cour de faire preuve de prudence et retenue et de s’abstenir par conséquent de donner un contenu précis allant jusqu’à interdire la simple exposition de symboles. Sinon, elle donnerait un contenu matériel prédéterminé au principe de laïcité, ce qui irait à l’encontre de la légitime diversité des approches nationales et conduirait à des conséquences imprévisibles” (§ 41). La Corte, invece, si fonda sul principio per cui la libertà religiosa degli individui, nella sua dimensione negativa, postula la neutralità confessionale nell’esercizio della funzione pubblica, intesa come assenza di qualsiasi simbolo religioso nelle strutture statali (§§ 56-57). Nel far ciò, il giudice europeo interpreta la nozione ‘vaga’ di neutralità secondo una particolare accezione implicita (di “neutralizzazione confessionale” o di “neutralità asettica”)⁶⁶⁵, elevando a *standard* comune un modello che appartiene soltanto ad alcuni ordinamenti statali (segnatamente, quello francese). Ciò pare trovare conferma nell’applicazione al crocifisso, fatta nella medesima sentenza, del concetto (indeterminato) di “segno esteriore forte”, che ricorda da vicino il concetto francese di segno “ostensible” (e che non a caso è stato elaborato

⁶⁶⁵ In tal senso cfr. A. SCERBO, *Simboli religiosi e laicità a partire dal caso Lautsi v. Italy*, «Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica (www.statoechiese.it)», novembre 2010, pp. 6-7; P. ANNICCHINO, *Tra margine di apprezzamento e neutralità: il caso “Lautsi” e i nuovi equilibri della tutela europea della libertà religiosa*, in *Diritto e religione in Europa*, cit., p. 185. Depono in tal senso la constatazione che, qualche mese prima della sentenza Lautsi, la Corte si era pronunciata per l’irricevibilità dei ricorsi presentati contro la legge francese sui simboli religiosi in ambito scolastico argomentando che l’interdizione in parola “a été motivée uniquement par la sauvegarde du principe constitutionnel de laïcité, et que cet objectif est conforme aux valeurs sous-jacentes à la Convention ainsi qu’à la jurisprudence en la matière [...]” (*Aktas c. France*, 30 giugno 2009, p. 9, con argomentazione ripetuta negli altri casi decisi nella medesima seduta), dove il principio di laicità viene evidentemente inteso come sinonimo di neutralità religiosa dello spazio pubblico scolastico, e in questa accezione assunto a criterio implicitamente sotteso all’ordine convenzionale. Si vedano, sul punto, le osservazioni di G. GONZALEZ, *Rideau sur le voile et autres signes ostensibles*, «Actualité juridique de droit administratif», 37, 2009, pp. 2080 ss.

dalla Corte proprio in riferimento al velo islamico)⁶⁶⁶. Il risultato di questa pronuncia non è soltanto, com'era prevedibile, il ricorso del Governo italiano alla Grande Camera, ma anche l'intervento concorrente di numerosi altri Stati membri a sostegno della posizione italiana; il quale rappresenta efficacemente la resistenza, dianzi evocata, che può essere opposta dagli ordinamenti interni all'accoglimento di *standard* europei confliggenti con norme 'latenti' in seno ad essi.

La seconda pronuncia costituisce, invece, un esempio di decisione che tiene debitamente in conto l'impatto delle norme implicite e inferenziali attive in un determinato ambito dell'ordinamento. In essa, infatti, il giudice europeo riconosce la validità dell'argomento per cui "la *décision de perpétuer* ou non une tradition relève en principe de la marge d'appréciation de l'État défendeur", fondato sulla constatazione che "l'Europe est caractérisée par une grande diversité entre les États qui la composent, notamment sur le plan de l'évolution culturelle et historique" (§ 68) e che "il n'y a pas de consensus européen sur la question de la présence de symboles religieux dans les écoles publiques" (§ 70). Al contempo, la decisione in esame non nega che la presenza del crocifisso "donne à la religion majoritaire du pays une visibilité prépondérante dans l'environnement scolaire" (§ 71), ma lega la legittimità dell'esposizione di tale simbolo al suo inserimento in un contesto pluralista, che non impone l'adesione attiva ad una credenza e consente la più ampia manifestazione delle proprie convinzioni religiose e filosofiche (§§ 72 ss.)⁶⁶⁷.

Nel caso francese, la pronuncia della Corte si è collocata, da subito, in un'ottica di attenzione verso la normatività implicita dell'ordinamento interno⁶⁶⁸. Essa, infatti, ha accettato un'interpretazione lata del fine legittimo della protezione dei diritti e delle libertà altrui, integrandovi il "respect des exigences minimales de la vie en société (...) le «vivre ensemble»" (§ 121), ossia l'insieme di criteri valutativi e deontici di matrice implicita e inferenziale, che si è visto sostanziare l'«ordre public républicain et sociétal». Così, la Corte "prend en compte le fait que l'État défendeur considère que le vi-

⁶⁶⁶ *Dahlab c. Suisse*, 15 febbraio 2001. Sul carattere indeterminato di tale nozione cfr. M. CIRAVEGNA, *La nozione di "segno esteriore forte" tra problemi di definizione e presunzione di lesività: la sentenza "Dahlab c. Svizzera"*, in *Diritto e religione in Europa*, cit., pp. 141-142.

⁶⁶⁷ Cfr. P. CAVANA, *I simboli religiosi nello spazio pubblico nella recente esperienza europea*, «Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica (www.statoechiese.it)», 28, 2012, pp. 21 ss. Probabilmente la soluzione ideale sarebbe stata quella di dichiarare la violazione dei diritti convenzionali "nel caso di affissione del simbolo religioso imposta dallo Stato e consentendo però, allo stesso tempo, l'esposizione su richiesta degli studenti o dei genitori" (P. ANNICCHINO, *op. cit.*, p. 191).

⁶⁶⁸ *S.A.S. c. France*, 1 luglio 2014.

sage joue un rôle important dans l'interaction sociale. Elle peut comprendre le point de vue selon lequel les personnes qui se trouvent dans les lieux ouverts à tous souhaitent que ne s'y développent pas des pratiques ou des attitudes mettant fondamentalement en cause la possibilité de relations interpersonnelles ouvertes qui, en vertu d'un consensus établi, est un élément indispensable à la vie collective au sein de la société considérée. La Cour peut donc admettre que la clôture qu'oppose aux autres le voile cachant le visage soit perçue par l'État défendeur comme portant atteinte au droit d'autrui d'évoluer dans un espace de sociabilité facilitant la vie ensemble" (§ 122)⁶⁶⁹. Essa ne desume una maggiore ampiezza del margine di apprezzamento riservato allo Stato, che appoggia, come già nella seconda sentenza Lautsi, sull'inesistenza di un consenso europeo circa la necessità o meno di un divieto generalizzato di indossare tenute occultanti nello spazio pubblico (§ 156). Tale sentenza, oltre a mostrarsi particolarmente sensibile – forse troppo⁶⁷⁰ – al rispetto di una determinata tradizione nazionale, può leggersi come enunciazione esplicita (benché inferenziale quanto al suo contenuto concreto) di una nozione normativa sino ad ora implicita nella giurisprudenza della Corte: quella del "vivre ensemble" come "composante logique de la vie dans une société démocratique fondée sur le pluralisme, la tolérance"⁶⁷¹.

Con ciò non si vuol sostenere che i decisori europei – così come quelli nazionali – debbano sempre e comunque 'appiattirsi' sui modelli di tutela della libertà religiosa e confessionale così come condizionati dall'esistenza e dalla operatività di determinate norme implicite. Quando una norma implicita risulta definitivamente inadeguata a gestire la complessità dei rapporti sociali in un determinato ambito dell'esistenza – segnatamente, nell'ambito della libera espressione della coscienza personale – non vi è motivo per conservarla 'artificialmente' in vita. La saggezza delle istituzioni esplicite e formulate sta, allora, nell'assecondare e nel guidare il processo di formazione di nuove norme implicite e inferenziali, capaci di integrare in maniera efficace gli sviluppi successivi della coscienza e della prassi sociali

⁶⁶⁹ Si veda anche il § 153, nel quale si afferma che "la question de l'acceptation ou non du port du voile intégral dans l'espace public constitue un choix de société".

⁶⁷⁰ Si vedano le critiche di A. LICASTRO, *I mille splendidi volti della giurisprudenza della Corte di Strasburgo: "guardarsi in faccia" è condizione minima del "vivere insieme"*, «Stato, Chiesa e pluralismo confessionale. Rivista telematica (www.statoechiese.it)», 28, 2014, specialmente con riguardo alla ricostruzione del (non) consenso europeo in materia (il quale, data la posizione minoritaria della soluzione francese, avrebbe potuto leggersi come consenso circa la non necessità di un divieto generale) (pp. 38-39 e § 19 dell'opinione dissidente).

⁶⁷¹ È la tesi di G. GONZALEZ, *La notion de "vivre ensemble" dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à la liberté de religion*, «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica», 1, 2016, p. 100.

in ordine ad una migliore e più efficace tutela della libera esplicazione della coscienza e della vita spirituale di ciascun uomo.

ADAMI F., 171, 172
 ALBISETTI A., 83, 84
 ALEX Y R., 16
 ALICINO F., 165, 170
 ALPA G., 18, 19, 20, 29
 AMEDRO J.-F., 80, 81, 82
 ANGELETTI S., 143, 145, 158
 ANNICCHINO P., 186, 187
 ANZON A., 14
 ASHWORTH A., 107
 AUBY J.-B., 101
 AUBY J.-M., 101

BADINTER R., 35
 BALDASSARRE A., 89
 BARBIER M., 148
 BARBIERI L., 171
 BARTOLE S., 19, 90
 BASSETTI G., 143
 BAUBEROT J., 102
 BEDOUELLE G., 158
 BELLINI P., 87, 90, 97
 BENELBAZ C., 108
 BERGERES M.-C., 161
 BERNARD P., 128, 129, 130
 BERTHOUD J., 101
 BETTETINI A., 123
 BETTI E., 18
 BIN F., 162
 BIN R., 116
 BOBBIO N., 11, 18, 19, 180
 BOITEAU C., 100, 101
 BON P., 138
 BONNET B., 129, 130
 BONNET J., 79
 BORDONALI S., 86, 96
 BOTTA R., 84, 96
 BOULANGER J., 18
 BOUVIER V., 75
 BOVE M., 23
 BRUNELLI G., 116
 BUI XUAN O., 102
 BUSSY F., 110

CALAMANDREI P., 58
 CANONICO M., 83, 92
 CAPOGRASSI G., 178
 CARCASSONNE G., 36, 135
 CARDIA C., 86
 CAROBENE G., 173
 CARTABIA M., 181, 185
 CASUSCELLI G., 65, 86, 87, 92, 96, 164, 172, 176
 CATALANO G., 56, 57, 87, 88
 CATERINA R., 12, 13
 CAVAGGION G., 143, 144
 CAVANA P., 54, 55, 71, 84, 96, 102, 108, 111, 116, 122, 123, 124, 125, 181, 187
 CAYLA O., 135, 136
 CECCANTI S., 181
 CERRI A., 140, 141
 CHAMPEIL-DESPLATS V., 51, 76, 78, 79
 CHAPUS R., 129
 CHARBONNIER C., 160
 CHELI E., 88
 CHIASSONI P., 29, 182
 CIRAVEGNA M., 113, 143, 187
 COCATRE-ZILGIEN A., 42
 COLAIANNI N., 65, 67, 68, 69, 90, 92, 96, 164, 167, 171, 172, 181
 COLLIN P., 153
 COPPOLA R., 84, 86, 94
 CORSO G., 139, 140, 141
 COSTA J.-P., 158
 CROCE M., 170

DAHRENDORF R., 26, 179
 DALLA TORRE G., 55, 56, 57, 71, 92
 DALL'OGLIO M., 125

D'ANDREA A., 171
 D'ANGELO G., 172
 DAMAREY S., 161
 DEBBASCH C., 129
 DE BÉCHILLON D., 133
 DE BELLESCIZE R., 161
 DEGIRMENCI S., 80
 DE LA MORENA F., 82
 DELEBECQUE P., 23
 DE MONTALIVET P., 35, 51, 127
 DE OTO A., 120
 DESOS G., 79
 DI COSIMO G., 171
 DIENI E., 31, 32
 DIEU F., 102, 104, 110, 111, 113, 130, 132, 133, 136, 153, 162, 163, 173, 176
 DI PRIMA F., 123, 125, 164
 DI SALVATORE E., 84, 97
 DODARO G., 172
 DOMIANELLO S., 83
 D'ONORIO J.-B., 153
 DORD O., 111
 DORSNER-DOLIVET A., 159, 160
 DUFAUX J., 149
 DUPUY P., 149
 DURAND J.-P., 149
 DURAND-PRINBORGNE G., 100, 105, 107, 110
 DURISOTTO D., 183
 DUTHEILLET DE LAMOTHE L., 127
 DWORKIN R., 19, 108

ECHAPPÉ O., 19
 EDELMAN B., 130
 EHRlich E., 14, 15, 180
 ESSER J., 16, 17

FABIANI E., 23, 24
 FABBRI A., 138, 183
 FABRE-ALIBERT V., 110
 FALZEA A., 20, 22, 23, 24, 180
 FAURE B., 127
 FAVOREU L., 42, 43, 78
 FERRARI A., 42, 47, 51, 103, 110, 143, 145, 165,
 FERRARI D., 136
 FERRARI G.F., 184
 FERRARI S., 165, 167, 175, 183
 FINOCCHIARO F., 56, 57, 70, 84, 86, 87, 88, 90, 91, 138, 172
 FIORE C., 140, 141
 FIORITA N., 116, 119
 FLORIDIA G., 95
 FLORIS P., 138, 170
 FOLEY M., 33
 FOREY E., 80
 FORNEROD A., 131
 FOSSATI A., 176
 FOUQUET-ARMAND M., 153
 FRANCAVILLA D., 12
 FRANCHIONI S., 142
 FUCCILLO A., 181
 FULLER, L., 1
 FUMAGALLI CARULLI O., 92

GAILLET A., 135
 GALIZIA M. V., 172
 GARAY A., 109, 161
 GAST P., 158
 GEERTZ C., 25
 GENEVOIS B., 18, 35, 51, 184
 GERVIER P., 136
 GIANFREDA A., 96
 GIANOLA A., 12
 GIARD B., 150
 GILISSEN L., 11
 GISMONDI P., 57
 GONZALEZ G., 80, 81, 154, 155, 161, 186, 188
 GONI P., 161
 GOVERNATORI RENZONI L., 42, 47, 85, 88

GOYARD C., 158
 GRAZIADEI M., 12, 13
 GRECO V., 143
 GROS D., 42, 43
 GUASTINI R., 10, 19, 20, 21, 25
 GUAZZAROTTI A., 63, 97
 GUEYDAN C., 79, 81
 GUGLIELMI G.-J., 35, 36, 38, 107
 GUILLEN N., 151, 155, 157, 158, 176
 GUYOMAR M., 153

HALPÉRIN J.-L., 135
 HANICOTTE R., 133
 HAUSER J., 129
 HENNETTE-VAUCHEZ S., 113, 135
 HUYETTE M., 158

IVALDI M.C., 160

JASONNI M., 172
 JEAN-PIERRE D., 101
 JEMOLO A.C., 58
 JENNEQUIN A., 81

KARL B., 160
 KOUBI G., 36, 100, 101, 107, 110

LA CAMERA F., 119
 LACHAUME J.-F., 100, 101
 LAFFAILLE F., 82
 LAMBERT-ABDELGAWAD E., 184
 LARICCIA S., 86, 91, 167
 LARRALDE J.-M., 127
 LAVAGNA C., 90, 91
 LE BOS-LE POURHIET A. M., 75
 LE BRAS G., 102
 LEBRETON G., 130
 LE CHATELIER G., 136, 138
 LEMOULAND J.-J., 129
 LEPINEUX B., 128
 LETURCQ S., 23, 128
 LEVADE A., 127, 132, 133, 135
 LICASTRO A., 147, 183, 185, 188
 LILLO P., 57, 88
 LIOGIER R., 159
 LOCHAK D., 78
 LONG G., 58, 65, 67, 68, 69, 71
 LONGÈRE F., 160
 LONGO A., 89
 LORENZETTI A., 143
 LUCHAIRE F., 37
 LUHMANN N., 178
 LUZZATI C., 22

MACAYA A., 80, 81
 MACDONALD R., 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 16, 18, 21, 22, 24, 27, 30, 31
 MAILLOT J.-M., 19
 MALAURIE P., 112
 MANGIAMELI S., 98
 MARCHEI N., 84, 92, 96, 176
 MARCOU G., 42, 77
 MARTINES T., 87, 90, 91
 MATHIEU B., 135
 MAUGÛE C., 107
 MAUS D., 36, 127
 MAZZOLA R., 137, 140, 142, 143, 176, 183
 MEJAN F., 36
 MÉLIN-SOUCRAMANIEN F., 135
 MENGONI L., 14, 21, 23
 MERCUZOT B., 35, 36
 MESSNER F., 42, 51, 77, 79, 100, 101, 102, 103, 128, 149, 154, 162
 MILLARD E., 135
 MOCCIA S., 140, 141
 MODUGNO F., 19, 25
 MORANGE G., 18
 MORANGE J., 101, 102

MORELLI A., 116, 119
 MORTATI C., 25
 MOTTA R., 1, 4, 6, 8, 26, 31, 32
 MUSSELLI L., 55, 56, 58, 96

NANIA R., 87, 88, 89, 90
 NERHOT P., 12
 NICOLET C., 104
 NINATTI S., 84, 86

ODINET G., 127
 OLBRECHTS-TYTECA L., 16, 17
 OLIOSI F., 176, 177
 OLIVIERI L., 171
 ONDOUA A., 101
 ONIDA F., 172

PACE A., 140
 PACILLO V., 70, 84, 97,
 PALADIN L., 10, 12, 20, 140, 141
 PANSIER J.-F., 160
 PARISI M., 170
 PASCALI R., 88, 91
 PASQUALI CERIOLO J., 57, 58, 87, 88, 92, 117, 170
 PASSERINI GLAZEL L., 12
 PATTI S., 24
 PAULIAT H., 100, 101
 PEDRAZZA GORLERO M., 184
 PEDRINI F., 23, 24, 33, 89
 PELLETIER D., 103
 PELLISSIER S., 153
 PERELMAN C., 16, 17, 23, 29, 128
 PHILIP L., 35
 PIAZZA M., 142
 PICARD E., 128, 129
 PIERRE-CAPS S., 153
 PIGNATELLI N., 176
 PITINO A., 95
 PIZZORUSSO A., 11
 PLANTEY A., 128
 PONTTHOREAU M.-C., 78
 PORTELLI H., 81
 POSTEMA, G. J., 1
 POULAT É., 148
 PRÉLOT P.-H., 36, 42, 51, 77, 79, 100, 101, 102, 103, 128, 133, 149, 153, 154, 155, 159, 162
 PUGIOTTO A., 14, 116

RAMBAUD T., 101, 102, 128, 148, 149, 151
 RANDAZZO B., 65, 69, 97, 165, 175, 184
 RAZZANO G., 88, 91
 REDOR-FICHET J., 105
 REMOTTI F., 1
 RENARD M.-R., 150
 RIALS S., 23, 36, 76, 128
 RICCA M., 30, 70
 RIVERO J., 42, 51, 73, 75, 77, 78, 101, 102, 105
 ROBLOT-TROIZIÈRE A., 35, 51, 79, 80, 81, 82, 127
 RODOTÀ S., 21, 22, 23
 ROLIN F., 112
 ROLLAND P., 150
 ROMAIN J.-F., 129
 ROSSI E., 170
 ROULAND N., 8
 ROUSSEAU D., 35, 51, 78, 135
 ROUVIERE-PERRIER I., 161
 RUGGERI A., 88

SACCO R., 10, 11, 12, 13
 SAINT-BONNET F., 133
 SAYAH J., 103
 SCERBO A., 186
 SCHWARTZ R., 107
 SEGUR P., 81, 155
 SEILLER B., 107
 SIAT G., 176
 SICARDI S., 95, 97

SILVESTRI G., 95

TAILLEFAIT P., 101

TALAMANCA A., 84, 85

TARDIVEL B., 154

TARUFFO M., 24

TAWIL E., 109, 156

TINCANI P., 30

TOUFFAIT A., 29

TOZZI V., 164, 170, 176

TRABUCCHI A., 70

TUNC A., 29

VELLUZZI V., 21, 22, 23

VENTURA M., 167, 183

VERONESI P., 116

VERPEAUX M., 35, 51, 78, 80, 81, 135

VIDAL-NAQUET A., 35, 51

VIGOUROUX C., 101

VIMBERT C., 130, 131, 132

VITALE A., 57, 97

VON HAYEK F., 12

WOEHLING J.-M., 42, 51, 77, 79, 81, 82, 100, 101, 102, 103, 127,
128, 149, 154, 162

ZAGREBELSKY G., 14, 15, 89

ZANGARA V., 25

ZANNOTTI L., 114, 123